

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N.º 10

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA

QUAESTIO IURIS

AÑO IX - N.º 10 - 2022

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

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

GRILEY

© 2022, **Revista QUAESTIO IURIS • Año IX - N.º 10**

© 2022, **Universidad Nacional de Cajamarca**

© 2022, **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

© 2022, **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 1 000 ejemplares

® **DERECHOS RESERVADOS**

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

Cajamarca - Perú



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Segundo Berardo Escalante Zumaeta

Rector

Dr. Jorge Tejada Campos

Vicerrector Académico

Dr. Carlos Manuel Rosales Loredó

Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

AUTORIDADES FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Decano

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Directora de la Escuela Profesional de Derecho

M. Cs. José Luis López Núñez

Director del Departamento Académico de Derecho

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Director Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Directora del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP.

Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez

Secretaria Académica

Abg. Susy Jackeline Rodríguez Ravines

Coordinadora Consultorio Jurídico Gratuito

DOCENTES PRINCIPALES

Abg. Castillo Román, José Leonidas
M. Cs. Nacarino Carrión, Julio

Dr. Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Dr. Villanueva Pastor, Julio Alejandro

DOCENTES ASOCIADOS

Dra. Manrique Urteaga, Sandra Verónica

Dr. Castillo Montoya, Nixon Javier

DOCENTES AUXILIARES

Abg. Araujo Vera, Olinto
M. Cs. López Núñez, José Luis
Abg. Nué Sessarego, Ivy Rosa

Dra. Pimentel Tello, María Isabel
Dr. Tello Villanueva, Juan Carlos
Dra. Terán Ramírez, Teresa Isabel

DOCENTES CONTRATADOS

M. Cs. Aliaga Diaz, César Augusto
M. Cs. Arce Quiroz, Emma Adela
Mg. Castañeda Maldonado, Jorge Luis
Dr. Cabanillas Hernandez, Gilber
Dra. Cerna Pajares, Cinthya
Mg. Céspedes Paisig, Luis Eli
M. Cs. Colorado Huamán, William
M. Cs. Chávez Rosero, Fernando Augusto
M. Cs. Chávez Ramirez, Jaime Javier
Abg. García Mendoza Nilton Paco
Mg. Godoy Boy, Fanny Jaquelyn
Abg. Gutiérrez Roque, Segundo Walter
Mg. Hernández Cervera, Ever Glicerio
M. Cs. León Morales, Ivan
M. Cs. Mejía Saucedo, Crishtian Pabel
Dr. Mendoza Coba, Alcides
M. Cs. Mendoza Sanchez, Mario

M. Cs. Muñoz Oyarce, Bruce Eugenio
M. Cs. Ordóñez Bringas, Isaac Ricardo
M. Cs. Quito Colorado, Lorena
Abg. Roncal Liñan, Miguel Antonio
M. Cs. Rojas Ruiz, Nilton
M. Cs. Rodríguez Urteaga, Marcia Patricia
M. Cs. Rojas Torres, Luis Ángel
M. Cs. Roque Julca, Anndy
M. Cs. Rubio Barboza, Eduar
M. Cs. Ruiz Bazan, Edgar
M. Cs. Sánchez Sánchez, David Alexander
Abg. Sanchez Perez, Christian Pavel
M. Cs. Torres Torres, Yorka Uiliana
M. Cs. Urbina Quiñones, Milton César
M. Cs. Urteaga Valera, Ana Cecilia
Abg. Valdivia Diaz, Franklim
Dr. Villegas Salazar, Saúl Alexander

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Yolanda, Martos Machuca
Secretaria de Decanato

Rosa Edith, Chico Huamán
Coordinadora Administrativa

Mirely Analí, Bravo Ayay
Secretaria de la Escuela Profesional de Derecho

Amparo Teresa, Miranda Zapata
Secretaria de Departamento Académico de Derecho

Ysabel María Del Lourdes, Arias Silva
Secretaria de notas y trámite documentario

Moya Linares, Julio
Servicios Logísticos

Walter Napoleon, Honorio Rabanal
Katia Marisol, Chilón Boñón
Servicios de biblioteca

Índice

Presentación del Rector	13
Editorial. Un nuevo triunfo académico: Quaestio Iuris N.º 10	17

Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

Poder constituyente y lealtad republicana Constituent power and republican loyalty SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis	19
El proceso constitucional de <i>habeas data</i> y la tutela del derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional The constitutional process of habeas data and the protection of the right of access to public information in the jurisprudence of the Constitutional Court QUISPE PONCE, María Candelaria	37
El <i>habeas corpus</i> como instituto jurídico ineludible para la tutela jurisdiccional constitucional en el Perú: una mirada a la Ley N.º 31307 Habeas corpus as an unavoidable legal institute for constitutional jurisdictional protection in Peru: a look at law N.º 31307 TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel	67
La naturaleza metajurídica del estado de excepción The meta-legal nature of the state of emergency URBINA QUIÑONES, César M.	91

Obligatoriedad de la vacuna covid-19: ¿colisión de derechos fundamentales?	
Mandatory covid-19 vaccine: collision of fundamental rights?	
QUITO CORONADO, Lorena	107
Derecho a comprender la justicia	
Right to understand justice	
ROJAS RUIZ, Nilton Y.	121
Aportes a la investigación real del pluralismo jurídico	
Contributions to the real investigation of legal pluralism	
LÓPEZ N, José Luis	139

Derecho Civil y Procesal Civil

La novísima manifestación de voluntad en los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad	
The very new manifestation of will in the legal acts celebrated by people with disabilities	
MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica)	161
Análisis crítico de las modificaciones efectuadas por la Ley N.º 31464 al proceso de alimentos en beneficio de los menores de edad	
Critical analysis of the modifications made by law N.º 31464 to the maintenance process for the benefit of minors	
QUISPE VILLANUEVA, Edgardo Bagate	181
Necesidad de regular, bajo un nuevo modelo, el incidente de nulidad procesal en materia civil en el Perú	
The need to regulate the incident of procedural nullity in civilian branch in peru, under a new model	
ROMERO MENDOZA, Joel	203

Consideraciones sobre una teoría crítica del contrato. Una mirada desde el Marxismo	
Considerations for a critical theory of the contract. A view from Marxist perspective	
ALIAGA DÍAZ, César Augusto	223
Regulación de la responsabilidad civil precontractual en el Perú como un tercer sistema dentro del orden jurídico nacional	
Regulation of pre-contractual civil liability in Peru as a third system within the national legal order	
CERDÁN BLANCO, Deyci Marleni	241

Derecho registral y notarial

La función social del notariado	
The social function of the notary	
NUÉ SESSAREGO, Ivy Nue	263
La responsabilidad civil del notario público: reflexiones sobre los defectos de publicidad registral de los testamentos por escritura pública y las sucesiones mixtas que no fueron resueltos con la ley N.º 31338	
The civil liability of the notary public: reflections on the defects of registry publicity of wills by public deed and mixed successions that were not resolved with law N.º 31338	
RODRÍGUEZ URTEAGA, Marcia Patricia	271

Derecho arbitral

Conciliación y arbitraje: vinculación de estos mecanismos alternativos en los procesos de contrataciones con el estado	
Conciliation and arbitration: linking these alternative mechanisms in the contracting processes with the state	
PIMENTEL TELLO, María Isabel	295

Derecho penal, procesal penal y criminología

La vida y la igualdad como bienes jurídicos protegidos en el delito de feminicidio en el Perú Life and equality as protected legal assets in the crime of femicide in Perú GALLARDO BARDALES, Augusto David	313
Criminología crítica... ¿Y después qué? Hacia una criminología y un derecho de la liberación latinoamericana Critical criminology... And then what? Towards a criminology and a right of latin american liberation GIRÓN MEGO, Frank David	325
La disposición de conclusión de investigación y el control de plazos como límite objetivo para solicitar constitución de actor civil desde una visión garantista The provision of conclusion of investigation and the control of deadlines as an objective limit to request the constitution of a civil actor from a guaranteed vision VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander	341
Política criminal para la paz en Colombia: a propósito de la ley de amnistía en Colombia (ley 1820 del 30 de diciembre 2016): un paradigma para el tratamiento del delito político Criminal policy for peace in colombia: regarding the amnesty law in colombia (law 1820 of 2016 — december 30): a paradigm for the treatment of political crime HUERTAS DÍAZ, Omar / AMAYA SANDOVAL, Carolina	349

Epistemología, género y derecho

Problemática e importancia de la filosofía y de los métodos genéricos en las investigaciones jurídicas Problematic and importance of philosophy and generic methods in legal research MENDOZA COBA, Alcides	367
---	-----

Enfoque teórico y político de las corrientes feministas del siglo XX	
Theoretical and political approach of twentieth-century feminist currents	
GODOY BOY, Fanny / VÁSQUEZ CASTILLO, Yeison.....	387
Perspectiva de género en la administración de justicia y máxima de la experiencia	
Gender perspective in the administration of justice and maximum of the experience	
TORRES TORRES, Yorcka Uliana.....	399

Presentación del Rector

A nombre de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, me complace en presentar la Edición N.º 10 de la Revista de Investigación Jurídica *Quaestio Iuris* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad.

Este esfuerzo de los docentes de la Facultad de Derecho es encomiable y ejemplar en nuestro medio universitario y concuerda con los propósitos institucionales de esta nueva gestión rectoral, de promover la investigación científica, la generación del conocimiento humanístico y tecnológico, aportando con ello, al desarrollo social, económico, político y cultural de la región y el país.

En esta nueva gestión, como Rector y de los Vicerrectores de la Universidad Nacional de Cajamarca, reafirmamos nuestro compromiso de apoyar decididamente este esfuerzo, que debe generalizarse en todas las carreras y facultades de nuestra universidad.

En momentos en que nuestra Universidad se prepara para afrontar el reto de su segundo licenciamiento institucional, la publicación de *Quaestio Iuris* contribuye a que nuestra institución de educación superior muestre evidencia tangible de los procesos y productos de investigación publicando sus resultados; requisitos esenciales para el mejoramiento continuo de la calidad del servicio educativo universitario.

Sabemos que *Quaestio Iuris*, se distribuye a nivel nacional en el ámbito de la comunidad jurídica universitaria y de las instituciones de la administración de justicia, por ello estoy seguro del importante rol que cumple en la difusión de los contenidos jurídicos constitucionales, civiles, penales o administrativos. En ese sentido, expreso mi reconocimiento a los autores de los artículos y ensayos de investigación en las diferentes áreas del Derecho que se publican en este número.

Reitero mi felicitación a nombre de la Alta Dirección de la UNC a las autoridades y docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y les aliento a que continúen investigando y publicando sus resultados, pues con ello dan realce a toda la Universidad Nacional de Cajamarca, el cual contribuye con el desarrollo sostenible regional y nacional, es propicia la oportunidad para resaltar el lema de esta casa de estudios “Consagrar la vida a la búsqueda y defensa de la verdad”.

Cajamarca, Perú, noviembre de 2022

Dr. Segundo Berardo Escalante Zumaeta
Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú

Editorial

Un nuevo triunfo académico: *Quaestio Iuris* N.º 10

Quaestio Iuris alcanza con esta publicación su décima edición. El esfuerzo de los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú, se consagra con una publicación constante en estos últimos diez años. *Quaestio Iuris* traduce el desarrollo teórico, investigativo y riguroso de las investigaciones que realizan los docentes de nuestra Facultad, a pesar de las longevas y muy conocidas limitaciones de la universidad pública.

La publicación de *Quaestio Iuris* N.º 10 se realiza en un contexto difícil para el país, por las disputas e incertidumbres políticas sobre su gobernanza y la posibilidad de que se abra un momento constituyente que deslice hacia una salida positiva el ansia de cambio y las aspiraciones de justicia y transparencia que reclama la población peruana. Este contexto de cambios constitucionales, que no solo es promovido por la situación interna, sino además por el influjo de las experiencias externas, tal como lo ocurrido en la República de Chile con la aprobación de su nueva Constitución política, es una experiencia normativa y política que, seguro, tendrá impacto en nuestro proceder jurídico y constitucional.

En la coyuntura interna universitaria, la modificatoria de la Ley Universitaria, Ley N.º 30220, con respecto a la composición de la Sunedu, de seguro traerá cambios en las políticas institucionales sobre el licenciamiento y la acreditación; situación que encuentra a la Universidad y Facultad preparándose para asumir los retos trazados por las políticas públicas de mejoramiento de la calidad en la formación universitaria. Consideramos que los cambios de la Sunedu no debe-

rían significar un retroceso en el mejoramiento de la calidad, por el contrario, esas modificaciones deberían significar la reubicación positiva de la presencia de la universidad pública en el compromiso de mejorar el sistema universitario.

En particular, nuestra Universidad Nacional de Cajamarca se encuentra bajo una nueva gestión, con nuevos Rector y Vicerrectores Académico y de Investigación y Responsabilidad Social, cambio de personas, pero no de rumbos de una gestión que afirma el desarrollo de la ciencia, la tecnología y el desarrollo humanista de la comunidad universitaria de la UNC.

En este contexto social, político e institucional, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas ha celebrado con gratitud y mucha responsabilidad los últimos sondeos de medición y predilección por los centros universitarios de enseñanza del derecho, habiendo sido calificados con la tercera ubicación entre las mejores Facultades de Derecho del ámbito nacional. Consideramos este lugar como el fruto del trabajo constante y serio de las autoridades, docentes, estudiantes, egresados y personal administrativo de nuestra Facultad.

Queremos ratificar nuestro agradecimiento por el esfuerzo intelectual de los que están publicando sus investigaciones en este número. Renovándoles nuestro agradecimiento por su contribución y aporte a la ciencia y difusión del conocimiento jurídico.

Cajamarca, Perú, noviembre de 2022

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

Derecho Constitucional y Procesal Constitucional



Poder constituyente y lealtad republicana

Constituent power and republican loyalty

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

I. Introducción. II. Origen histórico del término poder constituyente. III. Concepto de poder constituyente. IV. Características. V. Tipología del poder constituyente. 5.1. El poder constitucional originario fundacional. 5.2. Poder constituyente originario continuo. 5.3. El poder constituyente derivado o constituido. 5.4. El poder constituyente de *facto* o supuesto. 5.5. Poder constituyente y poder constituido. VI. Poder constituyente y Constitución. VII. Poder constituyente en el Perú. VIII. Momento constituyente y decisionismo. IX. Poder constituyente y lealtad republicana. X. Conclusiones. XI. Referencias

Resumen: En el Perú se viene debatiendo el tema de reforma o cambio constitucional, situación que no es ajena a lo que ocurre en otros países latinoamericanos. En el presente artículo se investiga y reflexiona en torno a la teoría del poder constituyente, doctrina que fundamenta el poder soberano de los pueblos para conformar un Estado y establecer una constitución. Asimismo, se reflexiona sobre la lealtad republicana en el contexto de una futura discusión sobre la viabilidad de convocarse a una constituyente para aprobar una nueva constitución.

Palabras clave: poder constituyente, soberanía popular, constitución, lealtad republicana

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Master en Derecho Público por la Universidad de Bruselas, Bélgica. Doctor en Derecho por la UPAO. Estudios doctorales en la Universidad Carlos III Madrid, España. Exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro asociado de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Correo electrónico: jsalazars@unc.edu.pe

Abstract: *In Peru, the issue of constitutional reform or change has been debated, a situation that is not alien to what happens in other Latin American countries. This article investigates and reflects on the theory of constituent power, a doctrine that bases the sovereign power of peoples to form a State and give itself a constitution. It adds a reflection on Republican loyalty in the context of a future discussion on the feasibility of convening a constituent assembly to discuss and approve a new constitution.*

Keywords: *constituent power; popular sovereignty; constitution; republican loyalty.*

I. Introducción

El Perú padece una grave crisis política hace más de una década. La constante pugna entre los poderes constituidos (el congreso y el poder ejecutivo) y la manipulación de los órganos judiciales, electorales y administrativos son utilizados, muchas veces, en esta contienda para satisfacer los intereses de uno y otro bando. Por ello, la constante intervención de los *lobbies* privados en las decisiones políticas del Gobierno genera insatisfacción del sistema democrático.

De igual modo, la precariedad de las estructuras políticas y administrativas del Estado han conllevado a una generalizada situación de corrupción y deterioro de la legalidad en la inversión pública, de manera que la mayoría de las jefaturas de las élites políticas están procesadas por graves delitos. La evidencia de ello es que cinco expresidentes de la república (Fujimori, Toledo, García, Humala y PPK) y cientos de altos funcionarios del Estado (excongresistas, exalcaldes, exmagistrados, exministros, exgobernadores, etc.) están acusados y procesados por una serie de delitos contra la administración pública.

Dicha crisis ha suscitado una creciente decepción del sistema político y de los órganos resolutores del Estado por parte de la población, lo cual originó un alto grado de conflictividad social que, periódicamente, amenaza la gobernabilidad y las inversiones pública y privada. Asimismo, se cuestiona la viabilidad que tiene nuestro país como Estado moderno, democrático y constitucional.

El último proceso electoral de abril de 2021, para elegir al presidente de la república, periodo 2021-2026, tuvo como ganador a un partido (Perú libre) ubicado fuera del *establishment* político tradicional. Esta organización recogió las aspiraciones de cambio que la población peruana viene exigiendo al régimen político, económico y social. Dicha exigencia se agudizó por los efectos desastrosos para la convivencia humana que ha tenido la pandemia por el coronavirus en el Perú. Precisamente, esta fuerza política contestataria e imprevisible en sus planteamientos lanzó como propuesta electoral la convocatoria de una asamblea constituyente para cambiar la Constitución del Perú.

Ha transcurrido un año desde ese planteamiento. Al respecto, el poder ejecutivo envió una propuesta de modificación constitucional que permitiese la convocatoria de una asamblea constituyente; sin embargo, esta al final fue archivada “definitivamente” por la Comisión de Constitución del Congreso —amen a los graves errores que el gobierno cometió en su elaboración: plagio en sus fundamentos, nula coordinación o búsqueda de consenso con las fuerzas políticas, entre otros—. Además, dicho planteamiento de la asamblea constituyente no originó una reflexión seria o un diálogo nacional sobre su viabilidad. Respecto a lo anterior, considero que desde la academia se pueda generar el debate, la reflexión democrática y tolerante. En ese sentido, es para los universitarios un deber sentar las bases para tal fin.

El asunto de la asamblea constituyente para aprobar una nueva constitución es un tema complejo, pues su contenido y su argumentación abordan asuntos históricos, matices y enfoques de filosofía e ideología política, de derecho constitucional y, en muchos casos, de ficción jurídica para explicar fenómenos sociales con efectos normativos (Luna, 2004).

Precisamente, el objetivo de este artículo gira en torno a la aportación al conocimiento y a la discusión jurídico-constitucional del tema planteado: elaborar una constituyente para una nueva constitución. La primera, la segunda, la tercera y la cuarta parte de este artículo abordan el contexto histórico del surgimiento del término «poder constituyente», su conceptualización, características y tipología. Desde la quinta parte a la novena, se aborda la relación del poder constituyente y la constitución; asimismo, las razones por las que se debe aperturar el debate en torno al tema, resguardando la lealtad republicana. Finalmente, se exponen las conclusiones y la lista de referencias.

II. Origen histórico del término poder constituyente

La ciencia política y el derecho constitucional en especial, como ocurre en las diversas áreas del derecho, han creado una terminología o lenguaje especial: palabras, frases y términos para reflejar ciertas teorías, enfoques y conceptos que permitan explicar la realidad social, política y jurídica. Técnicamente, alguien puede considerar estos términos lingüísticos como ficciones o como palabras que no existen en su expresión práctica o concreta. Sin embargo, muchos de esos términos o palabras creadas por los estudiosos ayudan a explicar situaciones históricas reales y permiten justificar, teóricamente, las soluciones brindadas frente a los hechos que marcaron el desarrollo y el progreso de la humanidad. Entre la variedad de términos creados para tal propósito se tienen las palabras:

Estado, soberanía popular, nación, poder constituyente, constitución, ciudadanía, derechos humanos, entre otros.

Particularmente, el término «poder constituyente» nace en un momento histórico muy importante para los continentes europeo y americano. En Europa, el término surge en medio de las revoluciones burguesas y populares masivas que sacudieron los ahora considerados territorios de Francia, Alemania, Austria, Italia, Inglaterra y España, entre los años 1600 y 1800. Asimismo, sus manifestaciones más impactantes para la humanidad se llevaron a cabo en la Revolución Inglesa de 1688 y en la Revolución Francesa de 1789. Mientras que en el continente americano, en Estados Unidos específicamente, el poder constituyente surge con las autoconvocadas «asambleas populares» (*town meeting*), donde los colonos angloamericanos discutían y aprobaban las declaraciones de independencia de Inglaterra y el catálogo de los derechos que poseían antes de dar nacimiento a los Estados Unidos de América: los llamados derechos naturales del hombre americano; la Declaración de Derechos de Virginia, de junio de 1776, fue un ejemplo de ello (Salazar, s.f).

Por un lado, los constantes levantamientos populares como la toma de los burgos, las revoluciones campesinas, los procesos de independencia y las revoluciones burguesas que llegaron a destruir las monarquías feudales reinantes en Europa y, por otro lado, la declaración de independencia y la creación de los Estados Unidos requerían de una teoría que explicara los fenómenos revolucionarios, asimismo, de una teoría que justifique por qué se movilizaba el pueblo y cuál era la finalidad de los alzamientos, de la toma de los castillos, de las asambleas populares; es decir, la finalidad del llamado “tránsito a la modernidad” (Peces Barba *et al.*, 1998). Dicho lo anterior, se requería, entonces, de una teoría que justifique el nuevo poder político y económico de la burguesía y sus aliados, de toda una nueva propuesta sobre el nuevo poder político y económico que se estaba alzando y derrotando al poder feudal, monárquico y religioso de los siglos XVII y XVIII, y que estaba dando origen al Estado moderno.

En ese contexto revolucionario, Rousseau (1872) planteó el contrato social como teoría para explicar que el pacto —el acuerdo o voluntad general entre gobernados y gobernantes— era la fuente que legitima la gobernanza, es decir, el poder político en una sociedad. A esta teoría se agrega la «nación» como un nuevo concepto que reúne al pueblo en todos sus estamentos (Enmanuel Sieyès, creador del término «poder constituyente»), a todos los sectores que podían expresar su voluntad de pactar y llegar a acuerdos políticos estatales. A este concepto se le suma el de «soberanía del pueblo o de la nación», palabra que surgió —así como la mayoría de dichos conceptos— de la doctrina secular cristiana

(Schmitt, 2021). El «soberano» o el «poderoso» —según la doctrina eclesiástica— era dios a través de sus representantes (el papa, los obispos, los reyes); pero ahora no, puesto que el «poderoso» es el que tiene la máxima disposición de decidir sobre su futuro político, dictando las reglas de la organización político-social llamada Estado; en otras palabras, el soberano es el pueblo. Entonces, la soberanía popular es el máximo poder que tiene el pueblo considerado como nación. De la conjunción de ambas teorías, surge el término soberanía popular.

Si el pueblo o nación tiene soberanía, este —el pueblo—, en ejercicio de su soberanía, designa —elige— a sus representantes para que en nombre de esta soberanía popular decida qué tipo de Estado, gobierno y sociedad se organiza. Entonces, el pacto social o el acuerdo político se cimenta en la soberanía popular, reflejada en la voluntad de sus representantes.

Asimismo, resulta que el poder constituyente nace de la soberanía popular, que —como su nombre lo dice— es la facultad única y exclusiva del pueblo, el cual le permite conformar y constituir una sociedad política: un Estado. Para tal efecto, se aprueba una constitución que estipula la forma y contenido del nuevo Estado que está surgiendo.

Entonces, nace la teoría del poder constituyente como un término histórico, cuya fuente no es el derecho positivo ni mucho menos el derecho constitucional. Dicha teoría nace y se consolida como aporte de la filosofía política del siglo XVIII y XIX para explicar, justificar y legitimar el surgimiento de los Estados modernos sobre la base de una norma jurídica fundante llamada «Constitución».

III. Concepto de poder constituyente

La palabra «constituyente» proviene del latín *constitutur* y del francés *constituant* que quiere decir “formar una cosa”, es decir, el que organiza o el que constituye. Entonces, cuando nos referimos al poder constituyente, nos estamos refiriendo al poder que conforma, que organiza y que constituye a un Estado.

En otras palabras, es la capacidad de autodeterminación que tiene un pueblo que, ejerciendo su soberanía, se instituye como Estado, creando un ordenamiento jurídico que lo regulará estableciendo un sistema de gobierno, los derechos fundamentales y su estructura administrativa de gobierno, y lo que considera lo más importante.

El poder constituyente es una construcción teórica que proviene de la filosofía política iniciada por Emmanuel Sieyès en el contexto de la Revolución francesa (1789). Este personaje agrega otro contenido a su definición a partir de su

experiencia como asambleísta del Tercer Estado, con la aprobación de un nuevo ordenamiento jurídico que refunda el Estado, al cual denomina Constitución. Dicha tesis es decisiva para comprender que toda Constitución legítima proviene de un poder constituyente legítimo basado en el ejercicio de la voluntad general.

A partir de esta experiencia doctrinaria e histórica, la frase «poder constituyente» designa no solo a la creación o a la fundación del Estado, sino que esta creación supone la aprobación de una constitución como norma fundamental del Estado, y que expresa, a su vez, la voluntad popular. De ahí que, en la actualidad, no sin generar confusión, la doctrina constitucional refiere que el resultado del ejercicio del poder constituyente es la aprobación de una constitución; argumento que luego es utilizado para legitimar el Estado constitucional de derecho, como aquella formación política estatal cuyo pilar normativo es la constitución que, a su vez, es resultado del ejercicio soberano del pueblo, en su función constituyente.

IV. Características

Gran parte de la doctrina constitucional coincide en que las características del poder constituyente son las siguientes: (i) es un poder único; (ii) extraordinario y (iii) ilimitado. Esta tesis, recogida por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N.º 0014-2002-AI/TC, FJ 40, señala que el poder constituyente se caracteriza por tres aspectos:

1. **Poder único.** Ninguna otra forma de organización o poder puede ejercer la función que este desempeña. En consecuencia, es un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en ejercicio de sus atribuciones.
2. **Poder extraordinario.** Las funciones que el poder constituyente ejerce no son permanentes, sino excepcionales, puesto que tan solo se presenta en momentos o circunstancias históricas muy específicas.
3. **Poder ilimitado.** Se asumen todas las facultades, sin que tenga restricciones para elaborar la constitución, salvo las valoraciones sociales dominantes.

Sin embargo, considero que estas características moldeadas por el TC son meramente formales o discursivas; pues, en las actuales relaciones jurídicas internas y externas, ningún poder —aun el constituyente— es ilimitado.

Justamente una de las limitaciones son aquellas valoraciones sociales e históricas dominantes en la sociedad y que han dado forma a cierta identidad en la organización política, moldeado al Estado y al ejercicio del poder. Se trata

de valoraciones políticas y sociales que sirven de justificación para que el poder constituyente sea convocado y justificado; es decir, la soberanía popular que se expresa en la democracia.

Un poder constituyente que se instaure para organizar un Estado autoritario o teocrático rompería con la valoración histórica de la identidad democrática del Estado. Asimismo, un poder constituyente que organice un Estado que desintegre el modelo republicano de gobierno —el cual rompe la división de poderes, los derechos fundamentales, etc.—estaría violentando contenidos materiales de la identidad política, social e histórica fundacional del Estado.

Asimismo, no es concebible un dominio ilimitado del poder constituyente en un contexto del mundo globalizado, en donde el derecho internacional en auge ha fortalecido la comunidad internacional y el impacto de los tratados en el área de los derechos humanos y en el orden jurídico interno ha originado el desarrollo de un orden jurídico internacional más justo. Un poder constituyente que organice un Estado y dicte una constitución que desconozca los acuerdos y los pactos internacionales que el Estado fenecido ha suscrito y ratificado transgrediría el orden internacional haciendo que el Estado que resultase de aquel poder constituyente sea inviable.

Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del cual el Perú es parte, prescribe en su art. 27 que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Sería inconcebible, entonces, que una constitución que resulte del poder constituyente desconozca los tratados limítrofes con los demás Estados, y que desconozca los tratados de derechos humanos o las obligaciones que ha asumido en el ámbito internacional (Sagües, 2007).

En cuanto a la justicia transnacional de los derechos humanos y la Corte Internacional de La Haya, también han establecido obligaciones inquebrantables en sendas sentencias, donde, por ejemplo, el Perú ha sido parte litigante.

Por ello, considero que, si bien es la expresión soberana del pueblo de autodeterminarse, el poder constituyente no es absoluto ni ilimitado.

V. Tipología del poder constituyente

El desarrollo histórico de las sociedades en el ámbito global ha tenido diversas manifestaciones al configurar su organización política, proceso de desarrollo que tuvo su coronación con la organización y constitución del Estado como expresión más completa de la organización del poder político. Sin embargo,

este proceso se ha manifestado en las regiones del mundo en forma distinta; por ejemplo, en Europa ha tenido un desenlace constante en la formación de los Estados a partir del desarrollo de las tribus, ciudades estado, reinos, principados, imperios y, finalmente, repúblicas y monarquías constitucionales, no sin considerar las revoluciones y guerras internas que conllevó a este proceso, y que dieron lugar al Estado francés, inglés, alemán, entre otros.

En el continente americano, el proceso de generación del Estado tuvo como contexto las revoluciones internas con la finalidad de romper el dominio colonial y constituirse como Estados independientes. Así lo hizo Estados Unidos, y todos los Estados de Centro y América del Sur.

Ha sido necesario señalar ese contexto para poder ubicar la tipología del poder constituyente como expresión de la voluntad popular para constituir el Estado y su ordenamiento fundamental, la constitución. En ese sentido, se reconocen hasta 3 modalidades de poder constituyente.

5.1. El poder constitucional originario fundacional

Se refiere “a la fuerza social que es capaz de cohesionar y dominar en una colectividad, dando lugar al nacimiento de un Estado allí donde no ha existido éste [sic]. Es decir, nos estamos refiriendo al origen histórico del Estado” (Orbegoso, 1995, pp. 250-251).

En ese sentido, el poder constituyente originario fundacional que da lugar a un Estado es un proceso histórico. Lo podemos explicar en el surgimiento y consolidación de los Estados europeos, como el proceso del surgimiento de tribus, hordas, imperios, reinados y principados, Estado absoluto, Estado de derecho y, finalmente, Estado constitucional del derecho, dando lugar a repúblicas o monarquías constitucionales; proceso donde, existiendo un Estado, la soberanía popular establece una constitución, adoptando generalmente una determinada forma de gobierno, derechos, deberes y la separación de funciones.

En cambio, en el continente americano, el proceso constituyente fundacional de los Estados fue interrumpido por la invasión española y portuguesa en el sur del continente e inglesa y francesa en el centro y norte; proceso que fue reanudado con las guerras anticoloniales y que dan origen a los Estados independientes, tales como Estados Unidos, Venezuela, Perú, Argentina, Chile, entre otros. Dichos procesos constituyentes, a su vez, dan origen a la Constitución como norma jurídica fundamental. En el caso peruano, el poder constituyente originario fundacional se concretiza, después de un largo proceso de conflicto social y militar, en el Congreso Constituyente y Constitución de 1822 y de 1828.

La historia ha evidenciado ciertas excepciones a la creación histórica de los Estados como proceso histórico. Por ejemplo, la creación del Estado del Vaticano por un tratado llamado Pactos de Letrán en 1929. La decisión de la ONU (1947) de crear Israel fue un acto de un organismo internacional de generar un nuevo Estado, reconociendo a su gobierno, territorio y leyes. La creación de Yugoslavia, como federación de Estados y su posterior disolución. Lo mismo se podría afirmar de la ex poderosa Unión Soviética y su posterior disolución (1989-1991) dando origen a quince Estados independientes (Rusia, Azerbaiyán, Ucrania, Bielorrusia, Lituania, Letonia, Estonia, Armenia, Moldavia, Georgia, Kirguistán, Turkmenistán). El poder constituyente fundacional también está relacionado con los procesos de secesión y de conformación de federación de estados.

5.2. Poder constituyente originario continuo

El poder constituyente fundacional no se agota al momento de crear por primera vez al Estado y al darse su primera constitución. Este poder soberano se mantiene latente para siempre, es innato al pueblo soberano originario y se manifiesta cuando el pueblo, en ejercicio de su poder constituyente, le otorga a un órgano —llámese asamblea o congreso—, la función de redactar una nueva Constitución o modificarla sustancialmente.

Existen, en la doctrina, posturas controversiales que plantean que este poder constituyente originario continuo se encuentra ya regulado en la propia Constitución, y se ejercita a través del congreso pues así la propia norma fundamental lo ha establecido. Este sector de la doctrina, sobre todo europea, sostiene que el poder constituyente puede quedar subsumido en la constitución. Ello, en nuestra opinión, supondría la absoluta equiparación entre poder constituyente y poder de revisión que es ejercido por un poder constituido, que es limitado, subsunción que equivaldría a privar al pueblo del ejercicio de su soberanía, y supondría, al mismo tiempo, que indebidamente, por vía constitucional, se consagre el poder ilimitado de los congresistas, lo que supondría una abierta transgresión al principio democrático de la soberanía popular (Peralta, 2007).

5.3. El poder constituyente derivado o constituido

Llamado poder de revisión de la Constitución, se traduce en la competencia reformadora que ostenta el poder constituido que, en la mayoría de constituciones, lo ejerce el congreso o la asamblea nacional. El poder constituyente derivado suele estar limitado bajo los procedimientos que la propia constitución establece para que su contenido se pueda reformar.

Por ejemplo, en el caso peruano, la Constitución vigente establece en su artículo 206 que toda reforma de la misma requiere la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ser ratificada mediante *referendum*. Este requisito se puede omitir cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaciones sucesivas; en cada caso con el voto afirmativo de las dos terceras partes del número legal, al menos 87 congresistas. Asimismo, el artículo 33 establece que se puede someter a *referendum* la reforma total o parcial de la constitución.

5.4. El poder constituyente de facto o supuesto

Si el poder constituyente es la manifestación de la soberanía popular para crear el Estado y su ordenamiento jurídico fundamental (la Constitución), hay Estados que ostentaron constituciones que no fueron resultado de un poder constituyente, sino de una imposición o de un poder exterior al propio Estado que se ha constituido, lo que Sagúes (2007) denomina “poder constituyente externo” (p. 65). Como evidencias de esta situación, se puede citar a la Constitución de Canadá del año 1867, de Australia de 1901, de Sudáfrica de 1909 —aprobadas todas ellas por el parlamento británico— y la segunda Constitución de Japón de 1947 (impuesta por los Estados Unidos al derrotar militarmente al imperio japonés).

En el caso peruano, los ejemplos de este supuesto poder constituyente se ven reflejados en la mayoría de constituciones aprobadas a lo largo de nuestra historia, como el Estado independiente. Incluso la propia Constitución de 1993 fue severamente cuestionada, pues fue resultado de un congreso constituyente y de un *referendum* poco transparente en la aprobación y promulgación de la norma fundamental (Ponce, 2020), y que posteriormente el propio Tribunal Constitucional (poder constituido) paradójicamente le otorgó legitimidad. Ver Sentencia recaída en el Exp. N.º 0014-2003-AI/TC.

5.5. Poder constituyente y poder constituido

Si el poder constituyente aprueba la Constitución formalizando la creación del Estado con su estructura política administrativa, los derechos y los deberes de los ciudadanos, otorgándoles a ellos ciertos poderes y funciones, entonces a estos órganos que ejercitan el poder político inmediato (gobierno y congreso) y potestades (tribunales) otorgados por la propia constitución, se les denomina «poderes constituidos» y están subordinados a lo que la Constitución, por mandado soberano, les ha establecido.

VI. Poder constituyente y Constitución

Cuando Sieyès (1789) difunde su teoría del poder constituyente, en su libro *¿Qué es el Tercer Estado?*, es congruente al afirmar que la función constituyente del pueblo soberano se concretiza con la aprobación de una Constitución, esta es la “normación” que el pueblo se da a sí mismo. Textualmente afirma:

El acto constituyente es un hecho que realiza el pueblo; el poder constituyente es aptitud y cualidad de la función perteneciente al pueblo; la Constitución es una normación institucional que se da el pueblo así mismo. El acto constituyente es voluntad política; poder constituyente es la función que corresponde al titular de esa voluntad; la Constitución es la voluntad jurídica en la que esa voluntad jurídica se convierte al adquirir el carácter normativo. Estos tres elementos o aspectos son imprescindibles. No es admisible la falta de ausencia de alguno de ellos en la formación del Estado de Derecho tal como hoy lo concebimos. (p. 87)

En una de sus peticiones redactadas en su libro y que fue pólvora para la revolución que se avecinaba, dice:

Que los Estados Generales voten, no por órdenes, sino por cabeza (...) Ruego que se fije la atención en la diferencia enorme que hay entre la asamblea del Tercer Estado y la de los otros ordenes (la nobleza y el clero). La primera representa a veinticinco millones de hombres y delibera sobre el interés de la nación. Las otras dos, aun cuando se reunieran, no tienen poderes sino de unos doscientos mil individuos y no piensan sino en sus privilegios. (p. 81)

Con estas palabras, Sieyès (1789) coronaba la concepción de la filosofía política democrática de sostener que el pueblo soberano, quien ejerciendo su voluntad o poder constituyente, se da a sí mismo una constitución. A partir de esta formulación, el poder constituyente otorga legitimidad a una constitución, pero no a cualquier constitución, sino solo aquella que es resultado de la voluntad soberana del pueblo, de manera que ejerce su poder constituyente.

Por tanto, la Constitución queda ligada al poder constituyente que origina que el Estado tenga como fuente de su organización, estructuración, la voluntad general de la población, del pueblo —como diría Sieyès— quien vota y elige por cabeza, por ciudadano, a un sistema político: la democracia. En esa concepción, la constitución resulta de un proceso democrático, por el cual se expresa el poder constituyente del pueblo soberano.

VII. Poder constituyente en el Perú

La tipología del poder constituyente, que la doctrina ha identificado, se ha manifestado en el Perú como parte del largo y sinuoso proceso de construcción del Estado.

El poder constituyente originario fundacional, aquella capacidad y voluntad que el pueblo tiene para conformar un Estado con su propio ordenamiento jurídico, a lo que unos llaman soberanía y que no es otra cosa que el poder de autodeterminación del pueblo, se va construyendo a través de un proceso histórico, donde el pueblo forma sus vanguardias, sus líderes. Estos últimos asumen posturas, liderazgos y propuestas que van gestando una conciencia colectiva sobre la posibilidad y la factibilidad de construirse con una sociedad política soberana, como Estado o, en todo caso, Estado independiente.

Este proceso, de poder constituyente, se gesta en el Perú a través de los procesos revolucionarios independentistas de acumulación de fuerzas. En su inicio, es liderado por la rebelión de Santos Atahualpa (1742), la revolución de Tupac Amaru (1780), de Tupac Katari (1781), de Francisco de Zela (1811), de los Hermanos Pumacahua (1815), de Juana Azurduy (1815-20) en el Alto Perú, y se corona con la declaración formal de independencia en 1821 y las victorias militares de Junín y Ayacucho (1824), y cuyo resultado fueron las Constituciones de 1822, Bases de la Constitución, y la 1828, “la madre de todas nuestras Constituciones” (Villarán, citado por García, 2016, p. 27). En este proceso fundacional del Estado peruano, dos enfoques o modelos político-estatales se presentan y entran en pugna: el modelo republicano de Estado y el modelo monárquico constitucional; el primero fue sostenido por Simón Bolívar y el segundo, por José de San Martín. Esto es muy importante para contextualizar lo que venimos hablando sobre la lealtad republicana, el planteamiento central que cimenta el modelo constitucional histórico del Perú; es decir, el republicanismo, sus límites y posibilidades, a pesar del pesimismo que originó el caos y la anarquía en la gobernabilidad del Perú en sus inicios, tal como denuncia el constitucionalista Pareja Paz-Soldán en su *Semblanzas de la República Peruana* (1963).

Este poder constituyente originario se ha manifestado de forma permanente (poder constituyente continuo) en diversos momentos históricos donde se han convocado y realizado sendas asambleas y congresos constituyentes, los cuales han traído como resultado diversas constituciones.

De igual modo, el poder constituyente derivado se viene manifestando con las diversas modificaciones y reformas constitucionales que ha tenido esta Constitución vigente (1993), y que, conforme a las reglas y procedimientos estableci-

dos en el artículo 206 de la misma, se han realizado. Sin embargo, es inadmisibles para la teoría del poder constituyente —como expresión soberana del pueblo peruano— que el Congreso actual pretenda cambiar sustancialmente el orden constitucional proponiendo modificar más de 60 artículos de la Constitución, tratando de modificar la estructura del congreso, limitar los poderes del presidente de la república, de los órganos autónomos electorales (Jurado Nacional de Elecciones, ONPE) de la Contraloría General de la República, entre otros. Esto supone un desconocimiento del principio democrático de la soberanía popular y una abierta usurpación de las facultades constituyentes del pueblo peruano.

No obstante, en la historia constitucional peruana también se han manifestado poderes constituyentes ilegítimos, *de facto*, impuestos por la fuerza arbitraria de las armas y la exclusión de las grandes mayorías. En una apreciación dura, pero podemos afirmar que la mayoría de constituciones peruanas han sido resultado de estos poderes *de facto*; de ahí que estas cartas han tenido poca trascendencia y permanencia en el tiempo, pues carecían de legitimidad y se imponían sin respetar la voluntad y la decisión popular. Esta ilegitimidad podría explicar el gran número de constituciones con que cuenta la historia política peruana.

VIII. Momento constituyente y decisionismo

En la teoría política, se plantea la siguiente discusión: si bien el poder constituyente reside en el pueblo y es permanente, entonces la pregunta inmediata es cuándo, en qué circunstancia este poder se expresa y, por tanto, se debería convocar a una asamblea constituyente para que elabore y apruebe una nueva constitución.

Nosotros consideramos que el momento constituyente se manifiesta cuando no existe otra posibilidad social, política e incluso militar, para asegurar la gobernanza y la viabilidad del Estado, que convocar a una asamblea/convención constituyente para que el pueblo, a través de sus representantes, exprese su voluntad constituyente, elaborando y aprobando una nueva constitución.

Esta primera postura, que comparto, entiende que el momento constituyente expresa una coyuntura política-social, donde “los de arriba no pueden gobernar y los de abajo no aceptan sus directrices”. Esta coyuntura es el resultado de una amplia y democrática acumulación de movimientos cívicos, sociales y políticos, en donde la fuerza social exige una nueva constitución; es decir, como resultado de un proceso de acumulación de fuerzas sociales, fuera, incluso, del ordenamiento jurídico vigente, pues es el que está siendo severamente cuestionado.

En cambio, otros afirman que el momento constituyente se expresa en una decisión política de los que ejercen el poder, quienes, autoproclamándose soberanos, convocan a una asamblea constituyente, utilizando incluso los propios procedimientos constitucionales que están previstos, o sus propias directrices. La paradoja es que el poder constituyente se convoca empleando el procedimiento del poder constituido, incluso de los propios factores de poder dominantes. Este decisionismo invoca la tesis de Shmitt (2004) para justificar que incluso cualquier gobernante, si le favorece la correlación política de fuerzas, puede convocar a una nueva constitución sin considerar la voluntad popular. Asimismo, hay evidencia histórica que prueba que varias constituciones surgen por la decisión o voluntad política de quien ejerce en aquella coyuntura el poder político, sean estos gobernantes cuyos cargos hayan sido asumidos por elecciones o golpes de estado.

IX. Poder constituyente y lealtad republicana

En la ciencia política, así como en la teoría del derecho constitucional, se utiliza un término esencial para comprender la postura sobre el proceso constituyente. Este concepto es muy pertinente en esa coyuntura político-constitucional que se ha abierto en el Perú.

Cabe mencionar que la lealtad, aquel sentimiento de respeto y apego a los principios, a los compromisos establecidos con alguien, se puede establecer y manifestar en la esfera de las relaciones privadas y públicas de las personas. Somos leales a nuestra esposa o esposo, a nuestros hijos, a la familia, a nuestros amigos, leales con los compromisos y principios que con ellos hemos establecido. Somos leales a nuestra sociedad, a nuestro país o patria que nos ha visto nacer, crecer y con el cual hemos asumido compromisos mutuos, de pertenencia (nacionalidad), de protección y defensa (derechos, deberes y garantías).

Pues bien, la lealtad republicana se refiere a este respeto y apego que, como ciudadanos peruanos, hemos asumido con relación a la sociedad política que hemos construido a lo largo de los 200 años de independencia, compromiso que nos proyecta a construirlo como un Estado moderno, constitucional y democrático. En ese sentido, la lealtad es “percibida como lealtad a la comunidad política de la que formamos parte, es decir, aquella adhesión afectiva, emotiva, prudencial o racional al grupo al que se pertenece, y que acarrea solidaridad y correspondencia” (Anchustegui, 2013, p. 168).

La lealtad republicana que supone el cumplimiento de nuestro deber de defensa de la naturaleza originaria de nuestra comunidad cívica es la república, donde todos podemos asumir la responsabilidad de compartir y ejercer cargos

públicos. República en donde la libertad y la democracia son la forma de nuestra propia existencia como ciudadanos, de manera que participamos, sin sujeción, en los asuntos públicos reconociendo la postura de la mayoría y respetando a la minoría; consagrada con división de poderes, con la garantía del ejercicio de los deberes y en donde los derechos fundamentales encuentran en esta división de la función del poder, formas de control y autocontrol; nacida en la diversidad y en el encuentro plural de las diversas nacionalidades culturas y cosmovisiones pilares de un pasado milenario; que asume el compromiso de la batalla permanente por construir ciudadanos virtuosos, patriotas preocupados por la realización del bien común, incluso como parte de su satisfacción material de sus intereses, y que, comprometida con las satisfacciones de los derechos sociales y la utilización correcta de los bienes y presupuestos públicos, desecha la corrupción y la mala práctica gubernamental.

Entonces, cuando hablamos de lealtad republicana nos referimos al sentimiento de apego, respeto y compromiso con aquellos postulados que hemos mencionado y que hemos asumido en el acto fundacional del Estado peruano. Dicho de otra manera, la lealtad republicana supone la defensa y compromiso con el modelo republicano que hemos asumido históricamente y para el futuro con el Perú, nuestra patria, nuestra sociedad política.

De ahí que, la discusión política nacional sobre una nueva constitución para el Perú pasa necesariamente sobre la viabilidad material (social) de una convocatoria para que el pueblo, en uso de su soberanía, ejercita su poder constituyente. Sin embargo, esta posibilidad material debe acompañarse del compromiso de los convocantes y los participantes de este proceso, de reforzar y promover la idea de defender; en ese tránsito, la lealtad republicana, en el caso del Perú, es una lealtad histórica surgida en el propio proceso fundacional del Perú, como país independiente.

Por tanto, el modelo constitucional que se planté en esta futura constituyente debe guardar congruencia con esta lealtad republicana; es decir, una constitución que refuerce la democracia como sistema de gobierno, la división de poderes, el respeto y garantía de los derechos constitucionales, incluyendo los derechos de la naturaleza, el equilibrio y control de poderes; además, la transparencia en la información y la debida regulación de la economía protegiendo el interés social.

La lealtad supone exponer argumentos por tales compromisos, así como, históricamente, ha supuesto la defensa material de aquellos compromisos. Una constitución nueva, como diría el Tribunal Constitucional, es algo distinta, pero toma en cuenta sus antecedentes (Exp. N.º 0014.2002-AI/TC).

X. Conclusiones

Entonces, la reflexión sobre el poder constituyente para una nueva constitución que respete nuestra lealtad republicana supondría:

- Conocer y comprender la teoría del poder constituyente, pues es básico para explicar la conformación de los Estados modernos y su regulación jurídica fundamental y su Constitución.
- Las fuentes históricas de la teoría del poder constituyente lo podemos situar en el proceso de creación de los Estados americanos y en la Revolución Francesa del S. XIX.
- La tipología del poder constituyente se encuentra en el concepto de poder constituyente originario fundacional, poder constituyente originado permanente y poder constituyente derivado.
- La lealtad republicana, al ser un sentimiento de empatía con la patria, se sustenta en la afirmación de las fuentes históricas de creación del Estado peruano y la aprobación de sus constituciones originarias.
- La lealtad republicana supone que, ante la posibilidad material de una nueva constitución, se afirme la identidad republicana del surgimiento del Perú como Estado independiente, la división de poderes, el catálogo de los derechos humanos, el reconocimiento que somos un Estado pluricultural y el rol social del Estado.
- La lealtad republicana supone la defensa de un Estado multicultural, como reconocimiento a la base material social, la existencia de diversidad cultural y de cosmovisiones y su participación en la construcción del Estado constitucional.
- La lealtad republicana supone el fortalecimiento de los derechos políticos de participación, de fiscalización por parte de los ciudadanos del uso y consumo de los recursos públicos.

XI. Referencias

- Anchustegui, E. (2013). *El Tiempo de la filosofía política*. Grijley.
- Arisemendi, A. y Caballero, J. (2003). *El Derecho Público a comienzo del Siglo XXI* (t.1). Editorial Civitas.
- Bidar, G. (2000). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. (t.1). Ediar.

- Carbonell, M. (2012). *En los orígenes del Estado Constitucional: la Declaración Francesa de 1789*. Editorial UIGV.
- Biscaretti, P. (1984). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- García, D. (2016). *Las Constituciones del Perú*. JNE.
- Gonzales, M. (2013). *Derecho Constitucional General*. Editorial Universitaria.
- Luna, A. (2004). *Las ficciones del Derecho. En el discurso de los juristas y en el Sistema del ordenamiento*. Academia de la Jurisprudencia.
- Orbegoso, S. (1995). *Historia y Constitución: Temas Polémicos*. Ediciones Vallejanas.
- Orestes, H. (2001). *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. Fondo de Cultura Económica.
- Masías, F. (2019). *Breve Nociones de la Ciencias Constitucional*. CEC TC
- Naranjo, V. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Themis.
- Pareja, J. (1963). *Derecho Constitucional Peruano*. Ediciones del Sol.
- Peralta, R. (2007). Sobre el Poder Constituyente y la rigidez constitucional. *Pen-samiento Constitucional*, 12(12), 377-400. Fondo Editorial PUCP.
- Ponce, G. (2020). *La Constitución Antidemocrática*. Zela.
- Sagues, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Sieyès, E.-J. (1789). *¿Qué es el Tercer Estado?*. Clásicos de Historia N.º 183.

El proceso constitucional de *habeas data* y la tutela del derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

The constitutional process of *habeas data* and the protection of the right of access to public information in the jurisprudence of the Constitutional Court

QUISPE PONCE, Marfa Candelaria(*)

SUMARIO: I. Introducción: incorporación del proceso de *habeas data* en la Constitución de 1993 y su ámbito de protección. II. El proceso constitucional de *habeas data*: primer nivel de protección judicial del derecho de acceso a la información pública. 2.1. Nivel precontencioso. 2.2. Primer nivel de protección judicial. 2.3. Segundo nivel de protección judicial. III. Los actos lesivos en el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. 3.1. Denegatoria a entregar información de carácter público. 3.2. El silencio o la respuesta incompleta o alterada proporcionada por una entidad pública. 3.2. El

(*) Doctora *cum laude* en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Presidencia del Gobierno de España. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente principal de la Academia de la Magistratura y docente de pre y postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Directora Académica del Centro de Estudios Constitucionales.

costo excesivo de las tasas por la reproducción de la información. **IV.** Sujetos legitimados en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. **4.1.** Sujetos con legitimidad activa. **4.2.** Sujetos con legitimidad para obrar pasiva. **V.** Los costos en el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. **VI.** Conclusiones. **VII.** Referencias.

Resumen: En el artículo analiza el *habeas data* como proceso constitucional, precisando sus antecedentes históricos en el marco de la legislación internacional de los países latinoamericanos, y se pone énfasis en la legislación constitucional peruana. Asimismo, trata sobre los derechos protegidos por el *habeas data* y los actos lesivos que, sobre estos derechos, se pueden configurar. En otro contenido, se refiere a los titulares de los derechos que protegen este proceso. El artículo concluye que el *habeas data* es una herramienta eficaz con la que cuenta la ciudadanía para contribuir a la consolidación de una buena administración pública. Sin embargo, tal como refiere el Tribunal Constitucional peruano, en algunos casos se utiliza como un medio para lucrar con los costos procesales. En estos supuestos, el mencionado Tribunal ha decidido declarar fundada la demanda, sin el pago de costos.

Palabras clave: *habeas data*, acceso a la información pública, costos del proceso

Abstract: *The article analyzes the habeas data, as a constitutional process, specifying its historical background in the framework of international legislation of Latin American countries, emphasizing Peruvian constitutional legislation. It also deals with the rights protected by Habeas data and the harmful acts that can be configured on these rights. In other content, it refers to the holders of the rights protected by this process. The article concludes by affirming that Habeas Data is an effective tool available to citizens to contribute to the consolidation of good public administration. However, as reported by the Peruvian Constitutional Court, in some cases it is used as a means to profit from procedural costs. In these cases, the aforementioned Court has decided to declare the claim well founded, without the payment of costs.*

Keywords: *habeas data, access to public information, costs of the process*

I. Introducción: incorporación del proceso de *habeas data* en la Constitución de 1993 y su ámbito de protección

La incorporación del proceso constitucional de *habeas data* en las cartas fundamentales de los países de América del Sur se produjo, fundamentalmente, hacia las dos últimas décadas del siglo XX. Fue la Constitución de Política de la República Federativa de Brasil de 1988 la primera en incorporar este proceso de forma explícita en su artículo 5, inciso LXXII, que preceptuaba:

Se concederá *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.

La segunda carta fundamental en incorporar este proceso fue la Constitución de la República del Paraguay de 1992, que en su artículo 135, titulado «Del Hábeas Data», señalaba lo siguiente:

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectarían ilegítimamente sus derechos.

A tenor de las precitadas disposiciones constitucionales, se puede advertir que tanto en la Constitución de Brasil como en la carta fundamental de Paraguay el proceso constitucional de *habeas data* fue destinado a tutelar un derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa. En ese entendido, fue la Constitución Política del Perú de 1993 la primera en incorporar el proceso constitucional de *habeas data* con un ámbito de protección amplio, en el que se contempla también el derecho de acceso a la información pública.

Si revisamos el diario de debates del Congreso Constituyente democrático, advertiremos que la incorporación de este proceso constitucional no fue ciertamente pacífica. En efecto, los miembros del Congreso Constituyente encargados de redactar la Constitución peruana de 1993 sostuvieron una importante discusión que, a efectos pedagógicos, podría sintetizarse en tres posiciones: i) una posición a favor de la incorporación del proceso de *habeas data* en la Constitución; ii) una posición en contra de tal incorporación, y iii) una posición que la consideraba innecesaria, ya que el ámbito de protección al que estaba destinado este proceso ya estaría tutelado por el proceso constitucional de amparo.

(i) La posición a favor fue principalmente sostenida por el constituyente Carlos Torres y Torres Lara, quien fue el principal impulsor a favor de la incorporación del *habeas data* en la Constitución. Al respecto, el constituyente sostendría lo siguiente:

Dijimos desde el inicio del debate constitucional que nuestra sociedad vive una profunda división étnica, social, racial y cultural. Igualmente,

señalamos que para superar esa gran división uno de los problemas fundamentales se llama la información.

Porque la información es la riqueza actual y la riqueza del futuro, quien tiene la información, tiene el poder [...].

Por eso se incorpora el *habeas data* como un instrumento [...] para exigir —y esto es una novedad en el mundo— que las autoridades administrativas provean de la información necesaria a los ciudadanos (Diario de Debates, p. 1967)

Como se puede apreciar, el argumento central del constituyente reside en la importancia de la información como instrumento para controlar el poder. Ciertamente, el proceso de *habeas data* cumple una función determinante para fiscalizar la actuación de la administración pública y evitar el abuso y la arbitrariedad, que muchas veces pueden traducirse en el uso irregular de los recursos del Estado. Asimismo, es una de las herramientas más importantes que tiene la ciudadanía para conocer y supervisar la actuación de las entidades públicas, y participar efectivamente en la formación de las decisiones públicas (Vega, 2016).

(ii) La posición en contra de la incorporación del proceso de *habeas data* en la Constitución fue defendida, principalmente, por representantes del Partido Popular Cristiano y del Frente Independiente Moralizador, quienes consideraban que este proceso constitucional podría usarse indebidamente para restringir las libertades de expresión e información. La intervención del constituyente Xavier Barrón Cabrerós da cuenta de esta preocupación:

Señor Presidente, y por su intermedio a la Comisión principal, expreso que esta institución es sumamente peligrosa y creo que, en tanto no se reglamente o explique debidamente, debería ser sabiamente retirada del texto, dejándose en todo caso, y si es que se pretende de todas maneras plasmar el *habeas data*, restringida exclusivamente a la obtención de información, siempre y cuando no se entienda que con esto se le puede pedir a cualquier periodista que exhiba sus fuentes que, como todos sabemos, es parte fundamental de la libertad de prensa [...]. (Diario de Debates, p. 2001)

Esta segunda posición se inspira centralmente en la protección de la libertad de prensa, un tema que resultaba especialmente sensible debido a que, en diversos países de la Región de América Latina y en el Perú, se venían atravesando por periodos de autoritarismo.

(iii) Finalmente, quienes sostienen la tercera posición argumentan que resulta innecesaria la incorporación del proceso de *habeas data* en la Constitución peruana, ya que el ámbito de protección al que está destinado ya se

encuentra tutelado por el proceso de amparo. Esta posición es asumida por el constituyente Enrique Chirinos Soto:

Éste es un preciosismo de la mayoría para traernos el *habeas data*, que es el amparo, porque el amparo procede contra todo lo que no es la libertad individual. Lo han tomado de la Constitución brasileña, pero no les voy a hacer cuestión: cásenle con su *habeas data*, y no en el derecho constitucional. (Diario de Debates, p. 1738)

A pesar de estos importantes desacuerdos, la propuesta fue aprobada y el proceso de *habeas data* fue finalmente incorporado en la Constitución de 1993, con un ámbito de protección amplio. En efecto, primigeniamente el artículo 200, inciso 3, la carta fundamental preceptuaba que son garantías constitucionales:

La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2, incisos 5), 6) y 7) de la Constitución.

La amplitud del ámbito de protección del proceso de *habeas data* recibió importantes críticas. Se cuestionaba la extensión de los derechos que tutelaba, situación que, como pone de relieve Eguiguren (1997), a juicio de sus críticos, supondría la desnaturalización de este proceso constitucional.

Las críticas tomaron fuerza y consiguieron que, en junio de 1995, se promulgara la Ley N.º 26470, que modifica el artículo 200, inciso 3 de la Constitución, referente a los derechos que tutela el proceso de *habeas data*. Se suprimió de su ámbito de protección el derecho al honor y a la buena reputación, regulado por el artículo 2, inciso 7, de la Constitución, dejando como resultado la fórmula que se encuentra redactada actualmente en la Constitución, artículo 200, inciso 3, son garantías constitucionales:

La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2, incisos 5) y 6) de la Constitución.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 hasta la actualidad, el proceso constitucional de *habeas data* ha sido regulado por tres cuerpos normativos.

En primer lugar, por la Ley N.º 26301, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 1994. Esta norma reguló el trámite del proceso constitucional de *habeas data* por una década, pese a que la propia ley destacara su carácter transitorio, lo cierto es que estuvo vigente hasta febrero de 2005.

En segundo lugar, por el Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004 —vigente, de conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, después de seis meses contados a partir de la fecha de su publicación, es decir, desde diciembre de 2004—. Este cuerpo normativo regula los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3, de la Constitución. Se le destina, asimismo, un Título (el título cuarto) que comprende 5 artículos (del 61 al 65) agrupados bajo la denominación *Proceso de Hábeas Data*, que regulan los derechos protegidos (artículo 61), el requisito especial de la demanda (artículo 62), la ejecución anticipada (artículo 63), la acumulación (artículo 64), y las normas aplicables (artículo 65).

En tercer lugar, por el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N.º 31307, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021. Este cuerpo normativo que —al igual que su antecesor Código— regula los procesos constitucionales entre los que se encuentran el *habeas data*, preceptúa que son fines de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos. Si bien, al igual que su predecesor, destina el Título IV a la regulación del *habeas data*, el número de artículos se amplía sustancialmente, de 5 artículos pasa ahora a 12 artículos divididos en tres capítulos: (i) el primer capítulo, que regula las disposiciones generales, está compuesto por 6 artículos; (ii) el segundo capítulo, que regula los derechos protegidos, comprende un artículo, y (iii) el tercer capítulo, que regula el procedimiento, se compone de 5 artículos.

Para finalizar esta introducción, me gustaría destacar el ámbito de protección del proceso constitucional de *habeas data* regulado por el Nuevo Código Procesal Constitucional. Cuerpo normativo que, en su artículo 59, bajo la denominación: «Derechos protegidos», preceptúa lo siguiente:

El *habeas data* procede en defensa del derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución.

La precitada disposición constitucional establece que toda persona tiene derecho:

A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional [...]. (CPP artículo 2, inciso 5)

El *habeas data* «**también procede** en defensa del derecho a la autodeterminación informativa», enunciativamente enumera 14 modalidades. Entre las que se podría destacar: reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no; conocer y supervisar la forma en que la información personal viene siendo utilizada y, entre otras, modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa [...]. (NCPC, artículo 59)

En suma, el proceso constitucional de *habeas data* protege dos derechos fundamentales sumamente importantes en el marco del Estado constitucional: (i) el derecho a la autodeterminación informativa, recogido en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución, y (ii) el derecho de acceso a la información pública, regulado en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución. Este artículo se centra en el análisis del proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho fundamental de acceso a la información pública. Derecho que, a juicio del Tribunal Constitucional es:

Consustancial al régimen democrático, que reposa en la soberanía del pueblo y el respeto de la dignidad de las personas. Sin la efectiva vigencia de este derecho, no solo puede verse afectado el proyecto de vida o el interés individual de la persona a quien se le denegó la información, sino a la sociedad en su conjunto, puesto que no tendría forma de ejercer la fiscalización de la actividad administrativa del Estado. (STC N.º 04912-2008-PHD/TC, fundamento 3)

Desde esta óptica, el objetivo del presente artículo es analizar el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para ello, se estructura en cinco partes. La primera, introductoria, analiza la incorporación del proceso de *habeas data* en la constitución de 1993 y su ámbito de protección. La segunda se centra en el proceso constitucional de *habeas data* como primer nivel de protección judicial del derecho de acceso a la información pública. La tercera analiza los actos lesivos en el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. La cuarta aborda el tema de los sujetos legitimados en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. La quinta examina los costos en el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública.

II. El proceso constitucional de *habeas data*: primer nivel de protección judicial del derecho de acceso a la información pública

En el ordenamiento jurídico peruano, el proceso constitucional de *habeas data* constituye el primer nivel de protección judicial del derecho de acceso a la información pública. Ciertamente, este importante derecho tiene una tutela multinivel: el nivel precontencioso o administrativo, en el que el máximo órgano de control es el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; el nivel constitucional o primer nivel judicial, en el que el órgano supremo de control es el Tribunal Constitucional, y el nivel supranacional o segundo nivel de protección judicial, en el que el máximo órgano de control es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Enseguida hacemos una breve referencia de cada uno de estos niveles de protección.

2.1. Nivel precontencioso

Se sitúa el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información pública (TTAIP), órgano resolutorio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con dependencia administrativa del Despacho Ministerial e independencia funcional, encargado de resolver en la última instancia administrativa las controversias que se susciten vinculadas a la transparencia y al derecho al acceso a la información pública a nivel nacional (TTAIP, Memoria Anual 2020). Fue creado el 17 de enero del 2017 mediante el Decreto Legislativo N.º 1353, pero inició sus funciones el 20 de diciembre de 2018. Actualmente, cuenta con dos salas, cada una conformada por tres vocales.

El TTAIP tiene la función de garantizar el cumplimiento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que desarrolla el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública. Bajo esta premisa, ha resuelto, en última instancia administrativa, casos trascendentales y de coyuntura. A título de ejemplo se pueden citar dos casos.

Primero, la solicitud de información que presentó el abogado Ronald Gamarra con el objeto de que se le brinden todos los correos electrónicos recibidos por el entonces presidente, Manuel Merino de Lama, a su cuenta de correo electrónico, incluyendo los correos que traten sobre la actuación del Ministerio del Interior y de la Policía Nacional del Perú⁽¹⁾. Esto último ocurrió en el marco de

(1) Resolución N.º 000184-2021-JUS/TTAIP-Primera Sala

las marchas nacionales por la vacancia del expresidente Vizcarra, en que lamentablemente fallecieron dos jóvenes, según se indicó, por enfrentamientos con la policía. Al respecto, mediante resolución del 5 de febrero del 2021, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública declaró fundado el recurso y ordenó la entrega de la información solicitada (Resolución N.º 000184-2021-JUS/TTAIP-Primera Sala).

El segundo caso de relevancia es el seguido por el señor Daniel Yovera contra el Ministerio de Salud, en el que solicitaba información detallada sobre la compra de las vacunas *Sinopharm*, que fue en un momento cuestionada por distintos medios debido a su supuesta poca efectividad contra la covid-19. El Ministerio de Salud contestó la solicitud indicando que dicha información estaba protegida por el secreto comercial; sin embargo, el TTAIP interpretó mediante resolución del 24 de marzo del 2021 que los documentos requeridos por el solicitante eran de acceso público, más aún al estar vinculadas a la salud de todos los ciudadanos (Resolución N.º 000564-2021-JUS/TTAIP-Primera Sala).

2.2. Primer nivel de protección judicial

Se encuentra el Tribunal Constitucional, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad⁽²⁾ y el encargado de conocer, en última y definitiva instancia, los procesos de *habeas data*⁽³⁾. Como es ampliamente conocido, los procesos constitucionales, en ordenamiento jurídico peruano, se inician en el Poder Judicial. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional, «contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional». En ese sentido, las interpretaciones del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho de acceso a la información pública —y, en general, de los principios que rigen el proceso de

-
- (2) **Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 1.** “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.
- (3) **Constitución Política del Perú 1993, artículo 200, inciso 3.** “Son garantías constitucionales: La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2, incisos 5) y 6) de la Constitución”.

habeas data—son doctrinas jurisprudenciales⁽⁴⁾ y son de observancia obligatoria por los jueces del Perú⁽⁵⁾. No obstante, si agotada la jurisdicción interna, una persona se considera lesionada en sus derechos, tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales u órganos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que Perú es parte.

2.3. Segundo nivel de protección judicial

Se sitúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano judicial autónomo cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales⁽⁶⁾. En ese entendido, dado que los tratados internacionales forman parte del derecho nacional⁽⁷⁾ y que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Perú⁽⁸⁾, la jurisprudencia de la

-
- (4) Sentencia recaída en el Expediente N.º 4853-2004-PA/TC. Publicada en el portal web institucional del Tribunal Constitucional el 22 de mayo de 2005. Fundamento jurídico 15.
 - (5) **Nuevo Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VII.** “Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.
 - (6) **Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 62-3.** “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”
 - (7) **Constitución Política del Perú 1993, artículo 55.** “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.
 - (8) **Constitución Política del Perú 1993, Cuarta disposición final y transitoria.** “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”.

Corte en torno al derecho de acceso a la información pública también resulta de observancia obligatoria para determinar su contenido protegido y la idoneidad de las normas procesales que rigen el proceso de *habeas data*.

La Corte IDH ha realizado un importante desarrollo sobre el derecho de acceso a la información pública reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos. El caso paradigmático, en ese sentido, es *Claude Reyes vs. Chile*, en el que el Tribunal Interamericano precisa que:

De acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. (Corte IDH, párr. 76)

A juicio de la Corte IDH el artículo 13 de la Convención Americana, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” informaciones, protege:

El derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. (Corte IDH, *Caso Claude Reyes vs Chile*, párr. 77)

Como se advierte, el derecho de acceso a la información pública es un derecho constitucional y convencional sumamente importante. En efecto, el acceso a la información pública es un requisito indispensable —conforme coinciden en sostener el Tribunal Constitucional y la Corte IDH— para el funcionamiento de la democracia y una buena gestión pública. De ahí que en el consenso regional de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos se discuta sobre la necesidad de su protección multinivel, esto es, en sede doméstica de los Estados y en sede Interamericana.

Para finalizar este apartado sobre el proceso constitucional de *habeas data* como el primer nivel de protección judicial del derecho de acceso a la información pública, es preciso destacar dos cuestiones.

La primera cuestión, que tiene que ver con que el TTAIP no constituye una vía previa administrativa para iniciar un proceso constitucional de *habeas*

data. Dicho de otra manera, recurrir ante el TTAIP no constituye un requisito de procedencia del *habeas data*. El Nuevo Código Procesal Constitucional, en su artículo 60, prescribe que el único requisito de procedencia es que la persona, que solicita información pública, haya reclamado mediante documento de fecha cierta y que el demandado no haya contestado dentro de los diez días siguientes, o lo haya hecho de forma incompleta o denegatoria; es decir, satisfecho el requisito especial del artículo 60, el demandante estará habilitado para interponer una demanda de *habeas data*, demanda que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Eso sí, cuando el demandante opte por acudir al TTAIP, debe agotar esta vía mediante resolución expresa o en el supuesto de no obtener resolución dentro del plazo legal. Asimismo, el precitado artículo 60 del NCPC precisa que el agraviado puede prescindir de la etapa precontenciosa si considera que existe peligro de daño irreparable en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En definitiva, ante la vulneración del derecho de acceso a la información pública, la ciudadanía tiene la facultad de decidir si acude (i) al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública o (ii) al Poder Judicial y, en su caso, al Tribunal Constitucional. Recordemos, en este último sentido, que el artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que «contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede el Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional».

Una segunda cuestión que me gustaría destacar en relación con el proceso constitucional de *habeas data*, como el primer nivel de protección judicial del derecho de acceso a la información pública, es el número de personas que, ante una vulneración al derecho de acceso a la información pública, recurren al Tribunal Constitucional y/o al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, órganos de instancia última, judicial y administrativa, respectivamente.

En ese sentido, de acuerdo con los datos estadísticos publicados por el Tribunal Constitucional en su portal web institucional, durante sus 25 años de funcionamiento, es decir, desde el año 1996 hasta 2021, ante esta alta corte se tramitaron solo 2 280 procesos de *habeas data*. En tanto, durante sus dos primeros años de funcionamiento (2019 y 2020), el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública resolvió un total de 2 926 apelaciones vinculadas con solicitudes de acceso a la información pública (SAIP), así como expedientes correspondientes a apelaciones de sanciones impuestas a servidores por el incumplimiento a la normativa en materia de transparencia, según consta en las Memorias 2019 y 2020 del TTAIP publicados en su portal web institucional.

III. Los actos lesivos en el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública

Los actos lesivos que se controlan en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública son los siguientes: (i) la denegatoria de una entidad pública a entregar información de carácter público que haya sido solicitada por una persona natural o jurídica; (ii) el silencio o la respuesta insatisfactoria de una entidad pública a entregar información de carácter público, y (iii) el costo excesivo de las tasas que se aplican por la reproducción de la información (Landa, 2018). Veamos muy brevemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3.1. Denegatoria a entregar información de carácter público

Se trata del primer tipo de actos lesivos que se controlan en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. Este acto lesivo es el que genera el mayor número de controversias que se tramitan en sede del Tribunal Constitucional. En efecto, una somera revisión de la jurisprudencia de este Alto Tribunal permite advertir que la renuencia de las autoridades a proporcionar información sin una justificación razonable o la denegatoria a entregar información que la ciudadanía solicita son actuaciones persistentes de las autoridades (Abad, 2019; Landa, 2018). A título de ejemplo se pueden citar, entre otros, dos casos:

- (i) Un caso emblemático en el que se advierte la negativa a proporcionar información pública es Arellano Serquén, sentencia recaída en el Expediente N.º 02579-2003-HD/TC. En este caso, la parte demandante, doña Julia Arellano Serquén, solicita que el Consejo Nacional de la Magistratura (actual Junta Nacional de Justicia) le proporcione la siguiente información:
 - a) copia del informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito de Judicial de Lambayeque.
 - b) copia de su entrevista personal, realizada el día 31 de julio de 2001.
 - c) copia del acta del Pleno del CNM, que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo mencionado.

El Consejo Nacional de la Magistratura se negó a entregarle la información requerida argumentando que, conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley N.º 26397 (Ley Orgánica del CNM), “[l]os consejeros deben

guardar reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos”; y, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 43, «es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro [...]».

A juicio del Tribunal Constitucional, el precitado artículo 28 no podía considerarse como una restricción del derecho de acceso a la información pública, ya que este tan solo imponía un deber de reserva para los consejeros. Asimismo, para el Tribunal Constitucional no resultaba admisible que la confidencialidad de los documentos requeridos se ampara únicamente en el artículo 43 de la ley orgánica del CNM⁽⁹⁾, sin mayores sustentos o razones constitucionales; es decir, para el Tribunal Constitucional, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el solo hecho de ampararse en la ley. Precisa, asimismo que si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanza. En consecuencia, declara fundada la demanda de *habeas data* y ordena que se le entregue la información solicitada.

La relevancia de este caso reside no solo en la tutela de la dimensión subjetiva del derecho de acceso a la información pública (derecho de la demandante), sino también por extender sus alcances a todos los magistrados, es decir, jueces y fiscales a quienes el Consejo Nacional de la Magistratura había negado el acceso a la información sobre su proceso de evaluación y ratificación, sin necesidad de que cada uno de ellos tenga que interponer una demanda de *habeas data*. Para lograr este objetivo, el Tribunal Constitucional utilizó la técnica del Estado de Cosas Inconstitucional.

- (ii) El segundo caso, en el que se advierte la negativa a proporcionar información pública, es el recaído en el Expediente N.º 04986-2017-PHD/TC. En este caso, la parte demandante, don Humberto Camacho Araya solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le entregue copia simple del folio del libro de registro de la sala de lectura

(9) El artículo 43 de la Ley Orgánica del CNM entonces vigente establecía lo siguiente: “Es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el artículo 96º de la Constitución o de mandato judicial”.

ubicada en el piso 19 de la sede de la Corte Superior de Justicia de Lima, correspondiente al 3 de agosto de 2015.

La Corte Superior de Justicia de Lima deniega el pedido y argumenta que la información debió solicitarse a la Oficina de Administración de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de que coordinara con el administrador del piso 19, quien es el que tiene la custodia del referido libro de registros, y que tampoco realizó el pago correspondiente para acceder a lo solicitado.

A juicio del Tribunal Constitucional, el hecho de que la información solicitada se encuentre en posesión de una unidad distinta, no autoriza al emplazado a desestimar, sin mayor análisis, la solicitud de acceso a la información. En consecuencia, declara fundada la demanda por considerar que, de acuerdo con la normativa sobre la materia (artículo 139, inciso 1, del TUO de la Ley N.º 27444, de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante D. S. N.º 006-2017-JUS; artículo 15-A del Reglamento de la Ley de TAIP, aprobado por D. S. N.º 072-2003-PCM, incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Reglamento aprobado por el artículo 1 del D. S. N.º 019-2017-JUS), las entidades públicas tienen la obligación de encauzar todos los pedidos de información. Se ordena a la parte emplazada que entregue la información solicitada, previo pago de los costos de reproducción.

3.2. El silencio o la respuesta incompleta o alterada proporcionada por una entidad pública

Es el segundo tipo de actos lesivos que se controlan en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. En reiterada jurisprudencia (entre otras, en las sentencias recaídas en los expedientes N.ºs 03259-2017-PHD/TC; 03501-2021-PHD/TC; 03031-2021-PHD/TC, 01561-2018-PHD/TC, 00006-2020-PHD/TC, 00097-2019-PHD/TC, 02467-2021-PHD/TC, 02872-2021-PHD/TC), el Tribunal Constitucional precisa que no solo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente válidas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. A título de ejemplo se pueden citar dos casos:

- (i) El primer caso, en el que se puede advertir un tipo de respuesta insatisfactoria a un pedido de información, es Aquino García (sentencia recaída en el Expediente N.º 03501-2021-PHD/TC). En este caso, la parte demandante, don Jorge Aquino García, solicita que, en virtud de su dere-

cho de acceso a la información pública, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) le proporcione la copia certificada de la relación de los servidores civiles y/o funcionarios que tengan categoría de especialistas 5 y 6 a nivel nacional a la fecha, con su respectivo salario remunerativo.

La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), sostiene que cumplió con atender el pedido del solicitante, a través de la Carta N.º 290-2018-SUNAT/8A1200 y la Carta N.º 149-2018-SUNAT/8A0000, en ellas precisó que la información solicitada se encuentra en la web, ruta <http://únete.sunat.gob.pe/> a la que puede acceder, por lo que, entiende que no existió negativa para atender su pedido.

El Tribunal Constitucional estima que la información no fue proporcionada en la forma requerida, es decir, no fue proporcionada en copia certificada conforme fue solicitado por el demandante. En consecuencia, declara fundada la demanda y dispone que Sunat proporcione la información solicitada al demandante en la forma requerida.

- (ii) El segundo caso en el que se puede advertir un tipo de respuesta insatisfactoria a un pedido de información es Araujo Horna (sentencia recaída en el Expediente N.º 02161-2019-PHD/TC). En este caso, don Néstor Rodolfo Araujo Horna solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, el Ministerio Público del distrito fiscal de Cajamarca le brinde información sobre la ubicación actualizada de las sedes de las fiscalías en la ciudad de Cajamarca y de sus respectivas competencias, con una lista de las oficinas administrativas de dichas fiscalías y sus funciones.

En primera y segunda judicial, la demanda fue rechazada de plano por considerar que la información solicitada no obra en poder de la entidad demandada. Se considera, asimismo, que para proporcionar la información requerida es necesario que Ministerio Público elabore un informe, supuesto que no se encuentra comprendido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución. Por el contrario, a juicio del Tribunal Constitucional, la información solicitada es de carácter general, obra en la institución demandada, pues está referida a su organización interna a fin de dar debido cumplimiento a sus fines institucionales. En consecuencia, declara fundada la demanda y ordena que el Ministerio Público del distrito fiscal de Cajamarca entregue la información solicitada.

Es importante destacar que, además de declarar fundada la demanda, el Tribunal Constitucional, reitera que, como regla general todo órgano del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público se encuentra obligada a

proveer la información solicitada; es decir, la regla es la obligación es proveer la información y, solo, la excepción es la negativa y, ello, sólo por razones de seguridad nacional, afectación a la intimidad personal o supuestos establecidos por ley (STC N.º 02161-2019-PHD/TC, fundamento 7).

3.2. El costo excesivo de las tasas por la reproducción de la información

Es el tercer tipo de actos lesivos que se controlan en el proceso constitucional de habeas data que tutela el derecho de acceso a la información pública. Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional precisa que, si bien el propio texto constitucional en su artículo 5, inciso 2, dispone que «toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública» también establece que el acceso a la información pública necesariamente requiere que el ciudadano solicitante asuma el costo que implica su reproducción.

Ahora bien, el costo de la reproducción —nos dice el Tribunal Constitucional— no puede ser ilegal o arbitrario sino debe ser real, a efectos de cumplir con el parámetro que establece la Constitución. Por costo real se entiende el gasto en el que incurre de manera directa la entidad para reproducir la información solicitada. Este gasto no puede incluir tasas por búsqueda, pago por remuneraciones o infraestructura, conforme lo disponen los artículos 13 y 26 del Reglamento de la Ley N.º 27806, D. S. N.º 072-2003-PCM (4206-2018-PHD/TC, fundamento 8).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional sostiene que el costo de la reproducción de la información solicitada forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública. Ello supone que, cuando se evidencia un cobro excesivo o desproporcionado en la tasa de reproducción, puede ser tutelado a través del proceso de *habeas data* (STC N.º 04206-2018-PHD/TC, fundamento 6).

Este Alto Tribunal considera que el derecho de acceso a la información pública resultaría siendo ilusorio si el costo que se exige por la reproducción de la información representa un monto desproporcionado, lo cual ocasionaría:

El efecto práctico de una denegatoria de información y, con ello, lesivo de este derecho fundamental. Por tanto, este derecho puede también resultar afectado cuando el monto de reproducción exigido es desproporcionado o carece de fundamento real. (STC N.º 01912-2007-PHD/TC, fundamento 4)

Bajo esta premisa, el Tribunal Constitucional ha resuelto un considerable número de controversias generadas por cobros excesivos o desproporcionados de las tasas de reproducción de la información solicitada por la ciudadanía. A título de ejemplo se pueden citar dos casos:

- (i) El primer caso en el que se puede advertir la vulneración del derecho fundamental de acceso a la información pública generado por el cobro excesivo o desproporcionado de la tasa de reproducción de la información solicitada es Canales Guevara (sentencia recaída en el Expediente N.º 00036-2020-PHD/TC). En este caso, la parte demandante, don Alonso Canales Guevara, solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, la Institución Educativa Mixta 1088 “Francisco Bolognesi” del distrito de Magdalena del Mar, le entregue la información pública requerida el 2 de octubre de 2017. Manifiesta que la entidad emplazada le ha comunicado que el costo de reproducción de la información solicitada es S/130.25, correspondiente a 521 copias, lo cual no sería razonable.

La Institución Educativa demandada —advierte el Tribunal Constitucional— no se niega a entregar la información solicitada, pero exige el pago de 25 céntimos por una copia simple; costo que resulta superior al 100 % del promedio que ofrece el mercado por el mismo servicio, y que asciende a la suma 10 céntimos. Por lo que, a juicio de este Alto Tribunal, se trata de un costo de reproducción desproporcionado.

Con fecha posterior a la interposición de la demanda, la institución educativa precisó que el monto de la copia simple es de S/ 0.12 céntimos, costo que, a juicio del Tribunal, sigue excediendo al costo real de reproducción que se cobra en el mercado. En consecuencia, declara fundada la demanda por haberse acreditado la lesión del derecho de acceso a la información pública del demandante por el cobro desproporcionado de la tasa de reproducción de información pública, y ordena que la institución educativa Mixta 1088 “Francisco Bolognesi” del distrito de Magdalena del Mar suministre al demandante la información requerida, previa liquidación y pago del *costo real* de la reproducción (00036-2020-PHD/TC).

- (ii) El segundo caso en el que se puede advertir la vulneración del derecho fundamental de acceso a la información pública generado por el cobro excesivo o desproporcionado de la tasa de reproducción de la información solicitada es Ayala Mamani (sentencia recaída en el Expediente N.º 04206-2018-PHD/TC). En este caso, la demandante, doña Yudid Ayala Mamani, solicita que, en

virtud de su derecho de acceso a la información pública, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos le entregue copias de la partida registral de bienes muebles e inmuebles de ocho personas, documentos cuya reproducción —sostiene la parte demandante— se debe pagar el precio estipulado en el mercado, esto es, diez céntimos de sol por cada folio.

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos alega que la información solicitada será entregada siempre que los recurrentes sigan el procedimiento establecido en el TUPA de la institución, previo pago de las tasas correspondientes. El costo de la reproducción de cada folio, a la fecha de la interposición de la demanda, ascendía a S/4.86, un costo que, a todas luces, es excesivo y desproporcionado.

El Tribunal Constitucional advierte que, mediante Resolución N.º 147-2020-SUNARP/SN, se incorpora al Texto Único de Procedimiento Administrativos de la Sunarp el Procedimiento Administrativo Estandarizado de Acceso a la Información Pública. En el anexo, se presenta el formulario para solicitar la información pública, y el rubro “pago por derechos de tramitación” establece que el costo por copia simple formato A4 es de S/0.10 céntimos por unidad, con lo cual se constata que, por cambio en la normatividad, la pretensión de la demandante debe ser estimada. En consecuencia, se declara fundada la demanda y ordena a la Sunarp suministrar a la parte demandante la información requerida, previa pago del costo de la reproducción.

Los actos lesivos que se controlan en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública, tienen como base el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública. Dicho contenido, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, comprende tres aspectos esenciales:

- El primer aspecto que comprende el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública es la obligación de las instituciones públicas de proporcionar la información de carácter público, en palabras del Tribunal Constitucional sobre este aspecto:

Nadie pueda ser arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos del Estado o personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización. (STC N.º 04912-2008-PHD/TC, fundamento 6)

- El segundo aspecto que conforma el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública es que la información proporcionada sea completa, precisa y oportuna. Sobre esto, el Tribunal Constitucional precisa lo siguiente:

No sólo se afecta el derecho de acceso a la información pública cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. (STC 01797-2002-PHD/TC, fundamento 16; STC N.º 04042-2011- PHD/TC, fundamento 10)

- El tercer aspecto que conforma el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública es el costo que implica la reproducción de la información solicitada, aspecto que se evidencia en lo siguiente:

Forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública y, por tanto, encuentra tutela a través del proceso de *habeas data* cuando se evidencia un cobro excesivo o desproporcionado en la tasa de reproducción que, en los hechos, supone una barrera para el acceso a la información requerida. (STC N.º 04206-2018-PHD/TC, fundamento 6)

Además de estos tres aspectos que comprenden el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de acceso a la información pública, es preciso destacar que este derecho tiene una doble dimensión. Una dimensión individual, que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A juicio del Tribunal Constitucional, a través de este derecho:

Se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna. (STC N.º 03062-2018-PHD/TC, fundamento 6; STC N.º 01797-2002-PHD/TC)

Junto a esta dimensión individual, que constituye presupuesto para el ejercicio de otras libertades, se encuentra la dimensión colectiva, a través de la cual se garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada; presupuesto de una sociedad auténticamente democrática. Desde este punto de vista:

La información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación. (STC N.º 02753-2019-PHD/TC, fundamento 7; N.º 1797-2002-HD/TC, fundamento 11; N.º 03170-2019-PHD/TC, fundamento 3)

Esta doble dimensión del derecho fundamental de acceso a la información pública supone una garantía reforzada de este derecho. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al sostener que:

[L]a protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos. (STC N.º 4865-2013-PHD/TC, fundamento 5)

Sin embargo, ¿quiénes son los obligados a entregar información pública? A responder esta pregunta está destinado el siguiente epígrafe.

IV. Sujetos legitimados en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública

Legitimados son aquellos sujetos que pueden ser parte en el proceso de *habeas data*. Esta legitimidad puede ser activa, para iniciar un proceso como demandante, o pasiva, para ser emplazado como demandado.

4.1. Sujetos con legitimidad activa

Son aquellas personas titulares del derecho de acceso a la información pública, lo que incluye a personas naturales y jurídicas. En ese sentido, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que el sujeto activo en el marco de este proceso constitucional es toda persona sea natural o jurídica (STC N.º 04877-2006-HD/ TC; STC N.º 0644-2004-HD/TC).

4.2. Sujetos con legitimidad para obrar pasiva

Son aquellos sujetos obligados a otorgar información de naturaleza pública. En consonancia con lo estipulado por la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública⁽¹⁰⁾, y con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley N.º 27806⁽¹¹⁾, en constante y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha precisado quiénes son los obligados a garantizar este derecho.

(10) Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública, AG/RES. 2607 (XL-O/10), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Disponible en <https://bit.ly/3d36Akm>

(11) La versión actualizada del artículo 2 de la Ley N.º 27806 (TUO de la Ley N.º 27806, Decreto Supremo N.º 021-2019-JUS), Ley de Transparencia y Acceso a la información pública señala que “se entiende por entidades de la Administración Pública a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Pues bien de acuerdo con esta disposición normativa, se entenderá por «entidad» o «entidades» de la Administración Pública: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que se refiera a otro régimen; y las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional establece, en primer lugar, que toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y, en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central, regional, provincial o distrital), está obligada a responder a las solicitudes de información pública y de desempeñar la función pública bajo el principio de máxima publicidad (STC N.º 0959- 2004-HD/TC; STC N.º 03619- 2005-HD/TC).

En segundo lugar, reafirma lo dispuesto por la Ley de Transparencia y acceso a la información pública, y establece que las empresas del Estado están obligadas a suministrar la información con la que cuenten (STC 06674- 2013-HD/TC, fundamento 3). Agrega que tanto el Estado como sus empresas públicas se encuentran en la ineludible obligación de materializar estrategias viables para gestionar sus recursos públicos de manera transparente (STC N.º 04248-2015-HD/TC, fundamento 4).

En tercer lugar, precisa que las personas jurídicas privadas que efectúen servicios públicos o funciones administrativas también están obligados a brindar información pública. Esta obligación se circunscribe a la información sobre las características de los servicios públicos que prestan, sus tarifas y las funciones administrativas que ejercen (STC 0390-2008-HD/TC, fundamento 7). Asimismo, se incluye a las empresas privadas que brindan servicio de transporte aéreo (STC N.º 02636-2009-HD/TC, fundamento 11). A título de ejemplo, se puede citar la reciente sentencia recaída en el Expediente N.º 00131-2021-PHD/TC⁽¹²⁾:

En este caso, la parte demandante, don Vicente Lozano Castro, solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, la Empresa César Vallejo SA, le informe si en los tres años las unidades que conforman la flota de vehículos de la empresa de transporte han tenido accidentes de tránsito durante la prestación del servicio público que brindan.

La empresa de transporte César Vallejo S. A. se niega a proporcionar el pedido, pues alega que, al ser una entidad privada, no está obligada a entregar la información solicitada. El Tribunal Constitucional considera que, si bien la información solicitada no tiene relación con las tarifas o con las funciones administrativas que ejerce, este requerimiento está relacionado con las características de los servicios públicos que presta la empresa. En efecto, considera que:

(12) Sentencia recaída en el Expediente N.º 00131-2021-PHD/TC. Publicada en el portal web institucional del Tribunal Constitucional el 31 de marzo de 2021.

La cantidad de accidentes de tránsito de una empresa de transporte terrestre sí está íntimamente relacionada con las características del servicio público prestado. Y es que precisamente muestra las características con las que se presta el servicio de transporte. Los accidentes de tránsito en el ámbito del transporte terrestre brindan información relevante a la ciudadanía y potenciales usuarios de dicho servicio, que pueden tener un interés en saber cómo la empresa ha brindado sus servicios en el pasado. Así, si se tiene en cuenta que los accidentes de tránsito pueden generar demoras en el servicio cuando se trata de incidentes menores o moderados. Pero también pueden ocasionar accidentes graves que involucren una afectación en la salud e inclusive a la vida de los usuarios. Por ello tal información adquiere las características de información pública. (STC N.º 00131-2021-PHD/TC, fundamento 12)

El Tribunal Constitucional refuerza esta posición, indicando que dar acceso a esta información también es conforme con el artículo 65 de la Constitución sobre los derechos de usuarios y consumidores.

En suma, es posible afirmar que si bien la legitimidad pasiva de las personas jurídicas de derecho privado está sujeta a los aspectos establecidos en el artículo 9 de la Ley de Transparencia⁽¹³⁾, tal clasificación otorga un margen de interpretación que el Tribunal Constitucional viene desarrollando en su jurisprudencia.

V. Los costos en el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública

El Nuevo Código Procesal Constitucional regula los costos y costas procesales en los mismos términos que su antecesor, el Código Procesal Constitucional de 2004; es decir, le destina un solo artículo, aunque cambia la ubicación y la enumeración. En el CPC de 2004, estuvo ubicado en el capítulo II del Título III, artículo 56. En el NCP, está ubicado en el capítulo IV del Título I, artículo 28. Esta disposición normativa preceptúa lo siguiente:

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. [...]. En los procesos constitucionales, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos.

(13) **Artículo 9.** Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

En aquello que no esté expresamente establecido en el presente código, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

Como se advierte, la regla es que el órgano jurisdiccional disponga el pago de costas y costos procesales en los casos en los que la demanda constitucional es declarada fundada. No obstante, en determinados supuestos es posible exonerar su pago. Esta posibilidad está prevista en el artículo 412 del Código Procesal Civil, de acuerdo con el cual: «El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración».

Sobre la base de esta disposición y el artículo 414 del mismo cuerpo normativo, el Tribunal Constitucional ha decidido exonerar el pago de los costos en determinados casos en los que advierte desnaturalización del proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública. Se trata, fundamentalmente, de procesos iniciados por dos ciudadanos —cada uno de los cuales promovió más de un centenar procesos de *habeas data*, en su mayoría contra las mismas entidades (STC N.º 00797-2020-PHD/TC; STC N.º 03187-2019-PHD/TC)— en los que el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda por la vulneración al derecho de acceso a la información pública sin el pago de los costos procesales. A título de ejemplo se pueden citar, entre otros, dos casos:

- (i) El primer caso en el que se advierte la decisión del Tribunal Constitucional de exonerar el pago de costos procesales es Lozano Castro (sentencia recaída en el Expediente N.º 04274-2016-PHD/TC)⁽¹⁴⁾. En este caso, la parte demandante, don Vicente Raúl Lozano Castro, solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad SA (Sedalib S. A.) le informe si el subgerente de Asuntos Jurídicos de Sedalib S. A., actualmente en funciones, presentó su declaración jurada de bienes y rentas e ingresos cuando asumió dicho cargo y, de ser positiva la respuesta, se le proporcione la información relativa a todos los ingresos provenientes del sector público y los bienes muebles e inmuebles registrados en la Sunarp, así como la copia fedateada de la sección segunda de la referida declaración jurada.

Sedalib S. A. se niega a entregar la información y argumenta, en primer lugar, que el pedido es ambiguo e impreciso, ya que no se ha consignado de manera clara y concreta el nombre del subgerente de Asuntos Jurídicos del

(14) Sentencia recaída en el Expediente N.º 04274-2016-PHD/TC. Publicada en el portal web institucional del Tribunal Constitucional el 31 de marzo del 2021.

cual se solicita la información. En segundo lugar, alega que la información solicitada se encuentra exceptuada de ser entregada vía acceso a la información pública, ya que está referida a datos personales que suponen una invasión de la intimidad personal de un funcionario público.

El Tribunal Constitucional, al resolver la controversia, reitera que, en un Estado constitucional, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general; y el secreto, siempre y cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, por lo que tanto el Estado como sus empresas públicas se encuentran en la ineludible obligación de materializar estrategias viables para gestionar sus recursos públicos de manera transparente y eficiente (STC N.º 04274-2016-PHD/TC, fundamentos 5 y 6).

Bajo esa premisa, se estima que la solicitud materia de la controversia incide sobre la información de un funcionario público de una empresa estatal cuyo presupuesto también tiene como fuente de financiamiento al Estado. Existe, entonces, interés público, conforme lo ha determinado la misma Constitución.

Asimismo, se precisa que la información requerida no se encuentra protegida por las excepciones previstas por el artículo 2, numeral 5, de la Constitución —únicos supuestos de excepción que podrían justificar una negativa a la solicitud de información— y que el demandado no ha negado la existencia de la información requerida, solo se ha limitado a señalar que la solicitud es imprecisa. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, del escrito de demanda se advierte claramente que la información requerida corresponde al subgerente de Asuntos Jurídicos en funciones. En consecuencia, declara fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración al derecho de acceso a la información pública, y ordena a Sedalib S. A. entregar la información solicitada.

Pese a declarar fundada la demanda, el Tribunal Constitucional decide exonerar el pago de los costos procesales. A partir de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 56 del CPC y los artículos 412 y 414 del Código Procesal Civil, examina las circunstancias del caso y fundamenta su decisión en los siguientes términos:

El Tribunal advierte que el demandante, don Vicente Raúl Lozano Castro, ha iniciado a la fecha —de emisión de la sentencia— 218 procesos de *habeas data*, interpuestos, en su gran mayoría, contra Sedalib S. A. Asimismo, hace pedidos de lo más disímiles y, en todos

estos casos, también solicita y obtiene el pago de costos procesales; es decir, estos procesos son llevados por el propio demandante como abogado, lo que genera que obtenga honorarios (costos) por los casos que él mismo crea.

A juicio del Tribunal Constitucional, esta forma de actuación representa una clara desnaturalización del proceso de *habeas data*, ya que cada caso creado por el demandante, no busca defender el derecho de acceso a la información pública, sino que tiene fines de lucro, específicamente, obtener el pago de los costos procesales genera, asimismo, un perjuicio en la judicatura constitucional y en todos los justiciables, pues ocasiona una sobrecarga procesal innecesaria y, como consecuencia, una pérdida de recursos públicos. Recursos que podrían ser destinados a resolver causas que requieren de una tutela urgente, objetivo último de los procesos constitucionales.

- (ii) El segundo caso, en el que se advierte la decisión del Tribunal Constitucional de exonerar el pago de costos procesales, es Aquino García (sentencia recaída en el Expediente N.º 03170-2019-PHD/TC. En este caso, la parte demandante, don Jorge Aquino García, solicita que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (Sunat), le entregue copia certificada de la nómina de personal total activo a la fecha de la interposición de la demanda, en la que conste la siguiente información: apellido paterno, materno, nombres, DNI, régimen laboral, número de concurso y año que dio mérito a su ingreso a la entidad.

La Sunat responde el pedido en los siguientes términos: en primer lugar, señala que la información solicitada se encuentra publicada en su portal web. En segundo lugar, respecto al número de concurso y año que dio mérito su ingreso, señala que esa información implica crear una documentación con la que no cuenta, por lo que se encuentra en la imposibilidad de proporcionar dicha información.

El Tribunal Constitucional estima que la información solicitada por don Jorge Aquino García no es la misma que se encuentra publicada en el portal web de Sunat, ya que él está solicitando copias certificadas, por lo que no puede entenderse satisfecha su pretensión. Sobre el extremo de la información denegada —consistente en el número de concurso y año que dio mérito al ingreso del personal—, considera que se trata información con la que cuenta y que, además, no se encuentra incurso en ninguna de las ex-

cepciones al derecho de acceso a la información pública contempladas en el TUO de la Ley N.º 27806. En consecuencia, declara fundada la demanda por la vulneración al derecho de acceso a la información pública, y ordena a Sunat que brinde la información solicitada.

Pese a declarar fundada la demanda, el Tribunal Constitucional decide exonerar el pago de las costas procesales. A partir de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional y los artículos 412 y 414 del Código Procesal Civil, examina las circunstancias del caso y fundamenta su decisión en los siguientes términos:

El Tribunal Constitucional sostiene que, la aplicación de la regla dispuesta por el artículo 28 del NCPC —obligación del órgano jurisdiccional de imponer el pago de costos procesales cuando la demanda sea declarada fundada—, en este caso concreto, desnaturaliza la finalidad de los procesos constitucionales de tutela de derechos. Ello, debido a que don Jorge Aquino García ha interpuesto un considerable número de procesos de *habeas data* contra Sunat; todos los procesos con el mismo tenor: que le otorguen copias certificadas o copias de diversa información pública, en todos estos casos, también solicita y obtiene el pago de costos procesales. Situación que pone en evidencia que, algunos ciudadanos, están utilizando el proceso de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública solo con la finalidad de obtener el pago de costos procesales.

Asimismo, a juicio del Tribunal Constitucional, esta excesiva interposición de demandas de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública con el objetivo de lucrar —obtener costos procesales—, no solo desnaturaliza la finalidad de los procesos constitucionales, sino que constituye un uso abusivo del derecho, figura proscrita por la Constitución (artículo 103).

VI. Conclusiones

La Constitución de 1993 incorpora el proceso constitucional de *habeas data* con la finalidad de tutelar —además del derecho a la autodeterminación informativa— el derecho de acceso a la información pública, reconocido en su artículo 2, inciso 5. Un derecho esencial para el adecuado funcionamiento del sistema democrático, el cual garantiza no solo el interés individual de la persona que solicita la información pública, sino también la fiscalización de la administración pública y de la actividad del Estado.

El proceso constitucional de *habeas data* constituye uno de los niveles de protección judicial más importantes del derecho de acceso a la información pública. En tal sentido, es un derecho que, dada su trascendencia, cuenta con una protección multinivel: un nivel precontencioso o administrativo en el que el máximo órgano de control es el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; un nivel constitucional o primer nivel judicial —que se inicia en el Poder Judicial— en el que el órgano supremo de control es el Tribunal Constitucional, y el nivel supranacional o segundo nivel de protección judicial, en el que el máximo órgano de control es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los actos lesivos controlados en el proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública son, en esencia, la denegatoria de una entidad pública a proporcionar la información solicitada por la ciudadanía; el silencio o la respuesta incompleta o alterada proporcionada por una entidad pública, y el costo excesivo de la reproducción de la información solicitada.

El proceso constitucional de *habeas data* que tutela el derecho de acceso a la información pública es sumamente importante en el marco del Estado Constitucional de Derecho, en la medida que permite la fiscalización ciudadana a la administración pública, coadyuva al funcionamiento del sistema democrático, y a la prevención de la corrupción; es decir, es una herramienta con la que cuenta la ciudadanía para contribuir a la consolidación de una buena administración pública. Sin embargo, el Tribunal Constitucional advierte que algunos ciudadanos —pocos— han empezado a utilizar este proceso como un medio para lucrar con los costos procesales. En estos supuestos, el Alto Tribunal ha decidido declarar fundada la demanda sin el pago de costos.

VII. Referencias

- Abad, S. (2021). Proceso de *habeas data*. En S. Abad (Ed.), *Manual de derecho procesal constitucional*, pp. 255-270. Palestra Editores.
- Centro de Estudios Constitucionales (2020). *El habeas data en la actualidad. Posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/El-Habeas-Data-en-la-actualidad-1-1.pdf>
- Eguiguren, F. J. (1997). El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú. *Derecho PUCP*, (51), 291-310.

- Landa, C. (2018). Proceso Constitucional de Hábeas data. En B. Kresalja, C. Landa, J. Danós, M. Monteagudo y A. Siles (Eds.), *Derecho Procesal Constitucional*, pp. 139-144. Fondo Editorial PUCP.
- Quispe, M. C. y Casani, C. P. (2021). El derecho de acceso a la justicia y su protección constitucional en el Perú. *Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, 4 (1), 73-103.
- Vega, E. (2016). Presentación. En *Manual para funcionarios sobre excepciones al derecho de acceso a la información pública*. Defensoría del Pueblo, Lima.

El *habeas corpus* como instituto jurídico ineludible para la tutela jurisdiccional constitucional en el Perú: una mirada a la Ley N.º 31307

Habeas corpus as an unavoidable legal institute for constitutional jurisdictional protection in Peru: a look at law N.º 31307

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso de *habeas corpus*: su significación según la regulación. III. Aspectos históricos generales del *habeas corpus*. IV. Características del *habeas corpus* a partir de la regulación. V. Tipos de *habeas corpus*. VI. Aspectos procesales del *habeas corpus* definidos en la Ley N.º 31307. VII. Reflexión en torno al proceso de *habeas corpus* a propósito del caso recaído en el Expediente N.º 139-2002-HC/TC. VIII. Conclusiones. IX. Referencias.

(*) 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. Exvocal 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

Resumen: El artículo tiene como sustancial intención, por un lado, a fin de abundar acerca del estudio de la jurisdicción constitucional, efectuar remisión al contenido de la Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en cuanto al habeas corpus en el Perú, principal proceso fundado en la tutela a la libertad personal y a los derechos constitucionales conexos a ella. Por otro lado, asumir una particular postura reflexiva referente al modo en el que la administración de justicia especializada ha realizado actuación bajo el miramiento de la efectivización de la tutela constitucional, de cara al cumplimiento de los fines de este impar instituto jurídico.

Palabras clave: habeas corpus, Ley N.º 31307, proceso constitucional, Tribunal Constitucional

Abstract: *The article has as a substantial intention, in order to expand on the study of constitutional jurisdiction, to refer to the content of Law 31307-New Constitutional Procedure Code, the national doctrine and jurisprudence, regarding Habeas Corpus in Peru, main process based on the protection of personal freedom and the constitutional rights related to it, on the one hand; and, on the other hand, consents to assume a particular position, reflective, regarding the way in which the administration of specialized justice has carried out action under the view of making constitutional protection effective, in order to fulfill the purposes of this unique institute legal.*

Keywords: *habeas corpus, Ley N.º 31307, Constitutional process, Constitutional Court.*

I. Introducción

Previamente al tratamiento del proceso de *habeas corpus*, es imperioso hacer mención, genérica, acerca de la jurisdicción constitucional y de los procesos constitucionales —elemento integrativo de esta última—, con el objetivo de otorgar un panorama introductorio que permita mayor comprensión sobre esta materia. Así, la jurisdicción constitucional, a través de los órganos públicos que administran justicia, es aquella que “abarca tanto a la potestad instituida para tutelar la vigencia del principio de supremacía de la Constitución como a la magistratura titular de esa potestad y la regulación de las acciones y procedimientos establecidos para posibilitar su cabal eficacia” (Ríos, 2001, p. 317). De esta forma, en términos generales, la jurisdicción constitucional se configura como un peculiar escenario en el que se tutela a la Constitución, la cual “es el ordenamiento básico de Estado y sociedad; no es sólo restricción del poder estatal, sino también habilitación del poder estatal” (Häberle, 2001, p. 170); por ello, reviste relevancia y se deriva la imperiosa necesidad de custodiarla. Empero, a propósito

de la citada jurisdicción, la Constitución se comporta como norma transcendental, pues —a nuestro juicio— la sustenta y la legitima como tal. Expresión de esto es que la Constitución Política peruana de 1993, en sus artículos 201 y 202, respectivamente, reconoce la condición y las competencias del Tribunal Constitucional, el cual es un órgano que explicita su preeminencia en la consideración de que “está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables en nuestro tiempo del verdadero ‘Estado constitucional’” (García-Pelayo, 2014, p. 19).

Sin embargo, no puede concebirse a la jurisdicción constitucional sin el escenario en el que tiene lugar, es decir, en el *proceso constitucional*, donde se efectúa el ejercicio de la administración de justicia en atención a la observancia de parámetros legalmente establecidos e impulsados, básicamente, por el quebrantamiento al contenido de la Constitución. El referido proceso presenta una doble finalidad: “una finalidad próxima y otra finalidad última. La primera es la plena vigencia del total de los contenidos de la Constitución; la segunda es la plena realización de la persona como fin en sí misma que es” (Castillo, 2011). En esta medida, no solo se exterioriza la significancia del proceso constitucional, sino que se consiente singularizar, a este último, como uno de especial naturaleza en el marco del manejo de justicia a cargo del Estado.

Bajo este último manifiesto, el Estado, particularmente el peruano, ha establecido normativamente, en el artículo 200 de la Constitución Política de 1993, las garantías constitucionales; asimismo, mediante la Ley N.º 31307, publicada el 23 de julio de 2021 en el diario oficial *El Peruano*, ha instituido el Nuevo Código Procesal Constitucional, mismo que regula los procesos constitucionales. Los citados instrumentos reconocen *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y conflictos de competencia (como Garantías y Procesos constitucionales); por lo cual, como puede notarse, libremente de su designación, los aludidos son mecanismos configurativos integrantes de la tutela jurisdiccional constitucional en el Perú.

En consecuencia, en las siguientes líneas, se abordará el proceso constitucional de *habeas corpus*, a la luz de lo prescrito por la legislación peruana, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, con el propósito de comprender sus principales aspectos, tales como su significación, su connotación histórica, sus características, sus tipos, sus aspectos procesales definidos en la Ley N.º 31307 y su tratamiento general jurisprudencial.

II. El proceso de *habeas corpus*: su significación según la regulación

A partir de la normativa jurídica nacional, es preciso anotar que el *habeas corpus* ostenta regulación constitucional y legal, la cual otorga un concepto acerca del mismo. En este sentido, la Constitución Política del Perú de 1993 puntualiza, en su artículo 200.1 que la acción de *habeas corpus* es una garantía constitucional que “procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”. Por su parte, el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 31307 hace mención que el *habeas corpus* es un proceso constitucional. De esta forma, independientemente de la denominación que el constituyente y el legislador apuntaran en cuanto al *habeas corpus*, lo cierto es que este constituye un mecanismo destinado a la tutela de los derechos constitucionales a la libertad individual y a los conexos a esta. Asimismo, en tanto garantía constitucional, junto con la acción de amparo, la acción de *habeas data*, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimiento, en conjunto, son apreciadas como garantías constitucionales, las cuales son entendidas como “seguridades o procedimientos tuitivos de la libertad, establecidos por la Carta Política para dar efectividad a los derechos constitucionales” (Ferrero, 1969, p. 35). El *habeas corpus* se comporta como instrumento que permite dar efectividad a los derechos que salvaguarda, he allí la relevancia de esta nomenclatura; y, en tanto proceso constitucional, garantiza la vigencia efectiva de los referidos derechos, mismos que se encuentran previstos en la Constitución, así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocidos por el Perú.

Punto aparte al concepto, las expresiones “Acción”, “Garantía” y “Proceso”:

[...] son constitucionalmente válidas para hacer referencia al Hábeas Corpus. No debe entenderse que la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional ha hecho de la expresión *Proceso Constitucional*, la única válida. Muy por el contrario, si se quiere hablar de legitimidad, más legítimas son las expresiones *acciones garantía* o *garantías constitucionales* en la medida que éstas expresiones son recogidas por el texto constitucional. (Castillo, 2005)

En dicho sentido, al margen de su heterogénea nomenclatura en el ámbito interno, entendemos que el *habeas corpus* es un instrumento instaurado por el Estado como expresión de su soberanía interna, con despliegue en el ámbito de la jurisdicción constitucional para, por un lado, dar particular soporte a los dere-

chos constitucionales de la libertad individual, y de los constitucionales conexos a esta; así como, por otro lado, para determinar y delimitar la actuación de los órganos públicos establecidos para la tutela de la persona, en general, y de sus derechos, como tal, en particular.

III. Aspectos históricos generales del *habeas corpus*

En general, en cuanto a la aparición del *habeas corpus*, “parece remontarse al siglo XII. Su larga evolución y su muy estrecha vinculación con la historia política y constitucional de Inglaterra, han determinado en ese país la aparición de una extensa literatura en torno a esa garantía constitucional” (García, 1973, p. 48). Asimismo, conforme anota la doctrina:

Sus primeros antecedentes se encuentran en Roma, a través del Interdicto *Homine libero exhibendo*, consagrado en el título XXIX, libro XLIII del Digesto, el cual concedía a todo hombre libre, púber o impúber, varón o hembra, estuviera o no sujeto a potestad ajena, recurrir al Pretor, el cual resolvía por edicto ordenar a quien tuviere ilegalmente a otra persona exhibirla ante él (exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo). (Nogueira, 1998, p. 193)

De esta forma, la institución anglosajona del *habeas corpus* se constituye como aquella respuesta jurídica primigenia ante abusivas e ilegítimas privaciones de la libertad personal, la cual correspondía a toda persona sin distinción de edad, género o condición de esclavo o libre; lo que importaba, únicamente, para su impetración, era la afectación a la libertad, esto es, a la posibilidad de libre locomoción que la persona ostenta en un determinado entorno.

En el Perú, la institución del *habeas corpus* tuvo regulación en el siglo XIX con la promulgación de la Ley de Habeas Corpus, el 21 de octubre de 1897, cuando Nicolás de Piérola y Villena desempeñaba el cargo de presidente de la república. En cuanto a dicha norma, se indica lo siguiente:

[...] fue resultado de un anteproyecto de ley en 1892, que fue presentado en la Cámara de Diputados el 11 de octubre de 1892 por Mariano Nicolás Valcárcel, Teodomiro A. Gadea y Mariano H. Cornejo. El proyecto de 20 cláusulas, tenía por objeto reglamentar el artículo 18 de la Constitución entonces vigente (1860) que decía: “Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de 24 horas a disposición

del Juzgado que corresponda. Los autores de dicho mandamiento, están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera”.

—Con posterioridad a esta ley de 1897, el ordenamiento peruano fue enriquecido por las leyes 2223 y 2253 de 1916, para tener consagración constitucional recién con el gobierno de Leguía, que la incluyó en el artículo 24 de la Carta promulgada en enero de 1920. (García, 1973, p. 59)

Como puede notarse, en el Perú, el *habeas corpus* ha sido inicialmente previsto en una norma con rango de ley para, posteriormente, a partir del texto constitucional de 1920, ostentar regulación en norma de rango constitucional. No obstante, independientemente de esto, lo cierto es que el *habeas corpus* no ha dejado de ser una institución contenida en los textos constitucionales peruanos promulgados hasta la actualidad —muestra de ello es la existencia del artículo 295 de la Constitución Política de 1979 y del artículo 200.1 de la vigente Constitución Política de 1993—.

Cabe mencionar que no se ha desvirtuado su connotación como instrumento para la tutela de la libertad personal, “no obstante, su bastardía, tiene un concepto enriquecedor: procede en procesos regulares e irregulares e inclusive en el estado de excepción: en que los jueces se pronuncian sobre la razonabilidad y proporcionalidad de una detención” (Valle, 2019). Esto nos lleva a afirmar que, a través del tiempo, dada la consideración del constituyente expresada en el articulado de las Constituciones peruanas, el *habeas corpus* es una institución no solo prevalente, sino, además, ineludible en un Estado constitucional de derecho. Respecto a esto, su perfilamiento, contenido en el Código Procesal Constitucional, precia ser una acertada medida para su mejor ejercicio.

Por último, —pero no menos importante— quepa añadir que la labor del Tribunal Constitucional peruano, a través de su función decisoria en atención a sus competencias constitucional y legalmente prescritas, ha sido útil para evidenciar la naturaleza, el tratamiento y el desarrollo del *habeas corpus* en el ámbito nacional; empero, si bien, a partir de la doctrina peruana, determinada actuación del alto tribunal de la Constitución ha sido criticada, como veremos posteriormente, se remarca el intento de dicho órgano por garantizar los derechos protegidos que supone la institución *in comento*.

IV. Características del *habeas corpus* a partir de la regulación

El *habeas corpus* presenta las siguientes características:

- Ostenta una denominación diversa: “Garantía constitucional”, “Acción”, “Proceso constitucional”. No obstante, conforme se anotó líneas preceden-

tes, la diversa denominación no enerva su naturaleza como mecanismo de tutela a la libertad individual.

- Presenta regulación constitucional, específicamente, en el artículo 200.1 de la Constitución Política del Perú de 1993. Dicho artículo la denomina como “Garantía constitucional” y como “Acción”; asimismo, precisa la procedencia del *habeas corpus* y los derechos que protege, por tanto, se considera significativo que, a nivel constitucional, se haya instituido a esta garantía, máxime si la Constitución se comporta, en un Estado Constitucional de Derecho, como sustancial elemento que orienta y circunscribe a la actividad estatal, en general, y a la actividad normativa de los órganos públicos, en particular.
- Presenta regulación legal. Así, la Ley N.º 31307 es aquella que establece su ordenación y, como consecuencia de ello, su particular tratamiento; esto queda evidenciado de la lectura del alcance de dicha norma contenido en el artículo I de su Título Preliminar y de su Título II denominado *habeas corpus*, que comprende los artículos del 29 al 38. Para mayor abundamiento, la connotación procesal de este mecanismo será referenciada en las siguientes líneas.
- En tanto proceso constitucional, su finalidad es garantizar el derecho a la libertad individual y a los derechos constitucionales conexos a esta, en caso los mismos se vean amenazados o vulnerados, ya sea por un hecho o una omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Esta característica nos permite afirmar que la libertad individual y los derechos constitucionales conexos a ella pueden no solo verse conculcados, sino también, amenazados por cualquier persona; empero, lo importante es que, en tales situaciones, el *habeas corpus* pueda ser una alternativa jurídica que las resista; por tal motivo, es imperioso que este instituto sea interpuesto bajo los parámetros previstos de la Constitución y de la ley.
- En tanto proceso constitucional, es de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Esta característica se deriva de lo señalado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 31307. En tal sentido, atendiendo a las atribuciones del Tribunal Constitucional, anotadas en el artículo 202.2 de la Constitución, el referido órgano conoce, en última y definitiva instancia, el *habeas corpus*. Agregado a esto, según el artículo 29 de la Ley N.º 31307, es el juez constitucional “del lugar donde se produjo la amenaza o afectación del derecho o donde se encuentre físicamente el agraviado si se trata de procesos de detenciones arbitrarias o de desapariciones forzadas”, del Poder Judicial, quien conoce en primera instancia el proceso de *habeas corpus*. A su vez:

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el juzgado donde se interpuso la demanda este dictará orden perentoria e inmediata para que el juez de paz del distrito en que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación. (Ley N.º 31307, art. 30)

En consecuencia, en primera instancia, el *habeas corpus* es de competencia del juez constitucional, pero puede actuar bajo responsabilidad del juez de paz en el marco de lo regulado por el artículo 30 de la Ley N.º 31307. Ambos sujetos actúan en atención a sus competencias, en tanto integrantes del Poder Judicial.

- Su ejercicio es permanente en el tiempo, aún durante la vigencia de un régimen de excepción; es decir, durante un estado de emergencia o un estado de sitio, para el caso peruano. Se especifica ello por cuanto así puntualiza el artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993. Esta característica no es exclusiva del *habeas corpus*, sino que la conlleva con el Proceso de Amparo.
- Comparte, con los procesos de amparo, *habeas data* y cumplimiento, determinadas reglas referentes a la finalidad, a la demanda (en el supuesto de que la misma no pueda ser rechazada por los órganos jurisdiccionales, en ningún caso; y, en el uso de todo idioma distinto al castellano, observado en la presentación de la demanda), a la competencia por turno —a que el accionante pueda recurrir a la defensa pública cuando se encuentre en estado de vulnerabilidad o no cuente con recursos económicos suficientes—, a la no procedencia del rechazo liminar de la demanda, a la representación procesal del Estado, a las causales de improcedencia a las que hace referencia el artículo 7 de la Ley N.º 31307, a la procedencia de la demanda en contra de resoluciones judiciales, a los procesos constitucionales durante los regímenes de excepción, a las notificaciones, al ofrecimiento, oportunidad y valoración de los medios de prueba, a la integración de decisiones, a la cosa juzgada, al procedimiento para la represión de actos homogéneos y a la responsabilidad del agresor, que señala el artículo 17 de la Ley N.º 31307. Indíquese que lo aquí destacado se encuentra pormenorizado en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 15 y 16 del Nuevo Código Procesal Constitucional, cuyo estudio será materia de otro trabajo; empero, se ha traído a colación con el fin de conocer aún más el tratamiento legal del proceso de *habeas corpus*. Asimismo, quepa hacer prevalecer, como carácter excepcional, que:

En los procesos de *habeas corpus*, la demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos. (Ley N.º 31307, art. 2)

- Su procedimiento tiene normas especiales; esta característica se pormenorizará en el numeral VI de este trabajo.

Las características señaladas en el presente punto han sido establecidas en atención a la regulación constitucional y legal. De ese modo, se aclaró que son de orden general y no únicas, pues, se aprecia, a medida que el legislador y el Tribunal Constitucional, en atención a sus competencias, efectúen tratamiento legislativo o jurisprudencial, respectivamente; en cuanto al *habeas corpus*, dicha institución tendrá un determinado perfilamiento o una singular caracterización.

V. Tipos de *habeas corpus*

De la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, hemos ubicado la Sentencia recaída en el Expediente N.º 2663-2003-HC/TC, correspondiente al caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, de fecha 23 de marzo de 2003. La actora interpone recurso extraordinario y ejerce, de este modo, el derecho de acción conforme a la normativa jurídica en contra de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, por cuanto, esta última emitió decisión declarando la improcedencia de la demanda de *habeas corpus* de autos del proceso. No obstante, no es nuestro propósito examinar la referida sentencia, sino más bien, únicamente, concentrar nuestra atención en el fundamento 6 de la misma, pues establece una tipología del *habeas corpus*, la cual es la siguiente:

a) El *habeas corpus* reparador

Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato —juez penal, civil, militar—; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

b) El hábeas corpus restringido

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

c) El hábeas corpus correctivo

Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

d) El hábeas corpus preventivo

Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.

Al respecto, es requisito *sine qua non* de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.

e) El hábeas corpus traslativo

Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

f) El hábeas corpus instructivo

Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

g) El hábeas corpus innovativo

Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o competido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados —previstos en el artículo 3o de la Constitución— entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

Esta Tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus* [énfasis inserto en el documento fuente]. (EXP. N.º 2663-2003-HC/TC, 2004)

Se ha reproducido el contenido de la sentencia para obtener la íntegra apreciación del Tribunal Constitucional, pues no requiere mayor interpretación dada la explicación puntual y precisa acerca de los tipos de *habeas corpus*. Sin embargo, dado que esta tipología no es perenne, se considera acertado motivar a los doctrinarios y estudiosos en el derecho constitucional y procesal constitucional a formular propuestas para incrementar la tipología citada, de cara al cumplimiento de los fines del proceso de *habeas corpus*, que se fundan, elementalmente, en la tutela a la persona y a sus derechos, como tal.

VI. Aspectos procesales del *habeas corpus* definidos en la Ley N.º 31307

En tanto proceso constitucional, el *habeas corpus* se encuentra regulado por la Ley N.º 31307. Tal norma ha inscrito, como disposiciones comunes a los procesos de amparo, *habeas data*, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y competencial, aspectos relativos a los fines (Artículo II del Título Preliminar), a los Principios Procesales (artículo III del Título Preliminar) y a los Órganos competentes (artículo IV del Título Preliminar). Sin embargo, conforme se anotó, el *habeas corpus* presenta particular régimen, de forma que, la competencia, la legitimación, las características procesales especiales, los derechos protegidos y el procedimiento se encuentran definidos y son determinantes no solo para su singularización, valga la redundancia, sino que sirven como parámetro, directriz y límite para la actuación de los jueces y las juezas, fundamentalmente, cuando ejercen su función decisoria ante supuestos de procedencia por la interposición de este instrumento.

Dicho esto, es de señalar que la Ley N.º 31307 no otorga un expreso concepto que brinde el significado del *habeas corpus*; no obstante, el artículo 200.1 de la Constitución de 1993 concede un somero alcance de su connotación pues se reconoce al *habeas corpus* como una garantía constitucional o una acción, cuya procedencia es “ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”. Añadido a esto, conforme se precisó líneas arriba, la Ley N.º 31307 ha reconocido la competencia del juez constitucional para conocer este proceso en primera instancia, y el juez de paz puede realizar determina-

da actuación acorde a lo establecido en el artículo 30 de tal cuerpo normativo. Al mismo tiempo, se ha especificado, en cuanto a la legitimación, entendida como la capacidad para la interposición de este proceso ante los órganos competentes; no es nuestro propósito abundar al respecto, pero sí es oportuno resaltar que, a nivel legal, el artículo 31 de la Ley N.º 31307 instituye que la persona, ya sea la perjudicada o cualquiera a favor de ésta, sin contar con representación de la primera, así como, la Defensoría del Pueblo, podrán interponer la demanda de *habeas corpus*; sin requerir firma del letrado ni ninguna otra formalidad. Se aprecia, al respecto, que el legislador ha evaluado la singular importancia de los derechos que tutela el instituto referenciado y que, por lo mismo, ha dispuesto imprescindible que no concurra impedimento alguno que perturbe su viabilidad, dada la finalidad que ostenta.

En otro contexto, a diferencia del proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política de 1993 no ha señalado a los sujetos facultados para interponer la acción de *habeas corpus*; sin embargo, en la revisión de los artículos 200 y 205 del citado texto, se determina que la demanda de *habeas corpus* podrá ser interpuesta, incluso, durante la vigencia del régimen de excepción; lo cual, consideramos, fortalece a la legitimación de este proceso, configurándose la seguridad jurídica. Aunado a ello, se precisa que, habiéndose agotado la jurisdicción interna y quien se considere lesionado en un derecho, podrá acudir a la jurisdicción internacional, siempre y cuando se observe la normativa externa reconocida por el Perú; esto expresa que el alcance de la legitimación del *habeas corpus* supone que, el mismo, pueda ser interpuesto dentro del territorio nacional; por otro lado, una vez que concurren los presupuestos para acudir a la jurisdicción internacional, podrán utilizarse los instrumentos que esta exige para la observancia de sus fines, no siendo, claro está, uno de ellos, el *habeas corpus*.

En cuanto a otros aspectos reconocidos por la Ley N.º 31307, se anota que el artículo 32 reconoce un particular perfilamiento del proceso de *habeas corpus*:

El proceso de *habeas corpus* se rige también por los siguientes principios:

- 1) Informalidad: No se requiere de ningún requisito para presentar la demanda, sin más obligación que detallar una relación sucinta de los hechos.
- 2) No simultaneidad: No existe otro proceso para salvaguardar los derechos constitucionales que protege. No existen vías paralelas.
- 3) Actividad vicaria: La demanda puede ser presentada por el agraviado o cualquier otra persona en su favor, sin necesidad de contar con representación procesal.

- 4) Unilateralidad: No es necesario escuchar a la otra parte para resolver la situación del agraviado.
- 5) Imprescriptibilidad: El plazo para interponer la demanda no prescribe. (Ley 31307, art. 32)

De esta manera, el *habeas corpus* se orienta por principios, los cuales se comportan como directrices cuya utilidad es significativa, por cuanto, “informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional” (Expediente N.º 0005-2005-CC/TC, 2005) y “sirven para interpretar los procesos constitucionales y sus reglas” (Expediente N.º 00252-2009-PA/TC, 2009). Es de señalar que los principios de informalidad, no simultaneidad, actividad vicaria, unilateralidad e imprescriptibilidad, además de la utilidad singular reservada a los principios al interior de la actividad procesal, se comportan como elementos característicos del proceso de *habeas corpus*, y lo catalogan como un proceso sencillo, célere y práctico, bajo nuestra perspectiva. No obstante, son requisitos que no solo deben considerarse al momento de la presentación de la demanda o para la procedencia de la misma, sino, también, en conjunto con los principios procesales contenidos en el artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional —dirección judicial, economía, intermediación, socialización, gratuidad, impulso de oficio, *pro actione*—, porque son cardinales para el resultado de la efectiva tutela constitucional, en sentido genérico, toda vez que esta es la razón de ser del *habeas corpus* y de los demás procesos constitucionales establecidos con dicho propósito.

Asimismo, el Capítulo II, denominado “Derecho Protegidos”, de la Ley N.º 31307, regula lo siguiente:

Procede el *habeas corpus* ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- 1) La integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni forzado u obligado a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge o conviviente, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 3) El derecho a no ser exiliado sino por sentencia firme.
- 4) El derecho a no ser desterrado, expatriado o confinado por autoridad administrativa por razones políticas, raciales, culturales, étnicas o por cualquier otra índole.

- 5) El derecho a no ser separado del lugar de residencia o expulsado del país sino por mandato judicial o por aplicación de la ley correspondiente.
- 6) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 7) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la ley correspondiente.
- 8) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 48 horas más el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite f) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan. En ningún caso debe interpretarse que las 48 horas a las que se refiere el párrafo precedente o el que corresponda según las excepciones constitucionales es un tope indispensable, sino el máximo a considerarse a nivel policial.
- 9) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- 10) El derecho a no ser detenido por deudas, salvo en el caso del delito de omisión de asistencia familiar.
- 11) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- 12) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal g) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.
- 13) El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, explotación infantil o trata en cualquiera de sus modalidades.
- 14) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- 15) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.
- 16) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.
- 17) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.

- 18) El derecho a no ser objeto de ejecución extrajudicial y/o desaparición forzada.
- 19) El derecho a la verdad, de conformidad con su reconocimiento jurisprudencial.
- 20) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.
- 21) El derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica.
- 22) El derecho a la defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual. (Ley 31307, art. 33)

Así, se ha establecido un conjunto de derechos fundamentales que, en caso de amenaza o vulneración a los mismos, se podrá interponer demanda de *habeas corpus*; tales derechos tienen relación con la libertad personal y los derechos constitucionales conexos a ella, según el numeral 22 del artículo 33 de este último caso. Si bien no se pretende abundar sobre el tema, es menester estatuir que los referidos derechos son protegidos por el *habeas corpus*, debido a que este instituto tiene como fin otorgar tutela urgente a los derechos que, por su representación de fundamentales, la requieran durante determinado contexto. De manera que, al ser examinados por el juzgador o la juzgadora, corresponderá observar que “la capacidad de respuesta del órgano de control a un problema planteado, entre ellos el hábeas corpus, debe ser suficiente, congruente y razonable, desde la propia noción de tutela urgente que implica la defensa de un derecho fundamental” (Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2018); máxime si los derechos fundamentales son “una serie de exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal” (Castillo, 2010, p. 93). Por ello, “son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste” (Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, 2005), he allí su particular significación, sobre todo, en un Estado constitucional de derecho, donde su tutela es de forma urgente e inexorable.

En cuanto al procedimiento del *habeas corpus*, se han establecido los siguientes trámites:

Cuadro 1

Trámites del *habeas corpus*,
según los artículos 34, 35 y 36 de Ley N.º 31307

Tipo de trámite	Actividad general del juez o de la jueza	Otras actuaciones del juez o de la jueza	Actuaciones de otros sujetos procesales
Trámite en caso de detención arbitraria y de afectación a la integridad personal Base legal: artículo 34 de Ley N.º 31307	Resuelve de inmediato.	- Tiene la facultad de constituirse en el lugar de los hechos para verificar la detención indebida alegada. - Si corrobora la detención arbitraria, ordenará, en el mismo lugar, la libertad del agraviado y deja constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial. (Ley N.º 31307, art. 34)	El artículo 34 de la Ley N.º 31307 no especifica actuación, a observar, por otros sujetos procesales.
Trámite en casos distintos (Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración a la integridad personal) Base legal: artículo 35 de Ley N.º 31307	El juez podrá constituirse en el lugar de los hechos o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, y deben explicar la razón que motivó la agresión. De ese modo, el juez resolverá de plano, en el término de un día natural, bajo responsabilidad.	Si las circunstancias lo requieren, el juez o la jueza, dentro de 72 horas de admitida la demanda, fija fecha para la realización de audiencia única. - Después de escuchar las alegaciones de las partes, el juez o la jueza, si se ha formado juicio, pronuncia sentencia en el acto o, en caso contrario, lo hará en el plazo indefectible de tres días calendario. La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrará privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda, así como a su abogado, si lo hubiere.	Las partes pueden solicitar copia de los audios y videos de la audiencia pública.

Trámite en caso de desaparición forzada Base legal: artículo 36 de Ley N.º 31307	Si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo.	Puede, incluso, comisionar a jueces del distrito judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el juez dará aviso de la demanda de <i>habeas corpus</i> al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes. Si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y debe proporcionar el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado, bajo expresa responsabilidad en la declaración que pueda formularse.	El artículo 36 de la Ley N.º 31307 no especifica actuación a observar por otros sujetos procesales.
---	--	--	--

Nota. Este cuadro reproduce los aspectos prescritos en los artículos 34, 35 y 36 de la Ley N.º 31307, los cuales reconocen expresamente tres tipos de trámite que orientan el procedimiento del *habeas corpus*: 1) trámite, en caso de detención arbitraria y de afectación a la integridad personal; 2) trámite, en casos distintos (Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración a la integridad personal), y 3) trámite, en caso de desaparición forzada. Cada trámite tiene características particulares, como las que se dejan notar; sin embargo, en todos los trámites, es indispensable la actuación del juez o de la jueza competente, cuyo actuar está orientado, de forma puntual, a la tutela de los derechos alegados como amenazados o vulnerados. En cuanto a la actuación de las partes procesales, se entiende que las mismas realizarán acción orientada a la defensa de sus derechos e intereses, en el marco del ejercicio del debido proceso, que les asiste. Asimismo, en todos los trámites se deja notar el carácter de proceso de tutela urgente que reviste el *habeas corpus*.

Finalmente, la Ley N.º 31307 deja prescripto que el *habeas corpus* tiene normas especiales de procedimiento, con tal fin se indica lo siguiente:

Este proceso se somete además a las siguientes reglas:

- 1) No cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre.
- 2) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios.
- 3) Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales.
- 4) No interviene el Ministerio Público.
- 5) Se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.
- 6) El juez o la sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera.
- 7) Las actuaciones procesales son improrrogables.
- 8) No hay vista de la causa, salvo que lo pida el demandante o el favorecido. (Ley N.º 31307, art. 37)

En este sentido, desde nuestro punto de vista, el *habeas corpus* se presenta como un proceso donde el rol fundamental es ostentado por el juez o la jueza competente, pues toda la actuación del órgano jurisdiccional apunta a un solo objetivo: garantizar la vigencia del derecho que se alega, en el marco del debido proceso. Por lo cual, es necesario que se cuente con un escenario procedimental célere y práctico; y, entendemos que, el legislador peruano ha querido dar esta connotación al *habeas corpus*, pues el mismo se funda como un elemento idóneo para la tutela urgente de los derechos fundamentales, en especial, de los que protege.

Finalmente, en cuanto al contenido de la sentencia expedida como parte del proceso de *habeas corpus*, en caso sea estimatoria, se observa lo siguiente:

La resolución que declara fundada la demanda de *habeas corpus* dispondrá alguna de las siguientes medidas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
- 2) que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o

- 3) que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o
- 4) que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse. (Ley N.º 31307, art. 38)

Por tanto, el juez o la jueza, establecerá, en la sentencia, estas medidas tendientes a cumplir la finalidad del proceso de *habeas corpus*. Asimismo, opinamos, de no observarlas, la sentencia se catalogaría como “defectuosa”, aspecto que no se condice con el debido proceso y con los fines de la jurisdicción constitucional.

VII. Reflexión en torno al proceso de *habeas corpus* a propósito del caso recaído en el Expediente N.º 139-2002-HC/TC

De la lectura del trabajo realizado por el profesor Espinosa-Saldaña Barrera, titulado *Habeas corpus contra resoluciones judiciales: un escenario en constante evolución*, nos han surgido algunas reflexiones en torno al modo en el que el Tribunal Constitucional ha conocido, en su momento, el caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, recaído en el Expediente N.º 139-2002-HC/TC, cuya sentencia es de fecha 19 de enero de 2002. Dicho caso ha sido conocido por los exmagistrados del Tribunal Constitucional, Aguilar Roca, Rey Terry, Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez, Revoredo Marsano, a propósito del recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el 7 de enero del 2002, que declaró improcedente la acción de *habeas corpus* que oportunamente se formuló.

Esta sentencia atrae nuestra atención, por cuanto, a través de un recurso extraordinario se pretendió cuestionar el fondo del asunto establecido en una demanda de *habeas corpus*, la cual fue interpuesta con el fin de que el órgano jurisdiccional variara la medida coercitiva de detención por la de comparecencia, que le fuera aplicada al señor Bedoya, en tanto parte procesal del proceso de peculado seguido en su contra; ello, por cuanto, entre otras razones, no se acreditó fehacientemente que él haya cometido el delito de peculado, que no fue funcionario público y que cuenta con arraigo. Sin embargo, al haber declarado, a las instancias competentes de la judicatura, la improcedencia de su requerimiento, por considerar que la actuación procesal ha sido de carácter regular, alega ante el Tribunal Constitucional, mediante el recurso extraordinario que presentara, violaciones al debido proceso y la existencia de un proceso irregular.

Sin embargo, ¿en qué consistió la labor del Tribunal Constitucional para afirmar que se pronunció sobre el fondo del asunto? La respuesta a esta interrogante nos la otorga la decisión de dicho órgano, que es la siguiente:

REVOCANDO la recurrida que declaró improcedente la acción de *habeas corpus* Y; REFORMANDOLA declara FUNDADA la acción de *habeas corpus* interpuesta por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, y en consecuencia, ordena dejar sin efecto el mandato de detención dictado en su contra en el proceso seguido ante el Primer Juzgado Penal Especial, Expediente N.º 13-01, debiendo disponerse su inmediata excarcelación, sin perjuicio de tomarse las medidas procesales pertinentes para asegurar su presencia en el proceso. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados. (Exp. N.º 139-2002-HC/TC, 2002)

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional conoció el proceso de *habeas corpus*, y modificó, como consecuencia de dicha labor, las decisiones de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia que emitieron pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en mérito a sus atribuciones legítimas; no obstante, al respecto, estamos de acuerdo con el profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera en que el Tribunal Constitucional se convirtió en un órgano que asumió competencias que, por mandato, no le corresponden, desconociendo el rol y la competencia del juez penal, quien está calificado para decidir en un proceso de *habeas corpus*, afectando así al principio de Competencia Funcional que informa el derecho procesal constitucional. Asimismo, con tal actuación, el Tribunal Constitucional desnaturalizó al *habeas corpus* y, por ende, en vez de aplicar soluciones razonables al caso, lo único que hizo fue otorgar un tratamiento irregular a este proceso. En consecuencia, el caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco es un ejemplo de cómo el propio órgano tuitivo de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ha extralimitado sus competencias y ha desvirtuado, así, un esencial proceso: el *habeas corpus*.

Por tanto, consideramos que el *habeas corpus* debe interponerse y conocerse, según lo prescribe la normativa, bajo la perspectiva de que pueda cumplir su finalidad y no ser un elemento para que “el justiciable pueda querer convertir al *habeas corpus* en un nuevo espacio para debatir lo ya discutido por la judicatura ordinaria” (Espinosa-Saldaña, 2008, p. 84).

VIII. Conclusiones

- La jurisdicción constitucional es un escenario legalmente configurado con el fin de que los derechos fundamentales, de titularidad de la persona, puedan ostentar tutela urgente en caso se presente amenaza o afectación a los mismos. Con dicho fin, se ha erigido un aparato jurisdiccional, cuyas competencias —fundadas en norma jurídica— garanticen el valor superior de justicia, tan esencial en un estado constitucional de derecho.
- El *habeas corpus*, denominado como garantía constitucional, acción y proceso, reviste singular tratamiento —constitucional y legal— en el Perú. Así, el artículo 200.1 de la Constitución Política peruana de 1993 reconoce su procedencia para los supuestos en que los derechos a la libertad personal, y los constitucionales conexos a esta, se vean amenazados o conculcados por cualquier persona y durante cualquier modo y tiempo; por su parte, la Ley N.º 31307 instituye un particular tratamiento a este proceso, especificando su finalidad y, en definitiva, su procedimiento.
- Es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano aquella que se ha encargado de perfilar el *habeas corpus* en el Perú. Empero, dicho instrumento se comporta como un proceso que, en atención al avance temporal, se irá fortaleciendo no solo en su ejercicio sino, en su esencia, como mecanismo de tutela apremiante para los casos previstos, tan relevantes *per se*.

IX. Referencias

- Castillo Córdova, L. (2005). La finalidad del Hábeas Corpus. *Revista peruana de jurisprudencia*, (53), 31-54. <https://hdl.handle.net/11042/1914>
- Castillo Córdova, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (14), 89-118.
- Castillo Córdova, L. (2011). Procesos constitucionales y principios procesales. En M. Martínez (Ed.), *Derecho procesal constitucional* (pp. 107-131). Lima: Ediciones Legales.
- Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. (2018). *El hábeas corpus en la actualidad posibilidades y límites*. Servicios Gráficos JMD.
- Espinosa-Saldaña, E. (2008). Habeas corpus contra resoluciones judiciales: un escenario en constante evolución. *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, (5), 69-88.

- Expediente N.º 00252-2009-PA/TC, 00252-2009. (2009, 7 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00252-2009-AA.html>
- Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, 1417-2005 (2005, 8 de julio). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html#:~:text=En%20tanto%20derechos%20fundamentales%2C%20son,y%20no%20otorgados%20por%20%C3%A9ste.>
- Expediente N.º 2663-2003-HC/TC, 2663-2003 (2004, 23 de marzo). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02663-2003-HC.pdf>
- Expediente N.º 139-2002-HC/TC, 139-2002 (2002, 29 de enero). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00139-2002-HC.pdf>
- Expediente N.º 0005-2005-CC/TC, 0005-2005 (2005, 18 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00005-2005-CC.pdf>
- Ferrero Rebagliati, R. (1969). Garantías Constitucionales. *Derecho PUCP*, (27), 35-41.
- García Belaúnde, D. (1973). Los orígenes del Hábeas Corpus. *Derecho PUCP*, (31), 48-59.
- García-Pelayo, M. (2014). El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (100), 15-37.
- Häberle, P. (2001). La Jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (5), 169-182.
- Ley N.º 31307. (23 de julio de 2021). Nuevo Código Procesal Constitucional. *El Peruano* (16133). <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/FReh7huu4-gAf1oPQRADt8>
- Nogueira Alcalá, H. (1998). El habeas corpus o recurso de amparo en Chile. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (102), 193-216.
- Ríos, L. (2001). Elementos fundamentales de la justicia constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (5), 309-334.
- Valle, J. (5 de Marzo de 2019). El Hábeas Corpus en el Perú. *La razón*. <https://larazon.pe/el-habeas-corpus-en-el-peru/>

La naturaleza metajurídica del estado de excepción

The meta-legal nature of the state of emergency

URBINA QUIÑONES, César M.(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación jurídica del estado de excepción. III. La insuficiencia de la teoría jurídica para explicar el fenómeno de la excepción. 3.1. El paradigma clásico del estado de excepción. 3.2. La negación jurídica del fenómeno excepcional. IV. La convergencia entre lo jurídico y lo político. V. Una distinción necesaria. VI. La naturaleza del estado de excepción. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: El autor desarrolla la naturaleza metajurídica del estado de excepción, comprendiéndolo como una zona de convergencia entre la aspiración de regulación jurídica en el texto constitucional y la decisión

(*) Este artículo es una extensión de precisiones teóricas sobre lo desarrollado por el autor en su publicación *La excepción frente a la COVID-19. Reflexiones sobre el tratamiento del estado de emergencia en el caso peruano* (Urbina Quiñones, 2020), el cual busca determinar la naturaleza metajurídica del estado de excepción desde un análisis estrictamente teórico.

(**) Abogado y maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca. Aspirante al Título de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jurídico CEDEFU. Docente de pre y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: curbinaq@unc.edu.pe.

política como expresión pura del poder. Para ello, recoge planteamientos decisionistas y los correlaciona con la actual teoría constitucional sobre los regímenes de excepción.

Palabras clave: Estado de excepción, régimen de excepción, decisionismo, constitucionalismo, metajurídico.

Abstract: *The author develops the meta-legal nature of the state of exception, understanding it as a convergence zone between the aspiration for legal regulation in the constitutional text and the political decision as a pure expression of power. To do this, it collects decisionist approaches and correlates them with the current constitutional theory on exception regimes.*

Key words: *State of exception, regime of exception, decisionism, constitutionalism, meta-legal.*

I. Introducción

El estudio riguroso de la teoría del derecho ha conllevado —no en pocas ocasiones— a explicar fenómenos que, sin ser necesariamente jurídicos, se ven reducidos a la mínima expresión de su regulación normativa.

La filosofía del derecho en la posmodernidad, sobre todo el actual paradigma constitucionalista, ha centrado su preocupación y sus esfuerzos en sustentar la vinculación del derecho con la moral⁽¹⁾. Incluso, desde el cientificismo o el materialismo no se ha podido dejar de advertir que el derecho tiene implicaciones morales que fundamentan parte de su existencia⁽²⁾.

En este trabajo, se llamará metajurídica a la disciplina que reviste esfuerzos por descubrir los orígenes de las instituciones y los fenómenos jurídicos más allá del derecho. Aunque, en el campo de la moral, esto ha tenido mejores resultados, el actual paradigma constitucionalista parece haber dejado de lado la discusión sobre la convergencia entre lo jurídico y lo político, aun cuando esta relación se remonta a los propios orígenes del derecho constitucional⁽³⁾, lo cual

(1) Podemos citar como un marco referencial los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino o John Finnis, como algunos de los pensadores más relevantes sobre este asunto.

(2) Mario Bunge (2000, pp. 130 y ss.) sostiene que el derecho tiene una zona de convergencia con la moral, llamando nomoética a “la disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos morales —o la ausencia de fundamentos morales— de la jurisprudencia”.

(3) Para ahondar sobre la relación entre los fenómenos jurídicos y los fenómenos políticos se recomienda revisar: (García Belaúnde, 1978).

permitió, implícitamente, que discusiones esencialmente políticas se reduzcan a su sola regulación normativa.

Dicho caso es el fenómeno de la excepción como una preocupación que parte de la teoría política, pero que se ha reducido en la mera discusión de las regulaciones normativas de los regímenes de excepción constitucionales.

La pandemia del coronavirus puso nuevamente, en la palestra, la añeja discusión sobre el estado de excepción, pero sin ahondar en su ontología, olvidando responder la pregunta: ¿cuál es su naturaleza? Es así que en este trabajo se pretende responder a dicha interrogante desde un enfoque metajurídico, sin reducciones normativas y ahondando en los orígenes de la discusión sobre el fenómeno excepcional.

II. La regulación jurídica del estado de excepción

Las constituciones contemporáneas contemplan regímenes de excepción en los que se pretende regular cómo el Estado responde frente a situaciones de amenaza a la normal continuidad en la vida del país.

El tratamiento de dicha amenaza ha sido abordado por la doctrina jurídica contemporánea, bajo el concepto de amenaza existencial, el cual hace referencia a situaciones de peligro inminentes para la vida de la sociedad y del Estado, como característica intrínseca de la situación excepcional (Wright, 2014, p. 208).

Por ejemplo, la Constitución Política del Perú prevé en su artículo 137 dos estados de excepción: (i) el estado de emergencia, regulado para los supuestos de perturbación a la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación; y (ii) el estado de sitio, regulado para los supuestos de invasión, guerra exterior, guerra civil o, incluso, el peligro inminente de que estos se produzcan. Estos supuestos, aunque dotados de una fuerte indeterminación conceptual⁽⁴⁾, representan las amenazas existenciales previstas por el constituyente peruano.

Pero las constituciones no solo prevén supuestos en los que es válido disponer la declaración del correspondiente estado de excepción, pues, también contemplan la legitimidad, procedimiento, forma y modo de la declaración. De ahí que se sostenga la limitación de los poderes de excepción a través de la regulación normativa realizada por la Constitución.

(4) Que se acrecienta con la falta de normas de desarrollo constitucional sobre la materia y con la ausencia de desarrollo jurisprudencial (Cfr. STC Exp. N.º 00002-2008-PI/TC).

Bajo un enfoque esencialmente jurídico, el estado de excepción se definiría como la regulación constitucional de las potenciales amenazas existenciales consideradas por el constituyente, a través de ciertas causales determinadas como situaciones excepcionales, así como sus correspondientes consecuencias. Dicho de otro modo, cuando el constituyente valora algunos supuestos como potenciales amenazas existenciales, las positiva en causales para la declaración del estado de excepción, según la regulación que estime conveniente.

Esta regulación constitucional, que se repite en la gran mayoría de ordenamientos nacionales, dota de una aparente naturaleza jurídica al estado de excepción, y reduce el fenómeno excepcional (v. gr. amenaza existencial) a las prescripciones normativas que el constituyente le haya reservado; no obstante, esta “excepcionalidad” radica exclusivamente en la poca probabilidad de que el supuesto previsto ocurra en la realidad y no tanto en la real condición de causa imprevisible.

III. La insuficiencia de la teoría jurídica para explicar el fenómeno de la excepción

3.1. El paradigma clásico del estado de excepción

Los orígenes de la discusión sobre la regulación del fenómeno de la excepción se remontan a la Roma republicana, en donde se comprendía a la situación excepcional como circunstancias de peligro que requerían de un poder público fuerte y sin obstáculos para hacerle frente (Schmitt, 1968, p. 33).

Es así como los romanos crearon a la dictadura, para que un magistrado extraordinario (el dictador) sea nombrado por el cónsul a solicitud del senado y así pueda eliminar el peligro que motivó su nombramiento, para lo cual no se encontraba sujeto a las limitaciones que poseían las demás magistraturas ordinarias de Roma (Siles, 2014, p. 418). Esta designación duraba seis meses, y era usual que el magistrado renunciara a su investidura una vez cumplida su misión, aun antes del término indicado (Schmitt, 1968, pp. 33-34).

La tradición occidental se nutre de la dictadura romana como el modelo primigenio del estado de excepción (Siles, 2014, p. 412); desde entonces, se denotan los esfuerzos por regular jurídicamente esta institución, definiendo quién se encargaba de la designación, nombramiento y fines a cumplir por parte de aquel magistrado.

En ese sentido, Schmitt (1968) identifica diferencias contrapuestas entre una dictadura soberana y una dictadura comisarial. La dictadura romana era

esta última, porque el poder se lo confería el senado para una tarea específica y por un espacio de tiempo determinado (Schmitt, 1968, pp. 57 y ss.).

Por su parte, en una dictadura soberana, la decisión sobre el estado de excepción recae en la propia autoridad del soberano y no en una regulación normativa, pues, la situación excepcional es una realidad no prevista. Mientras los fenómenos puramente jurídicos se presentan como normales para la vida estatal, la excepción es una situación de anormalidad o de anomia (Hernando, 2000, pp. 222-223).

El decisionismo schmittiano centra la problemática del fenómeno excepcional en que se trataría de toda situación no prevista por el ordenamiento jurídico, cuya consecuencia es el caos, porque no se encuentra forma jurídica para afrontar tal situación, de manera que es la decisión soberana —y no la norma— el remedio para tal contexto (Schmitt, 2009, p. 18).

Señalar algún caso como excepcional se torna difícil desde la esfera jurídica, pues la aparente imposibilidad de prever normativamente un caso excepcional hace imposible su delimitación (Schmitt, 2009, p. 13). Lo excepcional se expresa como la realidad que supera al derecho, como lo fáctico por sobre lo jurídico (Wright, 2014, p. 206). En suma, como sentencia Loewenstein (1979):

Es imposible encontrar criterios jurídicos para captar las circunstancias que constituyen una situación de crisis o de excepción y que justifican, y hasta hacen inevitable, la instalación de un gobierno de crisis. Cualquier definición jurídica se opone al objetivo esencial del gobierno de crisis, esto es, proporcionar al gobierno la libertad de movimiento que le permita acabar con la crisis. [...] Las situaciones de crisis son causadas por las más diversas razones. (p. 285)

Esa es la razón por la que Schmitt (2009) se refiere al estado de excepción como “un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio” (p. 13). Entonces, si el estado de excepción no está supeditado a la preexistencia de una norma, ¿cuándo se está frente a una situación excepcional? La respuesta del decisionismo es cuando el soberano así lo decida, pues el “soberano es quien decide sobre el estado de excepción” (Schmitt, 2009, p. 13). La lógica de esta argumentación estriba en que, si la situación excepcional no admite regulación jurídica alguna, solo se podrá saber que se está frente a una real situación de excepción cuando el soberano así lo disponga.

3.2. La negación jurídica del fenómeno excepcional

Desde este enfoque, el derecho, dotado de orden y de previsión de causas, acaba por ser insuficiente para explicar el fenómeno de la excepción; puesto que la propia teoría jurídica ha negado la idea de la excepción, ya sea por razones epistémicas, de —presunta— coherencia con sus postulados, o por cuestiones de fundamentación lógica y ética, en cuanto a las consecuencias que acarrea aceptar la suspensión del orden jurídico frente a la decisión.

El positivismo jurídico asume la validez del ordenamiento normativo en sí mismo, refiriendo la validez de toda norma jurídica hacia otra jerárquicamente superior a ella, continuando una progresión ascendente que concluye en la norma fundamental, la cual tiene validez presupuesta al no poder provenir de una autoridad que requiera de una norma que se la confiera (Kelsen, 1982, p. 202). Esta autosuficiencia normativa exige obviar cualquier actuación estatal fuera de los parámetros de validez, es decir, no puede haber hecho de la realidad que no sea subsumible en el ordenamiento jurídico vigente⁽⁵⁾, por lo tanto, cualquier anomia es inexistente y, en consecuencia, no es posible la excepción en los términos propuestos por el decisionismo (Hernando, 2000, pp. 222-223).

El constitucionalismo de la posmodernidad tampoco es ajeno a aquella concepción del derecho, pues, en él, la norma básica kelseniana se manifiesta en la Constitución. El actual paradigma constitucionalista plantea que todo el ordenamiento jurídico se adecúa, como consecuencia, deductivamente posible de las premisas constitucionales que sirven de parámetro para el control de su validez (Laporta, 1999, pp. 321-322). Por eso, Ferrajoli (2001) sostiene que el Estado constitucional representa la forma última y más desarrollada del positivismo jurídico, pues, en él, se está frente a “la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’” (p. 35).

En otro sentido, el constitucionalismo más clásico plantea que los poderes constitucionales existen por la Constitución y, por lo tanto, estos poderes no pueden suspenderla —o limitarla— (Constant, 1820, p. 255). En la lógica de la consecuencia del estado de excepción, esta advertencia a suspensión —en todo

(5) Por ejemplo, al abordar las lagunas del derecho, el positivismo jurídico clásico sostenía que es lógicamente posible aplicar el orden jurídico válido, pese a que no sea aplicable una norma jurídica aislada que contemple el supuesto (Kelsen, 1982, p. 255).

o parte— del ordenamiento jurídico, también ha sido abordada como una paradoja, aun como aporía, por el constitucionalismo contemporáneo, el cual se plantea si: “¿puede salvarse la Constitución mediante su suspensión o quebrantamiento? ¿Este designio no significa, acaso, atentar contra la propia naturaleza del Estado constitucional? ¿No estamos ante una contradicción irresoluble, ante un callejón sin salida desde el punto de vista teórico?” (Siles, 2015, p. 77).

Ante ello, es necesario mencionar que el poder soberano es anterior a la propia constitución, incluso, esta última es producción del poder soberano manifestado a través del poder constituyente, siendo este quien legitima, en última instancia, todo el sistema jurídico. No obstante, resulta un equívoco pensar que, con la declaración del estado de excepción, se busque salvar a la constitución como fin en sí mismo, pues en realidad se lo hace en cuanto representa un medio para la protección de la sociedad y la persona humana. Bajo esa premisa, es perfectamente razonable suspender el contenido de la constitución para alcanzar su *telos*.

Otro cuestionamiento, esta vez de índole ético, recae en la evidente concentración de poder en el gobierno tras la declaración del estado de emergencia. Para Constant (1820), al suspenderse el contenido de la Constitución, se la estaría violando y, en ese sentido, ya no se conserva el orden constitucional sino el poder del gobierno, que, en tales circunstancias, tiende a caer con facilidad hacia el despotismo (pp. 257 y ss.).

Estas circunstancias han sido descritas como normalización negativa del estado de excepción (Urbina, 2020, pp. 161-162) para referirse a la normalización fáctica de la situación excepcional, esto es, cuando los gobiernos abusan de la declaración del estado de excepción, haciéndolo parte de la cotidianidad del país⁽⁶⁾ (Despouy, 2010, pp. 128-131).

Pero, justamente, en los términos propuestos por el decisionismo, aquella normalización negativa es una situación no excepcional. Un schmittiano contemporáneo como Alain de Benoist (2007), al cuestionar la política antiterrorista norteamericana, sentencia que “la permanencia del estado de excepción —la excepción sin excepción— no es schmittiana” (p. 86).

(6) En el Perú, se ha cuestionado la normalización del estado de emergencia (Siles, 2017, p. 126; Rubio, 1999, pp. 476-477), porque se ha empleado, indiscriminadamente, en ciertas zonas de aplicación de la estrategia contrasubversiva, inclusive para combatir a la delincuencia común en la región del Callao.

IV. La convergencia entre lo jurídico y lo político

Si la determinación de la situación excepcional desde la norma es inconsistente con su propio carácter anómico y, además, la teoría jurídica se sustrajo del estudio del fenómeno de la excepción, entonces, ¿por qué las constituciones nacionales recogen al régimen de excepción en sus textos?

Una posible respuesta se puede ensayar desde el cambio de paradigma del Estado constitucional, donde, al regir como norma suprema, la constitución tiene fuerza normativa y vocación por recoger parámetros de la actividad estatal, lo que, en palabras de García (2010), se traduce como:

El régimen de excepción compromete el funcionamiento normal de las instituciones y la vida coexistencial de los ciudadanos. Forman parte integrante de la propia dialéctica constitucional, que, en su afán de encuadrar dentro de su seno toda la actividad estatal y ciudadana, se ha visto en la necesidad de prever la institucionalización normativa del régimen de excepción. (p. 748)

El correlato de esta regulación del poder estatal no es otro que su cabal limitación, a efectos de evitar su uso desmedido. La propia República romana aseguró mecanismos de control para contrarrestar la concentración del poder, distinguiendo entre quién declara la situación excepcional: el senado romano; asimismo, quién ejerce el poder dictatorial: el dictador. El primero era quien le encomendaba al segundo qué tarea debía cumplir y el plazo del que disponía para hacerlo, lo que Schmitt (1968) llamó “dictadura comisarial” (pp. 57 y ss.). Asimismo, el senado mantenía el control de los fondos públicos y se reservaba el ejercicio de control posterior sobre los actos del dictador, quien debía rendirle cuentas al término de su investidura (García, 2010, pp. 750-751).

La concentración del poder durante los estados de excepción es un temor fundado del constitucionalismo occidental, el cual se ha embarcado en la ilustre tradición de limitar los poderes de excepción, buscando mantenerlos dentro del cauce constitucional (Siles, 2015, p. 75).

Este afán democrático por limitar los poderes de excepción se ha denominado normalización positiva del estado de excepción (Urbina, 2020, p. 161), describiendo la transformación de un fenómeno político en uno jurídico. Sin embargo, no se puede caer en el extremo normativista de negar el carácter político de la excepción, para el cual “resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que la empa-

rentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis” (Despouy, 2010, p. 91).

Cuando la teoría jurídica niega el carácter político del estado de excepción, y lo reemplaza por un carácter eminentemente jurídico, niega también la posibilidad de la situación excepcional por el solo hecho de —creer— regularla bajo el régimen constitucional. Esa consideración autosuficiente del positivismo jurídico clásico y del constitucionalismo posmoderno —vistos *ut supra*— no hacen más que negar la propia realidad.

Creer que el marco de actuación estatal frente a la excepción se agota en lo normativo, es lo mismo que no enfrentar una situación excepcional, porque al encontrarse presupuestada se trata de una situación perfectamente normal. No obstante, resulta peor pensar que, ante una verdadera situación excepcional, no se pueda actuar fuera del marco normativo, porque ello supondría una problemática de real indefensión para la sociedad y el Estado.

Por ejemplo, el estado de emergencia, decretado por el gobierno peruano en el contexto de la pandemia —ocasionada por la covid-19—, no se ajustó a lo establecido en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú⁽⁷⁾. En principio, porque cuando se declaró el estado de emergencia, la situación constitucionalmente prevista (v. gr. graves circunstancias que afecten la vida de la nación) aún no se concretaba: el número de contagiados era mínimo y no se enfrentaba una crisis sanitaria, y se adoptaron medidas de prevención (como la cuarentena), que justamente pretendían evitar la caída del país en graves circunstancias que le supongan un riesgo. Sobre todo, porque no existe causal regulada en la constitución peruana para la declaración del estado de emergencia con el fin de evitar sus causales previamente recogidas (v. gr. perturbación de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación), como sí es el caso del estado de sitio, regulado para casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o el peligro inminente de que estos se produzcan.

Evidentemente, aunque el Gobierno peruano intentó revestir de constitucionalidad la declaración del estado de excepción, lo concreto es que dicha declaración no se ajustó a los parámetros normativos establecidos; sin embargo, no se hicieron cuestionamientos sobre su constitucionalidad.

(7) Es decir, la primera declaración de emergencia del 15 de marzo de 2020, mediante D.S. N.º 044-2020-PCM.

Lo cierto es que la realidad demostró —una vez más— que la situación excepcional pone en evidencia al derecho y su incapacidad para predecir todas las situaciones posibles (Quispe, 1982, p. 141). La normalización positiva del estado de excepción representa una solución preventiva frente a su normalización negativa, mas no agota su contenido político. Ninguna constitución bien elaborada puede ignorar las exigencias normativas de la excepción (Quispe, 1982, p. 148), pero ninguna sociedad correctamente organizada debe olvidar la imprevisibilidad de la excepción.

V. Una distinción necesaria

Loewenstein (1979) señala que, en el estado de excepción, “la optimista suposición del constitucionalismo clásico según la cual la constitución regía en todas las circunstancias como la ley suprema del país, constituyendo el marco inalterable del liderazgo del proceso político, no ha sido confirmada por la realidad” (p. 284). Esta afirmación bien puede adherirse a la teoría schmittiana, en el sentido de entender a la decisión sobre la excepción como decisión en sentido eminente, donde una norma nunca puede captar una excepción absoluta, ni mucho menos fundar la decisión sobre ella (Schmitt, 2009, p. 13).

La excepción decisionista no advierte norma alguna, ni siquiera constitucional y, en palabras de Schmitt (2009), a lo sumo se puede indicar, en la constitución, quién es el autorizado a actuar en tal caso (p. 13). El control posterior, al estilo de la dictadura comisarial romana, también es una razonable posibilidad sobre la actuación en estos casos. No obstante, de todas formas, estos mecanismos jurídicos para el control del poder excepcional (normalización positiva) no pueden negar el carácter político del estado de excepción, porque su realidad es fáctica y no normativa.

De ese modo, la necesidad de distinguir a la excepción constitucionalmente regulada o dictadura constitucional (v. gr. régimen de excepción) de la excepción en puridad o estado de excepción schmittiano (v. gr. el estado de excepción derivado de una situación verdaderamente excepcional) se torna imperante.

Lo excepcional siempre estará vinculado al “advenimiento brutal de acontecimientos extraños o situaciones imprevisibles que, dado su carácter amenazante, exigen que sean afrontados inmediatamente con medidas así mismo excepcionales” (De Benoist, 2007, p. 81). La dicotomía excepcional-normal se caracteriza entonces por la posibilidad de conocer determinada situación; si se la conoce y, por lo mismo, se la regula, entonces, cuando se produzca, será una situación normal. Sin embargo, si no se conoce y, consecuentemente, no se regula, cuando se produzca, será una situación excepcional.

Esto último revela la condición de mutabilidad entre lo excepcional y lo normal, pues las circunstancias excepcionales que se producen con cierta frecuencia llegan a normalizarse, lo cual hace que lo “alguna vez” excepcional se convierta en algo perfectamente normal (Wright, 2014, p. 207). Por ejemplo, la guerra es un fenómeno social lamentable que se ha hecho parte indisoluble de la historia, por ende, previsible; constituciones como la peruana —además de la regulación específica— la contemplan como presupuesto para la declaración de un estado de sitio (artículo 137, inc. 2, Constitución Política del Perú). Lo mismo ocurre con los desastres naturales, para los cuales se ha reservado la declaración del estado de emergencia (artículo 137, inc. 3, Constitución Política del Perú).

Esa mutabilidad, a su vez, no hace otra cosa que poner de manifiesto el carácter temporal del estado de excepción, el cual no tiene vocación de permanencia, lo que representa un estadio de transición entre la situación excepcional y la normal (García, 2010, p. 752). Por ello, las prórrogas constantes del estado de excepción (normalización negativa), no escatiman en vaciar su contenido excepcional y transitorio.

No obstante, para que sea una situación excepcional, en los términos planteados por este trabajo, además de una situación desconocida, deberá representar una situación de amenaza, de extrema necesidad o de peligro inminente para la existencia de la sociedad y del Estado (Schmitt, 2009, p. 14; Wright, 2014, p. 208). Esto es, que se vea comprometida parte de su entidad en alguno de los elementos que configuran a la sociedad o al Estado, como unidades de desarrollo para el ciudadano.

La cognoscibilidad o previsibilidad de la situación determina su excepcionalidad o normalidad, como parámetro de distinción entre el estado de excepción schmittiano y el régimen de excepción constitucional, respectivamente; de manera que este último no define situaciones excepcionales, en el sentido estricto del término, debiendo su terminología a un aspecto nominativo y no conceptual. Por su parte, la temporalidad y la amenaza a la existencia de la sociedad y del Estado son características comunes que comparten ambas concepciones, las cuales permiten cierto margen de regulación.

En ese sentido, no es factible regular supuestos de aplicación para el estado de excepción, como lo hace el régimen de excepción constitucional, pues ello implica normalizar las situaciones previstas y aunque se realice, eso solo será nominalmente, pero no se tratará de un estado de excepción, en sentido estricto. Empero, sí es posible definir quién es comisionado con el poder soberano para decretar que se está frente a una situación excepcional, como la posibilidad de

una auto investidura (quien declara el estado de excepción ejerce los poderes de excepción) o hetero investidura (quien declara el estado de excepción designa a quien ejerce los poderes de excepción), el tiempo por el que son investidos los poderes excepcionales, así como la posibilidad de un control simultáneo y posterior sobre la actuación de los poderes excepcionales.

VI. La naturaleza del estado de excepción

Al diferenciar al estado de excepción del régimen de excepción constitucional, más allá de aspectos lingüísticos, se puede abordar su verdadera naturaleza. La teoría schmittiana presenta al estado de excepción como un fenómeno aparentemente político, basado en la decisión del soberano; no obstante, una lectura más profunda de sus postulados permite visualizar aspectos que lo vinculan a la teoría jurídica, aunque no desde un enfoque positivista.

En comparación al *creatio ex nihilo*, el decisionismo propone que el origen del Estado y del ordenamiento jurídico proviene de una decisión, de la voluntad de crearlos (el poder soberano), y es esta su fuente primordial, la cual permite crear derecho sin que exista norma que la habilite a hacerlo (Schmitt, 1996, p. 26). El orden jurídico ya no reposa, entonces, en la norma, sino en la decisión soberana que ordena y confiere seguridad a un estado de naturaleza preestatal o infraestatal, caracterizado por la anarquía y la inseguridad (Schmitt, 1996, p. 31).

Aquella premisa devela el carácter original del derecho, el cual permite colegir que, durante el estado de excepción, no se suspende al ordenamiento jurídico, sino solo su elemento normativo (De Benoist, 2007, p. 82). Entonces, un fenómeno aparentemente político “sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco de lo jurídico” (Schmitt, 2009, p. 18).

La naturaleza del estado de excepción no ha de buscarse fuera del espectro jurídico, puesto que lo propiamente jurídico se origina en la decisión política de creación del Estado y del orden constitucional, situación que se manifiesta en la voluntad del poder constituyente como depositario del poder soberano. Dicho origen se materializa nuevamente cuando se afronta la situación excepcional, lo cual suspende el orden constitucional por decisión soberana, ya sea del constituyente que comisiona una investidura en el texto constitucional o del nuevo soberano que se hace con el poder; es decir, “gracias a que existe el estado de excepción la soberanía puede manifestarse abiertamente” (Hernando, 2009, p. 52).

Esto último, que se encuentra más allá del análisis de lo jurídico, es lo metajurídico, en el cual convergen disciplinas transversales y complementarias al derecho para explicar fenómenos jurídicos a través de categorías que son parte de su campo de estudio, como —en este caso— la teoría política y el concepto de soberanía.

VII. Conclusiones

- a) La situación de excepción o situación excepcional se entiende como un concepto fáctico, es decir, hechos que no están previstos en la norma, pero que, además, representan un peligro inminente para la propia existencia de la sociedad y del Estado.
- b) La cognoscibilidad o previsibilidad de la situación determina su excepcionalidad o normalidad, como parámetro de distinción entre el estado de excepción y el régimen de excepción.
- c) El régimen de excepción es un concepto normativo, el cual hace referencia a la regulación en el texto constitucional de situaciones consideradas —nominal y no conceptualmente— como excepcionales por el constituyente.
- d) El estado de excepción es la situación jurídico-política posterior a la declaración hecha frente a la situación excepcional, ejecutada por el órgano estatal asignado constitucionalmente para tal fin o, en su defecto, por el poder soberano que se expresa en dicha declaración.
- e) No es posible responder a la situación excepcional desde el sistema normativo, sino desde la decisión política, la cual se debe entender como parte del ordenamiento jurídico, en tanto es su fuente primordial. Dicha transversalidad entre lo jurídico y lo político —extensible a otras disciplinas que complementen la explicación de fenómenos jurídico— se denomina metajurídica.

VIII. Referencias

- Bunge, M. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, (13), 121-137.
- Constant, B. (1820). *Curso de política constitucional* (t. II). (M. A. López, Trad.). Imprenta de la Compañía. (Obra original publicada en 1820).
- De Benoist, A. (2007). Del caso de urgencia al estado de excepción permanente. *Empresas políticas*, (8), 81-86.

- Despouy, L. (2010). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. El Mono Armado.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista internacional de filosofía política*, (17), 31-46.
- García, D. (1978). Derecho constitucional y Ciencia política (a propósito de la relación entre fenómeno jurídico y fenómeno político). *Derecho PUCP*, (33), 105-136.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (3.^a). Editorial Adrus.
- Hernando, E. (2000). Entre la excepción y la regla: El decisionismo jurídico frente a la escuela de Frankfurt. *Themis*, (40), 219-228.
- Hernando, E. (2009). Excepción y realismo político: algunas cuestiones de fondo. *Revista Enfoques*, VII (10), 47-65.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México. (Obra original publicada en 1960).
- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa*, (22), 321-330.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la constitución* (2.^a). (A. Gallego Anabitarte, Trad.). Ariel. (Obra original publicada en 1965).
- Quispe, A. (1982). Régimen de excepción. *Derecho PUCP*, (36), 141-148.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Vol. 4). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schmitt, C. (1968). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. (J. Díaz García, Trad.). Revista de Occidente.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (M. Herrero, Trad.). Editorial Tecnos. (Obra original publicada en 1934).
- Schmitt, C. (2009). *Teología política*. (F. J. Conde, & J. Navarro Pérez, Trads.). Editorial Trotta.
- Siles, A. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), 411-424.
- Siles, A. (2015). La emergencia... En el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *Themis*, (67), 73-84.

- Siles, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en Perú: Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 15 (2), 123-166.
- STC Exp. N.º 00002-2008-PI/TC. (2009). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.pdf>
- Urbina, M. C. (2020). La excepción frente a la COVID-19. Reflexiones sobre el tratamiento del estado de emergencia en el caso peruano. *Gaceta Constitucional*, (153), 155-170.
- Wright, C. (2014). Poderes de emergencia y regímenes de excepción en América Latina: Una perspectiva política. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, 3(1), 205-230.

Obligatoriedad de la vacuna covid-19: ¿colisión de derechos fundamentales?

Mandatory covid-19 vaccine: collision of fundamental rights?

QUITO CORONADO, Lorena(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Estado social y democrático de derecho. III. Derechos fundamentales. 3.1. Derecho a la salud. 3.2. Derecho a la libertad de elección. 3.3. Derecho a la no discriminación. IV. Tratamiento en la jurisdicción internacional. V. Colisión de derechos fundamentales. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito dar a conocer la colisión de los derechos fundamentales que se presentan dentro del marco de la obligatoriedad de la vacuna covid-19; es decir, la protección constitucional con la que cuenta el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de elección, a pesar de contar con un marco legal nacional y supranacional de protección. Dentro del contexto actual de la crisis sanitaria generada por la covid-19, en aras de garantizar el derecho a la vida y el derecho a la salud, el Estado peruano ha realizado la adqui-

(*) Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Maestra en Ciencias con mención en 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

sición de vacunas contra este virus para que, de esta forma, proteger a su población. Sin embargo, en la realidad fáctica no todos los peruanos han acudido a los centros de vacunación y esto ha traído como consecuencia que no los dejen ingresar a ciertos lugares, como bancos, mercados, centros comerciales, entre otros. En ese sentido, ¿se estaría vulnerando el derecho a la no discriminación? Desde la postura defendida en este artículo, la respuesta sería sí, porque no se permite ingresar a dichos lugares a pesar de haber ejercido su derecho a la libertad de elección, derecho que también tiene protección constitucional, puesto que es deber del Estado garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Palabras clave: derechos fundamentales, vulneración, vacuna covid-19

Abstract: *The purpose of this article is to publicize the collision of fundamental rights that are presented within the framework of the Compulsory nature of the Covid-19 vaccine, that is, the constitutional protection with which it has the right to life, the right to health and the right to freedom of choice. But, despite having a national and supranational legal framework of protection. Within the current context of the health crisis generated by COVID-19 and in order to guarantee the right to life and the right to health, our Peruvian state has acquired vaccines against covid-19 so that it can protect its population from said virus. However, in fact, not all Peruvians have gone to vaccination centers and this has resulted in them not being allowed to enter certain places such as banks, markets, shopping malls, among others. In that sense, would the right to non-discrimination be violated? From my point of view, the answer would be yes, because they are not being allowed to enter these places for the simple fact of having exercised their right to freedom of choice. right that also has constitutional protection and it is the duty of the state to guarantee the fundamental rights of people.*

Keywords: *fundamental rights, violation, covid-19 vaccine*

I. Introducción

A efectos de brindar adecuada protección, y garantizar así su vigencia efectiva, los derechos fundamentales han merecido la preocupación de los Estados, puesto que son concebidos como derechos inherentes del ciudadano. En la actualidad, debido a la pandemia que venimos atravesando a nivel mundial, cada Estado se ha visto en la necesidad de adquirir vacunas contra la covid-19 para garantizar tanto el derecho a la vida como el derecho a la salud. Sin embargo, en la realidad fáctica, no toda la población ha acudido a vacunarse, sea por temores o por el simple hecho de que decidieron no hacerlo, en función de su derecho a la libertad de elección. En este contexto, entran en colisión los derechos fundamentales, porque, a raíz de su elección de no vacunarse, no pueden ingresar

ciertos lugares, como bancos, mercados, etc. Por tanto, se podría decir que existe algún tipo de discriminación hacia este grupo de personas.

En este sentido, el Estado constitucional permite garantizar a plenitud la dignidad del ciudadano, el cual es el fin supremo de la sociedad y del Estado (García, 2010). De ese modo, el Estado peruano, en aras de garantizar nuestro derecho a la vida y a la salud, adquirió vacunas para poder tutelar dichos derechos. Además, uno de los rasgos que mejor define al Estado constitucional de derecho es la orientación de este a la protección de los derechos al margen —o incluso por encima— de la ley. En ese sentido, no se trata de la eficacia de los derechos, en la medida y en los términos macados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución (Añon, 2002).

II. Estado social y democrático de derecho

El Estado social y democrático de derecho se define como aquella esperanza que termina con las carencias y contradicciones del sistema económico liberal del Estado de derecho. Además, se puede señalar que tiene un rol activo dentro de la economía y de la sociedad civil, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades colectivas básicas, como el trabajo, la seguridad social, la vivienda, la salud, entre otros. Por tanto, en él el Estado no se limita a reconocer los derechos fundamentales de las personas, sino que establece los mecanismos necesarios para garantizar dichos derechos.

Por su parte, Lozano (2013) señala que un Estado social de derecho se caracteriza por la especial naturaleza de su misión, es decir, asegurar el respeto, la garantía y la realización integral de los derechos humanos, los cuales se convierten en el fundamento y la razón última de ser del Estado. En ese sentido, se puede afirmar que es el Estado quien tiene la obligación no solo de reconocer derechos fundamentales, sino también, de garantizar su pleno cumplimiento. Aunado a ello, se concibe al Estado social como un paso arriba del Estado clásico, individualista y liberal, que evoluciona para convertirse en organización política y jurídica en la cual se reconoce la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los intereses de los grupos sociales, económicos, políticos y culturales, cada vez más complejos, a través de los principios de la justicia social. (Fix-Zamudio, 2016)

Por otro lado, fue el Tribunal Constitucional peruano quien introdujo, en nuestro ordenamiento legal peruano, el concepto de “Estado social y democrático de derecho”, que ha servido como fundamento en diferentes sentencias del

citado Tribunal. Se entiende, entonces, que el Estado peruano es definido por la Constitución Política de 1993, en los artículos 43 y 3, en los cuales formalmente se asumen las características básicas del Estado social y democrático de derecho; es decir, se sustenta en los principios esenciales de soberanía popular, distribución o reconocimiento sustantivo de los derechos fundamentales, separación o independencia de las funciones supremas del Estado y supervisión constitucional⁽¹⁾.

Dentro de este contexto, los derechos fundamentales son reconocidos como anteriores y superiores al Estado y se entienden como atributos del ser humano o como facultades inherentes a su naturaleza. Asimismo, conforme al artículo 44 de nuestra carta fundamental, es deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. De ahí que se puede concluir que se requiere de un Estado social y democrático de derecho, el cual se erige como garantía de la igualdad ante la ley y la defensa real de los derechos fundamentales. Además, el Estado no es una institución independiente de la sociedad, sino que forma parte de ella.

En ese sentido, el Estado peruano, para enfrentar la pandemia del coronavirus, en aras de garantizar la vida y la salud de su población, ha recurrido a la adquisición de vacunas contra la covid-19. En febrero del 2021, el Perú adquirió vacunas de diferentes laboratorios internacionales, como *Sinopharm*, *AstraZeneca*, *Pfizer*, *Covax Facility*, con la finalidad de vacunar a toda la población y, de esta manera, proteger su salud, por ende, la vida de todos los peruanos. Asimismo, el 21 de junio del mismo año, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.º 31225, Ley que promueve la adquisición y provisión de la vacuna contra el coronavirus SARS-COV-2, como estrategia sanitaria de vacunación para garantizar su acceso oportuno, mediante la cual se incluye la autorización para la adquisición de vacunas al sector privado.

Para ilustrar mejor, en el siguiente mapa interactivo, se muestra la situación actual de aplicación de la dosis de refuerzo en cada región del país. Se toman en cuenta las personas inmunizadas con las tres dosis contra la covid-19, las cuales son obligatorias para toda persona mayor de 18 años desde el pasado 1 de abril del 2022. Para medir el porcentaje de avance, en relación a la población de cada una, se usan las poblaciones objetivo asignadas por el Ministerio de Salud en 2022⁽²⁾.

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 008-2003-AI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 4 del Decreto Urgencia N.º 140-2001.

(2) Diario *La República*, publicado el 07 de abril del 2022.

Figura 1

REGIÓN	DOSIS 3 (REFUERZO)	POBLACIÓN OBJETIVO	AVANCE
AMAZONAS	152.268	452.125	33,68%
ÁNCASH	687.364	1.189.403	57,79%
APURÍMAC	193.906	440.629	44,01%
AREQUIPA	782.932	1.488.247	52,61%
AYACUCHO	201.251	658.081	30,58%
CAJAMARCA	531.112	1.528.904	34,74%
CALLAO	707.136	1.090.990	64,82%
CUSCO	540.890	1.392.648	38,84%

Nota: Gráfica actualizada al 09 de mayo de 2022⁽³⁾.

A partir del gráfico, se puede deducir que aún falta que un porcentaje de la población se vacune. Por ejemplo, en la región Amazonas se tiene que 152 268 habitantes tienen las tres dosis; sin embargo, el público objetivo es en total 452 125, el cual representa un avance del 33.68 % respecto de la vacuna. En nuestra región de Cajamarca, 531 112 habitantes han recibido las tres dosis, pero la población objetivo es 1 528 904, lo cual representa un avance de la vacuna del 34.74 %. Por ende, se puede deducir que la población no está acudiendo a los centros de vacunación y esto, desde mi punto de vista, se puede deber a factores sociales, psicológicos, éticos, religiosos, entre otros. Al respecto, en una investigación realizada por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP), con el apoyo de los investigadores Matthew Bird, Paula Muñoz, Feline Freiery Samuel Arispe, se realizó una encuesta online que recoge las preferencias y las reticencias de la vacunación en el Perú a dos mil peruanos; y se obtuvo como resultado que el 48 % de peruanos que no se vacunarían —es decir, cerca de la mitad— porque no están convencidos de la efectividad de las vacunas contra la covid-19 y solicitan más pruebas.

Del mismo modo, se revela también que el 13,8 % de encuestados no se vacunaría por tres razones principalmente: i) la dudosa efectividad de la vacuna, ii) una percepción de menor riesgo a enfermarse de covid-19 y iii) la desinformación sobre la vacuna. Entonces, ¿cuáles son las razones para no vacunarse? El

(3) Últimos datos publicados por el MINSA

41,3 % duda de su efectividad, el 48 % cree que aún faltan mejores pruebas y el 18,5 % considera que las vacunas son parte de un programa mundial de conspiración. Asimismo, el 15,4 % de los que no se vacunarían creen que la vacuna puede alterar su ADN, el 14,7 % cree que podría contener un chip para rastrearlos y el 10,5 % declara estar “en contra de las vacunas de manera general”. Independientemente de cuál sea la razón de resistencia a la vacuna, considero que dicha población tiene la facultad de decidir si se vacuna o no, esto amparado en el derecho de libertad de elección.

III. Derechos fundamentales

Brevemente esbozaremos una definición de lo que son los derechos fundamentales antes de abordar los derechos contenidos en el presente artículo.

Conforme a la Real Academia Española (RAE), los derechos fundamentales son aquellos “derechos declarados por la Constitución que gozan del máximo nivel de protección”; es decir, se trata de unos derechos alienables, inviolables e irrenunciables. Por su parte, Nino (1989) señala que:

Los derechos fundamentales, en este orden de ideas, gozan de la mayor protección posible por parte del Estado, el mismo que los reconoce en la norma constitucional. Sin embargo, estos derechos preexisten al Estado y se deducen directamente de la dignidad de la persona, así como de su autonomía. (pp. 204-205)

Siguiendo esa misma línea, Laporta (1987) manifiesta que los derechos fundamentales configuran uno de los pilares del denominado Estado de derecho, dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado e incluso mandatos específicos referentes al “dar” o el “hacer”. Esto último en concordancia con el artículo 1 de nuestra Constitución Política⁽⁴⁾.

Por último, se puede llegar a afirmar que los derechos fundamentales son inherentes a los seres humanos, por tanto, el Estado debe garantizar, respetar y satisfacer. Asimismo, dichos derechos no solo están consagrados en las constituciones, sino que también están sustentados por la doctrina, por la jurisprudencia nacional, comparada y supranacional.

(4) Artículo 1: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

3.1. Derecho a la salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por último, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la salud de la siguiente forma:

La facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. (STC N.º 2945-2003-AA/TC)

En síntesis, el derecho a la salud, por formar parte del catálogo de derechos fundamentales y al estar positivizado en nuestra Constitución Política, merece ser respetado, tutelado y garantizado por el Estado peruano.

3.2. Derecho a la libertad de elección

Nuestro derecho a la libertad es un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseemos. Dicho derecho se concibe como aquella facultad que tenemos todas las personas de obrar según nuestra voluntad, respetando la ley y el derecho de terceras personas, en otras palabras, constituye la capacidad que tiene el ser humano de tomar decisiones y actuar según sus propias convicciones y principios, mientras se respetan los derechos de los demás.

Por su parte, Adriana Morales (2022) considera que el término «libertad» es más complejo, puesto que es estudiado desde diferentes áreas como la filosofía, el derecho o los valores. Dicho término hace referencia a la idea de vivir

de manera digna, libre de esclavitud o de cualquier otro modo de coacción que limite el bienestar y las acciones de un individuo. Al respecto, entre los tipos de libertades que dicha autora considera más importantes para el pleno desarrollo de las facultades individuales y colectivas, tenemos a la libertad de expresión, la libertad de expresión, la libertad de opinión, la libertad de culto, libertad de asociación y libertad de elección. En este caso, solo nos limitaremos a la libertad de elección, entendida —desde el punto de vista de la autora— como la posibilidad que tienen todas las personas de tomar sus propias decisiones y posturas en torno a todo aquello que afecte su vida privada y pública.

Es decir, se trata de la capacidad de elegir, en función de lo que se desea hacer, de qué manera actuar, cuáles responsabilidades tomar y ser conscientes de que todas nuestras acciones generan consecuencias, tanto positivas como negativas, por lo que debemos tomar responsabilidad del impacto que provocamos en otras personas, espacios o situaciones. Sobre esto último, los ejemplos que podemos establecer son estudiar la carrera universitaria que se desee, vivir en matrimonio o en soltería, elegir vacunarse contra el coronavirus, etc.

En ese sentido, el derecho a la libertad de elección se encuentra consagrado en el artículo 2, inc. 4, de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que “toda persona tiene derecho a la libertad”; la libertad entendida como un derecho humano fundamental y, al mismo tiempo, “una condición que permite alcanzar al individuo los objetivos y fines morales que persiga, y que son la expresión de la dignidad humana” (Academia de la Magistratura, 2004).

No hay duda, entonces, de que todo Estado tiene la obligación de garantizar la libertad de elección, que no solo constituye un derecho básico para la realización de la persona, sino también, el valor fundamental que orienta el Estado constitucional de derecho.

3.3. Derecho a la no discriminación

Nuestra Constitución Política en su artículo 2, inciso 2, señala que “toda persona tiene derecho [...] a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Asimismo, este artículo hace referencia a la prohibición de la discriminación; y esta, a su vez, no es una prohibición abstracta, sino que está referida concretamente al goce de los derechos humanos. Además, la prohibición de discriminar va más allá de las razones enumeradas, puesto que, tal como se establece en la última parte, añade “cualquier otra índole”, lo cual significa que está prohibido todo tipo de discriminación basada en cualquiera condición.

En ese sentido, de acuerdo con la perspectiva de los derechos humanos, discriminar a una persona o a un grupo de personas consiste en privar activa o pasivamente a una persona de gozar de los mismos derechos que disfrutan otras; un derecho que tiene una íntima relación con el derecho a la igualdad.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas ha definido a la discriminación de la siguiente forma:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁽⁵⁾.

Conforme a lo señalado por el comité, la prohibición de discriminar está íntimamente ligada al derecho de igualdad. Aunado a ello, el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas señala como uno de los fines de esa organización a la protección y a la promoción de los derechos humanos sin distinción.

IV. Tratamiento en la jurisdicción internacional

Aproximadamente en el mes de diciembre del 2019, aparece en China un virus denominado covid-19 (coronavirus). A partir de ese momento, la enfermedad se ha propagado a nivel mundial, es decir, que la pandemia generada por el virus que causa el covid-19 no solo ha originado una crisis sanitaria, sino también, una crisis económica y social a nivel mundial.

Dentro de este escenario, es que los países iniciaron la fabricación de vacunas seguras y efectivas para que luego se las pueda distribuir. Finalmente, un 31 de diciembre del 2020, en un comunicado de prensa la Organización Mundial de la Salud (OMS), se incluyó, en su lista de uso de emergencias, la vacuna *Comirnaty* de ARN, mensajero contra la covid-19 de *Pfizer/BioNTech*, dicha vacuna fue la primera en recibir la validación para uso en emergencias de la OMS. A partir de ello, cada Estado tuvo que adecuar su normativa interna para importar y administrar la vacuna.

(5) Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N.º 18, HRI/GEN/1Rev.2., párrs. 7 al 13.

Así pues, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adopta el 6 de abril del 2021 la Resolución N.º 01-2021, la cual señala que “las vacunas contra el Covid-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos”. En dicha resolución, la CIDH expone que es imperativo que se promueva la distribución justa y equitativa de las vacunas y, en particular, hacerlas accesibles y asequibles para los países de medios y bajos ingresos. Además, en la parte resolutive realiza una serie de recomendaciones a los Estados miembros: 1) el acceso a las vacunas, las bines y los servicios de salud, en atención al principio de igualdad y no discriminación; 2) la distribución y priorización de dosis de vacunas; 3) difusión activa de información adecuada y suficiente sobre las vacunas, y 4) el derecho al consentimiento previo, libre e informado de derecho de acceso a la información, transparencia, entre otros.

Con respecto a lo mencionado, un estudio realizado por *Statista Research Department*, publicado el 13 mayo 2022 señala lo siguiente:

Figura 2

Porcentaje de vacunados y dosis administradas contra el coronavirus (covid-19) en América Latina y el Caribe a 11 de mayo de 2022, por país

Característica ↕	Al menos una dosis (%) ↕	Completamente inmunizados (%) ↕	Dosis administradas (en miles) ↕
Chile	90,93	93,28	53.240
Cuba	94,2	87,95	36.240
Perú	81,07	87,57	73.080
Uruguay	85,67	82,23	8.210
Argentina	90,02	81,84	99.930
Costa Rica	86,09	80,17	10.790
Ecuador	84,62	77,87	34.600
Brasil	85,54	77,12	434.020
Aruba	82,61	76,55	171
Bermuda	77,99	76,44	131
Panamá	79,11	70,28	8.080
Nicaragua	85,27	69,98	10.400
Colombia	82,19	69,31	82.850

A partir del gráfico, se puede deducir que Chile y Cuba se encuentran en la cabeza de la vacunación contra la covid-19 en América Latina. Así pues, alrededor de un 93 % de los chilenos y un 88 % de los cubanos se encuentran, hasta la fecha, completamente vacunados; y menos de un 7 %, en ambos casos, esperan completar su pauta de vacunación. Mientras que países del Cono Sur, como Brasil y Argentina, cuentan con el 75 % de su población vacunada.

Actualmente, Argentina es el segundo país latinoamericano con la mayor cantidad de casos de coronavirus y ha sobrepasado a otros países, como Perú y México, en número de infecciones y casos fatales. No obstante, Perú se mantuvo como el país de la región (y del mundo) con la tasa de mortalidad del coronavirus más alta. Si bien un 87.57 % de la población de Perú se encuentra vacunada, aún falta un 12.43 %, los cuales —como se ha dicho en párrafos precedentes— no están acudiendo a los centros de vacunación por los motivos ya descritos anteriormente.

Mientras que las organizaciones internacionales están instando a los Estados a la adquisición de vacunas para poder garantizar la vida y la salud de su población y que su distribución sea de forma equitativa, el tribunal italiano —el 7 de mayo del 2022— declara como inconstitucional el mandato de vacunación contra la covid-19, el cual concluía que la política de vacunación obligatoria no ofrece “ninguna evidencia o certeza de un beneficio de salud individual o colectivo que sea mayor que el daño potencial a (la salud de) individuos”. Este último fallo del tribunal se debió a la apelación que realizó una enfermera practicante que cursaba el tercer año de su programa de enfermería y a quien se le negó el acceso a la Universidad de Palermo, por lo cual, no pudo continuar su curso por no estar vacunada. Entre los argumentos expuestos, se puede destacar que dicho país, desde octubre del 2021, requiere que la mayoría de los empleados muestren pruebas de vacunación contra la covid-19 para acceder a su lugar de trabajo; sin embargo, no las tenían, ya sea por falta de conocimiento informado, falta de farmacovigilancia, falta de triaje previo a la vacunación, entre otros

Finalmente, el Tribunal también ha considerado el hecho de que a quienes rechazan la vacunación a menudo se les impide trabajar o se les obstaculiza su formación académica (educación), a pesar de que los datos recientes demuestran la ineficacia de las vacunas para la covid-19 —particularmente, frente a las nuevas variantes—. Por tanto, “parece haber una falta de equilibrio adecuado entre los valores constitucionales importantes, como la protección de la salud, por un lado, y la capacidad de trabajar y estudiar, por otro”. En consecuencia, el tribunal de Estados Unidos bloqueó el 13 de enero de 2022 una de las medidas exigidas por el presidente Joe Biden para frenar los contagios de covid-19 en las

grandes empresas. Los empleados de compañías con cien trabajadores o más no tendrían que estar vacunados obligatoriamente ni someterse a pruebas periódicas para poder acceder a sus puestos de trabajo.

V. Colisión de derechos fundamentales

Nuestro Estado peruano es considerado —por nuestro máximo intérprete en materia constitucional— como un Estado social y democrático de derecho. Entonces, el Estado peruano debe tutelar y proteger los derechos fundamentales. En otras palabras, el Estado debe garantizar nuestro derecho a la salud, derecho a la libertad de elección y también el derecho a la no discriminación frente a la crisis sanitaria que se viene atravesando. Por tal motivo, el Perú viene realizando la adquisición de vacunas contra la covid-19 con la emisión del Decreto Supremo N.º 168-2021-PCM, el cual —entre sus normas modificatorias y restricciones— impone de forma obligatoria a la población la inmunización forzosa, de “vacunas”, como consecuencia de la covid—19.

Dentro de este contexto, la población se ha visto coaccionada a administrarse dicha vacuna, porque se exige la debida acreditación del carné de vacunación (físico y/o virtual) para transitar libremente, a permanencia y continuidad laboral en sus diferentes modalidades, el acceso a los bancos, supermercados, entre otros establecimientos. Como consecuencia del derecho a la elección de un grupo de personas que decidieron no vacunarse, se les viene afectando gravemente sus derechos fundamentales, como es el de la no discriminación.

A partir de ello, se señala que, dentro del contexto actual en el que nos encontramos, existe una colisión de derechos fundamentales, porque, en aras de controlar la pandemia y garantizar el derecho a la salud, el Estado peruano ha distribuido a nivel nacional las vacunas contra la enfermedad de la covid-19. Empero, tenemos a la población que con base a su derecho de elección, decidió no vacunarse, y, como consecuencia de ello, son discriminadas porque no se les permite transitar libremente y, por tanto, acceder a ciertos lugares, porque no cuentan en el carné de vacunas. Entonces, ¿puede el Estado peruano imponer y/o exigir a su población que se vacune? Se debe tener presente que los derechos fundamentales descritos anteriormente gozan de rango constitucional. Entonces, la respuesta —desde mi punto de vista— sería no, puesto que el Estado peruano no puede obligar a la población que ha decidido no vacunarse —ejerciendo su derecho a la elección— que lo hagan, porque ello iría en contra de nuestra Constitución y, como bien sabemos, dicha norma conforme al principio de supremacía constitucional es considerada la ley fundamental de nuestro

ordenamiento jurídico; es decir, que todas las normas emitidas deben estar en concordancia con nuestra constitución.

Sobre esto último, resulta necesario decir que existe discriminación por el simple hecho de solicitar el carné de vacunación en un centro de labores al momento de acceder al trabajo o al ingresar a diferentes lugares por el hecho de poder transitar libremente. De esta manera, la libertad de decidir —como derecho fundamental— potencia el ejercicio de otros derechos fundamentales. A través de las decisiones y actos, es como se van ejerciendo nuestros derechos.

VI. Conclusiones

1. Se puede concluir que el Estado peruano sí está garantizando nuestro derecho a la salud, porque adquirió vacunas contra la enfermedad del coronavirus y las ha distribuido a nivel nacional; es decir, la administración de vacunas se viene administrando a toda la población desde diferentes establecimientos no solo de salud, sino también, en escuelas y supermercados.
2. Asimismo, se puede afirmar que el grupo de personas que decidieron no vacunarse, ejerciendo su derecho a la elección, es discriminada porque no puede ingresar a diferentes establecimientos a pesar de que dicho derecho se encuentra tutelado tanto en nuestra normativa interna como en la normativa internacional.
3. Por último, actualmente existe una colisión de derechos fundamentales dentro del contexto sanitario que venimos atravesando no solo en el Perú, sino, también, a nivel mundial.

VII. Referencias

- Añón, M. (2002). *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol.
- Fix-Zamudio, H. (2013). *La democracia social*, en la obra *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. Doctrina Constitucional.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial ADRUS.
- Laporta, F. (1987). *Sobre el concepto de derechos humanos*. *Doxa*, (4). Universidad de Alicante.
- Lozano, C. (2013). Defensoría del Pueblo Calle 55 N.º 10-32 A.A. 24299.
- Nino, Carlos. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Ariel.

Derecho a comprender la justicia

Right to understand justice

ROJAS RUIZ, Nilton Y. (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática. III. Avances en el derecho comparado. IV. Derecho a comprender la justicia. V. Razones jurídicas, sociales y políticas que justifican utilizar el lenguaje claro en las resoluciones judiciales. 5.1. Garantizar el derecho al debido proceso. 5.2. Garantizar el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. 5.3. Acceso a la información pública. 5.4. Garantizar la publicidad en los procesos. Derecho a la crítica de las resoluciones judiciales. 5.5. Combatir la corrupción. VI. Propuesta de criterios para el lenguaje claro. 1.1. Criterios de la lengua. 1.2. Criterios de estructura. 1.3. Criterios de diseño. 1.4. Contexto. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: En el artículo, se reflexiona la importancia de garantizar el derecho a comprender la Justicia, en específico, de las resoluciones judiciales. Se muestra que algunos Estados han iniciado acciones institucionales para garantizar el derecho a comprender la justicia, pues, hay razones jurídicas y sociopolíticas. Sin embargo, en nuestro país, hay pocos avances para proteger dicho derecho no enumerado. Como propuesta, se sugieren algunos criterios de redacción a considerar para que el lenguaje judicial sea entendible. Se concluye que toda decisión oscura afecta el derecho a comprender la justicia y otros derechos constitucionales. Asimismo, el

(*) Abogado. Maestro en Ciencias en la 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 en Perú. Correo electrónico: nilton.rojasr@hotmail.com

derecho a comprender la justicia forma parte del derecho más genérico a comprender. Por último, nuestro país debe garantizar el derecho a comprender la justicia mediante garantías institucionales.

Palabras clave: derecho a comprender, justificación de las resoluciones judiciales, lenguaje claro, modernización del lenguaje jurídico

Abstract: *In the article we reflect on the importance of guaranteeing the right to understand justice, specifically, of judicial resolutions. The results of this work show that some States have initiated institutional actions to guarantee the right to understand justice, therefore, there are legal, sociopolitical reasons. However, in our country there is little progress to protect this non-enumerated right. As a proposal, we suggest some drafting criteria to be taken into account so that the judicial language is understandable. It is concluded that every dark decision affects the right to understand justice, and other constitutional rights. Likewise, the right to understand justice is part of the more generic right to understand. Finally, our country must guarantee the right to understand justice through institutional guarantees.*

Key words: *Right to understand, justification of court decisions, clear language, modernization of legal language*

I. Introducción

La actual tendencia, que involucra a una serie de actores públicos en el contexto latinoamericano, es utilizar un lenguaje claro. Por ello, conscientes de ello, en el presente artículo se exponen breves argumentos que justifican la necesidad de garantizar, en nuestro país, el derecho a comprender y, en concreto, a comprender las resoluciones judiciales. Dicho derecho es un derecho constitucional no enumerado.

Por mucho tiempo se han elaborado resoluciones judiciales con lenguaje técnico y burocrático, debido a ello, un ciudadano promedio no puede entender con facilidad los fundamentos de la decisión, lo que puede generar desconfianza en la forma de administrar justicia. Frente a dicha problemática, se brindan algunas reflexiones acerca de la importancia de proteger el derecho a la comprensión de la justicia, en específico, de las resoluciones judiciales.

Los temas abordados son los siguientes: en primer lugar, se contextualiza la problemática; como segundo punto, se describen los avances de algunos países en la protección del derecho a la comprensión; en tercer lugar, se define el derecho a comprender la Justicia; en cuarto lugar, se explican las razones jurídicas y sociopolíticas que justifican utilizar el lenguaje claro en las resoluciones judiciales; en quinto lugar, se sistematiza los criterios a utilizar para que el lenguaje sea entendible, y, por último, se presentan las conclusiones.

Este trabajo se justifica en la necesidad de contribuir a consolidar el Estado constitucional de derecho, puesto que se ha evidenciado que las personas más

humildes enfrentan barreras burocráticas de leguaje, lo cual dificulta su acceso a la justicia y comprenderla. Por ello, es importante reflexionar acerca de la necesidad de reconocer el derecho a comprender la Justicia de forma constitucional; además, de garantizarlo de modo institucional.

II. Problemática

El oscurantismo que abarcó la edad media es una etapa de la humanidad que no puede volver a repetirse. Durante un milenio, la humanidad se vio sumida en la ignorancia, pues, el poder ejercido por la religión, de forma deliberada, evitó que el conocimiento sea difundido a la población. Como señala Tavera (2005), el absolutismo del dogma de fe recae en la ciencia, la cual era una potencial amenaza para las verdades constituidas, puesto que las personas que practicaban la ciencia eran consideradas paganas y brujas. En resumen, el conocimiento estaba relegado a unos pocos, a los que pertenecían a una élite dominante.

En la actualidad, el problema sigue latente, pues, los que ejercen poder aún son oscurantistas, es decir, el oscurantismo pasó de ser una práctica “deliberada” religiosa a una política de estado. Lo anterior quizá se explica por el bajo presupuesto que se destina a la educación, que es alrededor del 4 % del PBI, aunque en el 2022 incrementó —de forma considerable— al 8 % (Andina, 2022). En consecuencia, el acceso al conocimiento resulta difícil para las clases populares. Asimismo, las normas jurídicas, la justicia y la administración estatal tienen como características la tecnicidad y burocracia en sus discursos.

De acuerdo con Datum, en la actualidad, la desconfianza en el Poder Judicial se ha incrementado (en Gestión, 2020), paso de 74 % a 77 % entre los años 2019 y 2020. Los factores que produjeron dicho incremento pueden ser muchos, como la corrupción, la lentitud en la tramitación, los costos excesivos y, claro, la desconfianza, la cual se aumenta si no se entienden los argumentos de las decisiones, debido a cuestiones técnicas y burocráticas.

Veamos evidencias del problema actual. Una de las formas de continuar como oscurantista es hablar en latín al destinatario de una sentencia. El ciudadano promedio no tiene conocimiento —en lo absoluto— de ciertos términos, como *error in cogitando*, *a quo*, *in limine*, *ut supra*, entre otros. Además, se utilizan palabras burocráticas y arcaicas, como «autos», «vistos» —si se considera que hubiese lugar—, «rebeldía», «accionante», «emplazado», etc. También, la burocracia se manifiesta en términos oscuros cuando los verbos se colocan en tiempo incorrecto; las oraciones son extensas y no se recatan en orden lógico, como la siguiente expresión:

Que, el demandado ha presentado su escrito de contestación de demanda dentro del plazo de ley conforme es de verse del asiento de notificación que obra a folios veintidós, por cuanto el demandado ha sido personalmente notificado en su domicilio real⁽¹⁾.

El anterior párrafo pudo redactarse de la siguiente forma: «el demandado contestó dentro del plazo que establece la ley». No obstante, como señala Carbonell (2016), los abogados no solo suelen rebuscar sus expresiones, sino que además son prolijos; es decir, lo que pueden decir en pocas páginas, lo prolongan hasta construir enormes legajos llenos de tecnicismos y abstracciones incomprensibles. Además, “se ha exagerado el rol del abogado en el proceso considerando que él debe ser el encargado de “traducir” a su cliente todo lo que sucede en el proceso” (Poder Judicial del Perú, 2014, p. 12).

El trabajo titulado *El lenguaje de los jueces en el Distrito Judicial de Lima Sur: Una investigación exploratoria sobre el lenguaje en procesos judiciales de familia* nos brinda un panorama más completo de los problemas del lenguaje jurídico. En dicho trabajo, se muestran los resultados de la investigación realizada en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con el título *El lenguaje de los jueces y el derecho de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Proyecto piloto*. Sobre dicho trabajo, los resultados obtenidos mostraron lo siguiente:

Los jueces entrevistados tienen severas dificultades para redactar con claridad las resoluciones judiciales que están dirigidas a los ciudadanos de poblaciones vulnerables. Por otra parte, se comprobó que las mujeres participantes en la prueba de comprensión de fallos judiciales no entienden el lenguaje técnico de las resoluciones judiciales y que hay un amplio margen para la simplificación y mejora de los textos. (Schreiber Barba *et al.*, 2017, p. 1)

En resumen, como señala Hernán (2017), consciente o de forma inconsciente los operadores jurídicos con frecuencia recurrimos a un lenguaje encriptado y oscurantista, sea para aparentar falsa erudición o para ocultar el contenido del documento o para trazar una distancia.

Entonces, si queremos consolidar nuestro Estado constitucional de derecho, debemos modernizar el lenguaje jurídico para optimizar los derechos constitucionales.

(1) Resolución número dos, recaído en el Expediente N.º 01324-2016-0-0601-JP-FC-03.

III. Avances en el derecho comparado

La problemática en torno al lenguaje jurídico y el derecho a comprender ha generado distintos movimientos y reacciones que buscan luchar contra el oscurantismo. Hernan (2017) señala que en el Reino Unido, en la década de los 70, surge el movimiento *Plain English Campaign* con el objetivo de luchar contra el inglés incomprensible empleado en el discurso burocrático y jurídico. Dicho movimiento se extendió por países anglosajones como Canadá y Australia.

En España, en 2010, el 82 % de los ciudadanos consideraba que el lenguaje jurídico era excesivamente complicado y difícil de entender. Frente a ello, se creó la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, cuya misión fue elaborar un diagnóstico en torno al problema; además, impulsar acciones para que el lenguaje jurídico sea más comprensible para la ciudadanía (Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, 2011).

Según Poblete y Fuenzalida González (2018), en Hispanoamérica también hubo avances; por ejemplo, en Chile, en 2005, se dan los primeros pasos hacia el ciudadano como destinatario de los textos jurídicos cuando el lingüista Daniel Cassany realiza la conferencia titulada «El lenguaje como instrumento democratizador». A fines de 2014, el Poder Judicial de Chile desarrolla el Proyecto BID de Clarificación y Simplificación de Resoluciones Judiciales. En este contexto, se elabora y publica el Glosario de términos legales.

En México, en 2006, se elaboró el *Manual de lenguaje ciudadano*. Desde entonces se promueven capacitaciones a funcionarios públicos para motivar la reescritura de documentos de manera comprensible. En 2007, se publicó el *Manual de redacción jurisdiccional de la primera sala*. En el año 2013, los magistrados de la Sala Regional Monterrey impulsaron un nuevo modelo de sentencia con el objetivo de transformar las sentencias tradicionales en textos breves, claros y bien argumentados; luego se plasmó en el *Manual para la elaboración de sentencias*.

En Colombia, en 2011, se publicó la *Guía de lenguaje ciudadano para la administración pública colombiana*. En 2015, se publicó la *Guía de lenguaje claro para servidores públicos de Colombia*.

En Argentina, en 2016, el Gobierno publicó un manual de lenguaje claro. En 2017, se llevaron a cabo las primeras jornadas del lenguaje claro; además se fundó la Red de Lenguaje Claro de la Argentina con el fin de agrupar iniciativas y avanzar de manera sistemática en productos y capacitación. Un avance notable es que, el 7 de octubre de 2020, se publicó la Ley N.º 15184 (Ley para garantizar el derecho que tienen todos los ciudadanos a comprender la información pú-

blica, y promover el uso y desarrollo de un lenguaje claro en los textos legales y formales). En ese sentido, Argentina es el único país de Latinoamérica que ha reconocido de forma expresa el derecho a comprender.

En Uruguay, en 2011, se creó el programa de lenguaje ciudadano de IMPO (Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales, institución encargada de difundir la normativa jurídica de ese país). Bajo el epígrafe «La Ley en tu lenguaje», se puede encontrar múltiples normativas en lenguaje claro a disposición de los ciudadanos.

Para finalizar, en el Perú, en 2008, la Academia de la Magistratura publicó el *Manual de redacción de resoluciones judiciales*. Por otro lado, en 2014, por gestión del presidente del Poder Judicial de ese momento —Dr. Enrique Javier Mendoza Ramírez—, se publicó el *Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos*; sin embargo, no hay antecedentes que prueben si dicha iniciativa logró implementarse o se perdió producto de los cambios de presidente.

Como se puede observar, el avance en nuestro país es aún lento, por ello, es necesario involucrarnos desde la academia.

IV. Derecho a comprender la justicia

Nuestra constitución no ha reconocido de forma expresa el derecho a comprender, tampoco ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional. No obstante, se puede afirmar que estamos ante un derecho constitucional no enumerado, pero válido por su contenido material.

La validez material se infiere si interpretamos, de forma sistemática, el artículo 3 de la Constitución con el derecho al debido proceso, publicidad en los procesos, la debida motivación, la crítica de las resoluciones judiciales y el acceso a la información pública (artículo 139, numerales 3,4,5,20, y artículo 2, numeral 3, de forma respectiva), lo cual lleva a concluir que el derecho a comprender es congruente con la dignidad del hombre, es decir, con la soberanía del pueblo⁽²⁾, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.

Como ya señalamos, en Latinoamérica, Argentina es el único país que ha reconocido de forma legal el derecho a comprender. Mediante la Ley 15184, publicada el 7 octubre de 2020.

(2) El derecho a comprender la Justicia es congruente con la soberanía del pueblo, puesto que la potestad de administrar la justicia emana del pueblo, conforme al artículo 138 de la Constitución.

En el artículo 1, se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a comprender la información pública; por otro lado, se establece la obligación del Estado de promover el uso y desarrollo del lenguaje claro en los textos legales y formales. En el artículo 2, se define al lenguaje claro.

En el artículo 3, se establece que los objetivos del lenguaje claro son los siguientes: a) reducir errores y aclaraciones innecesarias; b) reducir costos y cargas para el ciudadano; c) reducir costos administrativos y de operación para las entidades públicas; d) aumentar la eficiencia en la gestión de las solicitudes de los ciudadanos; e) reducir el uso de intermediarios; f) fomentar un ejercicio efectivo de rendición de cuentas por parte del Estado; g) promover la transparencia y el acceso a la información pública; h) facilitar el control ciudadano a la gestión pública y la participación ciudadana, y i) generar confianza en la ciudadanía, limitar ambigüedades y proveer comunicaciones efectivas.

En nuestro país, es necesario seguir el ejemplo de Argentina, si es que queremos consolidar nuestra democracia tan debilitada en estos tiempos.

La Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia del Gobierno de España (2011), respecto al derecho a comprender —en concreto— la justicia, señala lo siguiente:

El derecho a comprender se extiende más allá de las personas directamente implicadas en el litigio concreto para incluir también al público en general, legítimamente interesado en conocer y entender lo que sucede en el ámbito jurídico a través de los medios de comunicación.

La actividad judicial, aunque resuelve conflictos individuales, interesa al conjunto de la sociedad en la medida en que pone de manifiesto qué comportamientos se consideran lícitos o ilícitos, cómo se sancionan las conductas ilegales o cómo se protegen los derechos y libertades.

Una utilización errónea, oscura o imprecisa del lenguaje jurídico por parte de los profesionales de la comunicación genera en el público ideas equivocadas o, cuando menos, confusas acerca del funcionamiento de uno de los tres poderes del Estado. (p. 22)

Por nuestra parte, proponemos una definición del derecho a comprender la justicia a partir de la interpretación sistemática del artículo 139 (numerales 3,4,5,20) y del artículo 2, numeral 3. No obstante, debe quedar claro que la propuesta es restringida, puesto que se refiere solo al ámbito de las resoluciones judiciales, de las cuales el derecho a comprender constituye un derecho más genérico.

El derecho a comprender la justicia es uno de los contenidos del derecho constitucional a comprender. De ese modo, conocer la justicia implica que las resoluciones deben redactarse con lenguaje claro, para ello, es necesario utilizar criterios adecuados, según la lengua, estructura, diseño y contexto. Solo así, los justiciables y el ciudadano entenderán los fundamentos en los que apoya una decisión. De esta manera, también se garantizará el debido proceso, la debida motivación, el acceso a la información pública, la publicidad en los procesos y la crítica de las resoluciones judiciales. Asimismo, se contribuirá a combatir la discriminación, logrando una sociedad más inclusiva, de manera que se enfrentará a la corrupción, con transparencia, con mayor seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones.

No obstante, consideramos que la definición «propuesta» en el párrafo anterior es restringida, puesto que solo se refiere al derecho a comprender la justicia. Por ello, invocamos a los órganos jurisdiccionales y/o al Poder Legislativo a reconocer y desarrollar el principio constitucional a comprender (y delimitar sus contenidos constitucionales).

V. Razones jurídicas, sociales y políticas que justifican utilizar el lenguaje claro en las resoluciones judiciales

Como se evidencia, de la ley aprobada por Argentina no solo existen razones económicas, como el ahorro de tiempo, dinero y esfuerzo, sino, también, hay razones jurídicas y sociopolíticas que justifican utilizar el lenguaje claro. Veamos algunos derechos involucrados y, para finalizar, las razones sociopolíticas.

5.1. Garantizar el derecho al debido proceso

El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución, es un derecho continente puesto que:

el contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, tanto formales como materiales. Los contenidos, en conjunto, garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos. (Exp. N.º 7289-2005-PA/TC)

La dimensión formal del debido proceso está constituida por los principios y reglas que lo integran, que tienen que ver con las formalidades estatuidas, como las normas que establecen el juez natural, el procedimiento preestableci-

do, el derecho de defensa y la motivación. Por otro lado, en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia, como la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones (Caso Ridberth Marcelino Ramírez y Otro, 2006).

El *Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos*, elaborado por el Poder Judicial del Perú, define el derecho a la comprensión del lenguaje judicial como uno de los componentes del debido proceso. Al respecto el Poder Judicial del Perú (2014) señaló que una manifestación del derecho al debido proceso es la comprensión de las comunicaciones judiciales; esto es, el usuario del sistema de justicia debe poder comprender el contenido y los alcances de dichas comunicaciones (sean orales o escritas), las mismas que tendrán incidencia directa en su esfera jurídica y en el desarrollo del proceso judicial.

El derecho a comprender no solo se manifiesta en la correcta redacción, sino también en la comunicación oral de las diferentes etapas del proceso judicial (Poder Judicial del Perú, 2014).

Entonces, parece que el derecho a comprender forma parte de la tercera dimensión del debido proceso, por lo que, merece una especial atención para desarrollar sus contenidos constitucionales, ya sea por el Poder Legislativo o la jurisdicción constitucional.

5.2. Garantizar el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

El artículo 139, numeral 5, de la Constitución prescribe que la motivación escrita de las resoluciones judiciales es un principio y derecho de la actividad jurisdiccional. El tribunal Constitucional del Perú elaboró una definición más detallada de dicho derecho al sostener que:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC)

Posteriormente, en el 2008, el mismo Tribunal elaboró 6 contenidos constitucionalmente protegidos de la debida motivación. Los contenidos están delimitados, entre otros, por los siguientes supuestos: inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa o justificación de las premisas, motivación insuficiente,

motivación sustancialmente incongruente y falta motivaciones cualificadas (Caso Giullana Flor de María Llamoja Hilares, 2008).

Las motivaciones interna y externa están relacionadas con el derecho a comprender, puesto que, como luego se verá, el derecho a comprender la justicia tiene al menos cuatro dimensiones (dimensión del lenguaje, de la estructura, del diseño y del contexto). La dimensión del lenguaje se relaciona con la justificación externa, esto es, se deben evitar los problemas de interpretación del contexto lingüístico de la norma, la dimensión de la estructura, con la justificación interna; es decir, con la corrección lógica del razonamiento y coherencia narrativa.

5.3. Acceso a la información pública

Este derecho se deriva del derecho constitucional a la libertad de información (artículo 2, numeral 3, de la Constitución). Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido lo siguiente:

La información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática. (Exp. N.º 1797-2002-HD/TC)

No obstante, debemos reflexionar de que no sirve de mucho acceder a la información si no la podemos entender. De allí la importancia de relacionar a dicho derecho con el derecho a comprender.

5.4. Garantizar la publicidad en los procesos

El artículo 139, numeral 4, de la Constitución prescribe que es un principio y derecho de la función jurisdiccional la publicidad en los procesos. Esto último genera predictibilidad y seguridad jurídica.

Sin embargo, el oscurantismo es antidemocrático, puesto que considera al ciudadano como incapaz intelectual de conocer los fundamentos por los que se

toma la decisión; por ello, siempre se necesita un intermediario para que traduzca la decisión. Entonces, es necesario modernizar el lenguaje jurídico para generar seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones. Asimismo, es necesario generar confianza en las instituciones.

Los países con democracias consolidadas han asumido la tarea primordial de comunicarse con los ciudadanos de manera clara y comprensible para mejorar la confianza entre ciudadanos e instituciones. Por ejemplo, Strandvik (2011) señala que en Suecia existe la convicción de que, para el buen funcionamiento de la democracia y lograr seguridad jurídica, es esencial que las autoridades se comuniquen de manera clara y comprensible con los ciudadanos. La comprensión constituye una condición para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales, como participar en la vida política, generar confianza en las autoridades, y acatar sus decisiones. Además, una comunicación eficaz ahorra tiempo y dinero.

Derecho a la crítica de las resoluciones judiciales

El artículo 139, numeral 20, de la Constitución prescribe que toda persona tiene el derecho de formular un análisis y una crítica de las resoluciones judiciales con las limitaciones de ley.

No obstante, ¿cómo podría garantizarse ello si el lenguaje empleado en tales decisiones resulta groseramente oscuro para el común de los ciudadanos? Entonces, el ciudadano de a pie no puede realizar críticas. Ahora bien, la crítica de las resoluciones judiciales es un principio de la administración de justicia que se predica como derecho atribuido a toda persona y no solo al abogado. En ese sentido, para que una decisión judicial sea pasible de tal control democrático, el texto debe ser comprensible para el ciudadano en general, las partes y los mismos agentes estatales (Schreiber *et al.*, 2017). De allí la importancia de que en las decisiones se utilice un lenguaje estándar.

5.5. Combatir la corrupción

Hay razones sociopolíticas para modernizar el lenguaje jurídico y una de ellas es combatir la corrupción.

De la Mata (2016) define a la corrupción como el poder que no se utiliza correctamente al desviarse de su ejercicio para obtener un enriquecimiento personal, desvirtuando de esta forma su naturaleza, pues, el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público debe gestionarse de acuerdo con los intereses generales.

La corrupción es un mal que ataca la legitimidad de las instituciones y mantiene a nuestro país en constante inestabilidad. En nuestro país, las instituciones están bastante desacreditadas. En el Poder Ejecutivo, en las últimas décadas, seis expresidentes tenían procesos judiciales, condenas, destituciones por el Congreso e, incluso, un suicidio por casos de corrupción. De igual forma, el Legislativo enfrenta el mismo problema. El Poder Judicial no es la excepción, puesto que, en los últimos años, se han revelado actos de corrupción tan escandalosos, como el caso los Cuellos Blancos del Puerto, que involucra a los más altos funcionarios del Poder Judicial y otros organismos constitucionales autónomos.

Por lo anterior, la forma en que se expresan los profesionales del derecho debe regirse por valores propios de la modernidad, como la transparencia y la claridad. Por el contrario, el oscurantismo favorece el uso de prácticas corruptas que se esconden en la ambigüedad y confusión del lenguaje empleado (Hernán, 2017). Entonces, es importante garantizar al ciudadano el derecho a comprender las comunicaciones verbales o escritas de los profesionales del derecho, sin la mediación de un traductor (Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, 2011).

VI. Propuesta de criterios para el lenguaje claro

Cabe resaltar que la propuesta planteada debe mejorarse, pues, es un intento de sistematizar varios manuales de redacción jurídica, y se tiene limitaciones de espacio en este artículo. Queda claro que no son los únicos criterios, pero han sido seleccionados debido a la importancia, puesto que con frecuencia no se cumplen.

6.1. Criterios de la lengua

- A. **Arcaísmos.** En tanto no sean tecnicismos, se recomienda sustituirlos por palabras del lenguaje común o, en todo caso, explicarlos a continuación del término o expresión.
- B. **Locuciones latinas.** Se recomienda sustituirlas por su significado en castellano o incorporar su traducción entre paréntesis u otro recurso ortográfico.
- C. **Términos técnicos.** El reto más importante que involucra a todos los operadores del derecho es encontrar un balance razonable entre el uso del lenguaje técnico (inevitable y necesario muchas veces) y el lenguaje común, el cual emplea cualquier ciudadano (Carbonell, 2016). Por ello, los tecnicismos deben evitarse siempre que se pueda expresar lo que se quiere decir con términos sencillos.

- D. Siglas y abreviaturas.** Se deben evitar, puesto que no todos conocen sus significados. Se recomienda colocar las palabras completas.
- E. Adjetivos.** Evitar el uso de adjetivos terminados en “al” (procedimental, educacional, etc.) y “ante” (peticionante, subrogante, etc.).
- F. Gerundios.** La forma no personal o impersonal de un verbo que indica que la acción está pasando o realizándose, por lo que, se debe evitar, porque puede generar confusiones. Asimismo, evitemos utilizar palabras que terminan en “ando, iendo”.
- G. Formas arcaicas de subjuntivo.** Evitar las palabras en modo subjuntivo (hubiere, tuviere, viniere).
- H. Uso incongruente de los tiempos verbales.** Debe evitarse narrar hechos acontecidos en el pasado combinando, de forma arbitraria, formas verbales de presente y formas verbales de pasado.
- I. Mayúsculas.** Se debe evitar el uso excesivo de las mayúsculas para enfatizar ideas o para designar el uso genérico de instituciones, organizaciones, cargos o tratamientos.

6.2. Criterios de estructura

A. Respetto del párrafo

- Evitar párrafos demasiado largos. No deben exceder las 8 líneas.
- Se debe expresar una idea por párrafo o un párrafo por idea.
- Es necesario poner títulos y subtítulos claros y precisos.
- Los párrafos deben seguir un discurso lógico. En tal sentido, el pensamiento (formado por conceptos, juicios y razonamientos) debe estar estructurado en reglas de inferencia y en los principios lógicos clásicos.
- Evitar los párrafos unioracionales que están formados por frases coordinadas, subordinadas, llenas de incisos irrelevantes, ya que generan dificultades de comprensión y ambigüedades sintácticas.
- Se debe jerarquizar la información.

- B. Signos de puntuación.** Utilizar de forma correcta los signos de puntuación, sobre todo, la coma (vocativa, elíptica, incisa, explicativa, de enumeración completa e incompleta, etc.). No utilizar en exceso el punto y coma.

C. Respecto a la oración

- Se deben utilizar frases breves con sintaxis sencilla. En lo posible, los enunciados deben colocarse de forma lógica (sujeto, verbo y complemento).
- La oración no debe exceder las 30 palabras.
- Los incisos que afecten a toda la oración y aporten significados de tiempo, espacio, causa, condición y concesión deben colocarse al principio. Los que introduzcan explicación o justificación de lo dicho se colocan al final del enunciado.
- El uso de la oración pasiva aleja el lenguaje del ciudadano. Por tanto, las oraciones que emplean la voz activa son más recomendables.

D. Conectores lógicos. Sirven para enlazar ideas que establezcan relaciones lógicas, como adición, matiz, excepción, condición, concesión, causa, consecuencia, explicación, comparación, temporalidad, intención y contra-argumentos.

E. Conectores estructurales. Ayudan a ordenar la información. Asimismo, son de diversos tipos, por ejemplo, de organización, de síntesis y de énfasis.

F. Citas. Deben estar integradas en el texto y siempre entre comillas dobles, se puede adoptar las comillas inglesas (“”), latinas o españolas («»). Al tiempo, si contienen palabras entrecomilladas, deben emplearse las comillas simples (‘’).

6.3. Criterios de diseño

Ayudan a que el texto sea estético.

A. Dejar espacios en blanco. Los párrafos y apartados deben estar separados con espacios en blanco. Ello facilita la lectura.

B. Numeración. De títulos, subtítulos, hojas, etc.

C. Énfasis. Se deben enfatizar los títulos, los subtítulos, las ideas principales, las palabras en otro idioma; no obstante, sin abusar de los recursos (mayúsculas, negrita, subrayado, cursiva).

6.4. Contexto

El registro léxico empleado por la administración de justicia debe adaptarse siempre al destinatario con el que se relaciona, más aún en un país pluricultural como el nuestro. Por ejemplo, se debe considerar si el destinatario es una

persona analfabeta, menor de edad, una persona con discapacidad sensorial, quechuahablante, porque no todos pueden comprender de la misma forma. (Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, 2011).

VII. Conclusiones

- Con frecuencia, la población no entiende el contenido de las resoluciones judiciales. Frente a tal problema, los actores públicos del contexto latinoamericano muestran un creciente interés en fomentar una política institucional para utilizar un lenguaje claro en las resoluciones judiciales.
- El derecho a comprender es un derecho no enumerado que merece reconocimiento constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales o el Poder Legislativo. El derecho a comprender la justicia es uno de los contenidos constitucionales del derecho a comprender. De ese modo, conocer la justicia implica que las resoluciones deben redactarse con lenguaje claro. Para ello, es necesario utilizar criterios adecuados de lengua, estructura, diseño y contexto; solo así, los justiciables y el ciudadano comprenderán la resolución.
- Si se respeta el derecho a comprender la justicia, entonces se garantizará el debido proceso, la debida motivación, el acceso a la información pública, la publicidad en los procesos y la crítica de las resoluciones judiciales. Sumado a lo anterior, se contribuirá a combatir la discriminación, logrando una sociedad más inclusiva, y se enfrentará a la corrupción, con transparencia, con mayor seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones.
- Promover la claridad del lenguaje jurídico exige un alto compromiso y colaboración por parte las diversas instituciones del Estado; asimismo, un cambio cultural en muchas de ellas. Quizás el mayor desafío es acercar la justicia de manera entendible a las poblaciones minoritarias. En ese sentido, el reto es acercar la justicia a través de un lenguaje claro a las personas con discapacidad (ya sea sensorial, mental o intelectual de carácter permanente); de igual forma, a la población quechua, aymara, comunidades nativas de la Amazonía u otro pueblo indígena u originario.
- Por último, garantizar el derecho a comprender las resoluciones judiciales requiere acciones institucionales y, para ello, es necesario realizar un diagnóstico y elaborar un informe que plasme el análisis de la situación actual del lenguaje empleado por los órganos de justicia.

VIII. Referencias

- Andina. (2022, 15 de marzo). *Presupuesto para educación del 2022 se incrementó en 8 %*. Andina. <https://andina.pe/agencia/noticia-presupuesto-para-educacion-del-2022-se-incremento-8-884869.aspx>
- Apa, M. (2021). El lenguaje judicial y el derecho a comprender. *Pensar en Derecho*, (18), 149-178. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/18/revista-pensar-en-derecho-18.pdf>
- Carbonell, M. (2016). *Cartas a un estudiante de derecho*. Temis.
- Exp. N.º 1480-2006-AA/TC (2006, 27 de marzo). Caso Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01480-2006-AA.pdf>
- Exp. N.º 7289-2005-PA/TC (2005, 3 de mayo). Caso Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.pdf>
- Exp. N.º 9727-2005-PHC/TC (2006, 6 de octubre). Caso Ridberth Marcelino Ramírez y Otro. Tribunal Constitucional del Perú (Ridberth Ramírez. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09727-2005-HC.pdf>
- Exp. N.º 1797-2002-HD/TC (2002, 29 de enero). Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez. Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>
- Exp. N.º 0 00728-2008-PHC/TC (2008, 13 de octubre). Caso Giullana Flor de María Llamoya Hilares. Tribunal Constitucional del Perú.
- Ministerio de Justicia del Gobierno de España. (2011). *Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico*. <http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlj-recomendaciones.pdf>
- De La Mata, N. (2016). La lucha contra la corrupción política. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 1-25. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>
- García, J. M. (2012). Un derecho nuevo a comprender. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (57), 141-178. <https://bit.ly/3eJEwL>
- Prialé, J. (11 de diciembre de 2020). *Crece la desconfianza en el Congreso, el Poder Judicial y el Ministerio Público*. Gestión. <https://gestion.pe/peru/politica/>

crece-la-desconfianza-en-el-congreso-el-poder-judicial-y-el-ministerio-publico-noticia/?ref=gesr

- Hernán, M. (2017). El derecho a comprender. *Diario Civil y Obligaciones*, (150). <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/03/Doctrina-105-27.03.pdf>
- Perafán, B. (2021). *Por el derecho a comprender. Lenguaje claro*. Siglo del Hombre.
- Poblete, C., y Fuenzalida, P. (2018). Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano. *Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 119-138.
- Poder Judicial del Perú. (2014). *Manual Judicial de Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos*. Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/contenido/actualizaci%C3%B3n-2020>
- Schreiber, F., Ortiz, I., & Peña, A. (2017). El lenguaje de los jueces en el Distrito Judicial de Lima Sur: Una investigación exploratoria sobre el lenguaje en procesos judiciales de familia. *Revista de Estudios de la Justicia*, (26), 1-74. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20171108_02.pdf
- Strandvik, I. (2011). La modernización del lenguaje jurídico en Suecia: ¿enseñanzas aplicables a otras tradiciones? En E. Montolío (Ed.), *Hacia la Modernización del Discurso Jurídico* (pp. 131-150). Universitat de Barcelona.
- Tavera, J. (2005). ¿En qué momento occidente se separó del islam? ¿se vuelve a repetir la historia? *Escritura Y Pensamiento*, (17), 211-222.

Aportes a la investigación real del pluralismo jurídico

Contributions to the real investigation of legal pluralism

LÓPEZ N, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Metodología de investigación. III. Hallazgos de la Facultad de Derecho UNC en asuntos del pluralismo jurídico. 3.1. Bases teóricas para determinar la acepción de pluralismo jurídico que será asumida por los investigadores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 3.2. Características fácticas que presentan los grupos pluralmente autónomos existentes dentro de la realidad cajamarquina. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad establecer los elementos teóricos y fácticos que componen la acepción del pluralismo jurídico eficiente para la tutela de los grupos pluralmente autónomos de la realidad cajamarquina; por ello, se estableció una investigación de tipo básica, con alcance descriptivo y uso de métodos y técnicas cualitativos, como el método argumentativo y la técnica de la revisión sistemática de fuentes, las entrevistas y la observación de la realidad para el recojo de la información.

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Correo electrónico: jlopezn@unc.edu.pe

Luego, se ha obtenido como resultado el hecho de que las investigaciones nacionales —respecto del pluralismo jurídico— han confundido al pluralismo cultural con el pluralismo étnico y han reducido a este último los estudios que debieron recoger las cualidades de los sistemas jurídicos autónomos obrantes dentro de la sociedad peruana. Por ello, se ha tergiversado la comprensión de los pueblos indígenas o tribales, confundiéndolos con las comunidades campesinas y nativas, así como con las rondas campesinas; siendo que se tratan de tres grupos autónomos con características diferenciables y que no necesariamente debieran ser objeto de estudio del pluralismo jurídicos y, por otro lado, dejando de lado a los grupos de la población que son autónomos en su comprensión jurídica pero que no son étnicamente diferenciables, lo que supone diversos vacíos en la materia que pretenden ser cubiertos con la investigación constante dentro de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, tarea titánica que será progresivamente cumplida.

Palabras clave: pluralismo jurídico, pluralismo jurídico fuerte, pluralismo jurídico débil, monismo cultural, multiculturalismo, pluralismo étnico, pueblos indígenas, pueblos tribales, comunidades campesinas, rondas campesinas, centralismo occidental

Abstract: *The purpose of this article is to establish the theoretical and factual elements that make up the meaning of efficient legal pluralism for the protection of plurally autonomous groups of the Cajamarca reality; for which a basic type research was established, with descriptive scope and use of qualitative methods and techniques, such as the argumentative method and the technique of systematic review of sources, interviews and observation of reality for the collection of information. ; After which, the results obtained are the fact that national investigations regarding legal pluralism have confused cultural pluralism with ethnic pluralism and have reduced to the latter the studies that should have collected the qualities of the autonomous legal systems operating within Peruvian society; For this reason, the understanding of the indigenous or tribal peoples has been distorted, confusing it with the peasant and native communities, as well as with the peasant patrols; being that they are three autonomous groups with distinguishable characteristics and that they should not necessarily be the object of study of legal pluralism and, on the other hand, leaving aside the population groups that are autonomous in their legal understanding but that are not ethnically differentiable, which supposes various gaps in the matter that are intended to be covered with constant research within the Faculty of Law and Political Sciences of the National University of Cajamarca, a titanic task that will be progressively fulfilled.*

Keywords: *legal pluralism, strong legal pluralism, weak legal pluralism, cultural monism, multiculturalism, ethnic pluralism, indigenous peoples, tribal peoples, peasant communities, peasant patrols, western centralism*

I. Introducción

No se pretende, en el presente documento, realizar una disertación acerca de los contenidos técnicos o doctrinarios del multiculturalismo, el pluralismo cultural o el pluralismo jurídico, como categorías sociales, culturales o jurídicas; puesto que tal tarea ha sido emprendida en anteriores artículos publicados por el autor, así como, por muchos entendidos en el tema.

La finalidad que se busca, en cambio, es meramente descriptiva de la realidad investigativa en cuanto a la problemática o problemáticas que circundan el estudio y reconocimiento del pluralismo dentro del bagaje jurídico y constitucional.

Como cuestiones previas que contextualizan el problema de investigación y que han sido ya detalladas anteriormente, se tiene el hecho de que, doctrinariamente, el pluralismo jurídico, dentro de nuestro país, ha sido identificado como pluralismo étnico únicamente, motivo por el cual los estudios ubicados respecto del tema se limitan a pronunciarse acerca de las características o derechos de los pueblos indígenas, tribales o las comunidades campesinas y nativas, dejando de lado la función estatal de la cultura y el carácter dinámico-contingente del derecho para comprender los asuntos del pluralismo dentro del país.

Lo cierto es que el pluralismo jurídico supone una corriente del pensamiento jurídico surgido desde hace casi un siglo que da cuenta de la “coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados” (Lanillo, 2015, p. 767); incluso también, de manera más propia, de la coexistencia de sistemas jurídicos dentro de un mismo grupo humano que se encuentran interconectados, pero que enarbolan autonomía y, con ello, características, elementos componentes, procedimientos, funciones y organismos independientes.

Claro está que el despertar a este contenido funcional del derecho y la admisión de su concepción contingente no ha sido un asunto pacífico (García, 2019); es más, la manera de comprender aquel pluralismo fácticamente, indetectable en las diferentes sociedades, ha sido objeto de múltiples discusiones filosóficas que, como ocurre con todos los dogmas jurídicos, no hacen más que exponer aquella subjetividad inmersa en el descubrimiento de la realidad, así como carácter contingente del conocimiento jurídico (Griffiths, 2014).

Al respecto, una anotación importante y consciente de la realidad social que se instaura como uno de los pilares en la formulación pluralista la presentó Elrich (1968), quien invitó a los estudiosos del derecho a sobrepasar los límites de las formalidades impuestas por el denominado «centralismo estatal», para voltear a mirar el derecho vivo o el derecho real, que se desenvuelve todos los días dentro de los grupos humanos.

La constatación material del derecho que se oponía directamente a las imposiciones ideológicas del positivismo, que lejos de reconocer la moral social como el principal insumo para su construcción, le negaban la calidad jurídica (Austin, 2009); de manera que se le negaba así el carácter jurídico al derecho constitucional que, se entiende, surge de la actuación del constituyente para crear un Estado y, de manera paralela, una constitución.

Al respecto, es precisamente el derecho vivo, como reconocimiento de las normas que se van gestando en una sociedad determinada y en un tiempo determinado, el que —tal vez sin pretenderlo— otorga sustento a la comprensión del derecho plural, compuesto por una pluralidad de sistemas jurídicos y lo que, lejos de reclamar en contra del centralismo estatal, pueda lograr ampliar la noción del Estado o, tal vez, ayudar a la memoria a recordar su auténtico contenido.

Sin embargo, antes de aterrizar en dicho argumento, es menester reparar algunas posturas pluralistas que han determinado las actuaciones gubernamentales en pro o en contra de la admisión de un derecho plural.

Un primer acercamiento al contenido del pluralismo jurídico se centraba en el estudio de la definición de lo que se consideraba o no como estatal y, en este sentido, que reconocían como sistema jurídico aquellos que reunían las condiciones para ser considerados como tales, independientemente de si cumplían o no con los requerimientos del centralismo estatal para ello (Ianello, 2015).

Sin embargo, un nuevo planteamiento se presentó a partir de la atención a cada uno de los subgrupos que se presentan en cada sociedad y a los sistemas jurídicos independientes que se generan en su interior con al menos un elemento característico independiente; claro está que, para comprender la existencia de estos últimos sistemas jurídicos, hace falta desprendernos de la definición otorgada por el positivismo austiniano (Ianello, 2015).

De esta forma, es posible cotejar fácticamente que el pluralismo jurídico no se enfoca únicamente en la diferencia entre el derecho occidentalizado de la sociedad imperante (centralismo estatal) y el derecho de las sociedades no occidentalizadas, como es el caso de los pueblos indígenas o tribales, sino que incluso puede presentarse dentro de aquellas sociedades occidentalizadas que albergan grupos que han decidido fundar normas diferenciadas e independientes a las impuestas en cada país o Estado clásico. De ahí que no se pueda reducir la concepción del pluralismo jurídico a la del pluralismo étnico que no conforma más que una de sus múltiples expresiones.

Como consecuencia de lo señalado, puede incluirse también a los sistemas jurídicos que se gestan en virtud de multiculturalismo que no implican pluralismo étnico necesariamente como parte del pluralismo jurídico, tal y como ocurre con las rondas campesinas que, si bien no pueden ser tenidas como pueblos indígenas o parte de ellos, sí pueden ser identificadas como una expresión del multiculturalismo detrás del cual existe una compleja situación fáctica que se “expresa en la convivencia en el seno de una misma sociedad tanto de personas como de grupos procedentes de ámbitos culturales diversos, realidad que ha cobrado una especial relevancia en el contexto actual del fenómeno migratorio” (Eto y Rodríguez, 2009, p. 14).

En ese sentido, mal hacemos dentro del sistema jurídico imperante en el Perú, al tener a las rondas campesinas como grupos étnicamente distintos o como pueblos indígenas o tribales. Si bien se tratan de grupos humanos culturalmente autónomos y con sistemas jurídicos independientes, no pueden ser concebidos, al menos no de manera abstracta, como pueblos étnicamente diferenciables.

Vale decir, en el caso específico de las rondas campesinas y de las rondas urbanas, el estudio de pluralismo jurídico debe responder a las diferencias o identidades culturales que se presentan dentro de una misma sociedad y no para diferenciar el derecho estatal del no estatal o a la sociedad occidentalizada de la pre colombina; valores que, si bien han sido muchas veces confundidos, no son lo mismo, pero han sido continuamente confundidos por aquel pluralismo jurídico débil practicado detrás del escritorio que “se dirige selectivamente contra la ideología del centralismo del derecho estatal y por lo tanto es tan Estado-céntrica como la ideología que ataca” (von Benda-Beckmann, 2014, p. 22).

Vale decir, el pluralismo débil requiere de la validación del centralismo legal para reconocer la existencia de diversos sistemas jurídicos, en la más pura expresión del positivismo que, lejos de avisorar las propias características de un sistema jurídico autónomo e independiente, termina por forzarlo a parecerse al sistema jurídico imperante; es decir, adoptar sus formulaciones, sus procedimientos, sus denominaciones y, lo que es peor, se lo priva de cualquier validez jurídica previa a la existencia de una ley o norma autoritativa (von Benda-Beckmann, 2014).

Dicha postura es adoptada en el Perú, país en el que creemos que los pueblos indígenas existen y cuentan con derechos porque han sido reconocidos en los artículos 2.19, 89 y 149 del texto constitucional; país en el que es necesario que las comunicadas campesinas y nativas cuenten con una ley definitoria y procedimental, sin la cual no puede reconocérseles personería jurídica y, por tanto, existencia jurídica, en el que se las obliga a contar con estatutos o reglamentos;

país en el que la discriminación de clase nos lleva a calificar de “étnias distintas” a grupos sociales organizados por personas que habitan en la zona rural o que provienen de esta, pero han migrado a la ciudad, como ocurre con las rondas campesinas y las rondas urbanas; por último, lo que resulta más preocupante, país en el que no somos conscientes de nuestra propia procedencia ni nuestra mixtura étnica. Asimismo, adquirido cierto status económico, social o académico, nos sentimos herederos del sistema jurídico europeo y lo sobreponemos a cualquier sistema jurídico autóctono o le desconocemos tal carácter.

Este último fenómeno es el que parece haberse instaurado en las mentes de los estudiosos del derecho, muchas veces emergidos de aquel Perú multicultural y multiétnico, pero que luego de haber recibido las clases en la Facultad, han olvidado sus propias costumbres, sus propias raíces y reconocen la calidad del sistema jurídico únicamente a aquel sistema normativo ordenado jerárquicamente, que tiene un raigambre europeo continental y le quita tal calidad a cualquier otro sistema de normas que no cumpla con los requisitos de la codificación, del *iter* legislativo, o del cumplimiento del proceso judicial con *notio*, *vocatio*, *coertio*, *juditio* y *executio*.

Los pluralistas débiles comprenden al pluralismo jurídico como aquel que guarda un “grado de congruencia con los modelos jurídicos dominantes que se aplican pues deben cumplir con los estándares de dichos modelos para ser tomados en cuenta” (Griffiths, A., 2014, p. 294); el cual ha sido permitido por la norma suprema, también de comprensión occidentalizada, que se encuentra codificada en 206 artículos, y desconocen cualquier otra posibilidad que no se encuentre taxativamente dispuesta y que, lejos de interesarse por comprender las características particulares que presenta cada uno de los grupos humanos que ostentan sistemas jurídicos independientes, se conciben e identifican como autónomos o, finalmente, reniegan del sistema jurídico instaurado por ser el producto de la voluntad de las mayorías, pero que deja en total desprotección los derechos de las minorías que han terminado por convertirse en rezagados del sistema mayoritario, es decir, en marginados (García, 2019).

Toda esta problemática expresada en cuanto a la confusión entre pluralismo jurídico y pluralismo étnico, como la indebida regulación o la legislación tergiversada del pluralismo jurídico —como si se tratara únicamente de un asunto étnico—, la indebida regulación y reconocimiento de facultades que ostentan organizaciones de la población como si se trataran de autonomías étnicas y no de autonomías culturales, así como, la confusión misma entre lo que implica el centralismo estatal —dada la embrollada equiparación del Estado occidentalizado con el gobierno—, se resumen en un solo y principal problema: el pluralismo jurídico peruano ha sido estudiado por mucho tiempo detrás de un escritorio y no

se ha preocupado por enlazar las construcciones teóricas previas con la realidad de los grupos autónomos de pobladores que hoy se comportan como marginados.

Por esto, es que en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca se ha creado el curso de pluralismo jurídico que busca romper con antiguos esquemas formales, abstractos y, por tanto, limitados, a efectos de desarrollar un estudio dogmático constitucional⁽¹⁾ de lo que debiere componer el contenido del pluralismo jurídico dentro de la realidad peruana y, concretamente, la realidad cajamarquina, en respuesta a una formulación general: ¿cuáles son los elementos teóricos y fácticos que componen la acepción del pluralismo jurídico eficiente para la tutela de los grupos pluralmente autónomos de la realidad cajamarquina?

Para el cumplimiento de tal finalidad, se han fijado tres objetivos específicos importantes: a) delimitar las bases teóricas para determinar la acepción de pluralismo jurídico que será asumida por los investigadores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; b) identificar las características fácticas que presentan los grupos pluralmente autónomos existentes dentro de la realidad cajamarquina, y c) enlazar la acepción de pluralismo jurídico adoptada con las características fácticas identificadas en la realidad cajamarquina para la descripción del contenido dogmático del pluralismo jurídico.

Objetivos que buscan ser cumplidos con la ejecución constante de diversas investigaciones particulares desplegadas conjuntamente por los docentes y estudiantes de la facultad, aprovechando las múltiples posibilidades que ofrecen las realidades cajamarquina y peruana en materia de multiculturalismo, misma que, en un primer momento ha sido enlazada a los contenidos de la teoría del Estado, pero, desde un perspectiva material, es complementaria de los logros occidentalizados que se han obtenido hasta el momento.

-
- (1) Dogmática constitucional, entendida como una dimensión de la dogmática jurídica que, a diferencia de otros desarrollos legislativos, busca identificar el contenido de las normas constitucionales, pero no entendiéndolas como disposiciones normativas escritas, sino como contenidos, valores o razones subyacentes a la disposición constitucional. En este sentido, la dogmática constitucional no estudia a la disposición normativa o a la ley, sino que realiza una comprensión de las necesidades de la sociedad y la moral social como materia prima para la realización de un ejercicio de moral crítica que complementa dicha materia prima con las construcciones teóricas previas del derecho constitucional para obtener nuevos dogmas constitucionales que se instauren como valores fundamentales que servirán de base para el contenido de las futuras disposiciones normativas.

II. Metodología de investigación

La investigación que se encuentra siendo desarrollada dentro de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca es compleja, dadas las múltiples aristas o realidades que presentan los sistemas jurídicos autónomos que se originan en la multiplicidad de culturas existentes en el país y, concretamente, en la región de Cajamarca. Cabe precisar que, cuando se hace referencia al multiculturalismo existente dentro del país y la región, no se restringe tal contenido únicamente a la pluralidad étnica, sino, sobre todo, a la pluralidad de las culturas que se presentan en términos de la teoría del Estado, dado que, la cultura debe ser reconocida como un elemento dinamizador del Estado (Häberle 2001) y, muchas veces, este elemento nos es uniforme a lo largo de un país, como ocurre en el caso del Perú, en que se presenta multiplicidad de elementos dinamizadores incluso dentro de cada región, lo que lleva a reconocer diversidad de naciones y, a la vez, obliga a comprender un contenido real y cultural del Estado.

Esta compleja investigación es básica, puesto que no busca modificar realidad alguna aplicando instrumentos basado en variables, sino construir mayor conocimiento en torno al pluralismo jurídico, escapándose de los límites impuestos por la filosofía o la teoría que, si bien han resultado bastante proliferas en cuanto al desarrollo de las bases fundacionales para comprender las ocurrencias culturales y para identificar los sistemas jurídicos autónomos, muy pocas veces se han atrevido a recoger información desde la platea de la ciencia jurídica.

Dicha actuación última se encuentra siendo desplegada por los estudiantes y docentes investigadores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, quienes se encuentran recogiendo experiencias fácticas respecto al pluralismo jurídico con el propósito de comprender cómo es que estas se presentan en la realidad; despojados de las preconcepciones y prejuicios adquiridos sobre el derecho mismo y la estructura y contenido de los sistemas jurídicos, lo que les permite comprender las ocurrencias con relevancia jurídica que se van identificando en la realidad del pluralismo de la forma más fidedigna que resulte posible.

En ese sentido, la investigación adopta métodos y técnicas cualitativos, dado que lo que se pretende comprender son las estructuras organizativas de cada grupo que presente un sistema jurídico autónomo, en su real dimensión, sin contaminar dicho conocimiento con los dogmas jurídicos occidentalizados y sin imponer estructuras propias o pretender comprender los hallazgos utilizando los conceptos, procedimientos, funciones o estructuras de la sociedad occidentalizada.

Por ello, la principal técnica para el recojo de información es la observación de la realidad que, unida a las revisiones sistemáticas de fuentes, buscan enlazar los hallazgos fácticos y culturales con los logros del pluralismo jurídico a nivel filosófico, teórico y dogmático; de ese modo, se han desarrollado instrumentos tales como hojas de ruta para la observación de la realidad, cuestionarios de entrevista y fichas para grupos focales, con los que se recoge información fáctica del sistema jurídico autónomo y diferenciado del centralismo occidental, así como fichas de revisión sistemática de fuentes para la comprensión de los desarrollos teóricos, filosóficos y dogmáticos que se han presentado al respecto.

Finalmente, se han contemplado —como métodos para la comprensión de la realidad o las realidades investigadas— al método dogmático jurídico, gracias al cual se busca construir nuevos dogmas jurídicos en cuanto a pluralismo jurídico; así como, el método argumentativo, en cuanto permite la formulación de los contextos de justificación interna y externa para la construcción descriptiva de los sistemas con independencia cultural que sean identificados.

III. Hallazgos de la Facultad de Derecho de la UNC en asuntos del pluralismo jurídico

Resulta menester resaltar que, en el presente acápite, únicamente se presentarán pinceladas acerca de los hallazgos que se han tenido hasta la actualidad en las diversas investigaciones desplegadas dentro del curso de pluralismo jurídico, mismas que cuentan ya con sus propios artículos científicos que presentan con detalle tales descubrimientos. En el presente documento, se busca plasmar un resumen de estos desde el punto de vista del docente que acompaña y asesora cada una de estas investigaciones.

3.1. Bases teóricas para determinar la acepción de pluralismo jurídico que ha sido asumida por los investigadores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

El pluralismo jurídico, como fue planteado en el introito, ha sido objeto de diversas posturas en cuanto a su contenido mismo y a los alcances de las investigaciones que lo componen, así como, de los conceptos que le permite asumir, desde la comprensión misma del derecho y de lo que debe ser entendido como sistema jurídico.

Pues bien, en este punto, la Facultad pretende hacer escuela desde el abrigo, proporcionado por el pluralismo jurídico fuerte, que pone corta a la pretensión

del pluralismo débil de incorporar las costumbres autónomas de los grupos culturalmente diferenciados a las estructuras jurídicas desplegadas por el centralismo occidental y, mucho más, a las creencias —en exceso formalistas— del monismo cultural que niegan cualquier fuerza jurídica a los sistemas culturales que constituyen una manera de organización dentro de las sociedades autónomas.

Como se señaló anteriormente, resulta sumamente difícil para los abogados, también para los abogados investigadores, desprenderse de las preconcepciones adoptadas como máximas supremas incuestionables que hemos aprendido dentro de la Facultad, muchas de las cuales nos llevan a creer que el derecho no es más que un sistema de normas positivadas, formales u ordenadas en códigos o leyes, que atraviesan por un *iter legislativo* para ser consideradas válidas, que deben ser publicadas para cobrar vigencia y que deben ser aplicadas para ser consideradas eficaces. Muchas de las cuales nos llevan a creer que la exclusividad jurisdiccional está orientada a reservar la potestad de administrar justicia únicamente a un órgano de gobierno reconocido en la constitución formal, llamado Poder Judicial, que la potestad para emitir leyes únicamente la tienen los órganos legislativos de gobierno llamados Poder Legislativo o que la potestad para ejecutar actuaciones en servicio del pueblo solo puede ser ejecutado por el denominado poder ejecutivo, como si toda la dinámica estatal se reduce únicamente a las actuaciones gubernamentales y los demás elementos del estado nos mantuviésemos dormidos, en espera de realizar nuevamente una constituyente que funde otra estructura formal.

Percepción completamente desacertada de la realidad estatal que no se trata de una realidad formal como suele ser presentada por el centralismo occidental, sino que debe ser recogida de la realidad fáctica, tal y como lo requieren los pueblos americanos que tanto han sido vapuleados por las imposiciones de los invasores al extremo de olvidar que la mejor manera de organizar una sociedad es atendiendo a sus necesidades reales, no imitando estructuras extranjeras que, dado que responde a una dinámica social diferente, muchas veces resultan infructuosas para tutelar los derechos de las personas de este lado del globo.

Ahora, ello no involucra de ninguna manera renegar de las conquistas dogmáticas o del conocimiento jurídico y político erigido históricamente por la sociedad occidental, puesto que la evolución que esta ha presentado ha traído consigo muchos avances y beneficios para la vida digna de las personas; sino, lo que se busca es asegurar la utilización de aquellos dogmas, contenidos y procedimientos que sean admisibles dentro de nuestras sociedades sin llegar a los extremos de las imposiciones monistas o de las sujeciones del pluralismo débil.

No obstante, lo que sí resulta imperante es la obligación que tienen los investigadores de no parcializar su pensamiento, es decir, de no actuar en base a lo ya aprendido, sino de mostrar apertura para aprender mucho más despojados de límites autoimpuestos, así como de ampliar nuestra mirada misma de los valores jurídicos y políticos aparentemente acabados y completos, cuando la realidad es que los valores constitucionales nunca se encuentran acabados y que no pueden ser encasillados dentro de una disposición normativa, puesto que son y siempre han sido norma viva, real, material, fáctica y social.

Comenzando por esto último, ocurre que el derecho constitucional siempre fue un derecho íntimamente ligado a la moral social o moral positiva, por ello, se le negó el carácter jurídico —en un primer momento— a la propia constitución, dado que el positivismo jurídico comprendía como derecho a todo aquello que era creado en virtud de los procedimientos legislativos y que apuntaban a la consolidación de la democracia; no así, a los comportamientos que se presentaban en la realidad social, dado que a muchos de estos no les era posible reconocer el carácter jurídico.

Pues bien, ocurre que el derecho constitucional no es creado o inventado por el hombre, sino que es legitimado por un grupo determinado de la sociedad en un momento determinado; vale decir, la Constitución no nace luego de atravesar por un *iter legislativo* o por un momento constituyente excepcionalísimo, sino que se cimenta día a día gracias al elemento dinámico del Estado, la cultura. En ese sentido, son las vivencias de los integrantes de la población que, en un territorio determinado, ejercen permanentemente su poder soberano para pactar una forma de organización propia de las que dan origen a la constitución material y, con ella, como un hermano gemelo, al Estado.

Tanto constitución como Estado son conceptos reales, materiales, producto de la actuación política y jurídica del pueblo, con la finalidad de organizar a su sociedad dentro de un territorio determinado, respaldado por su propia soberanía y tomando en cuenta su cultura propia para determinar el contenido de sus dogmas jurídicos.

Ahora, que la sociedad de la europa occidental haya obtenido como resultado de tal organización un Estado formal que ha delegado su representación en los denominados órganos de gobierno que requirieron de una división de poderes y de una estructura formal, tanto en las disposiciones normativas constitucionales como en la ejecución de las mismas, a través de organismos constitucionales autónomos y funciones constitucionales formalmente establecidas; no implica que todas las sociedades se hayan conformado así ni que tengan la obligación de hacerlo.

Respetando la idea de que existe una organización e interacción de los elementos del Estado (pueblo, territorio, soberanía y cultura), así como, respetando la idea de la finalidad organizacional del Estado y de la Constitución, también es posible admitir muchas otras formas de organización, sin reducir la discusión a solamente los dos extremos, que parece haber asumido la comunidad académica peruana de manera inconsciente, aquellos que señalan los normales y los anormales, quienes se han organizado de la única y verdadera forma correcta que presenta el centralismo occidental y quienes se han organizado mal, de otras maneras, que no cumplen con los parámetros impuestos por el positivismo para ser consideradas constituciones e, incluso, para ser considerados derecho.

No existe óbice para negar el carácter estatal a las sociedades que presentan una organización distinta, a los grupos humanos que repelen ciertas regulaciones jurídicas porque no se ajustan a sus planes de vida ni a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio de sus libertades generales y a la prohibición de discriminación en respeto de la equidad.

No puede comprenderse al Estado como un constructo formal que responde a una sola forma impuesta por el centralismo occidental, tampoco puede reducirse el concepto del Estado al de un gobierno occidentalizado, es decir, al concepto del poder constituido, puesto que son los elementos del Estado los que crean, es decir, es la conjugación e interacción del pueblo, la soberanía, el territorio y la cultura los que sostienen al gobierno —en términos de teoría del Estado occidentalizado—, por lo que este gobierno debe ser entendido como una creación para servir, para asegurar el mantenimiento de la organización, el respeto de los derechos fundamentales, es decir, para servir, no para ser entendido como autoridad y ser capaz de imponer arbitrariamente.

En cambio, el Estado es un fenómeno real, que se presenta constantemente con la admisión de normas por una población en concreto, sea cual sea la manera en que estas se presenten, con una finalidad concreta, la protección de las libertades fundamentales de esa misma población y la admisión de ciertas limitaciones en respeto de las libertades fundamentales de los demás; eso es lo que se ha logrado identificar con sus propias particularidades en cada sociedad autónoma.

De ahí que el pluralismo asumido no pueda ser el pluralismo débil que se pretende asumir dentro del sistema occidentalizado a los pueblos o grupos culturalmente autónomos, sino un pluralismo fuerte que, a pesar de que cada vez existen menos grupos que se conciben como autónomos por consecuencia de las imposiciones del monismo cultural, busca respetar y reconocer cada cualidad real que presenten los sistemas jurídicos autónomos existentes en la realidad nacional.

3.2. Características fácticas que presentan los grupos pluralmente autónomos existentes dentro de la realidad cajamarquina

La realidad cajamarquina presenta una multiplicidad de realidades culturales independientes que requieren la intervención de los investigadores a manera de *tabula rasa* en cuanto al descubrimiento de sus formas organizativas, comportamiento que se ha venido adoptando por parte de los investigadores de la Facultad; no obstante, la adquisición de conocimientos fácticos acerca de aquellas culturas autónomas requiere de varios procedimientos lentos, cuidadosos y distintos en cada caso concreto, puesto que cada sector de la población que actúa con autonomía cultural presenta características particulares y diferenciables de los demás; motivo por el que no es posible presentar el detalle de cada hallazgo en este documento, pero sí realizar un resumen de lo obtenido hasta la actualidad, claro está, invitando a la revisión de los trabajos específicos realizados al respecto dentro de la unidad de posgrado y del curso mismo de pluralismo de la Facultad.

Analizando de lo general a lo particular, hemos de pronunciarnos acerca de lo verificado en cuanto a las comunidades campesinas y las comunidades nativas; ha sido posible realizar visitas a las comunidades nativas de la Amazonía peruana, pertenecientes a los grupos awajún, experiencia en la que se ha recabado vasto material de análisis que se encuentra siendo sistematizado para finalmente ser presentado en dos estudios en particular, el primero, trabajado por el maestrando Jaime Altamirano Rafael (2022), de la maestría con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Unidad de Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, referido al contenido material que otorgan las comunidades indígenas Awajún a las figuras equivalentes a los derechos fundamentales en su propia cultura.

Nótese, en la investigación antes señalada, que la influencia del pluralismo jurídico fuerte, en cuanto al reconocimiento de que las comunidades nativas Awajún pueden presentar —y, de hecho, lo hacen— figuras equivalentes a los derechos fundamentales propios del centralismo occidental; aunque, como se ha reconocido en estos estudios, no necesariamente presentan el mismo contenido, lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del derecho a la educación, que originalmente no contaba con el mismo contenido que el desarrollado occidentalmente y se encontraba referido estrictamente al perfeccionamiento de las capacidades identificadas en los integrantes de la comunidad desde muy temprana edad, concepción de educación que conseguía cazadores especializados en aves, en animales terrestres o pescadores, agricultores, recolectores, etc. Esto último

se encontraba muy ligado a una especie de derecho al libre desarrollo de la personalidad y que atendía, de manera mucho más eficiente, su contenido de lo que jamás ha ocurrido en el derecho occidentalizado.

Entre otras particularidades, como el hecho de que anteriormente no vivían en comunidades, sino que fue una acción gubernamental la que les obligó a vivir así, so pretexto de recibir educación bajo el contenido occidentalizado; las afecciones que les ha causado la existencia de la carretera Fernando Belaunde Terry, como el desorden de su organización como la conocían, las adicciones a la bebida antes desconocidas, la aparición de ladrones, la tala indiscriminada de los bosques, el apetito por el dinero hasta antes desconocido, entre muchas otras características propias de la cultura occidentalizada que al ser impuestas en su forma de vida terminaron por tergiversarla y convertirla en un híbrido improductivo carente de tutela efectiva de derechos en la actualidad.

Este trabajo, así como la parte inicial del trabajo de campo, ha sido objeto de acompañamiento por el suscrito en calidad de asesor desde el año 2021, lo que me ha permitido recabar abundante información acerca de los avatares que han tenido que atravesar las culturas Awajún, producto del monismo cultural imperante en el país en las décadas de los 60 del siglo anterior, que posteriormente fue disfrazado de pluralismo débil a finales de los 70 y se ha mantenido así hasta la actualidad; por ello, las comunidades nativas no viven más su día a día según sus costumbres ancestrales, sino que se han quedado en el limbo entre lo que fueron sus costumbres y las costumbres occidentalizadas, lo que ha generado aún mayor desprotección de sus derechos fundamentales, puesto que el contenido que originalmente contemplaban ha sido ya abandonado paulatinamente, permaneciendo únicamente algunas costumbres como el consumo de la ayahuasca, el tabaco o el toé —con finalidades distintas a las originales—, algunos canticos, bailes o creencias.

En cambio, las nuevas generaciones conciben ya sus derechos de manera occidentalizada y, al respecto, se sienten desprotegidos, puesto que, a pesar de que han adoptado muchas de las figuras y procedimientos occidentales, tales como el contenido del derecho a una educación inicial, primaria y secundaria, el contenido del derecho al trabajo, a modo de empleo individual y no más como colaboración familiar, la idea de familia nuclear dejando de lado a la familia extensa de antaño, el uso de ropa convencional occidentalizada en lugar de los trajes propios, la estructura económica occidentalizada en lugar de la producción familiar y los intercambios entre familias, entre muchas otras características que han sido modificadas pero que no gozan de una protección adecuada por

parte del gobierno de un Estado occidentalizado que ha impuesto su forma de organización sin comprometerse a proteger los nuevos derechos fundamentales adquiridos por la erosión en su cultura original.

La segunda población investigada está conformada por las comunidades campesinas de Mishca Chica y Chirigpunta del Distrito de Chetilla, provincia de Cajamarca, de las cuales se buscaba comprender dos extremos específicos. Es decir, la existencia de un sistema normativo independiente con contenidos propios y figuras diferenciadas a las de la cultura occidentalizada y la existencia de un sistema jurisdiccional propio, diferenciable de la jurisdicción ordinaria propia del centralismo occidental. Para tal efecto, se diseñaron investigaciones básicas, empíricas, cualitativas, dentro de las cuales se elaboraron instrumentos para el recojo de la información, tales como hojas de ruta para la observación de la realidad y guías de entrevista que fueron aplicadas en la población identificada.

En cuanto al primer grupo poblacional investigado, se verificó que, en realidad, es inexistente, al menos desde la dimensión real o fáctica de los pueblos indígenas dentro de los que, por supuesto normativo, están ubicadas las comunidades campesinas. Para explicar mejor esto último, ocurre que los integrantes de la comunidad campesina Mishca Chica, con personería jurídica formalmente establecida y debidamente inscrita en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, así como en el registro del Instituto Nacional de Estadística e Informática, no forman parte de un pueblo indígena con costumbres precolombinas que han permanecido con vivencias autónomas desde antes de la conquista, sino que son pobladores de la ciudad o pueblo de Chetilla que se han asociado para constituir la mencionada comunidad formalmente pero que materialmente se comportan como una cooperativa o asociación para la producción de madera y otras especies en beneficio económico de sus integrantes.

De esta manera, se ha identificado que no cuentan con costumbres precolombinas diferenciadas en su calidad de comunidad, puesto que no existen registros de que en la zona en la que opera la cooperativa haya existido anteriormente un pueblo indígena; aunque debe señalarse que existen costumbres de los propios pobladores del Chetilla, ciudad que deja ver que sí se mantienen algunas costumbres precolombinas, tales como el uso cada vez más limitado del idioma quechua, así como la vestimenta típica reservada para ocasiones festivas e, incluso, algunas costumbres como el tendido de mantas para compartir la comida también en ocasiones festivas, costumbres de las que fuimos testigos con motivo de la celebración de la construcción del aserradero para el procesamiento de la madera que producen.

Empero, con las entrevistas aplicadas a los principales integrantes de la organización, se obtuvo conocimiento de que la comunidad se constituyó como tal a fin de conservar el territorio que iba a ser declarado bien público, así como, en beneficio de algunos pobladores de Chetilla quienes pudieron escoger si pertenecían a la comunidad de Mishca Chica o de Chirigpunta para ser registrados luego de su constitución. En cuanto a esta última, debido al debido acceso y a las condiciones climáticas, ha sido posible recoger muy poca información en este primer momento de investigación, aunque, se han proyectado ya otras incursiones a fin de contar con información completa sobre su organización.

Sin embargo, a partir de la información ya recolectada, ha sido posible identificar que, si bien en el distrito de Chetilla se conserva el recuerdo de algunas costumbres precolombinas, estas únicamente se observan en ocasiones festivas ocasionales, dado que tanto geopolíticamente hablando como en cuestiones culturales la población ha sido ya objeto de las imposiciones monistas de la cultura occidentalizada. Tan es así, que nos han referido que no cuentan con un sistema normativo ni jurisdiccional autónomo y diferenciable, sino que acuden a las autoridades impuestas como son el juez de paz, los jueces de paz letrado de Cajamarca, los jueces especializados o superiores de Cajamarca y los jueces supremos, cuando corresponde.

En ese sentido, el monismo cultural aplicado por el gobierno de la sociedad mayoritaria peruana con herencia jurídica de Europa occidental, ha calzado a tal punto que existen pobladores que se encuentran en contra de la educación bilingüe basada en el quechua y que prefieren estudiar inglés o chino mandarín, porque son lenguas que resultan más funcionales en proyectos de vida, conclusiones a las que han llegado luego de sufrir desprecios y maltratos de quienes no se consideran herederos del Perú precolombino, a tal grado de que han ido erosionando su voluntad y abandonando sus costumbres.

No obstante, a pesar de que las propias comunidades campesinas no son, en realidad, grupos étnicamente autónomos y diferenciables, sí es posible —con estudios más profundos— hablar de autonomías culturales que han surgido de otros fenómenos, tales como la discriminación y racismo existente en los propios Andes por los pobladores de las urbes respecto de los pobladores rurales, así como de los pobladores de las grandes ciudades de la costa respecto de los pobladores de los Andes, entre muchos otros ejemplos e investigaciones que quedan pendientes.

Finalmente, otra de las poblaciones investigadas, esta vez por el propio suscrito y por otros dos investigadores de posgrado de la universidad —Mercado (2022) y Guerrero (2021)— ha sido la ronda campesina de Cuyumalca de Chota,

así como la ronda campesina de Maygasbamba y la ronda campesina de San Antonio de Bambamarca. En todos los casos mencionados, las rondas campesinas fueron originadas en la década de los 70 del siglo anterior y presentan características similares, tanto en su organización como en su forma de actuar.

De manera resumida, lo que se ha identificado en estos grupos —al igual que en el caso de las comunidades campesinas antes señaladas— es el hecho de que presentan, en parte, costumbres que podrían ser consideradas precolombinas o, por lo menos, herencia de estas, como es el caso del trabajo comunal que, en la actualidad, se presenta excepcionalmente a manera de trabajos colaborativos en la refacción de caminos, en el trabajo de la tierra al partir o con apoyo de los vecinos o en el compartir de los alimentos sobre mantas, entre otros que se presentan principalmente en la zona rural de los andes peruanos.

No obstante, no es posible identificar sistemas jurídicos, ya sea normativos o jurisdiccionales, en los centros poblados antes mencionados, tampoco pueden ser catalogados como comunidades campesinas, puesto que no cumplen con los requisitos formales establecidos por la ley general de comunidades campesinas para ser considerados como tal, desde un punto de vista material, tampoco pueden ser considerados como pueblos indígenas que conservan una autonomía respecto de la sociedad mayoritaria o que se conciben como distintos de conformidad con los parámetros objetivos y subjetivos regulados en el artículo 1 del convenio 169 de la OIT.

De esta manera, se pueden anotar conclusiones puntuales de los estudios antes señalados. En primer término, no todas las rondas campesinas se encuentran relacionadas o forman parte de una comunidad campesina, puesto que no son lo mismo y, es más, en el caso de las rondas campesinas estudiadas, estas forman parte de los centros poblados integrados a la estructura geopolítica del país. En segundo lugar, las rondas campesinas son grupos poblacionales de la zona rural que han reaccionado ante la inacción de los funcionarios del gobierno mayoritario para tutelar sus derechos fundamentales, y han conformado una organización civil no gubernamental preocupada por disminuir los abigeatos y implementar la seguridad ciudadana dentro de su propia población. En tercer lugar, no es posible calificar de pluralismo étnico el caso de las rondas campesinas investigadas, dado que no se encuentra clara la línea entre las costumbres precolombinas y las que se adquirieron luego de la colonia, así como, debido a que se encuentran compuestas por ciudadanos peruanos insertados en las costumbres de la sociedad mayoritaria; sin embargo, es posible que estos grupos presenten autonomía cultural, lo que les ha llevado a gestar un sistema jurisdiccional propio y totalmente legítimo.

IV. Conclusiones

Con todo lo descrito, una primera situación que debe considerarse es la multiplicidad de circunstancias que ofrece la realidad en materia de pluralismo jurídico, lo que lleva a reforzar la postura de que los temas relativos al descubrimiento de nuevos sistemas jurídicos, que merezcan ser tenidos como tal y deban gozar del respeto de parte de la sociedad, no pueden ser objeto de abstracciones y discusiones iusfilosóficas, sino de constataciones empíricas de la realidad.

De hecho, los estudios del pluralismo jurídico que se han desarrollado dentro del país han confundido esta disciplina con el pluralismo étnico solamente, lo que ha influido en la normatividad relacionada con el tema y ha logrado dejar en desprotección varios de los derechos de las agrupaciones que ostentan autonomía y requieren del reconocimiento y respeto de sus propios sistemas jurídicos.

Por otro lado, el exceso de formalismo al que estamos acostumbrados, dentro del país, ha exigido a comunidades nativas, comunidades campesinas y rondas campesinas al cumplimiento de formalidades que muchas veces han terminado por minar los sistemas jurídicos propios, como ha ocurrido en los casos de las comunidades nativas que han visto afectados los contenidos de sus propios derechos por la anteposición de los planteados por el centralismo occidentalizado. En el caso de las comunidades campesinas, lejos de asemejarse a los pueblos indígenas, se han conformado como personas jurídicas con finalidades privadas o el caso de las rondas campesinas que no cuentan con características precolombinas claras, pero que sí se han convertido en grupos de la sociedad que han reaccionado a la ineficiencia de la cultura occidentalizada para tutelar derechos fundamentales, y que han tomado cartas en la protección de la población, manteniendo expresiones culturales propias que no deben ser confundidas como expresiones étnicas propias.

En todos estos casos, salta a la vista la necesidad de contar con mayor cantidad de investigaciones de la realidad, no únicamente a cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca, sino de otros entes de investigación que recojan las verdaderas necesidades de tutela de los grupos o poblaciones culturalmente autónomas, con la comprensión de las costumbres diferenciadas y el respeto de las mismas, a fin de evitar la imposición de las figuras del centralismo occidental sobre los valores propios desarrollados en cada grupo como sistemas jurídicos independientes, así como con la intención de no confundir la autonomía étnica con la autonomía cultural y generar impunidades no fundamentadas y desprotección.

V. Referencias

- Altamirano, J. (2022). *Contenido material que otorgan las comunidades indígenas Awa-jún a las figuras equivalentes a los derechos fundamentales en su propia cultura*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- Aranda, M. (2000). *La jurisdicción especial de las comunidades campesinas en el departamento del*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Austin, J. (2009). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press.
- Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo. (1957, 26 de junio). *Conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo. C107 - Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales*. Ginebra, Ginebra, Suiza.
- Elrich, E. (1968). *Fundamental principles of the sociology of law*. Harvard University Press.
- Eto, G., & Rodríguez, R. (2009). Estudio Preliminar. La agenda multicultural: problemas inconclusos en el S. XXI. En A. Peña Jumpa (Ed.), *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón* (pp. 13-28). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- García, M. (2019). *El Derecho como instrumento de cambio social*. Bogotá: Derecho y Ciencias Políticas.
- Griffiths, A. (2014a). En búsqueda del pluralismo jurídico: el poder de los paradigmas en un mundo global. En A. Guevara, & A. Gálvez Rivas (Comps.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Textos esenciales* (pp. 293-321). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Griffiths, J. (2014b). El funcionamiento social de las normas jurídicas. En A. Guevara, & A. Gálvez Rivas (Comps.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad* (pp. 89-167). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Guerrero, J. C. (2021). *Interferencia de las rondas campesinas en la administración de justicia de la jurisdicción penal ordinaria*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ianello, P. (2015). Pluralismo Jurídico. En J. L. Fabra Zamora, & Á. Núñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 767-790). Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ledesma, M. (2018). *Justicia e interculturalidad*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Mercado, M. A. (2022). *Fundamentos socio - Jurídicos Para Instituir a las Rondas Campesinas como un Medio de Control Social*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- von Benda-Beckmann, F. (2014). La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal. En A. Guevara, & A. Gálvez Rivas (Comps.), *Pluralismo Jurídico e Interlegalidad. Textos esenciales* (pp. 17-38). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Derecho Civil y Procesal Civil



La novísima manifestación de voluntad en los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad

The very new manifestation of will in the legal acts celebrated by people with disabilities

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. III. Las personas con discapacidad intelectual. IV. La Manifestación de Voluntad en el Código Civil de 1984. V. El Decreto Legislativo N.º 1384 y su impacto en la Manifestación de Voluntad. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: La reforma sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha causado un gran impacto en la teoría general del acto jurídico, hasta ahora estructurada en función a la consideración de per-

(*) 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 y directora de la Escuela Académico profesional de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: smanrique@unc.edu.pe.

sonas capaces e incapaces y la imposibilidad de estos últimos de celebrar por sí solos actos jurídicos. A partir de los postulados de la convención y, en el fuero nacional, de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1384 y su reglamento, es que todas las personas mayores de dieciocho años, independientemente de su discapacidad, están aptas para celebrar actos jurídicos directamente; con lo que se posibilita, en el caso que voluntariamente lo decidan o así lo ordene el juez, que se les provea de apoyos para la toma de decisiones. De ese modo, en tanto la intervención de apoyos modifica el proceso de formación y declaración de voluntad, consideramos que resulta determinante una reestructuración o complementación de lo que hasta ahora concebimos como manifestación de voluntad de los vicios que pueden afectar el proceso de formación y declaración y de las causales de invalidez del acto jurídico celebrado por la persona con discapacidad que actúan con apoyo; ante lo cual, en el presente artículo, se plantean algunas propuestas.

Palabras clave: personas con discapacidad, capacidad jurídica, apoyos, manifestación de voluntad

Abstract: *The reform on the legal capacity of persons with disabilities has caused a great impact on the general theory of the legal act, until now structured according to the consideration of capable and incapable persons, and the impossibility of the latter to celebrate acts on their own. legal. And it is that, from the postulates of the Convention and in the national jurisdiction, of the modifications introduced by Legislative Decree 1384 and its Regulations; All persons over the age of eighteen, regardless of their disability, are eligible to enter into legal acts directly, making it possible, in the event that they voluntarily decide or the judge so orders, that they be provided with support for decision-making. This being the case, while the intervention of supports modifies the process of formation and declaration of will, we consider that a restructuring or complementation of what until now we conceived as a manifestation of will, of the vices that can affect the process of formation and declaration of will, is decisive. declaration and the grounds for invalidity of the legal act entered into by the person with disabilities who act with support; before which in the present article some proposals are raised.*

Key Words: *people with disabilities, legal capacity, support, expression of will*

I. Introducción

El reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad constituye uno de los mayores logros en materia de derechos humanos que, partiendo de la protección de los principios de igualdad y de no discriminación, se ha generado en los últimos tiempos.

Las personas con discapacidad pueden, entonces, vincularse jurídicamente a partir de la celebración de actos jurídicos, de los cuales —por decisión voluntaria o determinación judicial— algunos deberán configurarse con la asistencia de apoyos.

Esto último significa que, más allá del reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, debe ponerse especial atención a la estructura del acto jurídico y a la particular manera de configuración de la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad que cuenten con apoyos. Por ello, no será suficiente aplicar la tradicional conformación de la manifestación de voluntad pensada y elaborada bajo el supuesto de personas sin discapacidad (capaces del ejercicio de la anterior nomenclatura), porque se reconoce que ello tendrá consecuencias determinantes en la teoría de invalidez del acto jurídico y sus causales.

Actualmente, a casi cuatro años de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1384, es que se empiezan a conocer las diferentes situaciones que, en el plano fáctico, se dan respecto a la celebración de actos jurídicos de las personas con discapacidad con la asistencia de apoyos. Muchas de ellas están relacionadas con la estructuración de los actos jurídicos; específicamente, respecto a la conformación y declaración de la manifestación de voluntad y la intervención del apoyo en este proceso, así como de la calificación de circunstancias, como la influencia indebida y el conflicto de intereses como factores que podrían ser considerados como vicios de la voluntad que afectan a las personas con discapacidad en su proceso de formación de voluntad y que, por ende, serían causales de anulabilidad del acto jurídico, hoy por cierto no legisladas de dicha manera.

II. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

Este tratado internacional, elaborado en Nueva York el 13 de diciembre del 2006, ratificado por el Perú el 30 de enero del 2008 —y cuya vigencia se produjo el 3 de mayo del 2008—, es el primer instrumento internacional de derechos humanos que establece el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad. Asimismo, dicho tratado proclama en su artículo 12 que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de su vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las acciones pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Convención replantea el tradicional paradigma de que la capacidad de la persona está en estricta correspondencia con circunstancias de la “normalidad” que descarten toda anomalía física, sensorial, intelectual o síquica. Esto quiere decir que, en caso de darse, justifican la sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, para adoptar un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. De manera que asume una visión amplia e inclusiva en la que toda persona, con independencia de su discapacidad, puede decidir respecto a los actos de su vida civil con la necesidad de la implementación de apoyos para la efectivización de sus derechos y su participación plena.

Para Munar Bernart (como se citó en Sánchez, 2022):

[se trata del] cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, refiriéndose al cambio de un sistema de exclusión por otro de protección y apoyo. (p. 18)

Este nuevo paradigma se fundamenta en el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, y propicia la inclusión social, además de la autonomía de la persona con discapacidad para decidir en igualdad de oportunidades que los demás y poder efectivizar sus planes de vida.

La discapacidad ha sido históricamente abordada a través de tres modelos: prescindencia, rehabilitador y social (Sordo, 2018).

Bajo el modelo de prescindencia (segregación), la discapacidad se origina en motivos de carácter religioso, que encierran mensajes diabólicos y son producto de la ira de los dioses. De ese modo, las personas que sufrían de alguna discapacidad eran calificadas como innecesarias para la sociedad, por ello, era posible prescindibles, en su manifestación más radical, a través de prácticas eugenésicas, como el infanticidio. En una versión menos radical, se parte de la marginación y exclusión, y se consideran a las personas con discapacidad como objeto de compasión.

De acuerdo con el modelo médico rehabilitador (normalización), las causas que originan la discapacidad se encuentran en la propia persona y son de carácter médico, por lo que existe cierto déficit en ella producto de 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 perso-

na con discapacidad a partir de un tratamiento médico individualizado que le permita asemejarla 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 en la deficiencia de la persona con discapacidad. De ese modo, las causas que la originan son eminentemente sociales. Según este modelo, 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.

El modelo social se encuentra plasmado 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, p. 35) precisa que, para el modelo social, la deficiencia (lo biológico) se distingue de discapacidad (lo social); es decir, 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. De manera que se traslada al Estado y a la sociedad la responsabilidad de la inclusión de las personas con discapacidad mental.

El modelo social se sustenta en 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 prevalezcan la igualdad jurídica y la no discriminación en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 1 de la Convención⁽¹⁾ recoge —de manera muy ilustrativa— los postulados del modelo social de discapacidad adoptado. Al respecto, este precisa:

(1) ONU, Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 1.

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

La CDPD reconoce los principios, como la autonomía individual, expresada en la libertad para tomar las propias decisiones; la independencia; la no discriminación; la participación, y la inclusión en la sociedad, además de la igualdad de oportunidades, como esenciales para consolidar una perspectiva de derechos humanos frente a las personas con discapacidad.

Así, en su artículo 12⁽²⁾, establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto, en todos los aspectos de la vida. Asimismo, las considera como sujetos de derecho y no como objetos de protección, independientemente del tipo de discapacidad que las afecte.

Con la Convención se propugna un cambio de mentalidad: no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia —limitación intelectual—, puesto que privar a una persona de su capacidad de decidir por sí misma

-
- (2) “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 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”.

o actuar como un representante para ella constituye una forma de marginación y exclusión (Sánchez, 2022, p. 22).

III. Las personas con discapacidad intelectual

De forma cotidiana y tradicional, se entiende que las personas con discapacidad intelectual son aquellas que no poseen el discernimiento necesario para comprender un acto o un contrato, porque carecen de capacidad suficiente no solo para querer, sino para entender acerca del acto, sus alcances y consecuencias. Por tanto, no resulta adecuado ni para la persona con discapacidad intelectual ni para los terceros que se vinculen jurídicamente con ella o que se le dote de capacidad jurídica.

Lo determinante aquí es resolver en qué medida la persona con discapacidad intelectual ve limitada la posibilidad de ejercer sus derechos, pues tal discapacidad no debe significar una negación total de capacidad, sino una manera especial de ser capaz (Sánchez, 2022, p. 22).

Encontrándose las personas con discapacidad intelectual ante una forma especial de ser capaz, por las dificultades que suelen presentarse para que puedan formar una voluntad libre y totalmente consciente al celebrar actos jurídicos, se descarta —a partir de la Convención del 2006— toda postura que les margine e impide decidir por sí mismas, a través de la designación de un representante. De ese modo, de manera inclusiva, se les habilita a ejercer esa forma especial de ser capaz a través de los apoyos en la toma de decisiones, los cuales respetarán su voluntad, intereses y preferencias y no, precisamente, decidir lo que —según otros— sería adecuado para ellas.

En ese sentido, es preciso resaltar que, de manera excepcional, ante supuestos severos de discapacidad intelectual, en los que sea imposible que la persona con discapacidad forme y exprese su voluntad, el apoyo tendrá facultades de representación⁽³⁾.

-
- (3) Esta postura queda recogida en el artículo 659-B del CC que prescribe: “Definición de apoyos. 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».

Lledó y Monje (año, como se cita en Sánchez, 2002) precisan, respecto a los apoyos y el alcance de sus funciones, lo siguiente:

[...] Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación. (p. 23)

IV. La manifestación de voluntad en el Código Civil de 1984

La esencia misma del acto jurídico está constituida por la manifestación de voluntad. A través de ella, el sujeto autorregula su esfera jurídica y se vincula con los demás estableciendo prescripciones —con carácter normativo— respecto a sus propios intereses y los de aquel con el que se ha relacionado jurídicamente.

El elemento central vital del acto jurídico es la unidad formada entre la voluntad interna y la voluntad manifestada (Torres, 2008, p.122). De ahí que la manifestación de voluntad importa la concurrencia del elemento subjetivo que se verifica a través de la voluntad interna y del elemento objetivo que se plasma en la voluntad manifestada o declarada.

En palabras de Vidal (1998), “la voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, la conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada” (p. 90).

La concurrencia de la voluntad interna y la manifestada dan sentido al acto jurídico, de manera que “la manifestación de la voluntad es la exteriori-

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”.

zación de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos. Si estos son queridos por el agente, se trata de declaración de voluntad” (Espinoza, 2008, p. 49).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 140 CC, “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

Una vez construida la voluntad, en uno de los elementos fundamentales para la configuración del acto jurídico, se exige para su validez que se haya generado con la convergencia de elementos internos, como el discernimiento, intención y libertad, y externos como la manifestación (Torres, 2008, p. 119).

En la exigencia de estos tres elementos internos, importa atender al proceso formativo de la voluntad que reúne tres fases: i) el discernimiento que es la aptitud para percibir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral, es decir, diferenciar lo bueno de lo malo y comprender y valorar las consecuencias de algo; ii) la intención, el propósito encaminado a una finalidad prevista por el sujeto, y iii) la libertad, facultad de elección voluntaria por parte del sujeto para decidir si celebra o no un acto jurídico (Vidal, 1998, p. 91).

Producido este proceso normal de formación de la voluntad debe exteriorizarse a través de su manifestación para poder referirnos a una verdadera voluntad jurídica como esencia de todo acto jurídico.

Entonces, una vez conformada la voluntad interna, y exteriorizada, se deben cumplir los requisitos para dar plena validez al acto jurídico; es decir, debe tratarse de declaraciones serias y sin factores perturbadores que produzcan distorsión y que trastoen el proceso normal de formación de la voluntad, esto es, libres de vicios que los afecten, como el error, dolo, violencia o intimidación.

Tal como se concibe en la teoría general del acto jurídico, la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita, en atención a si su exteriorización se ha realizado por medios directos y precisos, como la palabra oral, escrita, gestos, medios electrónicos u otros análogos. Asimismo, cuando para poder conocerla es necesario inferirla de ciertos comportamientos del sujeto o sujetos que desembocan en conclusiones respecto a lo que se quiso expresar, de manera que se obtiene indirectamente a partir de los denominados hechos concluyentes.

El texto del artículo 141 CC, antes de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N.º 1384, establecía lo siguiente:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza de forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

A través de la lectura de la referida norma, puede colegirse que la concepción de manifestación de la voluntad y la forma en la que se exterioriza se construyó doctrinaria y normativamente, teniendo en cuenta —de manera exclusiva— que las únicas personas que podrían formar y expresar válidamente su voluntad serían aquellas que cuenten con capacidad de ejercicio, excluyéndose de su configuración a quienes no se encuentren en la aptitud de hacerlo, como los incapaces absolutos (locos, dementes, quienes se hallen privados de discernimiento). Ello explica por qué la norma no hace referencia a ninguna consideración respecto a las personas que no posean capacidad de ejercicio. Sobre esto, creemos que, simple y llanamente, la razón es que para ellas estaba prohibida la posibilidad de autorregular de manera directa su propia esfera jurídica y, por tanto, vincularse jurídicamente.

En conclusión, de acuerdo a la legislación civil antes de la modificatoria, se asume que la teoría general del acto jurídico construyó el contenido de la manifestación de voluntad, en base única y exclusivamente, a las personas con capacidad de ejercicio de aquellas que por sí solas podrían formar y expresar su voluntad.

V. El Decreto Legislativo 1384 y su impacto en la manifestación de voluntad

El Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del Código Civil en lo que respecta a la manifestación de voluntad en forma válida jurídicamente. Amplía las formas, antes reconocidas, de manifestación de la voluntad suficiente para crear efectos jurídicos, en especial, en los casos de personas con discapacidad física o intelectual (Mejía, 2019, p. 72).

A diferencia de la concepción respecto a la manifestación de voluntad que se ha mantenido hasta hace pocos años en el Código Civil peruano, la actual redacción producto de la reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, atiende al proceso existente para la toma de decisiones. Así, Bariffi (citado por Varsi, 2021) señala que:

el modelo de asistencia del código derogado (argentino) se centraba en *la formalización del acto jurídico* en tanto que el modelo de apoyos no solo

se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre *el proceso de toma de decisiones*. (p. 169)

Respecto a la cita, nos lleva a repensar acerca de las tradicionales instituciones del derecho civil, que fueron elaboradas bajo la dicotomía de los capaces e incapaces absolutos y relativos, tales como la manifestación de voluntad. Por tanto, difícilmente, en su concepción pétrea y original, podría adecuarse al actual modelo de derechos humanos respecto a la discapacidad, el cual entiende que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de su discapacidad. Abordando esa situación, en posición que compartimos, precisa Varsi (2021) lo siguiente:

Los apoyos irrumpen en el derecho civil cambiando paradigmas; nos fuerzan a entender que la toma de decisión con relevancia jurídica (patrimonial o personal) no solo es la manifestación de voluntad (que es un *acto final*), sino es el proceso humano de toma de decisiones (que es un *acto integral*), el cual se estructura tomando en cuenta que la persona: se informe, comprenda, se comunique y manifieste su voluntad. (p. 170)

De ese modo, la actual redacción del artículo 141 CC señala:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. (art. 141 CC)

Esta nueva redacción, por efecto del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, considera —dentro de la manifestación de voluntad expresa— la lengua de señas o cualquier medio alternativo de comunicación e incluye el uso de apoyos o de ajustes razonables que requiera la persona con discapacidad; asimismo, en la manifestación de voluntad tácita, tiene en cuenta que esta puede deducirse de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia, de manera que toma en cuenta a las personas con discapacidad, para regular que —respecto a ellas— también puede inferirse una manifestación de voluntad tácita.

Entonces, la manifestación de voluntad ya no se agota en su formalización a través de la declaración, sino que, en el caso de las personas con discapacidad, involucra atender a ese proceso integral de formación y, finalmente, de manifestación, en el cual, los apoyos se convierten en una pieza fundamental para que la persona con discapacidad pueda formar y expresar su voluntad, es decir, vincularse jurídicamente. Esto se explica dado el impacto de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, así lo precisa Pau Pedrón (citado por Sánchez, 2022):

En la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia- limitación intelectual-, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desee, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias —no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene—. (p. 22)

En este sentido, conforme lo precisado por Sánchez (2022):

Si la persona con discapacidad intelectual no tiene clara su voluntad o su preferencia, la persona de apoyo, en interés de la primera, debe intentar ayudar a que tenga su propia voluntad, a buscar el deseo y preferencia de aquélla. (p. 23)

Esta nueva concepción se ve reflejada de manera puntual en la reforma introducida en el Código Civil peruano, respecto al acto jurídico testamentario y la capacidad para testar, pues se les reconoce a las personas con discapacidad el derecho a otorgar testamento por escritura pública, expresando directamente su voluntad o con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos. De ese modo, conforme a lo establecido en el artículo 696, inc. 2, CC⁽⁴⁾, quien otorga testamento puede dictar al notario las disposiciones testamentarias o alcanzarlas por escrito, se admite así, que en el momento de otorgamiento del testamento esté

(4) Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son las siguientes: inc. 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

presente el o los apoyos a solicitud del testador, modificándose la exigente privacidad antes de la reforma. Asimismo, en el otorgamiento del testamento por escritura pública, el notario está obligado a verificar al final de cada cláusula, el asentimiento u las observaciones del testador. Esta formalidad se cumplía estrictamente con la manifestación de voluntad del testador, expresada por sí mismo; sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 1384 ha incorporado la posibilidad de que la manifestación de voluntad se realice a través de ajustes razonables o apoyos, en caso lo requiera (Mejía, 2019); como puede verificarse de lo establecido por el artículo 696, inc. 6, del Código Civil⁽⁵⁾.

En el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1384, promulgado con fecha 23 de agosto del 2019, mediante Decreto Supremo N.º 016-2019, se hacen precisiones respecto a las personas con discapacidad que pueden manifestar su voluntad y a aquellas que no pueden hacerlo, y se señala al respecto:

Art. 2, inc. 7: persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad

Art. 2, inc. 8: persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad

Se establecen algunos criterios a considerar para determinar si la persona con discapacidad puede manifestar o no su voluntad. De esta manera, se corrobora si la persona con discapacidad establece comunicación e interacción con su entorno; asimismo, se comprueba que la persona con discapacidad manifiesta voluntad de manera expresa y se comprenden los alcances y los efectos que produce la realización del acto jurídico.

En palabras de Mejía (2019), con ello, queda establecido que la capacidad mental no es lo que determina si una persona manifiesta o no voluntad, no existiendo limitación alguna para que la persona con discapacidad manifieste voluntad con la asistencia de una persona de confianza o la intervención de apoyos y ajustes razonables. En ese sentido, las únicas consideraciones que podrían determinar que no manifiesta voluntad, serán la no comunicación e interacción con el entorno y la no comprensión del acto que se va a realizar y sus efectos, a pesar de la participación de los apoyos y de haberse realizado ajustes razonables y esfuerzos considerables para ello (2019).

(5) Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son las siguientes: inc. 6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos, en cualquier caso.

Asimismo, en el citado reglamento, se regula la participación del apoyo en la formalización de actos jurídicos a nivel notarial por la persona con discapacidad, y se precisa, en el artículo 12, que el apoyo participará solo en los casos que así se haya determinado en el documento de designación de apoyos (sentencia o escritura pública), lo que significa que la persona con discapacidad puede realizar el acto jurídico sin la participación del apoyo designado —salvo la excepción antes indicada—, y se exige la obligación de consignar la participación de la persona designada como apoyo durante la realización del acto jurídico, solo cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad.

Como se advierte, la formación y la declaración de la voluntad de las personas con discapacidad implica un proceso que no se agota con la simple manifestación y que debe considerar todos los matices que pueden presentarse, lo cual marca una gran diferencia en comparación a la concepción de manifestación de voluntad esbozada por la teoría general del acto jurídico, que —como ya indicamos— se diseñó y se configuró en base a personas no afectadas con alguna situación de discapacidad.

Bregaglio (como se cita en Varsi, 2021) precisa lo siguiente: ¿la manifestación de voluntad es solamente comunicar algo o tiene que haber un contenido mínimo que evidencie la comprensión de la realidad? (p. 175).

En palabras muy acertadas de Varsi (2021):

toda esta nueva teoría de la capacidad influye en la clásica estructura del acto jurídico; no llega a encajar a cabalidad, lo que genera un nuevo pensamiento que podríamos denominar de la siguiente manera: hacia una nueva teoría especial del acto jurídico en materia de capacidad. (p. 172)

Creemos que lo determinante no versa en la declaración o comunicación de la voluntad, sino en la necesidad de comprensión de la realidad por parte de la persona con discapacidad; sin embargo, esta no es una postura pacífica, de manera que Muñoz (como se citó en Sánchez, 2021), en posición crítica a la reforma similar introducida en España por la Ley 8/2021, indica al respecto:

Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representa una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quiere modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de

incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz. (p. 20)

La postura planteada coloca especial atención en la seguridad jurídica y la protección al tercero contratante o al destinatario de un determinado acto jurídico, creo yo, sin abandonar la clásica construcción de la teoría contractual diseñada bajo la idea de una excluyente “normalidad”. Frente a esta postura, se plantea una posición enfocada en la inclusión e igualdad de derechos de las personas con discapacidad, así Bariffi (como se citó en Varsi, 2021) precisa que:

Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico —principalmente actos jurídicos de contenido patrimonial— y ha considerado a la “seguridad jurídica” como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPC resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. (p. 176)

Esto nos obliga a comprender a la manifestación de voluntad como requisito de validez para la celebración del acto jurídico, de manera que se incluyan estos nuevos matices y la función que los apoyos cumplen en la misma; y también a la necesidad de, por ejemplo, considerar al conflicto de intereses y a la influencia indebida como circunstancias que puedan afectar el adecuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, el cual es comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación; por lo tanto, verificada su existencia, debería ser sancionada con la anulabilidad del acto jurídico.

Lo que conlleva a la urgente necesidad de complementar la teoría de invalidez del acto jurídico, específicamente respecto a las causales de nulidad y anulabilidad que puedan generarse en los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad con la asistencia de apoyos, pues, tal como está normada actualmente, existirían claros vacíos legislativos, siendo insuficiente la aplicación de alguna de las causales hoy existentes, por cuanto, no consideran la intervención del apoyo en el proceso de la formación y declaración de voluntad. Esta situación empieza a visibilizarse en resoluciones judiciales como la que citamos a continuación:

Exp. N.º 2017-1042-Cajamarca (discapacidad intelectual: síndrome de Down y retraso mental grave)

- i) Se designa como APOYOS de AAA, a sus dos hermanos XXX y YYY, y a su tía ZZZ quienes tendrán la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de velar por su bienestar físico y psicológico (otorgándole las adecuadas condiciones de vida para sobrellevar su enfermedad); asimismo, la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de ayudar, orientar y/o guiar a la tutelada en la expresión de su voluntad para la toma de decisiones y su accionar respecto a situaciones cotidianas de la vida (garantizando y respetando con esto su autonomía, voluntad y preferencias);
- ii) Se precisa que XXX, podrá actuar como representante de AAA, en la realización de cualquier trámite administrativo o judicial en estricto beneficio de ésta (Vgr. tramitar la pensión de orfandad), debiendo las autoridades y/o funcionarios de las instancias administrativas respectivas reconocer esta designación y prestar las facilidades del caso, dejando de exigir las resoluciones judiciales que declaran la interdicción, bajo responsabilidad funcional;
- iii) Se establecen como SALVAGUARDIAS: a) Durante la vigencia del sistema de apoyos, las personas designadas deberán en todo momento respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de AAA (por más básica que sea); b) Los apoyos brindados deben ser proporcionales y adaptados a las condiciones y necesidades de AAA; c) Los hermanos y la tía de AAA no deben ejercer influencia indebida hacia ella para la toma de sus decisiones, y deben abstenerse de intervenir cuando exista conflicto de intereses en el apoyo a prestar en dicha toma de decisiones, debiendo informar inmediatamente al Juzgado de presentarse un conflicto de intereses; y d) Para el caso de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de AAA, en pleno ejercicio de su capacidad jurídica deberá adoptar sus decisiones con la participación necesaria de sus apoyos, **bajo sanción de nulidad del acto jurídico celebrado**. En caso de no poderse realizar de esa manera, deberá solicitarse autorización en vía judicial [énfasis agregado].

En el auto antes descrito, el magistrado genera una causal de nulidad derivada de la no participación del apoyo en la celebración de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de la persona con discapacidad, de manera que se señala expresamente que si ello no ocurriera, el acto se declararía nulo; sin embargo, nos preguntamos, ¿puede generarse una causal de nulidad a partir de una decisión jurisdiccional? Ello no afectaría el principio de legalidad aplicable a la invalidez del acto jurídico, en el sentido de que única-

mente se consideran como tales aquellas causales establecidas por ley, es decir, en los artículos 219 y 221 CC.

Al respecto, en el reglamento del Decreto Legislativo N.º 1384, en el artículo 12, se dispone lo siguiente referente a la participación de la persona designada como apoyo en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos:

12.1 La participación de la persona designada como apoyo es obligatoria en caso se haya determinado en el documento de designación. 12.2 Durante la realización del acto que produzca efectos jurídicos, se debe dejar constancia de la participación de la persona designada como apoyo, únicamente cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad.

De esta norma, se infiere la obligatoriedad de la participación del apoyo cuando así haya sido determinado en el documento de designación (auto judicial o escritura pública); sin embargo, no se establece la consecuencia jurídica si es que el acto se celebra sin la intervención del apoyo; frente a ello, consideramos que se debería modificar este artículo, proponiendo que se agregue tal consecuencia jurídica en los siguientes términos:

12.1. La participación de la persona designada como apoyo en los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad es obligatoria, bajo sanción de nulidad, en caso así se haya determinado en el documento de designación.

Con ello, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad perfectamente aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 219, inc. 7, CC.: “cuando la ley lo declara nulo”.

Asimismo, consideramos —como otra propuesta— la modificación del Código Civil, de manera que se otorgue también la posibilidad de que las causales de nulidad puedan ser generadas a través de la decisión judicial, específicamente estableciéndolas como una salvaguardia.

VI. Conclusiones

- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad 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 obligación 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 toma de decisiones en el marco de la celebración de actos con relevancia jurídica.
- Se debe comprender la manifestación de voluntad —como requisito de validez para la celebración del acto jurídico— de las personas con discapacidad como resultado de un proceso en el que se incluya la función que los apoyos cumplen en el mismo. De manera que se considera al conflicto de intereses y a la influencia indebida como circunstancias que pueden afectar el adecuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación.
- La reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige complementar y reestructurar la teoría de invalidez del acto jurídico hasta ahora asumida; pues, tal y como se halla esbozada, resulta insuficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan presentarse respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad que requieran de apoyo para la toma de decisiones.

VII. Referencias

- Alemany, M. (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). *Bioética y Bioderecho*, 52, 201-222. <https://doi.org/10.30827/acfs.v52i0.6556>
- Bregaglio, R. y Constantino, R. (2019). Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1), 32-59.
- Naciones Unidas. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014, 19 de mayo). Observación general N.º 1 [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad]. https://tbin-ternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en
- Espinoza, J. (2008). *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

- Martínez, A. L. (2020) A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (42).
- Mejía, R. (2019). La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial. Implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En *Capacidad legal de las personas con discapacidad* (pp. 62-97). Ministerio de Justicia y de Derecho.
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Palacios, A. (2008). *Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.
- Poder Ejecutivo. (2018, 4 de setiembre). Decreto Legislativo N.º 1384. *El Peruano*.
- Poder Ejecutivo. (2019, 23 de agosto). Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1384. *El Peruano*.
- Sánchez, A. (2022). Aspectos Generales de la Reforma del Código Civil relativa a las Personas con Discapacidad Intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Boliviana de Derecho*, (33),14-51.
- Torres, A. (2007). *Acto Jurídico* (3.ª ed). Idemsa.
- Varsi, E. (2021). *Tratado del derecho de las Personas. Capacidad*. Fondo Editorial Derecho Universidad de Lima.
- Vidal, F. (1998). *El Acto Jurídico* (4.ª ed.). Gaceta Jurídica Editores.

Análisis crítico de las modificaciones efectuadas por la Ley N.º 31464 al proceso de alimentos en beneficio de los menores de edad

**Critical analysis of the modifications made
by law N.º 31464 to the maintenance
process for the benefit of minors**

QUISPE VILLANUEVA, Edgardo Bagate(*)

(*) Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego de la misma ciudad. Docente de pregrado en el área de Derecho Civil de esta última universidad, de la Universidad Privada César Vallejo y de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca. Docente de posgrado de la Universidades Nacional de Trujillo, de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Cajamarca, de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Ancash. Abogado en ejercicio, árbitro de controversias privadas. Miembro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cajamarca. Conciliador Extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia y profesor titulado en la especialidad de Historia y Geografía de la Escuela de Educación Superior Pedagógica "Indoamérica". Blog: <https://elabogadoensulaberinto.wordpress.com/>

(***) Con la colaboración de Nanty Rosalía Zarate Cusquisiban, alumna de X ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPN; Mauri Alexander Cordero Lara, alumno de VII, y Erick Ubaldo Villanueva Orchess, alumno del V ciclo, ambos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego.

SUMARIO: I. Introducción. 1.1. Regulación de los alimentos en nuestra Constitución política. 1.1.1. Antecedentes legislativos. 1.1.2. Comentarios al artículo 4 de la Constitución y su vinculación con la figura de alimentos. II. Regulación de los alimentos en la normatividad infraconstitucional. 2.1. Código Civil peruano, Código de los Niños y Adolescentes. III. Análisis sobre las modificaciones al proceso de alimentos por la Ley N.º 31464, 3.1. De las modificaciones realizadas al Código de los niños y Adolescentes por la Ley N.º 31464, 3.2. De las incorporaciones al Código de los Niños y Adolescentes por la Ley N.º 31464, 3.3. De las modificaciones realizadas al Código Civil por la Ley N.º 31464. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen: En el presente artículo, analizaremos detalladamente las implicaciones prácticas y jurídicas de las últimas variaciones que la Ley N.º 31464 introdujo al proceso de alimentos, la misma que modificó y agregó nuevos artículos al Código de los Niños y Adolescentes, y modificó también el Código Procesal Civil. En esa orientación, se desarrolla un balance crítico de dichas modificaciones, y se detallan los aspectos positivos y negativos de la misma.

Palabras clave: alimentos, proceso único, principio del interés superior del niño y adolescente

Abstract: *In this section we will develop a detailed analysis of the practical and legal implications of the latest modifications that Law N.º 31464 introduced to the child support process. The same law modifies and adds new articles to the Children and Adolescents Code and modifies the Civil Procedure Code. In this orientation, a critical balance of said modifications will be developed, detailing the positive and negative aspects of it.*

Keys Words: *child support process, unique process, principle of the best interest of the child and adolescent*

I. Introducción

1.1. Regulación de los alimentos en nuestra constitución política

1.1.1. Antecedentes legislativos

A nivel constitucional, la figura de los alimentos no ha sido regulada expresamente; sin embargo, en el artículo 4 de nuestra carta magna, sí protege al niño, al adolescente, a la madre, al anciano y a la familia.

Entre sus antecedentes normativos, tenemos el artículo 51 de la Constitución de 1933, la cual señala “que *el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley*”. Asimismo, el artículo 52 del citado texto constitucional disponía que:

Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados.

La influencia de las normas mencionadas se evidencia en la redacción del artículo 5 de la norma constitucional de 1979, cuyo texto precisaba lo siguiente:

Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable inalienable y transmisible por herencia.

Adicionalmente, dicha constitución, otorgó a la madre el derecho a la protección y asistencia por parte del Estado, ante la eventualidad de desamparo, tal como lo prescribe el artículo 7 del derogado dispositivo legal. Además, su artículo 8, dispuso la protección del Estado en beneficio de los niños, adolescentes y ancianos en el caso de abandono económico, corporal o moral.

Estos dos artículos han sido recogidos en nuestra carta magna actual, tal como lo señala Rubio Correa (1999), quien al respecto manifiesta lo siguiente:

Los artículos 7 y 8 son el antecedente de la primera parte del artículo que comentamos y no hay diferencia sino de expresión entre una y otra Constitución en la materia.

El tema del matrimonio y la familia estaba tratado en el artículo 5 de la constitución de 1979. Ambos son considerados por las dos Constituciones como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad (o de la Nación que para estos efectos son en realidad una y misma cosa). (p. 16)

1.1.2. Comentarios al artículo 4 de la Constitución vigente y su vinculación con la figura de alimentos

En el texto del artículo 4 de la Constitución, se protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, de acuerdo con términos siguientes:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano no en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

En relación con la cita precedente, Chaname (2015) manifiesta al respecto:

Los seres humanos son jurídicamente iguales; no obstante por su naturaleza son diferentes, por esta razón en determinadas circunstancias debe haber protección especial sobre el niño, hasta que adquiriera madurez; los adolescentes hasta integrarlo plenamente a la sociedad; a las madres por sus inmensas responsabilidades ante sus hijos y familiares; así como proteger al geronte.

A su vez, Varsi & Canales (2016), al comentar el mismo dispositivo legal, señalan que este tiene un contenido principista y tuitivo. Por la naturaleza del presentar artículo, esta oportunidad nos centraremos en lo concerniente a la protección del niño.

En esa orientación, la doctrina nacional considera que este artículo consagra el principio de protección de los menores e incapaces, sobre esto, los autores precisan lo siguiente:

Este principio fija los parámetros que protegen el derecho de los sujetos más vulnerables, a los denominados sujetos débiles. Enrola una etapa de la vida y un estado del ser humano en el que en ambos están más sensibles que los demás. Durante la infancia, la familia es la primera fuerza que interviene modulando las experiencias infantiles, fijando conductas y participando en la personalidad progresiva del menor. (p. 508)

Con mayor precisión, ellos consideran:

Quando se habla de incapaces se refiere a quienes adolecen de una deficiencia física o mental que los hace más vulnerables, a ellos con un sentido amplio habría que incluir a los ancianos, pacientes, mujeres embarazadas teniendo en consideración que estos son sujetos débiles jurídicos que, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad y dependencia necesitan un de tratamiento y regulación especial, lo que justifica el otorgamiento de un trato diferente, preferencial, que no es per se discriminatorio sino, por el contrario, “sirve al propósito de permitir el cabal

ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones”. Es necesario precisar que la incapacidad plasmada en el criterio principista, es una incapacidad de ejercicio, de llevar a cabo per se, los derechos que se tienen y gozan, de celebrar actos jurídicos con plena validez. (Varsi & Canales, 2016, pp. 508-509)

A su vez, Parra Benítez (2008, p. 51) indica que la citada directriz dispone que las normas jurídicas deben proteger la defensa del grupo familiar y de sus miembros; sin embargo, sobre todo, debe de protegerse a aquellos que son catalogados como débiles, con el objetivo de generar derechos a su favor y de contar con las condiciones físicas y sociales necesarias.

Además, dicho principio se relaciona con el principio del interés superior del niño, el cual se encuentra plasmado en el artículo 9 del título preliminar del código de los niños y adolescentes.

Sobre dicho principio, el Tribunal Constitucional, a través del fundamento jurídico N.º 12 de la STC N.º 01817-2009-PHC/TC, manifiesta lo siguiente:

En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

Sin perjuicio de lo expresado, debe precisarse que la protección especial para los niños y adolescentes se encuentra plasmado, además, en los tratados internacionales, de manera que se constituye —en la piedra angular de estos— la Declaración de los Derechos del Niño que, en su artículo 2, prescribe lo siguiente:

Gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pue-

da desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Concordando con esa misma orientación, Bernaldes (1999) manifiesta que el niño debe contar con una protección adecuada, la misma que de contar por los menos con los siguientes elementos:

- Lo necesario para su subsistencia material que incluye alimentación, vestido, y techo.
- Lo necesario para su educación, inclusive la preescolar, así como el entorno necesario para su mejor desarrollo inicial.
- La protección emocional que, en primer lugar, debe y sólo puede darle su propia familia. Pero es el cuidado del equilibrio psicológico del niño el que debe ser considerado como elemento central de su protección.
- La protección del adolescente incluye su subsistencia, educación y desarrollo emocional en planos distintos a los del niño, pero, además, su educación y seguridad moral —con particular incidencia en la lucha contra el consumo de drogas— y sus perspectivas laborales.

Debe tenerse en cuenta, además, los distintos elementos y lineamientos de políticas de atención y protección considerados en la Convención del Niño. Este instrumento internacional comprende a los niños y a los adolescentes hasta los 18 años [...].

II. Regulación de los alimentos en la normatividad infra-constitucional

2.1. Código Civil peruano

Desde la perspectiva del derecho comparado, Augusto Belluscio (1979) comenta que por alimentos se entiende el “[...] conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación” (p. 389).

En el Perú, esta institución jurídica está regulada en el intervalo que va desde el artículo 472 al 487 de nuestro Código Civil vigente.

El artículo 472 define a los alimentos de la siguiente manera:

Artículos 472 CC

(Modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 30292, publicada el 28 diciembre de 2014)

Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. Asimismo, los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

En un análisis doctrinario, Varsi (2019) considera que esta figura constituye una “institución fundamental del Derecho de Familia, expresión de los principios de asistencia y solidaridad que subyacen en las relaciones familiares” (p. 351).

Se aprecia que esta institución no consiste solo en una definición, sino que desde una perspectiva más amplia los alimentos incluyen otros elementos que nos protegerán para poder subsistir y desarrollarnos de una forma adecuada.

Como sabemos, los alimentos corresponden por regla general a los menores de edad, pues —según el artículo 473 del Código Civil— la obligación alimentaria cesa al cumplir la mayoría de edad (18 años); empero, existen circunstancias reguladas en la ley que permiten que mayores de edad sigan gozando de dicho beneficio.

Artículo 473.- El mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos.

Por su finalidad, este artículo incide en que “[...] se protege al hijo que todavía no tiene la aptitud para desenvolverse por sí mismo económicamente, es por ello que se le da una ayuda, basada en la relación paterno-filial, materno-filial o consanguínea” (Chunga, 2020, p. 169). Respecto de los mayores con discapacidad, Bossert (2004) nos manifiesta que “el hijo que llegue a la mayoría de edad tendrá derecho a reclamar alimentos, para cuya procedencia debe demostrar que no le es posible proveer al propio sustento y a la atención de las necesidades” (pp. 51-52).

Además, los hijos mayores de edad también tienen derecho a una pensión alimenticia en caso que estén siguiendo con éxito los estudios de una profesión u oficio hasta cumplir los 28 años de edad y a los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender su subsistencia, conforme lo señala el artículo 424 del Código Civil.

Comentando dicha disposición legal, según Varsi (2020), “[...] es lógico [...] que la obligación del padre incluye la educación superior que le ha de permitir al hijo ingresar al campo laboral y ejercer un trabajo digno” (p. 88).

Podemos asumir antes que la pensión de alimentos en hijos mayores de edad, abarca como primer supuesto, a aquellos que no pueden subsistir debido a la incapacidad que poseen, la cual debe ser demostrada a fin de que el alimentista continúe percibiendo su pensión tal y como lo establece el artículo 473 del Código Civil.

Además, si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, solo puede exigir estrictamente lo necesario para subsistir siempre y cuando no sea ascendiente de la persona obligada a prestar alimentos. Mientras que, respecto al segundo y al último supuesto, serán beneficiados de la figura alimenticia aquellos hijos mayores de edad que sigan con éxito su profesión o los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia.

2.2. Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes señala lo siguiente:

Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de parto.

La definición que hace el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes no se aleja de la noción de alimentos del artículo 472 del Código Civil, la única diferencia es que este último artículo menciona que esa necesidad indispensable del alimentista se halla condicionada a la situación y posibilidad que tenga el obligado alimentario.

Asimismo, el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes se refiere expresamente al sustento del niño o del adolescente. Por tanto, cuando el alimentista sea un niño o adolescente se deberán seguir las reglas del citado dispositivo. Por el contrario, cuando el alimentista sea mayor de edad, deberán aplicarse las normas del Código Civil.

III. Análisis sobre las modificaciones al proceso de alimentos por la Ley N.º 31464

3.1. De las modificaciones realizadas al Código de los Niños y Adolescentes por la Ley N.º 31464

El 3 de mayo de 2022 se publicó en *El Peruano* la Ley N.º 31464, que modifica y agrega artículos al Código de los Niños y Adolescentes y al Código Procesal Civil con la finalidad de una efectiva aplicación del principio del interés Superior del niño en los procesos de alimentos a fin de obtener en el menor tiempo posible, pensiones adecuadas y efectivas.

Comencemos por analizar las modificaciones que esta ley hace al Código de los Niños y Adolescentes.

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES	
ARTÍCULOS MODIFICADOS	
REDACCIÓN ANTERIOR	REDACCIÓN ACTUAL (A partir de la vigencia de la Ley N.º 31464)
Art. 164. La demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. No es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil.	Art. 164. "La demanda debe cumplir con los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. No es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil".
Art. 165. Recibida la demanda, el juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los Artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.	Art. 165. "Recibida la demanda, el Juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil. En el proceso de alimentos, si el juez advierte omisión o defecto subsanable, declara la admisión a trámite de la demanda, concediendo al demandante un plazo máximo que no exceda la fecha de realización de la audiencia única para la correspondiente subsanación. De no presentar

	el demandante la partida de nacimiento que acredite el entroncamiento familiar, el Juez, previa verificación de la Ficha RENIEC, solicita copia certificada de la partida de nacimiento al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) o al municipio que corresponda”.
Art. 168. Admitida la demanda, el juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste.	Art. 168. “Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco (5) días para que el demandado la conteste. En el proceso de alimentos, el Juez no admite la contestación de la demanda si el demandado no cumple lo establecido en el literal b) del artículo 167-A y ejecuta el apercibimiento, continuando con el proceso. En este proceso la demanda no se pone en conocimiento del Fiscal, salvo que haya promovido la acción de alimentos”.
Art. 170. Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del fiscal.	Art. 170. Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del fiscal. En los procesos de violencia familiar no hay audiencia de conciliación.
Art. 178. La resolución que declara inadmisibles o improcedentes la demanda y la sentencia es apelable con efecto suspensivo, dentro de los tres días de notificada. Las decisiones adoptadas por el juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tienen la calidad de diferidas.	Art. 178. La resolución que declara inadmisibles o improcedentes la demanda y la sentencia es apelable con efecto suspensivo, dentro de los tres días de notificada. Las decisiones adoptadas por el juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tienen la calidad de diferidas. En el proceso de alimentos, la sentencia es apelable sin efecto suspensivo.

Nota:

- A. Como se puede apreciar, la modificación de la redacción del artículo 164 de dicho código, únicamente consiste en la supresión de la frase «presentar por escrito y contendrá [...]», la cual viene a ser el mismo texto. En ese contexto, habríamos de preguntarnos si tal supresión justifica tal “modificatoria”.
- B. En la modificación del artículo 165, se observa que el segundo párrafo, otorga potestad al juez para admitir la demanda, mientras concede el plazo para subsanar los requisitos de forma omitidos en la demanda. En otro escenario, dichas omisiones deberían acarrear la inadmisibilidad del escrito postulatorio.
- Considero que, en concordancia con el objeto de la norma, dicha admisibilidad debiera ser imperativa. En todo caso, los futuros plenos jurisprudenciales deberán orientarse en ese sentido.
- Con relación al tercer párrafo, se dispone la facultad del juez para solicitar de oficio la partida del menor —en caso esta no se adjunta a la demanda—. En mi opinión, dicha decisión no debe entenderse como una obligación en todos los casos donde se presente tal omisión, sino solamente en aquellas situaciones muy puntuales, donde el escaso nivel económico y educativo de quién plantea la demanda le obligue a tal omisión. Por eso, se entiende que, por ejemplo, procedería en los casos que el demandante haga uso de formularios, acuda a consultorios jurídicos gratuitos o manifieste su demanda sin intervención de abogado.
- Por el contrario, en aquellos casos, donde se evidencie que el demandante, está en condiciones de ser asistido por un abogado y paga las tasas y cédulas correspondientes, deberá admitirse su demanda, con cargo de subsanar sus omisiones hasta el día de la realización de la audiencia única.
- Respecto a lo anterior, se fundamenta en el hecho que la norma no debe interpretarse ni aplicarse de tal suerte que genere un abuso y sobrecarga de las actividades del juez.
- C. Con respecto a la modificación del artículo 168, la inclusión del segundo párrafo resulta superflua, como también lo es la referencia al agregado que esta misma ley hace del artículo 167-A, pues esta última, se remite a lo señalado en el artículo 565 del Código Procesal Civil, norma que curiosamente dice exactamente lo mismo en cuanto al apercibimiento por parte del juez de la declaración jurada de ingresos del demandado.
- A mi parecer, un juez con un mínimo de criterio, aplicaría supletoriamente esta norma del Código Procesal, por analogía y criterio de especialidad, a los casos del proceso único sin necesidad de gastar tanta tinta.
- Peor aún, respecto del tercer párrafo incorporado, no solamente es innecesario sino además confuso. Si el primer párrafo dice que recién cuando se admita la demanda, se notificará de la misma al demandado y al fiscal, no se entiende por qué este tercer párrafo recalca sobre lo mismo cuando dice que no se pondrá en conocimiento del Ministerio Público la demanda de alimentos si esta no “está promovida” u admitida, obviamente.

3.2. De las incorporaciones al Código de los Niños y Adolescentes realizadas por la Ley N.º 31464

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES
ARTÍCULOS INCORPORADOS
Art. 164-A. La demanda de alimentos se presenta por escrito a través de la Mesa de Partes física o de manera virtual empleando la Mesa de Partes Electrónica. Alternativamente, la demanda puede ser presentada por medio de formularios físicos o electrónicos. La parte demandante debe procurar especificar si la parte demandada es un trabajador dependiente o independiente, mencionando el nombre del lugar donde la parte demandada trabaja o ejerce sus labores. La no consignación de esta información no determina, en ningún caso, la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda. Adicionalmente, en la demanda del proceso de alimentos se precisa facultativamente el correo electrónico y el número de teléfono celular tanto de la parte demandante como de la parte demandada.
Art. 167-A. Contenido del auto admisorio para la demanda de alimentos El auto admisorio debe contener: a) El requerimiento a la parte demandante para que subsane la demanda de alimentos, de ser el caso. b) El apercibimiento de declararse la rebeldía del demandado y continuar el proceso, en caso de incumplimiento de lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil. c) Fecha y hora para la realización de la audiencia única, la misma que no deberá ser posterior a los diez (10) días de notificada la demanda a las partes. d) Adicionalmente a lo establecido en el artículo 564 del Código Procesal Civil, el mandato inimpugnable del juez que requiere de oficio los medios probatorios que necesiten ser actuados en la audiencia única. e) Mandato inimpugnable del juez que requiere de oficio al empleador de la parte demandada información que le permita conocer la capacidad económica del obligado alimentista. f) La medida cautelar de asignación anticipada de alimentos a favor del niño o adolescente alimentista, en aplicación de lo señalado en el artículo 675 del Código Procesal Civil. g) Las demás medidas necesarias para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa de las partes y la adecuada ponderación del principio del interés superior del niño. Para tal efecto, el juez podrá solicitar la asistencia del defensor público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cuando lo requiera la parte demandante. El especialista legal notifica el auto admisorio a las partes en el domicilio real y a través de la casilla electrónica y, de ser el caso, por correo electrónico o aplicaciones de servicios de mensajería instantánea para dispositivos móviles.

Art. 170-A. En los procesos de alimentos, la audiencia única se rige por las siguientes reglas:

- a) El juez puede realizar la audiencia única de manera presencial o virtual, privilegiando en todos los casos la vigencia de los principios de oralidad, concentración, celeridad y economía procesal.
- b) El juez declara la inadmisibilidad de la contestación de la demanda cuando no se cumpla con los requisitos solicitados en el auto admisorio. Puede disponer que el demandado subsane las omisiones advertidas en un plazo que no exceda la fecha de realización de la audiencia única y en caso de no hacerlo, declara su rebeldía y prosigue con el proceso.
- c) Sin perjuicio del previo traslado a la parte procesal contraria, en caso de duda respecto a la producción, admisión, conducencia o eficacia de los medios de prueba, rige el principio favor probationem.
- d) Si la parte demandada no concurre a la audiencia única, pese a haber sido debidamente notificada, el juez emite sentencia en el mismo acto atendiendo la prueba actuada.
- e) Si ninguna de las partes concurre a la audiencia única y existen los medios probatorios suficientes para resolver, el juez emite sentencia en aplicación del principio del interés superior del niño.
- f) El juez puede reprogramar la audiencia por única vez en caso de no contar con los medios probatorios, en un plazo que no exceda diez (10) días.
- g) El juez flexibiliza los principios de congruencia y preclusión respetando el derecho al debido proceso.

Art. 173-A. Concluidos los alegatos de las partes o de sus abogados defensores durante la audiencia única, el juez expide sentencia de manera oral, ya sea en su parte resolutive o de manera integral, dependiendo de la carga procesal o la complejidad de la causa. Cuando se expida la parte resolutive, el juez, dentro de los tres (3) días siguientes, notifica por escrito a las partes el íntegro de la sentencia.

En caso de duda respecto de las posibilidades económicas del obligado a prestar alimentos, el juez resuelve aplicando el principio favor minoris o principio pro alimentado, teniendo en consideración lo establecido en los artículos 481 y 482 del Código Civil y en el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

Expedida la sentencia el juez ordena que se practique la liquidación de pensiones devengadas.

Cuando la sentencia sea expedida durante la audiencia única, el juez pregunta a las partes su conformidad, en caso sea positivo declara consentida la sentencia. Las partes podrán interponer el recurso de apelación de forma oral durante la audiencia única. Se le concede tres (3) días para la exposición de agravios, computados a partir de notificada el íntegro de la sentencia. El auxiliar jurisdiccional eleva copia íntegra del expediente y anexos en el plazo establecido en el artículo 179 del presente Código.

Artículo 178-A. El órgano jurisdiccional de apelación expide la sentencia en el acto de la vista de la causa y oraliza su parte resolutive. Si el caso fuese complejo, comunica a las partes que expedirá la sentencia correspondiente dentro de los tres (3) días siguientes". (*)

Nota:

Ahora pasemos a revisar y analizar las normas incorporadas al código de los niños y adolescentes por esta ley en su artículo 3. Al respecto, considero que dichas incorporaciones tienen una mejor redacción y coherencia que las normas modificadas por el artículo 2.

- A. Lo destacable de la redacción del artículo 164-A, radica en el segundo y el tercer párrafo:

En el segundo párrafo, destacamos el hecho que, en caso en la demanda no se consignen la información acerca de la condición laboral del demandado, dicha omisión no impide la admisibilidad de la demanda. En estos supuestos, el juez deberá ejercer la labor de "investigador", de manera que requiera pruebas de oficio a quien corresponda para dilucidar sobre dicho punto. Volveremos a retomar este tema cuando analicemos posteriormente el artículo 167-A.

En el tercer párrafo, se destaca el hecho de consignar los datos del correo electrónico y celular del demandado. La consignación de dichos datos me parece interesante y muy positiva, pues ayudará a la rápida notificación de la demanda. En esa misma orientación, considero que debe precisarse un protocolo orientado a dejar constancia de la notificación, por este medio, al demandado, a fin de salvaguardar su derecho a la defensa, mediante una correcta notificación por medio electrónico. Deberá emitirse una directiva al respecto oportunamente.

- B. Con relación al artículo 167-A, ya comentamos en el numeral 3.1 C del anterior cuadro, con relación a nuestro comentario del inciso b).

También, es reiterativo que el inciso d) haga mención que el juez —"adicionalmente" a lo establecido en el artículo 564 del Código Procesal Civil— requerirá de oficio los medios probatorios necesarios para resolver la litis.

Esta mención evidencia la falta de concordancia dentro de la misma Ley N.º 31464, pues —como veremos más adelante— el artículo 4 de esta ley, que modifica el citado artículo 564, ya establece cómo debe el juez ejercitar dicha facultad de solicitar medios probatorios de oficio a instituciones y personas naturales, distintas al empleador. Luego, si esta misma norma ya incluyó dicha regulación, no se justifica lo de "adicionalmente".

En ese orden de ideas, también resultan redundantes las adiciones e), f) y g), pues en su lugar, basta una simple aplicación analógica de los artículos 564 y 675 del Código Procesal Civil.

- C. Con relación a las incorporaciones que la ley hace de los artículos 170-A, 173-A y 178-A, debo destacar —como positivos— los siguientes aspectos:

El inciso b) del 170-A, preserva la igualdad de las partes, en el sentido que se otorga al demandado el mismo plazo que tiene el demandante para subsanar sus omisiones de forma.

Igualmente, positivo es el hecho que, en los supuestos de los incisos d) y e), cuando el demandado o ambas partes no concurran a la audiencia única, el juez deberá expedir sentencia. En esa misma orientación, ayuda a una rápida conclusión del proceso de alimentos, la precisión acerca de una sola reprogramación de la audiencia en el plazo de 10 días hábiles como máximo, según el inciso f).

- D. Con relación al artículo 173-A, si el juez no emite sentencia al final de la audiencia, por lo menos debe oralizar la parte resolutoria de la misma, para que, dentro de los tres días hábiles siguientes, cumpla con expedir la sentencia y al mismo tiempo notificar a las partes. No obstante, me parece que dicho plazo debería ser de cinco días, conforme lo desarrollo más adelante, en el párrafo donde comento el artículo 178-A.
- E. El superior jerárquico deberá expedir sentencia en la misma fecha de la audiencia de la vista de la causa; sin embargo, podrá hacerlo dentro de los tres días hábiles posteriores a dicha audiencia, en el supuesto que el caso sea complejo conforme lo regula el 178-A.

Dicho plazo me parece demasiado corto, justamente por el hecho de ser el tema de naturaleza compleja. Además, debemos considerar la excesiva carga procesal del juzgado donde se tramitan las demandas de alimentos, razón por la cual resulta preferible otorgar dos días más adicionales de plazo para fundamentar bien la sentencia de vista, antes de que esta sea revocada posteriormente mediante una acción de amparo, por ejemplo, por deficiente fundamentación de la resolución que pone fin al proceso en segunda instancia.

3.3. De las modificaciones realizadas al Código Civil por la Ley N.º 31464

CÓDIGO PROCESAL CIVIL	
ARTÍCULOS MODIFICADOS	
Redacción anterior	Redacción actual (A partir de la vigencia de la ley N.º 31464)
Art. 555. Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.	Art. 555. Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.

A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia."	A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten. Luego, en forma inmediata y oral, hace conocer a las partes el sentido del fallo de la sentencia. Dentro de los cinco (5) días siguientes, el juez notifica por escrito a las partes con el íntegro de la sentencia.
Art. 556. La resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son solo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.	Art. 556. La resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro del tercer día de notificadas. Se exceptúa de esta regla a la sentencia en el proceso de alimentos, la cual es apelable sin efecto suspensivo. Las demás resoluciones son solo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.
Art. 558. El trámite de la apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376. (*)	Art. 558. El trámite de los recursos de apelación con efecto suspensivo y sin efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en los artículos 376 y 377, respectivamente.
Art. 564. El juez solicita el informe por escrito del centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de éste. Para otros casos, el informe es exigido al obligado	Art. 564. El juez solicita el informe por escrito al centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de este. Para otros casos, el informe es exigido al obligado al pago de la retribución económica por los servicios

al pago de la retribución económica por los servicios prestados por el demandado. En cualquiera de los supuestos indicados, el informe es presentado en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles, bajo apercibimiento de denunciarlo por el delito previsto en el artículo 371 del Código Penal. Si el juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente". (Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N.º 29279, publicada el 13 noviembre 2008)	prestados por el demandado. Asimismo, el juez solicita las declaraciones juradas de renta anual de la parte demandada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), copia literal de las partidas registrales de los bienes muebles e inmuebles activos e inactivos del demandado a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) y la existencia de otros hijos menores de edad del demandado al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). En cualquiera de los supuestos indicados, el informe debe ser presentado en un plazo no mayor de siete (7) días de manera completa y veraz, bajo apercibimiento de remitir copias certificadas de los actuados pertinentes al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente.
---	---

Resta, finalmente, comentar respecto de las modificaciones que el artículo 3 de la Ley N.º 31464, efectúa a los artículos 555, 556, 558 y 564 del Código Procesal Civil.

Si comparamos los tres días (del artículo 173-A, del Código de los Niños y Adolescentes) con los cinco días (de la actual redacción del artículo 555) que tienen los jueces para una vez efectuada la audiencia única, notificar a las partes el íntegro de la sentencia, entonces aparentemente nos encontraríamos frente a una incongruencia entre ambas normas. De ese modo, el primer plazo se refiere exclusivamente a los casos de alimentos, mientras que el otro se entiende aplicable a todas las demás pretensiones tramitadas vía proceso sumarísimo.

En el artículo 556 del Código adjetivo, la aparente novedad radica en que la apelación de la sentencia en el caso de alimentos, se concede sin efecto suspensivo; nos referimos a ella como "aparente", pues se verifica una reiteración innecesaria, porque la modificatoria del artículo 178 del Código de los Niños y Adolescentes también lo señala en forma expresa.

La actual redacción del artículo 558, referente a que el trámite de la apelación sin efecto suspensivo, debe regularse según el artículo 377 de la misma norma adjetiva, también deviene en irrelevante, pues el más elemental sentido

común nos dice que debemos aplicar dicha norma en los casos de las apelaciones a las sentencias de primera instancia sobre alimentos.

La modificación efectuada en el artículo 564 consiste básicamente en ampliar las facultades del juez con el fin de aplicársele a entidades públicas como SUNAT, RENIEC y SUNARP, los mismos apremios y apercibimientos que le exigiría al centro de trabajo del demandado, estos consisten en exigir a dichas instituciones, el cumplir con enviar la información solicitada dentro de los siete días hábiles de solicitada, bajo apercibimiento de efectuar las denuncias correspondientes, según lo previsto en el artículo 371 del Código Penal (negativa a colaborar con la administración de justicia).

Dichas potestades se configuran dentro del aparentemente “nuevo paradigma del juez investigador”, que, según algunos la ley bajo comentario “inaugura”.

IV. Conclusiones

- En ese contexto, el comentario a las modificaciones de este último artículo constituye el marco adecuado para mis reflexiones finales acerca de la Ley N.º 31464.

Para ello, debo realizar una necesaria contextualización previa: desde el año 2016, se halla vigente la Ley N.º 30466, que regula los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (y por extensión a los adolescentes).

Adicionalmente, desde el año 2018 tenemos su reglamento, el Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP.

- Se supone que estas normas, al establecer el marco regulatorio e interpretativo del principio del interés superior del niño y del adolescente —regulado en el artículo IX del título preliminar del código del mismo nombre—, otorgan al juez el margen de maniobra necesario y suficiente para que pueda aplicar con eficiencia y eficacia dicho principio, en los ámbitos más amplios posibles, pues su regulación específica resulta materialmente imposible.

Y digo que “se supone”, porque paradójicamente —desde mi perspectiva— no entiendo por qué se emiten normas modificatorias y ampliatorias como las contenidas en la Ley N.º 31464, las mismas que (salvo honrosas excepciones que especificamos oportunamente en estos comentarios), a mi modo de ver, pueden y deben ser suplidas mediante la labor ponderada y razonable del juez.

En efecto, no debemos olvidar que este es el director del proceso, según lo dispuesto por el artículo II del título preliminar del Código Procesal Civil.

- Además, aunado a lo anterior, reiteramos que el juzgador posee un amplio margen de acción en materia de niños y adolescentes (gracias a la Ley N.º 30466 y su reglamento, el D. S. N.º 002-2018-MIMP), facultades que —dicho sea de paso— son extensivas a todos los jueces en el Perú, con independencia de su especialidad. Retomemos como ejemplo la modificatoria al artículo 564 de nuestro Código adjetivo para ejemplificar mis razonamientos:

Como sabemos, su redacción actual faculta al juez de poder aplicar a entidades públicas, como Sunat, Reniec y Sunarp, los mismos plazos (siete días hábiles) y apercibimientos exigibles (advertencia de denunciar por el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia) al empleador del demandado.

- Cabe preguntarnos si antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31464, el texto original del artículo 564 del Código Procesal Civil prohibía al juez el realizar una labor investigatoria en favor del menor o, por el contrario, el juzgador se hallaba impedido de realizar dichas solicitudes a dichas entidades públicas.

Para responder con precisión estas interrogantes, resulta conveniente recordar lo dispuesto por los artículos 11.1.1 y 26.8 del D. S. N.º 002-2018-MIMP:

11.1.1 En los procesos en la vía judicial o procedimientos en la vía administrativa, las/los jueces, y las/los fiscales o autoridad administrativa respectivamente evalúan los actuados que obran en el expediente judicial y administrativo de manera integral, teniendo en consideración los parámetros mencionados para emitir una decisión motivada y alineada a las normas marco de la Ley N.º 30466, las normas de su competencia y la norma internacional. Asimismo, respetan y priorizan los plazos [...] entendiendo que la celeridad de la decisión refiere a un principio que beneficia a niñas, niños o adolescentes [...].

26.8 En el análisis para el interés superior del niño, las/los jueces especializados gozan de facultades tuitivas para flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales [...].

- Evidentemente no, puesto que el juez, en virtud de las normas citadas y otras adicionales que no citamos por razón de espacio, podía realizar dichas solicitudes sin necesidad de norma alguna adicional.

Es más, el texto actual modificado del artículo 564 no menciona expresamente sobre la posibilidad de que el juez exija, en caso lo considere pertinente, dicha información de oficio a entidades privadas o a personas naturales. A partir de ello pregunto, ¿en ese supuesto, debemos esperar una futura modificación de esta norma para el juzgador pueda actuar o es que la aplicación válida, razonable y ponderada de la normatividad vigente, sustentará su decisión?

- Evidentemente, nos encontramos ante un dilema: si se verifica que los jueces en su gran mayoría, no interpretan ni aplican más allá de la literalidad de la norma (por las razones que sean, que no son materia de análisis aquí ni ahora), lo cual genera problemas en su aplicación, entonces la situación empeora si dichas normas son redactadas en términos genéricos (como las que regulan y reglamentan el principio rector sobre los menores de edad), porque su aplicación no solo será defectuosa, sino fundamentalmente inexistente.

En esa orientación, la emisión de normas específicas que guíen al juez (como un lazarillo al ciego) sobre cómo interpretar y aplicar la norma, solo constituyen una solución superficial y temporal. Se sigue mal acostumbrando al juzgador (salvo honrosas excepciones, reitero) a no hacer uso obligatorio de sus actividades mentales superiores al interpretar y aplicar las normas al caso concreto.

V. Referencias

- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado* (5.^a ed.). Editorial RAO.
- Cháñame, R. (2015). *La Constitución Comentada* (vol. I, 9.^a ed.). Legales Ediciones.
- Parra, J. (2008). *Derecho de familia*. Temis.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (t. 2). Fondo Editorial PUCP.
- Varsi, E. & Canales, C. (2016). *Comentario al artículo 4 de la Constitución Política de 1993* (t. 1, 3.^a ed.). En AAVV, *La Constitución Comentada*. Gaceta Jurídica

Necesidad de regular, bajo un nuevo modelo, el incidente de nulidad procesal en materia civil en el Perú

The need to regulate the incident of procedural nullity in civilian branch in peru, under a new model

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El acto procesal. III. El vicio como presupuesto de la nulidad. 3.1. Vicios formales. 3.2. Vicios no formales. IV. La nulidad procesal. V. La nulidad de los actos procesales en el Perú. VI. Necesidad de regular el incidente de nulidad en el proceso civil peruano. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: El presente artículo brinda algunos alcances respecto a la necesidad de regular, en nuestro país, el incidente de nulidad procesal en materia civil, bajo el modelo de la idoneidad del acto final, a fin de evitar que los procesos judiciales se dilaten por el mal uso de los pedidos de

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Norte. Docente de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú. Correo electrónico: joel.romeromendoza@gmail.com

nulidad. En ese sentido, se va a tratar la definición de acto procesal y su diferencia con otros actos; también el concepto de vicio, su clasificación, y su condición de presupuesto de la nulidad; el concepto y naturaleza jurídica de la nulidad procesal; la nulidad de los actos procesales en el Perú, y la necesidad de regular el incidente de nulidad en el proceso civil peruano.

Palabras clave: incidente de nulidad, incidente de nulidad procesal civil, vicio y nulidad procesal en materia civil

Abstract: This article gives some scope about the need to regulate in Peru the incident of procedural nullity in civilian branch, under the final act suitability model, to prevent judicial processes from being delayed by the misuse of nullity applications. In that sense, we will deal with the definition of a procedural act and other kinds of acts; vice concept and classification, the vice as an assumption of nullity; the concept and legal nature of procedural nullity; the nullity of procedural acts in Peru; and the need to regulate the incident of nullity in the civil process in Peru.

Key words: *incident of nullity, incident of civil procedural nullity, vice and procedural nullity in the civil branch*

I. Introducción

En el Perú, mediante Decreto Legislativo N.º 768, de fecha 4 de marzo de 1992, se promulgó el Código Procesal Civil. Posteriormente, con Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS, se autorizó la publicación del texto único ordenado del Código Procesal Civil, promulgado y publicado el 08 de enero y el 22 de abril de 1993, respectivamente.

La nulidad procesal civil en el interior de un proceso judicial se regula en nuestro país en el texto único ordenado del Código Procesal Civil, en la sección tercera, título VI, del artículo 171 al 177, bajo el modelo de la finalidad del acto, el cual establece como criterio para la declaración judicial de nulidad (de oficio o a pedido de parte) el cumplimiento del logro de la finalidad del acto procesal viciado.

El presente artículo busca dar algunos alcances acerca de la necesidad de regular el incidente de nulidad en el proceso civil peruano, bajo un nuevo modelo que se base en la idoneidad del acto final del procedimiento, mirando al proceso en su conjunto.

Dado que enfocaremos nuestro estudio en la nulidad procesal al interior de un proceso judicial, no vamos a abordar la nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada en el artículo 178 del referido texto único ordenado, que requiere ser tratada ampliamente en otro momento.

La propuesta de implementar en nuestro país un nuevo modelo respecto a la nulidad procesal, basado en la idoneidad del acto final de un proceso judicial tiene la ventaja de garantizar que se declare la nulidad de un acto procesal viciado, siempre y cuando tenga influencia en el acto final.

Países como Argentina y Colombia, por poner algunos ejemplos, ya regulan el incidente de nulidad procesal en materia civil a diferencia de lo que ocurre en nuestro país.

La regulación actual en el Perú sobre la nulidad procesal civil al interior del proceso judicial no es adecuada, por cuanto se basa en un modelo que, a nuestro parecer, no ofrece los mecanismos necesarios para favorecer el desarrollo del proceso sin retrasos. En particular, no toma en cuenta el proceso en su conjunto y no contiene un procedimiento especial ni los filtros necesarios para evitar el mal uso de los pedidos de nulidad.

En tal sentido, se hace imprescindible la regulación de un incidente de nulidad que garantice el derecho al debido proceso de las partes al discutirse, en un procedimiento especial, los vicios en los actos procesales, de manera que se evalúe la idoneidad del acto final, buscando que la declaración judicial de nulidad sea utilizada cuando sea estrictamente necesario.

Creemos que, a través de un procedimiento ordenado, con plazos cortos, la participación de ambas partes del proceso, actuación de pruebas (cuando sea necesario), puede garantizar el derecho al debido proceso y obtener un acto final que permita concluir el proceso judicial sin dilaciones innecesarias.

II. El acto procesal

El proceso judicial es un procedimiento que está conformado por diferentes actos procesales que son realizados por el juez, las partes o terceros legitimados, en distintas etapas, hasta su conclusión.

Monroy (1996) señala respecto al proceso judicial lo siguiente:

[...] el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos. (pp. 103-104)

A través del proceso judicial, se busca garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona al poder acceder a la actividad jurisdiccional y obtener un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones planteadas, que tenga eficacia, posteriormente, con observancia de un debido proceso.

Los actos procesales que se realizan al interior de un proceso judicial no se encuentran aislados y conforman una unidad, cuyo objetivo, en materia civil, es cumplir un fin: a) concreto, al resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, y b) abstracto, al lograr la paz social en justicia, conforme al artículo 3 del título preliminar del texto único ordenado del Código Procesal Civil vigente.

El acto procesal está relacionado con la voluntad humana a diferencia del hecho procesal.

[...] la doctrina procesal distingue entre los hechos procesales —que son aquellos acontecimientos de la vida que tienen consecuencias sobre el proceso, independientemente de la voluntad humana— y los actos procesales, como se denomina a tales acontecimientos cuando aparecen dominados por una voluntad humana idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales. (Ovalle, 2016, p. 303)

El acto procesal, como hecho humano (Fairén, 1992, p. 333), puede definirse como aquel realizado por una persona dentro de un proceso judicial, bajo las reglas del derecho procesal que establezca un determinado ordenamiento jurídico procesal de un país, sin tener en cuenta los efectos que el acto produce. Según Monroy (2013), el acto procesal constituye “la acción voluntaria realizada en el marco de un proceso judicial o para su inicio, cuyo efecto inmediato es la constitución, sostenimiento, modificación o disolución de la relación jurídica procesal” (p. 16).

Por su parte, Cárdenas (2018) afirma que “los actos procesales son todas aquellas manifestaciones de voluntad que inician, prosiguen o extinguen un proceso de acuerdo a las formalidades establecidas en la ley adjetiva” (p. 163).

Si bien es cierto los actos procesales tienen la característica de ser actos realizados dentro de un proceso judicial, no todos los actos son procesales, por lo que se debe establecer la relación que existe entre el acto y el proceso para determinar su procesalidad.

Debe existir una relación inmediata y directa entre el acto y el proceso para que se trate de actos procesales, porque existen actos jurídicos que

pueden servir para el proceso y que, sin embargo, no son actos procesales, tales como el poder que se otorga a un abogado para demandar u oponerse a una demanda, como el contrato que sirve de título ejecutivo, como el pago que puede ser alegado para demostrar la falta de derecho en el demandante, etc. (Devis, 1997, p. 373)

Casos como la transacción y la conciliación no constituyen actos procesales, ya que no se encuentran reguladas por normas procesales, sino por normas materiales (extra procesales). De igual manera, deben quedar excluida del concepto de «acto procesal» la función administrativa que realiza el juez o los auxiliares jurisdiccionales, como puede ser la organización de expedientes, forma de trabajo, entre otras, las cuales no tienen el carácter de ser actos procesales.

III. El vicio como presupuesto de la nulidad

El vicio es un defecto⁽¹⁾ que se encuentra presente en el acto procesal de carácter formal o no formal por no cumplir con los requisitos de validez preestablecidos en la ley; de ese modo, se genera que sus efectos no se produzcan.

Cavani (2014) indica que “el vicio es el resultado del incumplimiento de las disposiciones sobre la forma preestablecida del acto procesal” (p. 200)

La presencia del vicio, en un acto procesal, no es deseado en un proceso judicial por los diversos problemas que conlleva para el juez, así como para las partes o terceros legitimados. Un proceso que contiene actos procesales viciados podría dar lugar a una resolución con un acto final (que concluye el proceso), que no produce los efectos esperados por la ley.

Las discusiones sobre la nulidad de los actos procesales pueden iniciarse de oficio por el juez o a pedido de las partes procesales o terceros legitimados, siendo el juez quien declara la nulidad a previa verificación si el acto logra su finalidad.

El vicio constituye un presupuesto para la existencia de la nulidad, es decir, si un acto procesal no contiene un vicio no podría declararse nulo. Además, la simple existencia del vicio en un acto procesal no lo hace nulo, ya que se requiere una declaración judicial de nulidad.

(1) Los defectos son como enfermedades de los actos procesales y del proceso, razón por la cual el derecho procesal contempla adecuados remedios, según su clase e importancia (Devis, 1966, p.684).

Por lo tanto, un acto viciado es aquel que contiene un defecto, pero un acto nulo es aquel que —además de tener un defecto— es declarado judicialmente nulo.

Cárdenas (2018) afirma que “el acto procesal, por tanto, será nulo si está afecto de algún vicio [...]” (p. 167).

Respecto a la clasificación de los vicios procesales, se tiene en cuenta el incumplimiento de la forma⁽²⁾ preestablecida en la ley en la realización de los actos procesales.

[...] la principal clasificación existente acerca de los vicios procesales es aquella que los distingue en: a) vicios o errores de procedimiento o de actividad o defecto de construcción o de forma o *in procedendo*; y b) vicios o errores de razonamiento o de juicio o de contenido o *in iudicando*. (Gaceta Jurídica, 2015, p. 298)

Cavani (2010) clasifica a los vicios bajo el criterio de ser o no subsanables y qué sujeto procesal tiene la facultad para denunciar el vicio o la potestad de declarar la nulidad (p. 109).

Nosotros consideramos que el vicio procesal se puede clasificar de dos maneras: a) Vicios formales (o extrínsecos), y b) Vicios no formales (o extra-formales, intrínsecos o sustanciales). Asimismo, según Monroy (1996), “[...] es necesario diferenciar el acto de su expresión, que es la forma, y a esta de su manifestación jurídica que es la formalidad” (p. 161).

3.1. Vicios formales

Los vicios formales (o extrínsecos) son aquellos que se producen cuando los actos al interior de un proceso judicial se realizan con inobservancia de la forma (en sentido estricto)⁽³⁾, establecida en un determinado ordenamiento procesal, como el lugar y la fecha en las resoluciones judiciales (numeral 1, artículo 122, texto único ordenado del Código Procesal Civil vigente).

Arrarte (1995) señala que “un caso de nulidad extrínseca, es decir, por un vicio en la forma, será, por ejemplo, aquélla que se origina en la ausencia del juez en una audiencia o en la actuación de un medio probatorio” (p. 129).

(2) La regulación normativa de la forma implica la indicación del conjunto de condiciones que debe reunir el acto procesal para producir un efecto jurídico (Ledesma, 2008, p. 75).

(3) Cavanni, R. (2010) señala que “[...] a nuestro entender, la forma en sentido estricto comprende tanto los requisitos de validez como los de existencia del acto” (p. 68).

Los requisitos formales se encuentran establecidos en el texto único ordenado del Código Procesal Civil vigente; sin embargo, su incumplimiento no va a generar siempre una nulidad.

3.2. Vicios no formales

Los vicios no formales (también denominados «extraformales», «intrínsecos» o «sustanciales») son aquellos que se producen cuando los actos se realizan incumpliendo aspectos formales (en sentido amplio)⁽⁴⁾ del propio acto procesal, los cuales están relacionados con la actuación del juez y las partes procesales.

Cavani (2014) señala respecto a los vicios no formales, extraformales o sustanciales:

Son aquellos relacionados con el *válido ejercicio de los poderes del juez y las partes en el proceso*, como es el caso, por ejemplo, de la capacidad procesal, la competencia, la imparcialidad; es decir, de los requisitos de validez abarcados en ese universo de conceptos llamado (errónea pero ilustrativamente) *presupuestos procesales*. (p. 226)

La definición de forma, en sentido amplio, garantiza que las partes y el juez —en un proceso judicial— tengan claro cuáles son sus derechos, obligaciones y facultades en el procedimiento que cuenta con reglas preestablecidas, estableciendo límites con la finalidad de que se cumplan los fines del proceso.

IV. La nulidad procesal

La nulidad procesal es un mecanismo legal por medio del cual el juez dentro de un proceso judicial deja sin efecto uno o más actos procesales viciados, de oficio o a pedido de parte, luego de una evaluación previa respecto al logro de la finalidad de dichos actos.

García (2012) indica respecto al objetivo que persigue la nulidad:

En el caso de la nulidad, el objetivo que se persigue es que quede sin efectos o se invalide lo actuado en un expediente determinado, o en una actuación específica, ya sea por la falta de observancia de la ley o bien, porque una de las partes se valió de actuaciones fraudulentas para favorecerse con un resultado emitido en una sentencia. (p. 146)

(4) Para Cavanni, R. (2010), “[...] lo que debe entenderse por forma en sentido amplio es el formalismo, que a su vez comprende la forma en sentido estricto y las formalidades” (p. 53).

Como señalamos anteriormente, la existencia de un vicio en un acto procesal no ocasiona por sí mismo su nulidad, sino que se requiere de una declaración judicial.

Vilela (2010), sobre el requisito del pronunciamiento jurisdiccional en el caso de la nulidad, indica lo siguiente:

La nulidad de actuaciones es el resultado de la aplicación de un control de regularidad procesal. Ello porque la nulidad no es un estado “nativo” en que se hallan determinadas actuaciones del proceso, sino que precisa de un enjuiciamiento y un pronunciamiento jurisdiccional. (p. 180)

Para declarar la nulidad de un acto procesal consideramos que el juez deberá evaluar la gravedad del acto viciado y su influencia en el acto final del procedimiento, más aún, si el artículo 9 del título preliminar del texto único ordenado del Código Procesal Civil vigente establece que las formalidades previstas en dicho código son imperativas; sin embargo, se precisa que el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso.

En ese sentido, consideramos que se debería implementar el modelo de la idoneidad del acto final⁽⁵⁾ dejando de lado el modelo de la finalidad del acto que actualmente rige en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil.

Debemos considerar que la declaración judicial de nulidad ocasiona un retraso en la conclusión de un proceso judicial, ya que el juez no puede emitir una decisión final que ponga fin al conflicto de intereses o incertidumbre jurídica si está pendiente la resolución de un pedido de nulidad, lo cual afecta a las partes que intervienen en el proceso al perder tiempo y dinero. Por ello, se hace necesario buscar que el procedimiento de nulidad tenga eficacia.

Respecto a la naturaleza jurídica de la nulidad procesal, en la doctrina existen diferentes posiciones. Así tenemos, que se considera a la nulidad como sanción, consecuencia jurídica y medio impugnatorio.

Gómez (2012) señala que la nulidad es una sanción por falta o por defecto de la forma jurídica (p. 281). Benavides (2020) afirma que “[...] la nulidad procesal es una sanción que se aplica directamente a los actos procesales para dejarlos sin validez, al encontrarse un vicio procedimental” (p. 242).

(5) Cavani (2014) señala que la “eficacia del procedimiento depende, por tanto, de que el acto final sea apto para cumplir el propósito para el cual está destinado. Sólo así puede hablarse de idoneidad del acto final” (p. 462).

Por su parte, Cavanni (2010) señala que la nulidad no es una sanción, sino una consecuencia jurídica declarada únicamente por el juez a partir de un acto viciado (p. 86).

Por otro lado, Arrarte (1995) indica que la nulidad procesal es un medio impugnatorio muy particular que, en algunos casos, será un remedio y, en otros, un recurso, y de ello dependerá de si el acto procesal que se cuestiona está o no contenido en una resolución (p. 127).

La nulidad de los actos procesales puede ser tanto un recurso como un remedio. (Monroy, 2013, p. 237)

Nosotros creemos que la nulidad procesal no es un medio impugnatorio por cuanto tiene autonomía. De manera que los pedidos de nulidad de las partes (cuestionando un acto procesal) pueden estar o no contenidos en un medio impugnatorio. En ese sentido, no compartimos la posición que considera a la nulidad procesal como un medio impugnatorio.

Mitidiero (2010) afirma que “[...] es correcto hablar tan solamente de invalidez procesal (o nulidad procesal, como más corrientemente se alude) como una consecuencia que se sigue a la decretación judicial de una infracción relevante de forma” (p. 428).

Para nosotros, la nulidad procesal es una consecuencia jurídica declarada por el juez de oficio o a pedido de parte dentro de un proceso judicial, luego de evaluar si los actos procesales viciados logran su finalidad, conforme al régimen de nulidad procesal actual en nuestro país.

En ese sentido, considerando que la declaración de nulidad puede ocasionar un retraso en la conclusión de un proceso judicial en busca de encaminar el mismo hasta su conclusión, se deben establecer los mecanismos legales adecuados para resolver rápidamente los pedidos de nulidad, lo cual se puede lograr con el incidente de nulidad que se resuelva por separado y se encuentre bien estructurado.

V. La nulidad de los actos procesales en el Perú

La nulidad de los actos procesales al interior de un proceso judicial se encuentra regulada en nuestro país en el texto único ordenado del Código Procesal Civil, del artículo 171 al 177; sin embargo, no se contempla el incidente de nulidad procesal.

A continuación, vamos a realizar una revisión general de los artículos que regulan la nulidad de los actos procesales en nuestro país, a fin de evidenciar las contradicciones, el mantenimiento de un modelo con deficiencias estructurales

y la falta de un procedimiento adecuado para resolver los pedidos de nulidad al interior de un proceso judicial.

El artículo 171 consagra el principio de legalidad y evidencia la utilización del modelo de la finalidad del acto. De ese modo, se señala lo siguiente:

La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.

Podemos apreciar, revisando la redacción de este artículo, que la misma es contradictoria al establecer, en primer lugar, que la nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley; asimismo, en segundo lugar, con indicar que la nulidad se declara (pese a carecer de requisitos indispensables) cuando obtenga su finalidad, y, finalmente, al señalar que el acto procesal será válido cuando se ha incumplido con la formalidad legal (que no sanciona con nulidad), pero ha logrado su propósito.

Consideramos que pese a la redacción contradictoria de dicho artículo se advierte la primacía del modelo de la finalidad del acto sobre la taxatividad (como manifestación del principio de legalidad en el caso de la conminación de la nulidad de manera expresa en la ley).

El régimen de la nulidad procesal civil, en nuestro país, se basa en los principios de legalidad y de finalidad, a partir de los cuales surgen otros principios como el de convalidación, subsanación, integración, conservación y trascendencia.

El modelo de la finalidad del acto fue pensado exclusivamente para los vicios formales y no para los extraformales (Cavani, 2014, p. 364). Por tanto, se debe implementar un modelo basado en la idoneidad del acto final del procedimiento en donde se evalúe al acto procesal viciado y su influencia en el acto final. Es decir, el juez debe verificar si el acto procesal viciado afecta la idoneidad del acto final y, en base a ello, declarar su nulidad.

Por su parte, el artículo 172⁽⁶⁾ hace referencia a los principios de convalidación, subsanación e integración. En el sentido procesal, la convalidación está orien-

(6) Artículo 172. Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución.

tada a subsanar los vicios de los actos procesales sea por el transcurso del tiempo, por voluntad de las partes o por una decisión judicial (Ledesma, 2008, p. 595).

Por medio del principio de subsanación, se busca mantener al acto procesal viciado si este cumple su finalidad, conforme al modelo vigente. Por lo tanto, si el acto procesal que contiene un vicio cumple la finalidad que la ley ha establecido para dicho acto, no se genera su nulidad.

Por otro lado, basado en el modelo de la idoneidad del acto final (que consideramos debe implementarse): si el acto procesal viciado no afecta al acto final del procedimiento, se mantendrá el acto conforme al principio de subsanación.

El proceso judicial, al ser un procedimiento compuesto por un conjunto de actos relacionados entre sí, que buscan el cumplimiento de un acto final, requiere que la subsanación de los vicios se realice no teniendo en cuenta únicamente el acto viciado, sino también su influencia en los actos subsecuentes, lo cual se traduce necesariamente en la preservación del acto final (Cavani, 2014, p. 462).

Finalmente, se hace mención al principio de integración como aquella facultad del juez de complementar su resolución (antes de que surta efecto) cuando haya omitido un pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio.

Por su parte, el artículo 173 regula el principio de conservación de los actos procesales y establece lo siguiente:

La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél.

La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado.

Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.

No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación, pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra.

El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurran los supuestos del párrafo anterior.

Nos parece importante preservar la independencia de los actos procesales respecto a los vicios que no influyen en otros actos, por lo que solamente se declarará la nulidad de los actos procesales, los cuales son afectados por el vicio y no de otros que son independientes, salvo que el juez disponga lo contrario.

A continuación, el artículo 174 se ocupa del interés para pedir la nulidad recogiendo el principio de trascendencia. Al respecto, se señala lo siguiente:

Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido.

En este artículo, se precisa que al formular la nulidad se tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado, así como el interés propio. Por lo tanto, el juez debe verificar el interés de las partes procesales para pedir la nulidad y acreditar el perjuicio que el vicio en el acto procesal les ocasiona.

Por su parte, en el artículo 175, se establece bajo qué supuestos debe calificar el juez los pedidos de nulidad y señala lo siguiente:

El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, en los siguientes casos: 1) se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio; 2) se sustente en causal no prevista en este Código; 3) se trate de cuestión anteriormente resuelta, o 4) la invalidez haya sido sancada, convalidada o subsanada.

El artículo 176⁽⁷⁾ regula la oportunidad y el trámite del pedido de nulidad, de manera que hace referencia al principio de convalidación.

(7) Artículo 176. El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia. Sentenciado el proceso en primera instancia, sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación. En el primer caso, el Juez resolverá previo traslado por tres días; en el segundo, la Sala Civil resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado.

Las nulidades por vicios ocurridos en segunda instancia, serán formuladas en la primera oportunidad que tuviera el interesado para hacerlo, debiendo la Sala resolverlas de plano u oyendo a la otra parte.

Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda.

En este artículo, se alude al principio de convalidación al precisarse que los jueces no están obligados a declarar la nulidad de oficio si existe consentimiento de las partes del acto procesal viciado por no pedir la nulidad en la primera oportunidad que tuvieron para hacerlo, dejando que venzan los plazos. No obstante, al margen del vencimiento de los plazos, no se pueden convalidar actos con vicios insubsanables.

Asimismo, se indica en qué momento se debe realizar el pedido de nulidad, precisando que debe ser antes de la sentencia o a través del recurso de apelación.

Finalmente, el artículo 177 se refiere a las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de los actos procesales. De ese modo, se establece lo siguiente:

La resolución que declara la nulidad ordena la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin, imponiendo el pago de las costas y costos al responsable. A pedido del agraviado, la sentencia puede ordenar el resarcimiento por quien corresponda de los daños causados por la nulidad.

En el presente artículo, se señala que se puede declarar la nulidad de todo el proceso o de determinados actos procesales, de manera que se retrotrae el proceso hasta el momento en que se produjo el vicio; de ese modo, se renuevan el o los actos afectados con nulidad.

Además, se señala que el agraviado puede solicitar el resarcimiento por quien corresponda de los daños causados por la declaración de nulidad.

De la revisión de los artículos que regulan la nulidad procesal, dentro del proceso judicial, en nuestro país, podemos advertir que se considera necesario no solo la modificación de algunos artículos a fin de evitar contradicciones, sino el cambio de modelo; sobre esto último, nos ocuparemos más adelante.

VI. Necesidad de regular el incidente de nulidad en el proceso civil peruano

En la tramitación de un proceso judicial pueden presentarse distintas situaciones relacionadas con vicios en los actos procesales, los cuales pueden ocasionar la declaración de nulidad por parte del juez y perjudicar el desarrollo normal del proceso.

En ese sentido, el juez (de oficio) o las partes (que puede ser un tercero legitimado) —al advertir vicios en los actos procesales— buscarán que se declare la nulidad de los mismos con la finalidad de encaminar el proceso, pero no siempre ocurre ello porque, en algunos casos, se utilizarán los pedidos de nulidad para retrasar el proceso, evidenciando una actuación de mala fe.

Zolezzi (1986) señala, respecto a la práctica forense y uso de la nulidad ante los tribunales, lo siguiente:

[...] en el nivel de la práctica forense y los usos ante los tribunales, la nulidad posee el raro privilegio de ser el refugio de la dilación y la sinrazón, y a la vez la arena que puede dar cabida a los aspectos más sublimes del proceso. Lo primero alude a la costumbre de los abogados de sembrar nulidades a lo largo del proceso, con el objeto de invocarlas si ven perdida la causa. Lo segundo, a los muchos casos en que una nulidad oportunamente deducida o declarada de oficio ha restablecido el equilibrio entre las partes y protegido el derecho de defensa. (p. 2)

Dado que alguna de las partes podría solicitar nulidades con la finalidad de dilatar el proceso judicial, se considera necesario establecer los mecanismos legales que lleven a desalentar dicha práctica y utilizar los pedidos de nulidad en beneficio del desarrollo del proceso, de manera que se retrotrae el mismo cuando sea estrictamente necesario.

Consideramos que, con un nuevo modelo para la nulidad procesal y el establecimiento de un incidente de nulidad, el cual se resolverá de manera independiente al proceso principal, se reducirá la mala práctica de presentar solicitudes de nulidad con la finalidad de retrasar la conclusión de un proceso.

Ledesma haciendo mención a la mala práctica de las nulidades en los procesos judiciales, indica al respecto:

[...] las nulidades, bajo una mala práctica, son utilizadas como medio de complicar o de dilatar la solución de los litigios; por lo general, es la mala fe de los litigantes lo que engendra un nuevo motivo de discusión, bajo la justificante de la nulidad. (Ledesma, 2008, p. 579)

Pensamos que, con un procedimiento especial y rápido que garantice el derecho al debido proceso, se promoverá el uso de los pedidos de nulidad en favor del desarrollo del proceso, porque al tramitarse de manera independiente desalentará su mal uso.

El incidente, como procedimiento especial⁽⁸⁾ para resolver cuestiones surgidas durante un proceso judicial, busca garantizar la observancia del debido proceso que —en su perspectiva formal— comprende el derecho de defensa, el derecho a los medios de prueba, así como el derecho a un proceso sin dilaciones.

Entendiendo que la nulidad de un acto procesal, debe declararse que —cuando sea estrictamente necesario— el incidente de nulidad constituye una herramienta adecuada para discutir los pedidos de nulidad y las nulidades del oficio.

En la legislación comparada, se hace uso del incidente de nulidad a diferencia de lo que ocurre en nuestro país.

Así, tenemos que en el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina se regula el procedimiento incidental que se aplica a la nulidad procesal, del artículo 175 al 187. El trámite por separado de toda cuestión relacionada con el proceso principal ha sido dispuesto en el artículo 175⁽⁹⁾ (Sistema Argentino de Información Jurídica, 2005).

De igual manera, en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (artículos 282 y siguientes), se regulan los procesos incidentales. De ese modo, la tramitación de cuestiones diferentes a las principales, por vía incidental, ha sido dispuesta por el artículo 282⁽¹⁰⁾ (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988).

Por otro lado, si bien es cierto que, en el Código General del Proceso de Colombia, también se regula un procedimiento incidental para solicitar la nulidad procesal, a diferencia de los otros países mencionados, se establecen causales en su artículo 133⁽¹¹⁾ (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Código General del Proceso de Colombia).

(8) La cuestión incidental es el punto u objeto litigioso que surge en el proceso ligado directamente a la cuestión principal. Por otro lado, el procedimiento incidental es el modo, forma o conjunto de trámites que se siguen para resolver la cuestión incidental (Saavedra, 1992, p. 187).

(9) Artículo 175. Toda cuestión que tuviere relación con el objeto principal del pleito y no se hallare sometida a un procedimiento especial, tramitará en pieza separada, en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo.

(10) Artículo 282. Corresponde tramitar por vía incidental, las cuestiones diferentes de la o las principales, dependientes en su formulación y ordenadas en su decisión a las mismas, siempre que no proceda, a su respecto, otro medio de tramitación.

(11) Artículo 133. Causales de nulidad.

El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de Competencia,

Respecto al establecimiento de causales para pedir la nulidad de los actos procesales dentro de un proceso judicial, consideramos que el limitar los pedidos de nulidad a ciertas causales establecidas en la ley vulneraría el derecho al debido proceso en su dimensión formal, al no garantizarse el derecho de defensa de las partes del proceso.

Benavides (2020) señala, respecto a la conveniencia de la inclusión de una nulidad innominada en Colombia, lo siguiente:

En Colombia, hay que empezar a cambiar el pensamiento arcaico que gobierna, pues, al incluirse una nulidad innominada, no se está dejando la puerta abierta para que se presente cualquier tipo de solicitudes que dilaten el proceso; por el contrario, lo que se buscaría con ella es que se dé estricto cumplimiento al debido proceso reglado en la Constitución Política, que, en últimas, representa las premisas que rigen el proceso. (p. 250)

Ahora bien, para que el incidente de nulidad en nuestro país constituya una herramienta para coadyuvar a la solución de controversias o incertidumbres

-
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia,
 3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida,
 4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder,
 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria,
 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado,
 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación,
 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

jurídicas en los procesos judiciales, sugerimos que en su regulación se tenga en cuenta lo siguiente:

- a) Implantar el modelo de la idoneidad del acto final del procedimiento.
- b) Que el trámite sea independiente del proceso principal.
- c) Establecer etapas bien definidas.
- d) Fijar plazos cortos en cada etapa.
- e) Instaurar la preclusión en cada etapa del procedimiento.
- f) Establecer en los pedidos de nulidad y la nulidad de oficio la participación de ambas partes.

Resulta muy ventajoso discutir un pedido de nulidad dentro de un procedimiento especial que tenga autonomía respecto al proceso principal, lo que no ocasiona la suspensión del trámite del mismo, salvo que el juez lo disponga así cuando la situación lo amerite y de manera muy excepcional.

Sobre la estructura del incidente de nulidad, consideramos que las etapas del procedimiento deben ser las estrictamente necesarias con una regulación que garantice el principio de seguridad jurídica, entendido como aquel grado de predictibilidad respecto a la actuación del juez.

Cavani (2014) señala, respecto a la estructura de un incidente, lo siguiente:

De ahí que la estructura de un incidente —cuando es suscitada por una parte— consista en lo siguiente: pedido, calificación del pedido por el juez, respuesta al pedido por la contraparte, audiencia para debatir sobre las pruebas (sólo si fuesen necesarias) y una decisión, que viene a ser el único acto apelable. Ya si el juez fue quien suscitó la discusión, se promueve el contradictorio para que las partes se manifiesten, a la que le sigue, si fuera el caso, la audiencia y después la decisión. (p. 521)

Pensamos que la estructura propuesta por Cavanni es la más adecuada para regular el incidente de nulidad.

En ese sentido, debe establecerse el trámite del incidente de nulidad en nuestro país bajo dos supuestos:

- a) Cuando las partes procesales o terceros legitimados realicen el pedido de nulidad.

Ante un pedido de nulidad, el juez debe calificar por sí mismo declarando la improcedencia o la inadmisibilidad (caso en el cual otorga un plazo para la subsanación respectiva), según corresponda. Si el pedido es admitido, se corre el traslado a la otra parte del proceso para que se pronuncie en breve plazo (que puede ser dos o tres días). Si no hay pronunciamiento, se continúa con la audiencia de pruebas si el juez lo considera necesario, para lo cual se notifican a ambas partes. Finalmente, el juez emite una decisión final contenida en una resolución, que es la única que puede ser apelada.

- b) Cuando el juez de oficio promueva la discusión de una nulidad procesal

En este supuesto, si el juez advierte un vicio en un acto procesal, inicia el procedimiento de oficio y corre el traslado a ambas partes del proceso y les brinda un plazo breve para que se pronuncien (que puede ser dos o tres días). Con o sin pronunciamiento de las partes del proceso, se continúa con la audiencia de pruebas si el juez lo considera necesario, para lo cual se notifica a ambas partes. Finalmente, el juez emite una decisión final contenida en una resolución, que es la única que puede ser apelada.

VII. Conclusiones

1. El acto procesal puede definirse como aquel que es realizado por una persona dentro de un proceso judicial bajo las reglas del derecho procesal.
2. El vicio constituye un presupuesto para la existencia de la nulidad, por lo que no podrá declararse judicialmente la nulidad de un acto procesal que no contenga un vicio.
3. La nulidad procesal es una consecuencia jurídica declarada por el juez de oficio o a pedido de parte, luego de evaluar si los actos procesales viciados logran su finalidad.
4. Se considera necesario, en nuestro país, la implementación del modelo de idoneidad del acto final del procedimiento para que la declaración judicial de nulidad tenga como criterio la influencia del acto procesal viciado en el acto final.
5. Se debe regular el incidente de nulidad en el proceso civil con la finalidad de discutir, en un procedimiento especial, acerca de los pedidos de la nulidad y la nulidad de oficio.
6. Para que el incidente de nulidad constituya una herramienta para coadyuvar a la solución de controversias o incertidumbres jurídicas en los procesos

judiciales, sugerimos que se tenga en cuenta lo siguiente: a) Implantar el modelo de la idoneidad del acto final del procedimiento; b) Que el trámite sea independiente del proceso principal; c) Establecer etapas bien definidas; d) Fijar plazos cortos en cada etapa; e) Instaurar la preclusión en cada etapa del procedimiento, y f) Establecer, en los pedidos de nulidad y la nulidad de oficio, la participación de ambas partes.

VIII. Referencias

- Arrarte, A. (1995). Alcances sobre el tema de la nulidad procesal. *Ius et Veritas*, 6(11), 127-135. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15518>
- Benavides, A. (2020). La nulidad innominada como salvaguarda del debido proceso. *Revista Nueva Época*, (54), 235-250. https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva_epoca/article/view/7790
- Cárdenas, C. (2018). *Introducción al Derecho Procesal Civil*. Instituto Pacífico.
- Cavani, R. (2010). Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano. En R. Cavani [Coord.], *Estudios sobre la nulidad procesal*, (pp.11-158). Gaceta Jurídica.
- Cavani, R. (2014). *La nulidad en el proceso civil*. Palestra editores S.A.C.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (1988). *Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica*. <https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/4226>
- Devis, H. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Aguilar S.A. Ediciones.
- Devis, H. (1997). *Teoría general del proceso*. Universidad.
- Fairén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. Instituto de investigaciones jurídicas.
- Gaceta Jurídica. (2015). *Manual del proceso civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales* (t. 1). Gaceta Jurídica S.A.
- García, L. (2012). *Teoría general del proceso*. Red Tercer Milenio S.C.
- Gómez, C. (2012). *Teoría general del proceso* (10.^a ed.). Oxford University Press México.
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.

- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (12 julio del 2012). *Ley 1564*. Sistema Único de Información Normativa. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1683572>
- Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil* (t. 1). Temis.
- Monroy, J. (2013). *Diccionario Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.
- Vilela, K. (2010). Medios de impugnación y nulidad procesal. *Estudios sobre la nulidad Procesal*, (pp. 179-222). Gaceta Jurídica.
- Mitidiero, D. (2010). El problema de la invalidez de los actos procesales en el Derecho Procesal brasileño contemporáneo. *Estudios sobre la nulidad Procesal*, (pp. 415-436). Gaceta Jurídica.
- Ovalle, J. (2016). *Teoría General del Proceso* (7.^a ed.). Oxford University Press México.
- Saavedra, P. (1992). Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (1), 171-200.
- Sistema Argentino de Informática Jurídica. (2005). *Código Procesal Civil y Comercial de la nación*. http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Legcomp/sudamerica/Argentina/CODIGO_PROCESAL_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf
- Zolezzi, L. (1986). Las nulidades procesales en el derecho comparado. *Derecho PUCP*, (40), 329-349. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6275>

Consideraciones sobre una teoría crítica del contrato. Una mirada desde el Marxismo

Considerations for a critical theory of the contract. A view from Marxist perspective

ALIAGA DÍAZ, César Augusto(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El método marxista sobre el derecho. III. El contrato en el enfoque marxista. IV. Crítica de los pilares de la teoría contractual. V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen: Este trabajo pretende rescatar la visión crítica de Carlos Marx sobre el derecho en general y sobre el derecho contractual en particular, cuyo eje gira en torno al carácter históricamente determinado del orden jurídico moderno tanto de su contenido como de su forma, y que logra expresarse en su rol funcional respecto de los intereses de la economía de mercado y en la generalización de la forma contractual como forma de las relaciones sociales.

Palabras clave: crítica, derecho, contratos

Abstract: *This study aims to rescue Karl Marx critical vision of Law in general and on contractual law in particular, which axis works around the historically determined character of the modern legal order, in terms of both content as well*

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Ciencias, mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Civil Patrimonial en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: caliagad@unc.edu.pe

as form, and that does expresses in its functional role respect to the interests of the market economy and in the generalization of the contractual form as a means of social relationships.

Key words: *critical, law, contracts.*

I. Introducción

A partir del predominio metodológico positivista, es común afirmar que el objeto de la ciencia del derecho está constituido exclusivamente por las normas jurídicas y que cualquier consideración acerca de su origen, funcionalidad, eficacia o congruencia con la realidad social sería objeto de otras ciencias pero no de las estrictamente jurídicas.

Este esfuerzo por buscar un campo autónomo de las ciencias jurídicas ha generado también la ilusión de pensar que las instituciones jurídicas, entre ellas las contractuales, tienen una historia propia, separada o desconectada totalmente de la realidad material, histórica y social.

De hecho, es bastante común que los tratados sobre contratos refieran su historia remontándose, tranquilamente, a la antigua Roma para pasar luego por el medioevo y las épocas moderna y contemporánea, sin hacer ninguna clase de alusiones a los muy diversos contextos socioeconómicos en que se desarrollaron tales figuras contractuales, como si formaran parte de una evolución natural cuya expresión más acabada serían las más recientes formas contractuales, lo que equivale, en realidad, a postular la eternidad de las relaciones sociales existentes; es decir, a proponer que las relaciones sociales capitalistas, modernas o burguesas son relaciones naturales, universales, eternas e independientes de la historia.

Se trata, sin duda, de un enfoque absolutamente ideológico y metafísico, en los términos que propone Gramsci (1971, p. 142), en la medida que estamos ante formulaciones sistémicas que se consideran verdades extra históricas, como si fueran un “universal abstracto fuera del tiempo y del espacio”.

Esta aclaración cobra sentido si se recuerda que el principal uso que se da al término “ideología” es, precisamente, aquel que lo presenta como sinónimo de «conciencia deformada de la realidad». Como remarca Atienza (2008, pp. 91-92), lo típico de la deformación ideológica es, precisamente, su idealismo, consistente en la representación de las formas de conciencia como independientes de la práctica material, y, también, su dogmatismo, consistente en la representación de las formas de conciencia como eternas o independientes del proceso histórico.

Por eso mismo, esta manera completamente ahistórica de comprender las instituciones jurídicas y particularmente las contractuales tiene siempre, desde una perspectiva epistemológica, dos resultados altamente cuestionables. Primero, una función ideológico-justificadora de las relaciones sociales capitalistas, a pesar de que las modernas ciencias jurídicas contractuales, de raíz positivista, se han postulado a sí mismas como ciencias objetivas y absolutamente desideologizadas (Kelsen, 1960). Segundo, la ineficiencia del conocimiento jurídico, pues si bien es posible encontrar ciertas determinaciones contractuales comunes a todas las épocas históricas, ellas no permiten dar cuenta de su funcionalidad social y jurídica particular, esto es de su vigencia, eficacia y rol social concreto.

Por ello, la historicidad, o mejor dicho el tener en cuenta el carácter históricamente determinado de las categorías jurídicas, es un punto de partida absolutamente necesario para comprender no solo su entronque con una determinada época histórica, sino también su propia estructura, forma y función.

Fue Marx uno de los primeros en poner el acento en esta perspectiva historicista del conocimiento social, postulando la necesidad de entender la economía, la política y, por supuesto, también el derecho como actividades prácticas, nunca como entidades autónomas y fetichizadas, al margen de la praxis social concreta. En *Prólogo a la Contribución a la crítica de la Economía Política* señaló precisamente:

las relaciones jurídicas [...] no pueden ser comprendidas por sí mismas ni por la pretendida evolución general del espíritu humano, sino que, al contrario, tienen sus raíces en las condiciones materiales de vida, cuyo conjunto Hegel [...] abarca con el nombre de «sociedad civil», y que la anatomía de la sociedad civil debe buscarse en la economía política. (Marx, 1980, pp. 276-277)

De acuerdo con este enfoque, si se quiere comprender las instituciones jurídicas desde una perspectiva historicista, se requiere considerarlas totalmente engranadas con la dinámica de la totalidad económica, política y cultural; nunca aisladamente.

Este correcto postulado metodológico no ha tenido, sin embargo, aplicaciones satisfactorias y plenamente uniformes, ni siquiera entre los que se han reclamado como discípulos del viejo filósofo alemán.

En otro trabajo (Aliaga, 2009), destinado a analizar la aplicación del método marxista a la teoría general del derecho, recordábamos que se ha podido identificar hasta dos versiones “marxistas” sobre el derecho: una que lo reduce al mero reflejo de la estructura económica, y otra que identifica el derecho con

la voluntad de la clase dominante. Y reconociendo las limitaciones de ambas perspectivas, sostuvimos que, para avanzar en una reconstrucción de los aportes marxistas acerca del derecho, era necesario abandonar toda pose autosuficiente y voluntarista:

«Pues, la constatación que el orden jurídico garantiza los intereses de las clases dominantes, si bien es un resultado que se obtiene siempre que se estudie el Derecho como fenómeno social, ello no es suficiente para dar cuenta del fenómeno jurídico en su totalidad». Propusimos, en cambio, que, si estamos decididos a dar cuenta del Derecho como fenómeno complejo, deberíamos seguir “las indicaciones de quienes, desde el marxismo, apostaron por acercar las formas del derecho y las formas de la mercancía”. (pp. 121-123)

Esto implica entender las relaciones sociales en su dimensión compleja, tal como lo entendía el propio Marx, para quien, como se demuestra especial y ampliamente en *El Capital* (1973), las formas económicas, particularmente la “mercancía” y la llamada “ley del valor”, suponen siempre la existencia de categorías no económicas, como la propiedad, la libertad y la igualdad y la propia noción del Estado. Estas categorías, a su vez, son los principios fundamentales que estructuran el orden jurídico moderno y también toda moderna teoría del derecho; además, operan sobre aquellas categorías económicas, como la atmósfera que las impregna o como formas de las relaciones sociales.

Es precisamente esta dinámica dialéctica, entre economía y derecho, la que no se debe perder de vista al intentar dar cuenta objetiva y sistémica de las instituciones jurídicas en general y, de modo más especial, respecto de las instituciones y categorías contractuales.

II. El método marxista sobre el derecho

Antes de avanzar, conviene reconstruir, aunque sea esquemáticamente, el enfoque marxista en la explicación y comprensión de los problemas jurídicos, apoyándonos preferentemente en los propios textos de Marx.

a. Determinación histórica del derecho

El derecho, tanto el sistema jurídico como las ciencias que lo estudian, no tiene una vida autónoma separada del desarrollo social. Es en la dinámica histórico-social, cuya base es la economía, donde hay que buscar las raíces e impulsos fundamentales del desarrollo de las instituciones jurídicas.

En *Prólogo a la Contribución a la crítica de la Economía Política* se lee:

En la producción social de su vida, los hombres entran en determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a un determinado grado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. Estas relaciones de producción en su conjunto constituyen la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se erige la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. (Marx, 1989, pp. 7-8)

De esto se desprende, como bien lo destaca Atienza (2008, p. 145), que toda forma de producción engendra sus propias instituciones jurídicas, su propia forma de gobierno. Korsch (2004), por su parte, denomina a este planteamiento: “principio de especificación histórica” (p. 27). Este último autor, en su singular biografía de Marx, nos recuerda que el filósofo alemán concebía todas las instituciones, las relaciones y las circunstancias de la sociedad burguesa en su peculiaridad histórica. Además, señaló que, a partir de su posición historicista, criticó todas las categorías de la teoría social burguesa en las que se desdibuja ese específico carácter histórico.

Es importante mencionar que en la concepción marxista la determinación histórico-social de las instituciones y categorías jurídicas, es decir, su especificación histórica, no solo se refiere a la determinación de su contenido y a su funcionalidad social, sino también a su estructuración y manifestación formal.

Esto se aprecia, por ejemplo, cuando Marx denomina de distinta manera el orden jurídico burgués respecto del orden jurídico feudal, y llama «derecho» al primero y «privilegio» al segundo. En la *Ideología Alemana*, el filósofo comunista plantea que el privilegio corresponde a la propiedad estática y vinculada; el derecho, por el contrario, a la situación de la libre empresa (Marx, 1959, p. 132).

Con estas denominaciones, Marx está planteando que el orden jurídico no es el mismo en la sociedad feudal que en la capitalista y, además, que no se trata sólo de una diferencia de contenidos normativos, sino también de las propias formas jurídicas. Por eso habla del «privilegio» y de «derecho», respectivamente.

Para comprender esta caracterización, es necesario citar a Pasukanis (1976), quien, al comentar el régimen jurídico feudal, precisa:

En la Europa feudal de la Edad Media las formaciones jurídicas están caracterizadas por su escasísimo desarrollo. [...] Falta una determinación entre el derecho como norma objetiva y el derecho como poder. La norma de carác-

ter general no se diferencia de su interpretación concreta: por consiguiente, la actividad del juez se confunde con la del legislador. La antítesis entre derecho público y derecho privado está totalmente borrada tanto en la organización de la marca como en la organización del poder feudal. En general falta aquella antítesis característica de la época burguesa entre el hombre como persona y el hombre como miembro de la sociedad política. (p. 44)

Atienza (2008, p.34), por su parte, desde la perspectiva marxista sobre el orden jurídico feudal, remarca que el “derecho estamental propio del feudalismo carece de universalidad y de necesidad”, y por eso es precisamente “privilegio”.

De manera muy distinta se presentan los eventos en la sociedad capitalista, que, precisamente, surge superando la sociedad feudal. Según Marx (2000), el cambio en la estructura económica y social da lugar a la configuración de nuevas formas de las relaciones jurídicas y políticas. Así, al disolverse las formas económico-sociales propias del feudalismo (corporaciones, estamentos, propiedad estática y servidumbre), desaparece el sistema jurídico de “privilegios” y, en su lugar, se instauran las relaciones capitalistas con sus propias relaciones jurídicas, que son esencialmente las que corresponden al “derecho”, con sus nuevas categorías: sujeto, libertad, propiedad móvil, libre comercio, etc.

b. Las categorías jurídicas burguesas se han construido sólo en la fase social que ha hecho posible al “hombre libre”, que se ve reflejada en la figura jurídica de “sujeto”

Las categorías jurídicas burguesas, caracterizadas por su generalidad y universalidad formal, solo son posibles plenamente en una sociedad en la que se ha hecho realidad el “hombre libre”, del que habla la economía política, y que también presupone el derecho moderno con su principal categoría jurídica: la de “sujeto” (entendida como un abstracto “centro de imputación de derechos y obligaciones”).

Se trata en realidad —más que del “hombre libre”— del “trabajador libre”, en el doble sentido que Marx (1971, p. 176) destaca. Primero, porque el trabajador tiene que ser una persona libre, que disponga a su arbitrio de su fuerza de trabajo como de su mercancía propia; y, segundo, porque no debe tener otra mercancía que vender: “Tiene que estar libre de todo, por completo desprovisto de las cosas necesarias para la realización de su capacidad de trabajo”. Por supuesto, la existencia de este “trabajador libre” no es obra de la naturaleza, sino que es un típico resultado social, producto de una “gran cantidad de revoluciones económicas”, un producto surgido de la “destrucción de toda una serie de antiguas formas de producción social.”

Después del trabajo crítico de Marx sobre *El Capital* (1971), queda claro, además, que la existencia de este “trabajador libre” es esencial para el modo de producción capitalista, en la medida que permite la transformación del dinero en capital a través de ese proceso misterioso que el pensador socialista develó bajo la forma de producción y apropiación de la plusvalía del trabajo.

Aclarando que la categoría de “hombre libre” no son, como creían los cultores de las ciencias sociales burguesas, expresiones “naturales”. Marx (1989) destacó que ella, en realidad, es producto real de la sociedad burguesa, pues solo en esta el individuo aparece libre de los lazos naturales que, en épocas anteriores, lo ataban a una determinada comunidad:

En esta sociedad de libre competencia, el individuo aparece desembarazado de los lazos naturales, etc., que en épocas históricas anteriores hicieron de él un elemento de un conglomerado humano determinado y restringido. Para los profetas del siglo XVIII —Smith y Ricardo se sitúan aun completamente en sus posiciones—, ese individuo del siglo XVIII —producto, por una parte, de la descomposición de las formas de sociedad feudales y, por otro lado, de las fuerzas productivas nuevas que venían desarrollándose desde el siglo XVI— aparece como un ideal que existió en el pasado. No lo asocian a un resultado histórico, sino al punto de partida de la historia, porque consideran a ese individuo como algo natural, conforme a su concepción de la naturaleza humana; no como un producto de la historia, sino como dado por la naturaleza. Esta ilusión ha sido típica hasta ahora para toda época nueva. (p. 35)

Son estas condiciones históricas las que han permitido construir el concepto de “sujeto jurídico” como *centro de imputación* y como destinatario de todas las exigencias jurídicamente exigibles. Pero también las que han permitido formular el concepto moderno del contrato, en la medida que este es el instrumento preferido para la mediación de los sujetos que tienen necesidad de interrelacionarse permanentemente, bajo ciertas medidas de seguridad y garantía para sus intereses.

Por eso, Pasukanis (1976, p, 30) ha señalado, con toda razón, que “la tesis fundamental de que el sujeto de las teorías jurídicas está en estrecha relación con el poseedor de mercancías, no era preciso demostrarla después de Marx”.

c. La sociedad burguesa permite el predominio de las formas contractuales sobre las relaciones sociales

La revolución burguesa y el desarrollo capitalista que le es consustancial, terminan por destruir las formas orgánicas del feudalismo, las mismas que ata-

ban a las personas a determinadas formas de propiedad estancadas, generando en consecuencia individuos libres y formas móviles de propiedad. Esto determina necesariamente el predominio de las formas contractuales para interrelacionar a unos hombres “libres” con otros, igualmente “libres”. Pasukanis (1976) remarca, al efecto, que la sociedad capitalista es la única que crea todas las condiciones necesarias para que el momento jurídico asuma en las relaciones sociales su plena determinación.

Marx (1961), ilustra este aspecto de la forma siguiente:

No pudiendo las mercancías ir por sí solas al mercado ni cambiarse entre sí, para ponerlas en contacto sus poseedores, tienen que establecer a su vez mutuas relaciones; de modo que cada cual se apropia de la mercancía ajena entregando la propia. Así pues, para que la enajenación sea recíproca, los poseedores deben reconocerse tácitamente como propietarios privados de las cosas enajenadas. Esa relación jurídica, cuya forma es el contrato, no es otra cosa que la relación de las voluntades en que se refleja la relación económica. (p. 31)

d. El rol ideológico del derecho no le impide presentarse como representación objetiva de las relaciones burguesas

Cuando Marx remarca el carácter históricamente determinado del derecho, como orden jurídico propio de la sociedad capitalista, no solo enfatiza la conexión entre la estructura económico-social y la superestructura jurídica, también le permite criticar el rol ideológico que dicho ordenamiento cumple.

De hecho, en toda la obra de Marx, desde los escritos juveniles hasta los últimos, se pueden encontrar muchas referencias al derecho como una forma que altera o mistifica la comprensión de la realidad social, económica y política. Sin embargo, la crítica marxista va más allá, porque, aun reconociendo que el derecho cumple ese rol mistificador, considera que sus principales categorías también pueden reflejar objetivamente la sociedad capitalista.

Esto es así, pues, como sucede con las categorías principales de la economía política, las categorías del derecho moderno son también del tipo de abstracciones a partir de las cuales se puede, si se actúa con sentido crítico, reproducir científicamente —es decir, teóricamente— la realidad económico-social, porque, tal como lo expresa Marx (1973, p. 90), aquellas son formas de pensamiento solamente válidas, por tanto, objetivas, para las relaciones de un modo de producción social e históricamente determinado.

De aquí se deduce, como enfatiza Atienza (2008, p. 98), que cuando dejan de existir las condiciones materiales que hacen posible esas representaciones deformadas, desaparecen también las ideologías, cuyo carácter histórico queda de esa manera al descubierto.

La aparente contradicción del postulado marxista que sostiene que el derecho es, al mismo tiempo, representación mistificada de la realidad (ideología) y forma objetiva de representación de la misma realidad, desaparece cuando se comprende al derecho como relación social, esto es como un proceso real, material, práctico, que va más allá de la psicología o de la ideología de los agentes que lo aplican o a quienes se aplica.

Por eso, puede decirse que el derecho, como el Estado, no es solo una forma ideológica, sino, al mismo tiempo, una forma de ser social. Razón por la cual, el carácter ideológico del concepto no anula ni la realidad ni la materialidad de las relaciones que expresa.

e. El derecho es, en estricto, la regulación del conflicto de los intereses privados

Pasukanis (1976) es el discípulo marxista que más ha insistido, y no sin razón, en la tesis de que el derecho, en tanto regulación, solo se aplica en verdad a la resolución de conflictos de intereses privados.

Este punto de vista parte de dos postulados concretos. Primero, que el derecho es la forma jurídica de las relaciones de cambio propias del capitalismo. Y, segundo, que lo estrictamente jurídico es la regulación del conflicto de intereses privados.

El primer postulado plantea, en efecto, que las relaciones propias de la economía mercantil son hechos económicos que asumen en su devenir determinadas formas jurídicas, que han sido previstas en el ordenamiento como garantía de su desarrollo. Esto hace evidente, por lo demás, que la génesis e impulso del ordenamiento jurídico se halla precisamente en los hechos económicos, solo que el fetichismo del derecho, tan arraigado entre los cultores de las ciencias jurídicas modernas, permite creer a los juristas que las relaciones económicas son creadas por las normas jurídicas.

El segundo postulado permite dejar atrás la consideración bastante superficial que se deja engañar por la forma externa de las leyes, los decretos y las resoluciones, para entender que los actos propiamente jurídicos son aquellos que tienen en su base una contradicción de intereses privados que requieren

soluciones de derecho para ser canalizadas, con beneficio de las partes y de la comunidad en general.

Pasukanis (1976, 66), remarcando este último aspecto, señala:

La sombra clásica de *Aulus Agerius* y *Numerius Negidius*, esos protagonistas de la fórmula procesal romana, planea así continuamente por encima de los juristas que se han inspirado en ella. Es precisamente el derecho privado donde las premisas *a priori* del pensamiento jurídico se revisten de la carne y la sangre de las dos partes contendientes que defienden con la *vindictia* en la mano el “derecho propio”.

Pero el derecho no es solo controversia de intereses privados, ni mera controversia procesal. Es también controversia dogmática. Circunstancia que, por lo demás, delata precisamente ese perfil litigioso que caracteriza a los abogados:

Aquí el papel del jurista como teórico se funde con su función práctica. El dogma del derecho privado no es más que una infinita cadena de argumentos *en pro* o *en contra* de exigencias imaginarias y demandas potenciales. Detrás de cada artículo de la ley, está invisible, un abstracto cliente presto a utilizar los correspondientes enunciados como asesoramiento profesional. (Pasukanis, 1976, p. 66)

f. Las categorías más importantes del derecho burgués son las del derecho privado

Conforme a este enfoque, se entiende que las categorías jurídicas más importantes del derecho burgués son las que corresponden a la esfera del llamado derecho privado, especialmente los conceptos de «sujeto jurídico», «relación jurídica» y «contrato», que permiten la reglamentación de esta importante área de las relaciones sociales, así como también tienen alcance general en todas las demás áreas del derecho.

Así se comprende, por ejemplo, por qué Marx presenta la sociedad capitalista no solo como una inmensa acumulación de mercancías, sino también como una cadena ininterrumpida de relaciones jurídicas, bajo la forma de circulación de bienes. (1973, pp. 106-151)

Ello es así, porque en esta sociedad, como enfatiza Pasukanis (1976, p. 73), el cambio de mercancías presupone una economía atomizada, donde la unión entre las diferentes unidades económicas privadas y aisladas se realiza precisamente mediante contratos.

Bajo esta perspectiva, la relación jurídica contractual deviene célula viva del tejido jurídico y es en ésta donde, además, el derecho completa su movimiento real. El derecho, en tanto que conjunto de normas, no es, por el contrario, más que una abstracción sin vida.

g. El derecho como forma superior de las relaciones jurídicas puede dar cuenta de formas jurídicas precedentes

El hecho de que se sostenga que el derecho es funcional al modo de producción burgués, no quiere decir que sus categorías no sirvan para dar explicaciones sobre las formas jurídicas correspondientes a modos de producción anteriores.

Sobre este tópico, el propio Marx expuso diversas indicaciones, esto es, que las formas más desarrolladas pueden explicar los estadios pasados en que aparecía en forma embrionaria:

La economía burguesa nos da la clave de la economía antigua, etc. Pero en ningún caso al modo de los economistas que borran todas las diferencias históricas y ven en todas las formaciones sociales únicamente las formas burguesas. Es posible comprender el tributo, el diezmo, etc., cuando se conoce la renta del suelo, pero no se puede considerarlos como idénticos. Por cuanto, además, la sociedad burguesa no es sino una forma antagónica de desarrollo, por la misma razón las relaciones pertenecientes a las formas [de sociedad] anteriores pueden encontrarse en ella a menudo sólo como enteramente enflaquecidas o incluso travestidas. (Marx, 1989, p. 154)

Esta indicación metodológica surgida en el campo de la economía política, es generalizada para otras ciencias por el propio Marx, cuando afirmaba:

La sociedad burguesa es la organización histórica de la producción más desarrollada y más compleja. Las categorías que expresan las relaciones de esta sociedad y que permiten entender su estructura, permiten también dar cuenta de la estructura de las relaciones de producción de todas las formas de sociedad desaparecidas, sobre cuyas ruinas y cuyos elementos ella se ha edificado, de la que sobreviven ciertos vestigios, parcialmente no superados aún, mientras que lo que en aquella apenas estaba insinuado ha adquirido toda su significación. (Marx, 1989, p. 55)

Pasukanis (1976), comentando este tópico, señala que:

«sólo podemos obtener definiciones claras y exhaustivas si ponemos como fundamento de nuestro análisis la forma jurídica más desarrollada que entiende las formas pasadas como sus propias formas embrionarias». Pues sólo en este caso, “podremos comprender el derecho no ya como un atributo de la sociedad humana abstracta, sino como categoría histórica que corresponde a una estructura determinada, edificada sobre la oposición de intereses privados. (p. 58)

h. Sociedad desdoblada: sociedad civil y sociedad política. Doble faz del derecho

En *La cuestión judía*, Marx, tras analizar la diferencia entre “derechos del hombre” y “derechos del ciudadano”, dice:

Les droits de l'homme, los derechos humanos, se distinguen en cuanto tales de los *droits du citoyen*, los derechos políticos. ¿Quién es ese *homme* distinto del *citoyen*? Ni más ni menos que el *miembro de la sociedad burguesa*. ¿Por qué se le llama «hombre», hombre a secas? ¿Por qué se llaman sus derechos *derechos humanos*? ¿Cómo explicar este hecho? Por la relación entre el Estado político y la sociedad burguesa, por la esencia de la emancipación política.

Constatemos ante todo el hecho de que, a diferencia de los *droits du citoyen*, los llamados *derechos humanos*, los *droits de l'homme*, no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad.

La más radical de las constituciones, la Constitución de 1793, dice: *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Artículo 2: “Estos derechos, etc. (los derechos naturales e imprescriptibles) son: la *igualdad*, la *libertad*, la *seguridad*, la *propiedad*”.

Al diferenciarse dos tipos de derechos, se está reconociendo, en verdad, la escisión que recorre la sociedad moderna, burguesa o capitalista, la que la divide entre sociedad civil y sociedad política.

Los derechos del hombre serían los derechos del hombre egoísta que se desarrolla en el ámbito de la sociedad civil, mientras que los derechos del ciudadano serían los que corresponden al hombre como miembro de la sociedad política, o sea en el Estado.

Es el caso, sin embargo, como señala Atienza (2008, p. 47), la concesión de los derechos en la sociedad política no implica la liberación del hombre, sino, por el contrario, la reducción del hombre, a su condición de individuo egoísta y a la de ciudadano abstracto y artificial, al hombre en cuanto persona alegórica, moral.

Esta distinción, realmente existente, permite comprender, en consecuencia, el carácter abstracto de la igualdad reconocida en el ámbito de la sociedad política (El Estado), que, sin embargo, consagra y fetichiza la desigualdad que es propia de la sociedad civil.

Esta diferenciación, de otro lado, explica las distinciones que caracterizan el derecho moderno: derecho público y derecho privado; derecho objetivo y derecho subjetivo; normas imperativas y normas dispositivas; derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, etc.

III. El contrato en el enfoque marxista

Tal como lo hemos destacado más arriba, la sociedad burguesa produce la necesidad de “juridizar” la generalidad de las relaciones sociales, imponiendo de hecho una “contractualización” de las mismas, especialmente en una fase central de las relaciones capitalistas: la de la circulación y del cambio.

Marx (1973) describe este proceso señalando que la sociedad capitalista aparece como un “inmenso arsenal de mercancías”, las mismas que para intercambiarse y para circular requieren necesariamente del contrato. Sin embargo, este espacio de intercambio de mercancías, mediadas por el contrato entre iguales y sobre productos equivalentes, es en realidad la superficie aparente de un proceso más complejo, que, sin embargo, oculta, vela o fetichiza lo que ocurre realmente en la fase de la producción, donde también bajo la apariencia de una relación contractual entre iguales, se impone, en verdad, la dictadura y la dominación del capitalista sobre el obrero.

Marx indica, en efecto, que, si se quiere comprender realmente el sistema capitalista, no se puede quedar en el ámbito de la circulación de mercancías, ese mítico reino de la igualdad y la libertad jurídicas. Se debe pasar a indagar y develar lo que ocurre en el ámbito de la producción, donde realmente se produce socialmente la riqueza que luego, sin embargo, es apropiada privadamente:

El consumo de la fuerza de trabajo es al mismo tiempo producción de mercancías y de plusvalía. Se lleva a cabo como el consumo de cualquier otra mercancía, fuera del mercado o de la esfera de la circulación. Por consiguiente, junto con el poseedor del dinero y el de la fuerza del tra-

bajo, abandonaremos esa ruidosa esfera en la cual todo sucede en la superficie y ante la vista de todos, para seguirlos hasta el laboratorio secreto de la producción, en cuyo umbral hay una inscripción que dice: “*No admittance except on business.*” [Prohibida la entrada, salvo por asuntos de negocios] Allí veremos, no sólo cómo produce el capital, sino también cómo es producido él mismo. Por fin descubriremos la fabricación de la plusvalía, ese gran secreto de la sociedad moderna. (Marx, 1973, p. 182)

Bajo esta necesaria indicación metodológica para las ciencias económicas y sociales, se encuentra, sin embargo, una de las críticas más serias a la teoría contractual moderna, construida, como sabemos, sobre los dogmas de la igualdad y la libertad.

Con su habitual tono satírico, Marx refiere que el ámbito de la circulación o del cambio de mercancías, donde reina el contrato, sería el paraíso de los derechos del hombre:

La esfera de la circulación de mercancías, en la cual se efectúan la venta y la compra de la fuerza de trabajo, es en realidad un verdadero Edén de los derechos naturales del hombre y del ciudadano. Allí sólo reinan la Libertad, la Igualdad, la Propiedad y Bentham. *¡Libertad!*, pues ni el comprador ni el vendedor de una mercancía actúan por coacción. Por el contrario, sólo son movidos por su albedrío. Contratan como personas libres y poseedoras de los mismos derechos. El contrato es el libre producto en el que sus voluntades encuentran una expresión jurídica común. *¡Igualdad!*, pues sólo se relacionan entre sí como poseedores de mercancías, e intercambian equivalente por equivalente. *¡Propiedad!*, pues cada uno dispone nada más que de lo que le pertenece. *¡Bentham!*, porque cada uno de ellos sólo se tiene en cuenta a sí mismo. La única fuerza que los reúne y relaciona es la de su egoísmo, la de su beneficio personal, la de sus intereses privados. Cada uno piensa en sí, nadie se preocupa por el otro, y precisamente por eso, en virtud de una armonía prestablecida de las cosas, o bajo los auspicios de una providencia de astucia absoluta, al trabajar cada uno para sí, cada uno en su casa, trabajan al mismo tiempo por la utilidad general, para el interés común. (Marx, 1973, pp. 182-183)

La crítica sugiere que el reino del libre contrato no es otro que el reino del interés egoísta y que el llamado «interés común» no es otra cosa que el que cada uno pueda realizar su propio interés, es decir, que carece de sustantividad propia y diferenciada.

IV. Crítica de los pilares de la teoría contractual

La crítica marxista a los dogmas de la teoría contractual moderna: libertad, igualdad, propiedad y seguridad, la encontramos en *La Cuestión Judía*. (Marx, 2000)

A continuación, analizamos el enjuiciamiento de tales categorías:

a. *Libertad*

Marx se pregunta: ¿En qué consiste la *libertad*? Y responde citando el artículo 6 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791: “La libertad es el poder que tiene el hombre de hacer todo lo que no perjudique a los derechos de otro.” En seguida, apunta críticamente:

O sea, que la libertad es el derecho de hacer y deshacer lo que no perjudique a otro. [Pero] los límites, en los que cada uno puede moverse *sin perjudicar* a otro, se hallan determinados por la ley, lo mismo que la linde entre dos campos por la cerca. Se trata de la libertad del hombre en cuanto mónada aislada y replegada en sí misma”. (Marx, 2000, p. 31)

En consecuencia, según el pensador alemán, el derecho humano de la libertad no se basa en la vinculación entre los hombres, sino al contrario en su aislamiento. En tal sentido, “Es el *derecho* de este aislamiento, el derecho del individuo *restringido*, circunscrito a sí mismo” (Marx, 2000, p. 31).

La aplicación práctica del derecho humano de la libertad sería, por otro lado, el derecho de la *propiedad privada*.

b. *Propiedad privada*

A partir de esta interrogante: ¿en qué consiste el derecho humano de la propiedad privada?, se menciona en el *artículo 16* (Constitución de 1793) que “El derecho de *propiedad* es el que corresponde a todo ciudadano de disfrutar y disponer a *su arbitrio* de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria.

Analizando esta disposición, Marx precisa que el derecho a la propiedad es también el derecho del egoísmo:

Así pues, el derecho humano de la propiedad privada es el derecho a disfrutar y disponer de los propios bienes a su antojo, prescindiendo de los otros hombres, independientemente de la sociedad; es el derecho del egoísmo. Aquella libertad individual, al igual que esta aplicación suya, constituye el fundamento de la sociedad burguesa.

Lo que dentro de ésta puede encontrar un hombre en otro hombre no es la *realización* sino al contrario la *limitación* de su libertad. Pero el derecho humano que ésta proclama es ante todo el de disfrutar y disponer *a su arbitrio* de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria. (Marx, 2000, p. 35)

c. Igualdad y seguridad

Quedan aún los otros derechos humanos, la *égalité* y la *sureté*. La *égalité*, aquí en su significado apolítico, se reduce a la igualdad de la *liberté* que acabamos de describir, a saber: todos los hombres en cuanto tales son vistos por igual como mónadas independientes. De acuerdo con este significado la Constitución de 1795 define el concepto de esta igualdad así: *Artículo 3* (Constitución de 1795): “La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, sea protegiendo sea castigando».

¿Y la *sureté*? Según el *artículo 8* (Constitución de 1793): “La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para que conserve su persona, sus derechos y sus propiedades”.

La *seguridad* es el supremo concepto social de la sociedad burguesa, el concepto del *orden público*: la razón de existir de toda la sociedad es garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad. En este sentido, Hegel llama a la sociedad burguesa “el Estado de la necesidad y del entendimiento discursivo” (Filosofía del Derecho, § 183).

La idea de seguridad no saca a la sociedad burguesa de su egoísmo, al contrario: la seguridad es la *garantía* de su egoísmo.

En conclusión, ninguno de los llamados derechos humanos va, por tanto, más allá del hombre egoísta, del hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir del individuo replegado sobre sí mismo, su interés privado y su arbitrio privado, y dissociado de la comunidad. Lejos de concebir al hombre como ser a nivel de especie, los derechos humanos presentan la misma vida de la especie, la sociedad como un marco externo a los individuos, como una restricción de su independencia originaria. El único vínculo que los mantiene unidos es la necesidad natural, apetencias e intereses privados, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta.

El centro de la crítica marxista sobre la forma como se concibe estos derechos en la sociedad moderna reside, precisamente, en la ausencia de una verdadera comunidad, la que es sustituida por la sociedad mercantil integrada por sujetos libres, egoístas, que compiten permanentemente entre sí, que, no obstante, requiere de un Estado garante del egoísmo como forma social.

Atienza (2008, p. 51) resume la crítica marxista a esta forma de entender los derechos humanos: “una forma de alienación humana, una negación del auténtico ser del hombre”. Esto es, una negación del hombre como ser social.

No obstante, la radicalidad de la crítica marxista a los fundamentos del contrato moderno es posible encontrar en el autor socialista una posición “un tanto ambivalente” (Atienza, 2008, p. 57) respecto a la posibilidad de que el contrato pueda incorporar —a partir de relaciones de fuerza, de luchas y de disputas— cláusulas que garanticen mejoras para las clases trabajadoras.

En efecto, Marx da cuenta de esa función paradójica del derecho moderno cuando en *El Capital* (1973) analiza las leyes fabriles que la lucha de clases va arrancando a regañadientes a las clases dominantes. Precisa, sin embargo, que sin relaciones de fuerza, es decir, sin luchas efectivas de las clases trabajadoras, esas cláusulas serían vacías.

V. Conclusiones

La crítica marxista nos permite comprender la vinculación del derecho moderno con las necesidades y exigencias de la sociedad burguesa, la generalización de la forma contractual como forma de las relaciones sociales, así como la determinación del conflicto privado como esencia de lo jurídico.

La mencionada crítica también nos advirtió tempranamente contra el fetiche del sujeto libre e igual que puebla las ficciones del contractualismo moderno. Solo más tarde, en virtud precisamente de las luchas sociales, se vio obligado a reconocer, aunque como meras excepciones a sus principios generales, que hay ciertas áreas contractuales donde no prima la igualdad y que, por consiguiente, existe la necesidad de proteger a la parte más débil de esas relaciones sociales y jurídicas, tal como ocurre en el derecho del trabajo.

VI. Referencias

- Aliaga, C. (2009). Teoría marxista y Teoría General del Derecho: una mirada desde el Perú. En C. Valqui, & C. Pastor, *Corrientes filosóficas del Derecho. Una crítica antisistémica* (pp. 119-133). Cajamarca: UPAGU.
- Atienza, M. (2008). *Marx y los derechos humanos*. Palestra Editores.
- Gramsci, A. (1971). *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*. Nueva Visión.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. EUDEBA.

- Korsch, K. (2004). *Karl Marx*. Biblioteca ABC. Protagonistas de la Historia.
- Marx, C. (2000). *Páginas malditas. Sobre la cuestión judía y otros textos*. Libros de Anarres.
- Marx, C. (1989 a). *Contribución a la crítica de la Economía Política*. Editorial Progreso.
- Marx, C. (1989 b). *Introducción general a la Crítica de la Economía Política / 1857*. Siglo veintiuno editores.
- Marx, C. (1980). Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política. En C. Marx, & F. Engels, *Obras Escogidas* (vol. I, pp. 276-278). Editorial Progreso.
- Marx, C. (1973). *El Capital* (vol. I). Editorial Cartago.
- Marx, C. (1961). *El Capital. Resumido por Gabriel Deville*. Editorial Claridad.
- Marx, C. (1959). *La ideología alemana*. Pueblos Unidos.
- Pasukanis, E. (1976). *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Labor Universitaria.

Regulación de la responsabilidad civil precontractual en el Perú como un tercer sistema dentro del orden jurídico nacional

Regulation of pre-contractual civil liability in Peru as a third system within the national legal order

CERDÁN BLANCO, Deyci Marleni(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Responsabilidad contractual. III. Responsabilidad extracontractual. IV. Responsabilidad civil precontractual. 4.1. Concepto y límites. 4.2. Extensión de la libertad de contratar. 4.3. Delimitación precisa del periodo previo a la conclusión del contrato. 4.4. Negociación. 4.5. Violación de los derechos de buena fe en las tratativas y en la formación del contrato. 4.6. La responsabilidad civil en el derecho comparado. 4.7. Buena fe y seguridad jurídica. V. Análisis y discusión. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: En el sistema sustantivo civil peruano se regula la responsabilidad civil contractual —inejecución de obligaciones— y extracontractual; es decir, aquella producida una vez celebrado el contrato y cuando se transgrede el deber general de no causar daño. Este, empero, guarda silencio en torno a la responsabilidad producida en la etapa de la negociación,

(*) Abogada. Maestrante en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: demacebl@gmail.com

por cuanto, esta se reduce a que las partes actúen de buena fe, y resulta insuficiente para resarcir daños producidos en la etapa de las tratativas. Por esta razón, se pretende esbozar algunos alcances o una aproximación que permita regular un tercer sistema de la responsabilidad civil en el Perú y, con ello, acrecentar el debate jurídico, destinado a acoger una nueva institución legal.

Palabras clave: responsabilidad civil precontractual, buena fe, seguridad jurídica, justicia

Abstract: *In the Peruvian substantive civil system, contractual civil liability—non-execution of obligations— and extra-contractual is regulated; that is to say, that produced once the contract has been concluded and when the general duty not to cause harm is violated; however, it is silent about the responsibility produced in the negotiation stage, since this is reduced to the parties acting in good faith, being insufficient to compensate damages produced in the negotiations stage, which is why intends to outline some scope or an approach that allows to regulate a third system of civil liability in Peru and with it, increase the legal debate, destined to host a new legal institution.*

Key words: *pre-contractual liability, good faith, legal security, and, justice*

I. Introducción

El artículo 1362 del Código Civil prescribe que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que significa que las partes deben actuar siempre de buena fe, desde la etapa de las tratativas. Esto, a fin de no causar daño a la contraparte, ya sea económica o moral. No obstante, este constituye un deber, mas no una obligación; por tanto, no obliga a las partes a actuar de buena fe, pues es una conducta moral que no tiene efectos jurídicos.

Entonces, si causare algún daño en la etapa de las tratativas a la contraparte, no se podrá solicitar una indemnización por cuanto el contrato aún no ha sido celebrado. Sin embargo, dicha regulación no basta. En ese contexto, este ensayo pretende esbozar tentativamente algunos alcances que justifiquen la regulación de un tercer sistema de la responsabilidad civil, para lograr no solo la protección a la parte débil en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también, materializar el principio-valor justicia que irradia todo el orden jurídico interno y que constituye el fin teleológico del sistema y hace efectivo el valor constitucional, seguridad jurídica.

II. Responsabilidad contractual

La responsabilidad civil es una de las más importantes áreas del derecho privado que tiene por finalidad imponer la obligación al autor de un daño de indemnizar a su víctima, bien sea como consecuencia del incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o de la comisión de un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual). Como expresa Osterling Parodi en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad. Por su parte, Messineo postula que la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento total o parcial imputable al deudor (como se citó en Soto, 2015, pp. 29-31).

Este tipo de responsabilidad lo encontramos en el Código Civil, en el artículo 1321. Como regla general, consiste en que el deudor incumple una o más obligaciones establecidas en el contrato y que, como consecuencia de ese incumplimiento, cause un daño al acreedor, estando obligado a reparar dicho daño a su acreedor. Esta responsabilidad se produce en la etapa de la ejecución del contrato, cuando ha existido o existe un contrato válido. Cabe precisar que este incumplimiento debe ser por causa atribuible al deudor, estando exentado de responsabilidad en caso de causa atribuible al acreedor. Dichas causas imputables al deudor son dolo, culpa inexcusable y culpa leve (Soto, 2015, pp. 30-31).

Bajo el contexto descrito, es de verse que, cuando se haya incumplido una obligación a la cual se haya obligado una de las partes, esta última puede solicitar el resarcimiento de los daños que cause, por lo que existe sustento para tal propósito. Entonces, cuando se cause algún daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, existe la obligación de indemnizar, siempre que se pruebe la real afectación y se determine la cuantía de esta. Asimismo, para que surja la responsabilidad contractual se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos o requisitos:

- a. que exista un contrato válido, pues si el contrato es nulo la responsabilidad será extracontractual;
- b. que el deudor incumpla con una o más obligaciones contractuales;
- c. que el incumplimiento sea imputable al deudor: factor subjetivo, dolo o culpa (artículo 1321 del Código Civil), o factor objetivo (artículo 1328 del Código Civil);

- d. que el acreedor haya sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial;
- e. que existía una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño causado al acreedor (Soto, 2015, p. 32).

Desde esta perspectiva, existe una real protección a la persona que sufra un daño a causa del tercero que no ejecutase una acción al que estaba obligado o hacer una que estaba prohibido.

III. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual surge cuando una persona viola el deber genérico de no dañar. Se funda en el *alterm non laedere*. Por lo que, cuando lesiona un derecho subjetivo de otra, la persona estará obligada al resarcimiento de los daños que cause (Soto, 2015, p. 32).

Según Soto:

No busca que la víctima asuma los costos de los daños, pero tampoco busca que el autor sea el “castigado”, sino que exista un resarcimiento efectivo, la reparación de la víctima. Dicho de otro modo, busca colocar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de producirse el daño. Este es, pues, el nuevo concepto de la responsabilidad extracontractual en nuestros tiempos (2015).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual moderna, en palabras del maestro Fernando de Trazegnies Granda:

es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. (citado por Soto, 2015, p. 32)

La responsabilidad extracontractual, regulada en el Código Civil peruano, tiene dos fundamentos o factores de atribución, uno subjetivo (la culpa o el dolo) y otro objetivo (el riesgo creado). El art. 1969 CC regula la responsabilidad civil extracontractual por culpa o responsabilidad extracontractual subjetiva. Esta regla normativa prescribe que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Por lo tanto, la víctima solo probará la conducta antijurídica,

los daños y la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del autor del daño y el daño causado (Soto, 2015, pp. 32-33).

Bajo el panorama descrito, advertimos la existencia de dos sistemas de responsabilidad civil que están taxativamente descritos en el Código Civil. De esta manera, la celebración y ejecución de un contrato tiene consecuencias jurídicas; por lo que, se puede recurrir al poder del Estado a fin de garantizar su efectividad y que estos no transgredan las normas imperativas. Sin embargo, desde un punto de vista objetivo, se observa que no existe consecuencia jurídica alguna entorno a la afectación que se produjese en la etapa de la negociación del contrato, pues no se otorga consecuencias jurídicas en caso que se causa algún daño.

Entonces, consideramos que existe otro sistema de responsabilidad civil al cual se le denomina «sistema de responsabilidad precontractual». Producida la tutela del íter negocial, este sistema no solo abarcaría el nacimiento y la ejecución del negocio, sino también la etapa previa de negociación o tratativas, dentro de la cual, por ejemplo, se pueden comprender los siguientes escenarios generadores de responsabilidad:

- a. el dolo incidental,
- b. la culpa in contrahendo,
- c. la respuesta injustificada de tratativas y
- d. la violación de deberes precontractuales de protección (Fernández Cruz, 2019, p. 37).

IV. Responsabilidad civil precontractual

El artículo 1362 CC, al establecer que los contratos deben negociarse y celebrarse, determina que el ámbito objetivo de operatividad de la normativa precontractual de buena fe (el entero procedimiento formativo del contrato) —que comprende la fase (eventual) de las tratativas, la resultante de la formulación y el consecuente encuentro de la oferta y la aceptación— implica que el deber de buena fe en apariencia está siempre presente en todas las etapas de la formación del contrato, desde la etapa de la negociación la misma que debe respetarse a fin de no causar daño y hacer uso abusivo del derecho. A este respecto, y de acuerdo al artículo citado *supra*, en la formación del contrato (“negociación y celebración del contrato”) las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en sentido objetivo o de corrección; vale decir, como regla de conducta a la cual deben atenerse las partes. Por tanto, las partes, al momento de pretender

celebrar un contrato, deben generar la suficiente confianza a la otra parte de que ese contrato se celebrará a futuro, y la otra parte con la creencia que así será, porque no se tiene en el orden jurídico más que el deber que obliga a las partes comportarse en el plano formal conforme a derecho (Barchi, 2015, p. 636).

En concreto, el artículo citado hace referencia a que el contrato debe negociarse bajo las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que objetivamente implica que las partes siempre se comporten conforme a derecho y cumplan con las promesas y acuerdos que se pacten en esta negociación. En efecto, esta regla podría a ver sido adecuada en el siglo pasado, empero la compleja sociedad ha evolucionado y, como nos dice Allan Farnsworth, las negociaciones están muy lejos de ser un simple acuerdo enmarcado por las reglas clásicas de la oferta y la aceptación, que evocan la imagen de una negociación unitemática, adversaria y de suma-cero, opuestas a la negociación multitemática, contemporánea y maximizadora de beneficios (Farnsworth, 2004, p. 82). En suma, cuando se negocia puede hacerse sin el riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual o en la obligación de resarcir los daños causados en mérito a la regla prescrita en nuestro Código Civil, en aplicación además del principio de la libertad de contratos.

4.1. Concepto y límites

La responsabilidad precontractual, nos dicen Varacalli y Picasso (1992):

Importa la obligación legal de reparar un daño surgido en el período previo al perfeccionamiento de un contrato. Este daño -también aquí eje central y fundamento del deber de indemnizar- no se sustrae a imbricarse con los presupuestos restantes de la responsabilidad civil: debe provenir de una acción humana antijurídica, estar en relación de causalidad adecuada y ser atribuible a su autor en virtud de un factor legal. (p. 209)

La responsabilidad precontractual, para Trigo Represas, es la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento de una de las partes de las tratativas previas que de acuerdo al curso normal debían conducir a la conclusión de aquel o a su definitiva no celebración por falta de acuerdo; como así también cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes.

Por su parte, Brebbia señala que existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido

en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que se deriva un daño al otro precontratante, surge la obligación de resarcir el daño causado. Aunado a ello, Cobas y Zago entienden que la responsabilidad precontractual es la originada con motivo de la relación existente entre las que podrían resultar las futuras partes de la relación jurídica bilateral contrato, con motivo y como consecuencia de las tratativas que en común realizan para la posible concreción de aquel (citados por Varacalli y Picasso, 1992, pp. 209-210).

4.2. Extensión de la libertad de contratar

La extensión de la libertad contractual entra en una dicotomía. Por un lado, está el derecho de todo ciudadano de formar o no parte de una relación jurídica, como en el contrato; pero, como consecuencia lógica de ello, se limitará su libertad personal y afectará su patrimonio. Por otro lado, y en colisión con lo indicado, el deber genérico de no dañar ni a la persona ni a los derechos del prójimo, en estrecha relación con el imperativo de buena fe respecto de todo comportamiento con relevancia intersubjetiva. Entonces, la libertad de contratar no debe ser tan estrecha que haga responsable a todo aquel que libremente, y en ejercicio de su derecho constitucional, opta por no ingresar como parte a una relación jurídica contractual, ni tan amplia que permita la causación irresponsable de un daño injusto (Varacalli y Picasso, 1992, pp. 210-211).

4.3. Delimitación precisa del periodo previo a la conclusión del contrato

Para Faggella, la etapa en cuestión se inicia en el momento en que “las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolas y sintetizándolas” (citado por Varacalli y Picasso, 1992, p. 211). Estas negociaciones que se efectuarán no, necesariamente, desembocarán en un contrato, sino, con igual probabilidad, en un desacuerdo no intempestivo. Pero si ello sucede, no habrá responsabilidad precontractual, mientras que, si desembocan en un contrato, aún puede haberla como consecuencia de la nulidad o anulación del mismo (citado por Varacalli y Picasso, 1992, p. 212).

No es posible fijar legalmente el momento preciso en que comienzan las negociaciones, puesto que ello no depende de un hecho identificable sino de una multiplicidad de hechos posibles. Por tanto, la ley positiva debe ser escueta al respecto y abandonarse en el punto a la sana crítica de los jueces en la merituación de las pruebas aportadas. Ello sin perjuicio de que debe haber un texto

legal expreso, que sea lo más preciso de acuerdo a las posibilidades del lenguaje. En este sentido, toda conceptualización adecuada de “tratativas” o “negociaciones” preliminares debe ser teleológica, si estas no tienen por fin, inmediato o mediato, la formación de un contrato, no pueden generar responsabilidad jurídica (Varacalli y Picasso, 1992, p. 212).

4.4. Negociación

En torno a la negociación, Farnsworth (2004) nos dice:

Como regla general, una de las partes envuelta en negociaciones pre-contractuales puede romperlas sin responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier motivo —una corazonada, un cambio de circunstancias, o un mejor acuerdo— o sin motivo alguno. El único costo de hacerlo es la pérdida de lo invertido en las negociaciones, en términos de tiempo, esfuerzo y gasto.

La parte que entra en negociación con otra con la esperanza de obtener alguna ganancia como resultado del acuerdo final, corre el riesgo de cualquier pérdida si la otra parte rompe las negociaciones. Esta pérdida incluye los gastos en los que la parte afectada ha incurrido, cualquier detrimento de su situación y cualquier oportunidad que haya perdido como resultado de las negociaciones. Todo se arriesga para un resultado exitoso de las negociaciones; todo se pierde en el fracaso. (p. 83)

Esta perspectiva descansa, desde nuestro punto de vista, en el extenso poder de ejercicio de la libertad contractual; puesto que, en virtud de este, se puede dejar sin efecto las negociaciones y causar daño a la otra parte. Aquello se justificaría, quizás, si en una eventual regulación de esta responsabilidad podría repercutir en el plano económico, por cuando desincentivaría la negociación de los contratos por el riesgo en que se incurre; empero, se debe privilegiar el valor seguridad jurídica y los valores subjetivos como la honestidad.

En ese contexto, si una de las partes de la negociación engaña a la otra sobre su capacidad para actuar como agente de otro, puede ser encontrada responsable por los daños a la confianza, si las negociaciones fracasaron cuando la otra parte descubrió el engaño. De hecho, parecería que una parte que estuvo involucrada en negociaciones fallidas puede demandar por representar fraudulentamente sus intenciones de llegar a un acuerdo, incluyendo el ocultamiento de información, que al ser descubierta causó que las negociaciones fracasaran (Farnsworth, 2004, p. 92). En ese sentido, cualquiera de las partes puede inte-

rumpir las negociaciones sin dar razón alguna; sin embargo, cada parte tiene el deber “de informar a la otra, hasta un cierto punto, de las circunstancias particulares que influenciarían su decisión de concluir el contrato o de concluirlo bajo ciertas condiciones” (Farnsworth, 2004, p. 93).

Al respecto, en 1861, el jurista alemán Rudolf Von Jhering adelantó la tesis que las partes en una negociación precontractual están contractualmente predestinadas a observar la “diligencia necesaria”. Una parte que incumple su obligación contractual —culpa *in contrahendo*— es responsable por daño a la confianza” (Farnsworth, 2004, p. 95). Mientras que, en 1907, Raymond Saleilles, un académico francés, desarrolló la perspectiva de que las partes que han entrado a las negociaciones deben actuar con buena fe y no pueden romper las negociaciones “arbitrariamente” sin compensar al otro por daño a la confianza (Farnsworth, 2004, p. 95).

4.5. Violación de los derechos de buena fe en las tratativas y en la formación del contrato

La buena fe se especifica en dos fundamentales cánones de conducta. El primero impone la lealtad del comportamiento y el segundo el deber de salvaguardia; es decir, se impone a los sujetos actuar de manera de preservar el interés del otro sujeto dentro del límite en el que ello no importe un apreciable sacrificio.

La buena fe objetiva, como señala Bianca, «no impone, sin embargo, un comportamiento preestablecido. Es más bien una cláusula general que requiere de comportamiento preestablecido. Es más bien una cláusula general que requiere de comportamiento distintos, positivos u omisiones, en relación a las concretas circunstancias» (citado por Barchi, 2015, p. 636). No obstante, a la lealtad y a la salvaguardia se reconducen los deberes típicos en los cuales se especifica la buena fe en la fase precontractual (Barchi, 2015, p. 636).

Desde el punto de vista de Roppo, citado por Barchi Velaochaga, el deber de buena fe se descompone en una serie de deberes de conducta cuya violación, en relación a las circunstancias, genera responsabilidad precontractual. Al respecto, cita los deberes de a) información y el de b) no defraudar la confianza sobre el negocio asumida por la contraparte. De acuerdo con Bianca, los deberes típicos de buena fe en la fase precontractual son, bajo el perfil de la lealtad, los deberes de a) información, b) claridad, c) confidencialidad y, bajo el perfil de la salvaguardia, d) el deber de cumplir con los actos necesarios para la validez y eficacia del contrato (citado por Barchi, 2015, p. 636).

a. *El deber de información*

Como señala Gómez Calle:

El desarrollo de los tratos que proceden a la celebración de un contrato, la ausencia de un vínculo contractual no significa que quienes negocien estén libres de cualquier deber entre sí; al contrario, es comúnmente admitido que determinados deberes surgen desde el momento que entran en contacto con el propósito de negociar un posible contrato. En ese ámbito juegan un papel esencial los deberes de información, básicos para la formación de una voluntad negocial libre y responsable; así, se dice (desde un punto de vista muy general y por ello sujeto después necesariamente a múltiples precisiones) que, mientras se negocie, cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las circunstancias de que tenga (o debería tener) conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, la llevarían a no contratar o a no hacerlo en los términos, siempre y cuando la ignorancia de esta última esté justificada. (Barchi, 2015, pp. 637-640)

Desde esta perspectiva jurídica, es usualmente aceptado que el fundamento de estos deberes de información se halle en la buena fe, que debe enmarcar la fase precontractual (art. 1362 CC). Llobet I Agudo habla de la buena fe *in contrahendo*, es decir, “el papel que desempeña la buena fe en todo el periodo anterior a la perfección del contrato” (citado por Barchi, 2015, pp. 637-640).

La infracción de los deberes precontractuales de información puede producirse mediante un comportamiento activo (comunicación falsa o engañosa) o mediante un comportamiento omisivo (no decir lo que está obligado a hablar). Como dice Gómez Calle, citado por Barchi, (2015):

el deber de información implica, de un lado, que ha de transmitirse la información exigible y, de otro, que ha de omitirse cualquier información errónea”. Una fuente de los deberes precontractuales de información es la ley y donde esta no establece expresamente deberes precontractuales de información, su determinación es tarea de la doctrina y la jurisprudencia partiendo del criterio de la buena fe en sentido objetivo. La violación del deber de información durante las tratativas de denomina: “reticencia”. (pp. 637-640)

De acuerdo con Bianca, citado por Barchi (2015, pp. 637-640), también comprende las causas de incumplimiento del contrato (ejemplo, el vendedor debe informar los vicios del bien). No obstante, si el contrato se celebra el si-

lencio se torna irrelevante, la parte responderá no por la reticencia sino por el cumplimiento defectuoso.

Para el autor italiano, el deber de informar, igualmente, comprende la peligrosidad de la prestación o del bien y dar; eventualmente, las instrucciones correspondientes. Pero de celebrarse el contrato, dará lugar a responsabilidad contractual o a responsabilidad extracontractual respecto a los daños sufridos por terceros.

Bianca señala que el deber de información comprende también causas de inutilidad del contrato o bien de la prestación. Por un lado, la inutilidad del contrato, entendida como la imposibilidad de realización de la causa, puede darse, por ejemplo, cuando esté por verificarse un evento que lo hace ineficaz. Por otro lado, la inutilidad de la prestación se da cuando la prestación, si bien es conforme, no es susceptible de satisfacer el interés de lo que quiere la contraparte (p. ej.: arrendar un medio de transporte para transportar mercadería que el transportista sabe que no podrá ser cargada). Por tanto, la inutilidad de la prestación puede constituir un error esencial (el error recae sobre una cualidad del bien o el servicio). Si el interés por realizar ingresa en el contenido de la prestación. La inutilidad constituye incumplimiento del contrato (p. ej.: el bien no tiene la calidad prometida).

b. El deber precontractual de claridad

Los contratantes deben evitar un lenguaje oscuro o ambiguo susceptible de no ser plenamente comprendido por la contraparte. Para Roppo, el deber de veracidad y claridad son corolarios del deber de información (Barchi, 2015, pp. 637-640).

c. El deber precontractual de confidencialidad

Los contratos no deben divulgar información de la que hayan tomado conocimiento durante las tratativas. Roppo, aunque reconoce la existencia del deber, considera que su violación no da lugar a responsabilidad precontractual. Así, si estamos frente a un “acuerdo de confidencialidad”, se trata de una obligación asumida y, por tanto, su violación genera responsabilidad por inexecución de obligaciones. Asimismo, si no se trata de un “acuerdo de confidencialidad”, la violación del deber de confidencialidad no genera para la responsable ventaja injustas y a la víctima daños injustos respecto a las tratativas, por lo que estaría dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual (Barchi Velaochaga, 2015, pp. 637-640).

d. *El deber precontractual de realizar actos necesarios para la validez o eficacia del contrato*

Comprende la inercia dolosa y culposa del contratante que no presente ante la autoridad competente la solicitud para obtener una autorización o permiso requerido, bajo pena de ineficacia del contrato (p.ej.: en la autorización judicial para la venta de bienes de menores de edad, el padre que, luego de haberse puesto de acuerdo con el tercero, no presenta la autorización judicial) (Barchi, 2015, pp. 637-640).

El deber de la buena fe de la responsabilidad precontractual se concreta en conductas que generan confianza en la contraparte que está actuando conforme a los deberes precontractuales. En la responsabilidad extracontractual no existen deberes previamente establecidos (Morales, 2018, p. 4).

4.6. La responsabilidad civil en el derecho comparado

En el derecho comparado se ha regulado la responsabilidad civil precontractual, tal como es de verse en el derecho portugués, que sigue la doctrina de la *culpa in contrahendo* prescrito en el art. 227.1 del Código Civil. De este modo, quien negocie con otra parte con vistas a la celebración de un contrato procederá, tanto durante la fase preliminar como durante la negociación del contrato, de acuerdo con el deber de buena fe, so pena de tener que indemnizar a la otra parte por los daños causados (Pereira Barrocas, p. 9).

Por su parte, el Código de Comercio colombiano es un poco más explícito al imponer la obligación de actuar de buena fe en el periodo de tratos preliminares, porque establece, en el art. 863, que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen (Oviedo Alban, 2008, p. 89).

Los tribunales australianos también han conocido algunos casos de responsabilidad precontractual, como en el ejemplo de Wester Australia contra Taylor, en el cual se señaló una detallada serie de hechos como reveladores de un incumplimiento de los deberes de buena fe durante las negociaciones, lo que denota, así, una clara aproximación a la doctrina y la jurisprudencia continental europea (Pereira, p. 04).

Alemania regula, también, la responsabilidad civil precontractual, y señala que los deberes precontractuales de conducta integran una relación obligatoria preexistente, nacida *ex lege* entre quienes inician negociaciones contractuales, preparan un contrato o entablan un contacto negocial análogo; y nacida, inclu-

so, para con cierta categoría de personas que no van a ser parte del contrato de que se trata. A tenor de las referidas normas:

Una relación obligatoria con deberes nace también de la iniciación de negociaciones contractuales y a preparación de un contrato mediante el que una parte concede a la otra, en contemplación de una eventual relación negocial, la posibilidad de actuar sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía; o contactos negociales análogos. Una relación obligatoria con deberes puede también nacer para con personas que no van a ser parte contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí un grado especial de confianza y, de ese modo, influye considerablemente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato. (Pantaleón, 2011, p. 901)

Así también, en la experiencia jurídica italiana, que tanta influencia ha ejercido en el Código Civil de 1984, y en la doctrina civilista nacional desde ese entonces, la responsabilidad precontractual constituye una figura particular de ilícito civil extracontractual, regulado en los artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano de 1942, aunque previsto en forma general (Gallo, 2017, p. 347). Así, el primero de los mencionados artículos, dispone que las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo con la buena fe. El artículo 1338 del referido Código Civil establece que la parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir el daño sufrido por esta, por haber confiado sin su culpa, es la validez del contrato”. Como bien señala Francesco Benatti (1963, p. 01), uno de los juristas italianos que ha estudiado profundamente esta institución, la regulación del Código Civil italiano responde a la exigencia, muy bien en la moderna consciencia social, de tutelar al contrayente lesionado durante la fase precontractual, por el comportamiento incorrecto o deshonesto de la otra parte, y representa el punto de llegada de una trayectoria histórica que proviene del derecho romano y del pensamiento clásico, como de Marco Tulio Cicerón, el famoso jurista y orador del siglo I antes de Cristo, quien reprochaba en sus palabras “dolo malo”, quien “da a entender una cosa y hacer otra”, hecho por “hombres falaces, pérfidos e injustos” (Cicerón, 1946, pp. 204-205).

4.7. Buena fe y seguridad jurídica

En la doctrina se ha señalado que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que comporta un

deber esencial de los contratantes (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 3) al momento de efectuar las negociaciones. En sentido subjetivo, De la Puente considera que la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen (adquirente, poseedor, cónyuge del bígamo); por lo cual se le llama buena fe-creencia. En sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto (negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria creada por él), lo que determina que se le denomine buena fe — lealtad” (citado por Osterling y Rebaza, s.f., p. 04).

Entonces, la buena fe obliga a las partes a cumplir ciertos deberes que permiten a los tratantes tomar las decisiones que mejor beneficien a sus intereses, el de no divulgar información conocida por medio de las tratativas, el de informar sobre la existencia de negociaciones paralelas, el de abstenerse de realizar actos que perjudiquen el avance de las negociaciones o las terminen (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 4). Por tanto, se verifica que la conducta de las partes, en la fase de tratativas, se encuentra limitada tanto por las reglas de la buena fe como por la doctrina de los actos propios⁽¹⁾. Una conducta contraria a estos principios determina que el infractor incurra en responsabilidad (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 6).

- (1) Según esta doctrina no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre solo cuando (i) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (ii) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original), y (iii) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).

La doctrina de los actos propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar, pero que se pierde como consecuencia de la contradicción.

El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria (Bullard González, pp. 52-53).

Esta responsabilidad contractual importa en la obligación legal de reparar un daño surgido en el periodo previo al perfeccionamiento de un contrato (Varacalli y Picasso, 1992, p. 209).

Estando a lo antes indicado, advertimos la existencia de deberes al momento de la negociación contractual, que, si bien tiene como fuente la buena fe, ello no basta para resarcir los daños que causa una parte a la contraparte. En ese sentido, se propone su regulación a fin de que la parte infractora indemnice los daños que genere a su contraparte por el incumplimiento de un deber precontractual.

En definitiva, debe precisarse que para que se genere una responsabilidad precontractual no se subsume en cualquier ruptura, sino que esta debe ser injustificada e intempestiva (Osterling y Rebaza, p. 6), generando responsabilidad.

De lo mencionado, se infiere que la etapa de celebración y ejecución del contrato están regulados y quien haya sufrido un daño o perjuicio puede solicitar indemnización. Empero, en la etapa de la negociación se ha limitado mencionar que se celebra según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, como consecuencia de ello, cualquiera de las partes puede en esta etapa romper la confianza o tratativas que se haya generado sobre el otro, y este no tendrá derecho a reclamar si sufriese algún daño.

Entonces, este principio de buena fe, que básicamente explica y sustancia los deberes de comportamiento de las partes durante las negociaciones, es en derecho civil una cuestión de moralidad y de justicia y, como tal, forma parte del orden público (Pereirano Barrocas, p. 5). Resulta ser una mera regla de orden moral, sin mayores efectos jurídicos.

La buena fe, como principio involucrado en la etapa de la negociación, se entiende, de forma general, como el deber de lealtad y corrección o, lo que es lo mismo, el deber de obrar de manera leal y correcta, empero, la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en negociaciones son libres de contratar o no hacerlo (Oviedo Alban, 2008, p.89), según sus expectativas o aspiraciones, y considerando siempre el principio de la libertad contractual como concepto fundamental. No obstante ello, la responsabilidad precontractual puede surgir independientemente de la existencia de declaraciones de intención y de la naturaleza vinculante de esa intención. Esta existe por el mero hecho de que las partes de una relación precontractual, además de cualquier otro requisito, deben respetar los deberes de buena fe. De este modo, deben considerarse incluidos en ese trámite, entre otros, los siguientes deberes: el deber de no romper las negociaciones cuando la otra parte esperaba razonablemente la celebra-

ción del contrato; el deber de no rechazar la renovación de un contrato, cuando la otra parte confió razonablemente en una promesa de renovación o por evidente deducción de su comportamiento. (Pereirano, p. 5); y por último está inmerso el principio de la autonomía privada y responsabilidad precontractual que implica que no debe de ponerse en modo alguno en cuestión que quienes se proponen iniciar o mantienen negociaciones para la celebración de un contrato puedan celebrar acuerdos jurídicamente vinculantes en los que pacten expresamente o de los que quepa deducir el contenido de sus deberes de conducta en las futuras negociaciones, e incluso determinen las consecuencias de su eventual incumplimiento. La consiguiente responsabilidad por daños será cuando así suceda de naturaleza obviamente contractual. Y debe reconocerse también la posibilidad de limitar por pacto el *an* y el *quantum* legales de la responsabilidad precontractual no dolosa; bien que respetando, en su caso, las prohibiciones de excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, propias de la legislación sobre condiciones generales de la contratación. No hay razón para considerar el régimen legal de la responsabilidad precontractual un mínimo estrictamente imperativo (Pantaleón, 2011, p. 905).

Dentro de lo mencionado línea arriba; es importante mencionar que uno de los principios bases dentro de la problemática expuesta es el principio de buena fe, que comporta un deber de comportamiento de las partes en la etapa de las tratativas; sin embargo, esta no es la única, puesto que está inmerso dentro de esta también un principio implícito de carácter constitucional, la seguridad jurídica, que se constituye según lo establecido por el Tribunal Constitucional⁽²⁾ como un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico⁽³⁾; sin dejar de lado el valor jurídico de la justicia y equidad, por cuanto este vacío podría contribuir a que una de las partes dentro de la etapa de la negociación tenga algunas ventajas

(2) STC N.º 00010-2014-PI/TC, f. j. N.º 14-17.

(3) Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria. Ahora bien, la garantía de certeza y predictibilidad del (y en él) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo [Cf. STC N.º 0009-2001- AUTC, f. j. N.º 18].

en detrimento de la contraparte, propiciando en todo momento la igualdad entre estos, igualdad que como nos dice Mesía Ramírez, citando a la STC⁽⁴⁾ que siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Al respecto el TC ha sostenido que, en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad: funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales; precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las Leyes reconocen y garantizan (2018, p. 116-117); según lo instituido por el TC⁽⁵⁾ el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y plena del plexo de derechos que la Const. P. del Perú y las leyes reconocen y garantizan (Mesía, 2018, p. 116).

Ahora bien, el vacío legal descrito supra puede ser utilizado de manera arbitraria por una parte en detrimento de la otra; debido a que por ejemplo una persona que está en la etapa de tratativas con otra y está tiene la creencia que el contrato de compraventa se celebrará, vende el bien inmueble donde habita a fin de adquirir otro en una ubicación más adecuada a sus intereses; empero, este último sin mayor justificación y de manera intempestiva decide no celebrar el contrato pese a la existencia de indicios razonables para la celebración; entonces este daño causado por una parte no puede ser merecedor del resarcimiento, puesto que esta conducta no está tipificada en el orden jurídico, resultando sumamente importante su regulación a fin de evitar acciones arbitrarias y conllevando incluso al abuso del derecho.

V. Análisis y discusión

El tema bajo análisis se centra en normar un tercer sistema de la responsabilidad civil a fin de proteger a las partes dentro de la etapa de la negociación, lo que se constituye no solo como la protección de un derecho de carácter patrimonial, sino más bien uno de carácter fundamental que se sustenta en el artículo 2, inciso 14) de la Constitución Política del Perú, y se solidifica en el derecho al libre desarrollo establecido en el artículo 2, inciso 1) de la carta fundamental,

(4) f. j. jurídico 22 del Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

(5) f. j. jurídico 121 del Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

más aún si el art. 62 señala que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Estas disposiciones constitucionales recogen y establecen no solo derechos fundamentales, sino también valores implícitos constitucionales como la seguridad jurídica, que se constituye según lo establecido por el TC⁽⁶⁾ como un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico⁽⁷⁾.

Entonces, en mérito a las disposiciones de carácter constitucional desarrollada en un precepto legal delimita la actuación de quien ejerce el derecho, pues no puede trasgredir el derecho del otro ejerciendo el suyo; esto se encuentra limitado por el artículo 1362 del Código Civil que prescribe que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que comporta un deber esencial de los contratantes (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 3). Por tanto, una conducta contraria a estos principios determina que el infractor incurra en responsabilidad (Osterling y Rebaza, p. 6).

No obstante, lo descrito en las disposiciones normativas no se condicen con la realidad, puesto que una de las partes en la fase de las tratativas puede perfectamente desistirse, renunciar, apartarse o retraerse en la celebración del contrato, dejando en una suerte de incertidumbre a la contraparte, quien tenía expectativas razonables sobre el mismo, y generar con ello daños a una de las partes. Frente a ello, y a fin de proteger a la parte perjudicada, se hace necesario establecer un sistema de responsabilidad civil precontractual; precisando que esta es perfectamente atendible en función al fenómeno del Estado constitucional de derecho, los derechos fundamentales y los valores inmersos dentro de este. Asimismo, nos obliga a reflexionar en torno al valor seguridad jurídica que representa un principio consustancial de un Estado, ya que no se puede permitir

(6) STC N.º 00010-2014-PI/TC, ff. jj. 14-17

(7) Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria. Ahora bien, la garantía de certeza y predictibilidad del (y en él) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo [Cf. STC N.º 0009-2001- AUTC, f. j. 18].

disposiciones normativas que avalen la afectación de derechos, menos aún dejar en el limbo a las personas perjudicadas por la actuación de mala fe y la afectación de sus derechos.

Entonces, los argumentos descritos nos permiten concluir que el artículo 1362 CC Civil es una norma regla de carácter indeterminado, porque no nos da mayor alcance sobre cómo se debe proteger a las partes dentro de la etapa de las tratativas. Si bien menciona la conducta que debe guiar la negociación, no describe la consecuencia jurídica del actuar de mala fe y, por consiguiente, la generación de daños; pues no existe una descripción del comportamiento en dicha regla (Viola, 2000, p. 938). Por tanto, existe una laguna normativa. A decir de Ródenas (2012), este sistema no contiene una norma que correlacione el caso con una solución, como puede verse en la Casación N.º 5507-2015 - Piura, pues, por deficiencia normativa, se determinó como irrelevante emitir una decisión de fondo, pese a que resulta de importancia.

VI. Conclusiones

- a) Pretender regular un tercer sistema de responsabilidad civil precontractual. Se procura materializar el principio de la buena fe contractual y, como consecuencia de ello, garantizar el principio-valor justicia, equidad e igualdad, puesto que la libertad contractual no puede legitimar su transgresión.
- b) Se propone dotar de seguridad jurídica a las partes en la etapa de las tratativas, a fin de evitar separaciones arbitrarias de una de las partes y la consiguiente afectación económica y moral de la contraparte.
- c) En tal sentido, se considera la implementación de una estrategia civil para proteger a las partes, pero sin que una de ellas obtenga mayores beneficios en perjuicio de la otra. Esto porque, si eventualmente no se llegase a celebrar un contrato, debe existir un motivo razonable que justifique tal decisión.

VII. Referencias

- Barchi Velaochaga, L. (2015). *Artículo 1362. Buena fe. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Pacífico Editores.
- Benatti, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Giuffrè editore.
- Cicerón, M. T. (1946). *Los deberes y las paradojas de los estoicos*. Traducción directa del latín de Agustín Blánquez. Editorial Iberia.

- Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. PUCP, Fondo Editorial.
- Gallo, P. (2017). *Il contratto, Trattato di Diritto Civile V*, G. Giappichelli editore.
- Mesía Ramírez, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Soto Coaguila, C. A. (2015). *La responsabilidad civil en el Código Civil Peruano de 1984. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Pacífico editores.
- Bullard González, A. (2010). Los fantasmas sí existen: la doctrina de los actos propios. *Ius et Veritas*, 20(40), 50-62. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12140>
- Farnsworth, E. Allan. (2004). Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones. *THEMIS Revista De Derecho*, (49), 81-125. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8569>
- Osterling Parodi, F. & Rebaza González, A. (2008). La ruptura injustificada de tratativas contractuales. *Iuris Omnes*. <https://cutt.ly/FDjF0ns>
- Oviedo Alban, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Vniversitas*, 57(115), 83—116. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14577>
- Pantaleón, F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos. *Estudios Monográficos*, 897-929. <https://cutt.ly/pDjGte5>
- Pereirano Barrocas, M. *Responsabilidad precontractual*. En [responsabilidad-pre-contractual-manuel-barrocas.pdf \(storyblok.com\)](https://storyblok.com).
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho*. indeterminación, validez y positivismo jurídico. Marcial Pons.
- Varacalli, D. y Picasso, S. (1992). Responsabilidad precontractual y postcontractual. *Lecciones y Ensayos* (60 y 61), 209-239 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>

Derecho registral y notarial



La función social del notariado

The social function of the notary

NUÉ SESSAREGO, Ivy Nue(*)

SUMARIO: I. Introducción II. Notariado. 2.1. Concepto. 2.2. Funciones. 2.3. Sistemas de organización notarial. III. Notariado latino. IV. Función social. V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen: El presente artículo investiga y reflexiona sobre la función social del notario en el Perú. A partir de referencias legislativas que crearon y regularon al notario, establece los elementos conceptuales para definir al notariado como institución jurídica, en donde la sociedad deposita la confianza pública. Asimismo, se refiere al sistema de organización notarial y al notario en el sistema latino de derecho. Finalmente, explica y describe la función social del notariado relacionado a la seguridad jurídica, la certeza y la objetividad para concluir con las conclusiones.

Palabras clave: notario, sistema notarial, notario latino, función social del notario

Abstract: *This article investigates and reflects on the social function of the notary in Peru. Based on legislative references that created and regulated the notary, it establishes the conceptual elements to define the notary as a legal institution in which society places public trust. It also refers to the notarial organization system and the notary in the Latin law system. Finally, it explains and describes the social function*

(*) Abogada por la Pontificia Católica del Perú. Notaria Publica de Cajamarca. Presidenta del Colegio de Notarios de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

of the notary related to legal certainty, certainty and objectivity to conclude with the conclusions.

Keywords: *notary, notarial system, Latin notary, social function of the notary*

I. Introducción

El notariado a través del tiempo ha sufrido, como cualquier otra disciplina jurídica, cambios, que van desde la Ley N.º 1510, al Decreto Legislativo N.º 1049, norma vigente actualmente. De la primera de las nominadas, Ley N.º 1510 que data del año 1911, a la segunda Ley N.º 26002, transcurrieron ochenta y un años, lapso en el cual se dieron situaciones que justificaban la dación de una nueva ley, como que el notario, para la Ley N.º 1510, no tenía que ser abogado, simplemente realizaba la función notarial por mera práctica en la redacción de documentos, con buena ortografía y caligrafía, tampoco realizaba comprobación de hechos jurídicos. En cambio, en la Ley N.º 26002 se exigía al notario ser abogado de profesión y cumplir con una serie de requisitos, como tener capacidad de ejercicio en sus derechos civiles, conducta moral intachable, estar apto físicamente, no haber sido condenado por delito doloso, exigencia que alcanzan al notario en la actual norma que regula la actividad notarial, Decreto Legislativo N.º 1049, con otras exigencias más, como tener una antigüedad no menor de cinco años, estar mentalmente apto, y haber aprobado examen psicológico.

Por otro lado, en la Ley N.º 1510, el presidente de la Corte Superior designaba el sello que utilizaría el notario. En cambio, en la Ley N.º 26002 se estableció que corresponde al notario tomar las medidas de seguridad, como registrar ante el Colegio de Notarios respectivo su firma, rúbrica, signo, sellos y equipos de impresión. Actualmente, se exige, con el Decreto Legislativo N.º 1049, incluso que la firma del notario tenga un cierto grado de dificultad.

En similar línea, la Ley N.º 1510 requería que el notario examinase la capacidad de los otorgantes, la libertad y el conocimiento de los otorgantes de una escritura. Situación que se mantenía en la Ley N.º 26002. Sin embargo, en el presente se deben usar otros mecanismos de identidad para la verificación de la identidad de los intervinientes, como el de la verificación biométrica de las huellas dactilares.

Ante todo lo antes señalado, el presente artículo tiene como propósito el de realzar por encima de todo tipo de tecnicismo y modernidad, la función esencial de su actividad, que es la social, justificando su existencia por la utilidad que brinda, al responder a necesidades de la sociedad de toda índole, en aras de la seguridad jurídica.

II. Notariado

2.1. Concepto

El Notariado, institución jurídica que integra a los notarios de todo el país, es definida por Gonzalo De Las Casas, como la “Institución en que el poder de la sociedad deposita la confianza pública, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos”. Los notarios son los profesionales del derecho que están autorizados para dar fe de los actos y contratos que ante ellos se celebran. Estos recogen la voluntad de las partes, formalizándolas, redactando los instrumentos, conservando los originales y expidiendo los traslados correspondientes. Asimismo, comprueban hechos y tramitan asuntos no contenciosos. En concreto, son profesionales independientes, que realizan una actividad privada, pero que cumplen una función delegada por el Estado, que es la función de dar fe.

2.2. Funciones

El notario tiene múltiples funciones. i) La función *fedante*, cuando “da fe, autenticando el documento con su intervención”, según lo afirma el Dr. Carlos Augusto Sotomayor Bernós, notario de Lima. ii) La función *conformadora y la autenticadora*, porque es “dador de forma y dador de fe”, como sigue aseverando el Dr. Sotomayor Bernós. iii) La función *captadora o de aprehensión*, que, para Pantigoso Quintanilla, es aquella por la que “el notario conoce de manera directa, sin intermediación, el acto y la declaración de voluntad de las personas”. iv) La facultad *aconsejadora*, “por la que conocido el hecho objeto de actuación, procede a señalar las pautas, forma y procedimiento a seguirse para dar inicio, cuerpo y cierre del acto o contrato”, como sigue refiriendo Pantigoso Quintanilla. v) La función de *configuración jurídica o redacción*, por la cual “el notario estará en condiciones de dar una denominación y forma conveniente a un acto o contrato”.

Asimismo, cuenta con la facultad de *constatación*, por la que “el notario hará constar por escrito o documentalmente, un acto o contrato”, sigue aseverando Quintanilla Pantigoso. La facultad de *comprobación*, por la que constata el notario la realidad presente, actuante y dinámica de lo acontecido en su presencia”. La facultad de *autorización*, por la que, Quintanilla Pantigoso señala que “el notario autoriza o legaliza un acto o documento, revistiéndolo de ciertas formas y solemnidades, para su mayor firmeza y validez”.

Podríamos añadir otras funciones, como la *preventiva de conflictos*, pues precisamente por su conocimiento del derecho y del encauzamiento de las conduc-

tas humanas hacia lo normado y permitido, contrarrestará aquella tendencia humana a generar problemas y conflictos entre los hombres, previniendo precisamente lo litigioso y generando armonía, para una convivencia pacífica o paz social entre las personas.

2.2. Sistemas de organización notarial

Roberto Blanquer Uberos, notario español, señala que “un Sistema consiste en el conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los notarios y regula su actividad, así como los efectos atribuidos al resultado de este en relación con los intereses de la organización general”.

En tal sentido podemos reconocer la existencia de tres sistemas notariales. Uno el sistema del notariado latino, adscribiéndose el notario peruano a este, el mismo que recibe la tradición jurídica del *civil law*, mientras que un segundo, se conoce como el Notariado anglosajón, que es el que ha heredado la tradición jurídica del *common law*. Por último y tercero, el sistema social o administrativo, en el cual los notarios son considerados funcionarios públicos, encontrando las limitaciones propias de un régimen totalitario, aunque comparte ciertas características del Notariado latino.

III. Notariado latino

Cuando nos referimos al mundo notarial latino, obviamente nos estamos refiriendo al que nos concierne a más de 86 países en el mundo, ese notariado que exige que el *notario sea un profesional del derecho, que de fe de los actos y contratos que por ante él se celebra, para lo cual recoge la voluntad de las personas, les da forma, redacta el instrumento, lo conserva y expide traslados notariales.*

Ese sistema se denomina Notariado latino, lo que lo diferencia de los demás sistemas ya antes referidos. A los notarios peruanos nos corresponde este sistema de Notariado latino y precisamente eso hace que el notario no cumpla un simple rol fedante, sino el más importante rol, recoger la voluntad de las partes, darle forma, redactar el documento, conservar la matriz y expedir traslados, haciéndolo en base al principio de intermediación, con el contacto directo con los usuarios de la notaría, tal y como reza el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º1049.

IV. Función social

Gonzáles Palomino decía «el notariado es una creación social, no una creación de las normas. En eso radica su fecunda fuerza y vitalidad reales. Las crea-

ciones de la ley tienen siempre menor vigor que las de la realidad» (citado por Pérez Gallardo, 2015). Ha sido la sociedad la que ha creado al notariado, la ley no ha hecho sino responder a esa sentida realidad.

La función notarial es un «sentir». Sentirnos privilegiados por ejercer la función notarial, que nos hace los «paradigmas de la veracidad», los «arquetipos de la certeza y de la objetividad» y más allá de todo ello, los «portadores de la seguridad jurídica»; significativa responsabilidad que pesa sobre nuestros hombros, y un sentir como nuestra la problemática de las personas que necesitan de nuestra orientación.

Cuando una persona se acerca a nuestro oficio notarial, lo hace probablemente porque existen, en muchos casos, la por sí mismos de poder resolver la incertidumbre que los embarga. Estando vivos los padres, quienes son los propietarios de unos bienes inmuebles, como podrían ser bienes muebles de significativo valor y estos, desean repartir en vida sus bienes. En otras circunstancias, la muerte ha sorprendido a esos padres, sin haber podido dejar a sus hijos los bienes con los que cuentan y establecer los herederos; no saben cómo solucionar esa situación, quien podrá orientarlos, darles las posibles salidas que podrían tener en uno u otro caso.

El notario, quien además de ser abogado y, por tanto, conocedor de las normas jurídicas, tiene en sus manos la posibilidad de faccionar o de hacer la documentación pertinente para obtener la solución a los problemas de dichas personas. Esta documentación tendrá el carácter de instrumento público, precisamente, porque el notario, al ser un profesional, confiere a los documentos que redacta ese carácter público; dicha posibilidad es parte de su *función social*, el de «prestar un servicio a la sociedad».

El servicio notarial, el cual se tiene que observar integralmente, incluye, por ende, la orientación, el consejo, la salida legal acorde a la normativa, las opciones más coherentes y las verdaderas que zanjarían las dudas y las diferencias definirían la problemática que se plantearon. No todas las personas tienen conocimiento de los temas que suelen acontecer en la vida de ellas, y para eso el notario a través de su verbo claro, seguro y convincente... va a poder hacerlo.

Por tanto, debemos reconocer que siendo la actividad notarial producto de la necesidad de una sociedad, como habíamos indicado anteriormente, que desconoce la forma a veces de cómo solucionar sus problemas, además de desconfiar de su congénere, tendremos otra opción para destacar la función social que cumplimos. La misma colectividad es quien pide ese apoyo de la persona del

notario, en el cual confía; de allí que la «fiducia» o confianza, la genera el propio notario, producto de la desconfianza propia entre los hombres.

A través de la fe pública que el Estado nos encomienda, hacemos que eso que podría resultar dudoso, por tanto, inseguro, se torne cierto, fehaciente, sólido, firme. Esa es la realidad de nuestra intervención: la exigencia de nuestra presencia en muchos actos es necesaria a través de nuestra firma, nuestro sello, por cuanto esa participación es objetiva, imparcial y aporta seguridad.

Definitivamente, esos tiempos en que la palabra empeñada, el pacto de caballeros, palabra de hombre... ya no existen más, por la pérdida o resquebrajamiento de los valores, queda aún más imprescindible la participación notarial. Hay quienes consideran que los notarios son «los magistrados de la paz», como reza nuestro Himno al Notariado, porque cumplimos esa *función social* que es la de «evitar la contienda entre los hombres».

Si la actuación del notario va a generar la intervención judicial, estaríamos desempeñando un papel sumamente deslucido e inútil para la sociedad, porque la intervención oportuna del notario ante una problemática surgida, con su orientación objetiva e imparcial, hará que destruya —aunque sea— una nimia posibilidad de conflicto entre las partes intervinientes. Así, con una sabia decisión de celebrar un acto notarial, en la cual haya una total conformidad entre las partes y genere la tan ansiada justicia con paz social, habremos entonces contribuido con la armonía entre los hombres.

Si hablamos de la posibilidad de una división y partición de bienes entre personas que tienen el mismo derecho al ser coherederos, mal podrían mantener su posición férrea esos coherederos de querer los dos, la misma parte de un bien, pues se constituiría en un imposible, tendrían que buscar la solución en la vía judicial, acabando la intervención notarial. La función social del notario llegaría a la posibilidad de explicar lo que sucedería de mantenerse ambas partes en la misma posición. De ahí que el notario, haciendo gala de su objetividad y su imparcialidad, deberá poner sobre el tapete las posiciones de ambas partes y las opciones, entre las que cabe mantenerse sin razón en la desavenencia o la de ceder en aras de la paz social. La función social del notario, al ejercer una labor de «neto y nato conciliador» —por un momento—, en otras palabras, no es sino coadyuvar a la solución de una problemática, en aras de lograr justicia con paz social y lograr una de las metas del derecho y del notariado (justicia con paz social) y, además, «evitar la contienda entre los hombres»; pues, ante las diferencias, al notario le corresponde sugerir, conciliar intereses. De todo lo expuesto, es útil y pertinente la frase muy conocida del notario español Joaquín

Acosta: «notaría abierta, juzgado cerrado», que sintetiza la labor preventiva del notariado o de higiene del derecho.

El notario escucha, interpreta, aconseja, prepara, redacta, verifica, autoriza conserva y reproduce, esto es, la teleológica realidad. André Lapeyre expresa que «El itinerario del derecho notarial no debe ser eclipsado jamás por el brillo de una bella contienda. Así como el derecho de las contiendas es el derecho de los accidentes, el derecho notarial es el derecho de las creaciones». En efecto, “el derecho notarial no es el derecho de gentes enfermas, sino el derecho de personas saludables”. La función notarial *tiene un sublime carácter preventivo*. Por tanto, el derecho notarial es la «prueba antilitigiosa» por excelencia.

Una sociedad no se debe medir por el número de litigios que se resuelven en los tribunales, ni por la celeridad y rigorismo técnico que solucione el conflicto de intereses, sino por el número de pleitos que se eviten. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras. De ahí que cabe recordar la frase «notarías abiertas, juzgados cerrados».

A modo de conclusión del tema abordado, sería relevante apreciar el sinnúmero de ocasiones en las que hemos podido demostrar la función social que cumple el notariado. De este modo, el notario nunca podría dejar de proveer el rol más importante que nos caracteriza, por encima del fedante, que es el de cumplir esa función social que se sustenta en uno de los principios notariales que rigen nuestra función, que es el principio de intermediación, contacto con los usuarios de su notaría, acercamiento de ambos con el instrumento público. Dicho principio nos lleva a otro principio no menos importante, que es el principio de consentimiento, requisito esencial, el mismo que debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial, quedando plasmada la ratificación y aceptación del instrumento que pueda haberse realizado mediante la firma del o los otorgantes, en expresión del consentimiento.

Además, reconociendo que no todas las personas tienen el mismo alcance o preparación, precisamente la función social que desempeñamos nos exige el orientar de la mejor manera, explicar, bajarnos al llano, llegar a aquellos que no saben el acto que deben realizar para solucionar sus problemas, encontrando en esto otro rasgo de función social del notario: hacer docencia.

Y cuando el notario tenga la más leve duda en su actuar, *deberse abstenerse, para no opacar la transparencia de su actuación*, tal y como también señala un mandamiento del notario. Este no es una fábrica de escrituras, llegado el caso tendrá que abstenerse, demostrando con ello la transparencia de su actuación.

V. Conclusiones

El rol del notario se torna indispensable para nuestra sociedad, por el sin-número de funciones que cumple. En el vertiginoso desarrollo de la sociedad, se hace imprescindible su intervención, brindando seguridad y, por ende, tranquilidad a la sociedad, teniendo una cercana conexión a instituciones de nuestro país, como municipalidades, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Superintendencia Nacional de los Registro Públicos, coadyuvando con su intervención a facilitar trámites, fiscalizando tributos y permitiendo por sobre todo, asegurar a la ciudadanía, el esfuerzo de toda una vida por la adquisición de un bien, por la satisfacción de un derecho.

VI. Referencias

- Fernández Molleda Llamazares, J. A. (1992). Perfil comunitario de la ética notarial. En J. F. Delgado de Miguel (Comp.), *Deontología notarial*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- Pérez Gallardo, L. B. (2015). En *La Función del Notario*. Estudios varios del Derecho Notarial. Gaceta Notarial.
- Pérez Gallardo L. B. (2021). *Estudio introductorio a principio notariales*. Gaceta Notarial.
- Rodríguez Arados, A. (2021). *Principios referentes a la función notarial*. Gaceta Notarial.
- Pantigoso Quintanilla, M. A. (1995). *La función notarial*. Rhodas

La responsabilidad civil del notario público: reflexiones sobre los defectos de publicidad registral de los testamentos por escritura pública y las sucesiones mixtas que no fueron resueltos con la ley N.º 31338

The civil liability of the notary public:
reflections on the defects of registry
publicity of wills by public deed
and mixed successions that were not
resolved with law N.º 31338

RODRÍGUEZ URTEAGA, Marcia Patricia(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La sucesión, sus elementos y su naturaleza jurídica. III. Los tipos de sucesión. IV. El testamento por escritura pública y las recientes modificaciones a sus requisitos mediante Ley N.º 31338. V. La obligación del notario de solicitar la inscripción en

(*) Abogada por la Universidad Privada del Norte. Maestra en Ciencias, mención Derecho, Línea Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca y de la Universidad Privada del Norte. Correo electrónico: marcia.rodriguez.u@gmail.com / mrodriguez_u_epg15@unc.edu.pe

SUNARP de los testamentos por escritura pública. VI. La obligación del notario de verificar la inexistencia de una sucesión testamentaria o intestada, para tramitar una sucesión intestada notarial. VII. La posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante siempre que sus disposiciones no sean incompatibles. VIII. La naturaleza jurídica de las anotaciones preventivas de testamento. IX. La responsabilidad civil del notario público. X. Un caso hipotético, pero común. XI. Conclusiones. XII. Referencias.

Resumen: La sucesión testamentaria por escritura pública es uno de los actos jurídicos más formales del derecho peruano. Por tal motivo, el notario público debe cumplir con los requisitos esenciales para su validez, establecidos por el Código Civil, así como las disposiciones notariales y registrales vinculadas a este acto jurídico. A fin de facilitar su otorgamiento, se ha promulgado en el año 2021 la Ley N.º 31338; no obstante, dicha ley no ha resuelto tanto los inconvenientes que se presentan en la publicidad registral de dichos testamentos como la posibilidad de inscribir sucesiones mixtas; aspectos que, además, involucran un incumplimiento de las obligaciones del notario público y las consecuencias en su responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

Palabras clave: responsabilidad civil, sucesión testamentaria, sucesión mixta, publicidad registral

Abstract: *Testamentary succession by public deed is one of the most formal legal acts of Peruvian law; The notary public must comply with the essential requirements for its validity established by the Civil Code, as well as the notarial and registry provisions linked to this legal act. In order to facilitate its granting, Law No. 31338 has been enacted in 2021, however, said law has not resolved the inconveniences that arise in the registration publicity of said wills, as well as the possibility of registering mixed successions; aspects that, in addition, involve a breach of the obligations of the notary public and the consequences on their civil liability, both contractual and non-contractual.*

Keywords: *civil liability, testamentary succession, mixed succession, registration publicity*

I. Introducción

El 11 de agosto del año 2021, mediante la Ley N.º 31338, Ley que modifica el artículo 696 del Código Civil, facilitando el otorgamiento de testamento por escritura pública, y la modificación del artículo 38 del Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, sobre la forma de llevar los registros, se han dispuesto una serie de modificaciones a los requisitos exigidos para el otor-

gamiento de testamentos por escritura pública, así como para el modo en que deberá ser llevado los registros del notario, a efectos de modernizar los servicios notariales con el empleo de medios electrónicos.

No obstante, la referida ley ha perdido la oportunidad de regular algunos defectos graves que se presentan en la publicidad registral de dichos testamentos, así como de establecer los supuestos en los cuales cabe la posibilidad de inscribir sucesiones mixtas; aspectos que, además, repercuten directamente en la responsabilidad civil del notario público encargado de celebrar y conservar los referidos testamentos, que serán detallados en el presente artículo.

II. La sucesión, sus elementos y su naturaleza jurídica

La palabra «sucesión», gramaticalmente, significa transmisión, subrogación o sustitución de una persona por otra. De manera que, en un sentido jurídico, hace referencia a la transmisión, subrogación o sustitución de derechos y obligaciones de una persona por otra. Esta transmisión se diferencia de otros actos jurídicos por la relevancia en su contenido patrimonial, así como por su origen, toda vez que se produce únicamente por causa de muerte. Siendo así, podríamos definir a la sucesión como aquella transmisión patrimonial de una persona a otra por causa de muerte (Miranda Canales, 1996).

En efecto, conforme lo establece el artículo 660 del Código Civil de 1984, la transmisión sucesoria se produce de pleno derecho desde la muerte de una persona; transfiriéndose los bienes, derechos y obligaciones de esta hacia sus sucesores.

Para que exista sucesión se requieren de dos elementos: uno subjetivo, conformado por el causante y los sucesores de este, y, otro objetivo, conformado por la herencia o la masa hereditaria que comprenden bienes, derechos y obligaciones.

Los sucesores se clasifican, a su vez, en herederos y legatarios. Los primeros son aquellos que suceden por disposición legal o testamentaria a título universal; mientras que los segundos suceden a título particular dentro del porcentaje de libre disposición que tuviera el testador. Respecto al porcentaje de libre disposición, este variará según si el testador tiene hijos u otros ascendientes, o cónyuges, supuesto en el cual podrá disponer libremente hasta el tercio de sus bienes; si el testador tiene solo padres y otros ascendientes, podrá disponer hasta de la mitad de sus bienes, y si no tiene ninguno de los parientes indicados en los artículos 725 y 726 del Código Civil, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

En cuanto a su naturaleza jurídica, para Miranda Canales (1996) la sucesión constituye un derecho real mediante el cual, por causa de muerte, una

persona ejerce este derecho de manera gratuita y sin contraprestación alguna. No obstante, para otro sector de la doctrina, es posible que derechos no patrimoniales sean susceptibles de transmisión, como, por ejemplo, el derecho a aceptar o renunciar a la herencia consagrado en el artículo 679 del Código Civil. Asimismo, hay derechos hereditarios difíciles de definir su naturaleza, como los derechos al patrimonio de la comunidad conyugal, que, según su naturaleza, sería real, aunque no se transmite la condición de miembro de ella. Igual ocurre con los derechos de autor, que son personales. Otro derecho no patrimonial es respecto a los funerales, inhumación o incineración (Ferrero Costa, 2020).

III. Los tipos de sucesión: la sucesión testamentaria, la sucesión intestada y la sucesión mixta

En el derecho peruano, la sucesión puede ser de tres tipos:

- i) **Sucesión testamentaria:** Es aquella que se origina por la voluntad del testador, quien mediante alguna de las modalidades testamentarias establecidas por el Código Civil, ha instaurado a sus sucesores, ya sea a sus herederos, en razón de parentesco consanguíneo o de afinidad, matrimonio o adopción; y/o también a sus legatarios, con quienes puede o no tener una relación de parentesco; como también ha realizado la distribución de la masa hereditaria entre éstos, en la proporción que fuera disponible y conforme a los límites establecidos por la ley, según sea el caso.

Mediante testamento, el testador puede establecer cláusulas cuyo contenido sea patrimonial o no patrimonial; resultando válido así el mismo se limite a tener un contenido no patrimonial, tal y como lo establece el artículo 686 del Código Civil, el cual prescribe que, por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala; siendo válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Asimismo, mediante el testamento, testador puede encomendar a una o a varias personas, a quienes se les denomina albaceas o ejecutores testamentario, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad, conforme a lo dispuesto por el artículo 778 del Código Civil.

- ii) **Sucesión intestada:** Es aquella que, ante la ausencia de un testamento o la existencia de un testamento inválido, caduco o ineficaz, se origina por disposición de la ley. En atención a ello, los sucesores serán los estableci-

dos por la ley, en razón de parentesco consanguíneo o de afinidad, como también por matrimonio o adopción. En este tipo de sucesión, porque no existe un testamento que haya válidamente establecido el modo en que se distribuiría su herencia a sus sucesores, será realizada en la proporción establecida por la ley.

Este tipo de sucesión es la más común en el Perú, debido a que nuestra sociedad, lamentablemente, no tiene aún la cultura o costumbre de testar, pese a sus ventajas; y de tenerla, esta resulta ser bastante onerosa a fin de que no se cometan errores o vicios que la invaliden.

- iii) Sucesión mixta:** Es aquella que se origina tanto por sucesión testamentaria como sucesión intestada, de manera que es testamentaria en una parte e intestada en otra (Miranda Canales, 1996).

En el derecho romano resultaba incompatible este tipo de sucesión (*nemo pro pdrte testatus pro parte intestatus decedere potest*); no obstante, esto se modificó en el siglo XIV con el Ordenamiento de Alcalá, el cual permitió la coexistencia de ambas sucesiones.

Como se ha señalado anteriormente, debido a que no es indispensable para la validez de un testamento el que se establezcan cláusulas con contenido patrimonial, pudiendo establecerse solo contenidos no patrimoniales, podría ocurrir el caso en el que un testador solo exprese su voluntad de instituir a sus herederos y/o legatarios, mas no el modo en que se distribuirá la herencia entre estos; por lo que debe completarse este aspecto con las disposiciones establecidas por ley, resultando así factible la sucesión mixta.

En consecuencia, este tipo de sucesión, podría darse en los siguientes supuestos:

- a) Cuando en el testamento no se instituye herederos, solo legatarios. De modo que el testador hace uso del porcentaje de libre disposición permitido por la ley. Y pese a la existencia de un testamento, la ley deberá completar la declaración correspondiente de los herederos, sin dejar de lado la institución del legatario realizado por el testador.
- b) Cuando el testamento instituye herederos y legatarios, pero no contempló disposiciones patrimoniales, o cuando habiéndolo hecho, las cláusulas que recogían ello han sido declaradas inválidas o caducas. Por lo que, pese a la existencia de un testamento, deberá la ley establecer este extremo respecto a la distribución de los bienes en la proporción establecida por la ley.

- c) Cuando el testamento instituye herederos y legatarios y contempla disposiciones patrimoniales, mas no ha incluido todos sus bienes en estas disposiciones; por lo que quedan algunos de ellos sin la precisión de cómo serán distribuidos entre los herederos y legatarios. Por este motivo, pese a la existencia de un testamento, deberá realizarse una sucesión intestada solo en el extremo que comprenden los bienes no contemplados y en la proporción establecida por la ley.

De esta manera, es posible sucesiones parcialmente intestadas y parcialmente testadas. Al respecto, en la parte *in fine* del artículo 815 del Código Civil se establece, inclusive, que la declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada no impide al preterido por la declaración haga valer su acción de petición de herencia.

IV. El testamento por escritura pública y las recientes modificaciones a sus requisitos mediante Ley N.º 31338

El ordenamiento jurídico peruano ha regulado diversas modalidades para la sucesión testamentaria, tales como el testamento por escritura pública, testamento cerrado, testamento ológrafo, testamento militar y marítimo, así como los testamentos otorgados en el extranjero.

Todos los testamentos tienen formalidades en común y formalidades particulares. Dentro de las formalidades comunes, se requiere que todo testamento se realice de forma escrita, precisándose la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, conforme a lo dispuesto por el artículo 695 del Código Civil.

Con relación al testamento otorgado por escritura pública, que es el tipo de testamento que nos ocupa, el artículo 696 del Código Civil ha establecido formalidades específicas, las cuales han sido recientemente modificadas mediante Ley N.º 31338, Ley que modifica el artículo 696 del Código Civil, facilitando el otorgamiento de testamento por escritura pública, y modifica el artículo 38 del Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, sobre la forma de llevar los registros, Ley N.º 31338, el día 11 de agosto del año 2021; y son actualmente las siguientes:

- 1) Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.

Respecto a este numeral, la Ley N.º 31338 incorporó la obligación del notario de realizar una identificación biométrica de los intervinientes, que no se tenía anteriormente y que provocaba cuestionamientos de los sucesores sobre la identidad de los intervinientes; aspecto que ha sido solucionado con esta modificación:

- 2) Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

Este numeral no ha sufrido variación con la Ley N.º 31338:

- 3) Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.

Las modificaciones a este numeral constituyen uno de los principales aportes de la Ley N.º 31338, ya que incorporó la posibilidad de que las notarías empleen medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar para la redacción de los testamentos. Este hecho era urgente porque muchos testamentos realizados del puño y letra del notario resultaban ilegibles, contenían errores ortográficos y de redacción, así como errores de signos de puntuación, que provocaban dificultades sobre su comprensión, interpretación y alcance; imposibilitando y dificultando su inscripción. Cabe mencionar dichas modificaciones:

- 4) Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
- 5) Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que este elija.
- 6) Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.
- 7) Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

- 8) Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.
- 9) Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

Los numerales 4, 5, 6, 7, 8 y 9, si bien tuvieron algunas variaciones a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1384 publicado el 04 de setiembre de 2018, no han sufrido variación con la Ley N.º 31338.

Téngase en cuenta que, conforme lo establece el artículo 696 del Código Civil, las formalidades enumeradas son esenciales, de manera que la ausencia de una de ellas determinará la nulidad del testamento otorgado.

Igualmente, como puede advertirse, no es un requisito de validez del testamento que este instituya obligatoriamente a los herederos o legatarios, como tampoco realice distribución de la masa hereditaria, así como tampoco que su contenido sea exclusivamente patrimonial, ya que, como se ha indicado anteriormente, podrá limitarse a establecer cláusulas de contenido no patrimonial, debiendo el notario solo dar fe de su última voluntad.

V. La obligación del notario de solicitar la inscripción en SUNARP de los testamentos por escritura pública

Una vez celebrado el testamento, conforme a los requisitos antes indicados, el notario es responsable de garantizar su conservación y reserva hasta el fallecimiento del testador; de ahí que esté prohibido que tanto el notario y el colegio de notarios informen o manifiesten el contenido o existencia de los testamentos mientras viva el testador, más aún si todo testamento puede ser revocado o modificado por este.

De esta manera, el notario público solo puede expedir los testimonios o traslados que sean requeridos a pedido del propio testador en vida o, en su defecto, con la presentación del certificado de defunción del testador, a su muerte. Sobre este aspecto, el Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, establece en su artículo 37 y siguientes que el registro de testamentos forma parte del protocolo notarial; por esta razón el notario debe incluir los testamentos por escritura pública y los testamentos cerrados en este, bajo responsabilidad.

Con relación al registro de testamentos ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el artículo 70 de dicho decreto legislativo señala la obligación del notario de solicitar su inscripción. Es decir, en el caso de que el

testador se encuentre con vida, deberá remitir los partes correspondientes en los que solo se precise la fecha de su otorgamiento, fojas donde corre extendido en el registro, nombre del notario, del testador y de los testigos, con la constancia de su suscripción; mas no el contenido de las cláusulas del mismo, conforme lo establece el artículo 73 del referido decreto legislativo.

Una vez fallecido el testador, el notario deberá solicitar la inscripción de la ampliación del asiento a fin de que se publiciten las cláusulas contenidas en el mismo. Asimismo, es obligación del notario remitir al colegio de notarios, dentro de los primeros ocho días de cada mes, una relación de los testamentos en escritura pública y cerrados extendidos en el mes anterior.

Al respecto, los artículo 10 y 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y de Sucesiones Intestadas aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 156-2012-SUNARP/SN, establecen los requisitos tanto para la inscripción y revocatoria de testamentos como para las correspondientes ampliaciones al asiento al momento de producir la muerte del testador. De este modo, se establece que, en el caso de otorgamiento de testamento por escritura pública, se realizará con el respectivo parte notarial, que contenga la fecha de su otorgamiento, las fojas del registro notarial donde corre extendido, el nombre del notario, el nombre y número del documento oficial de identidad del testador y el nombre de los testigos, con la constancia de su suscripción. Y para el caso de la ampliación del mismo, una vez producido el fallecimiento, se deberá presentar el parte notarial que contengan el íntegro del testamento, en el que se indique el nombre y número de documento oficial de identidad del testador, adjuntándose copia certificada de su defunción. Dichos artículos han sido recientemente modificados mediante Resolución N.º 163-2021-SUNARP/SN, publicada el 16 de noviembre de 2021, incluyéndose solo la obligación de consignarse en los respectivos partes notariales el nombre y el número de documento oficial de identidad del testador, aspecto que no era requerido anteriormente.

Como se advierte, la obligación del notario de registrar y el testamento tiene especial importancia, ya que dada la reserva de su existencia y contenido, **la única manera en que los sucesores podrían tomar conocimiento de la existencia de un testamento es partir de la inscripción solicitada por el notario.** De manera que, de incumplir el notario con esta obligación, los sucesores podrían erróneamente tramitar una sucesión intestada, bajo la creencia de que no existe un testamento dejado por el causante.

VI. La obligación del notario de verificar la inexistencia de una sucesión testamentaria o intestada para tramitar una sucesión intestada notarial

La sucesión intestada puede ser tramitada en vía judicial o notarial. Esta última es regulada en la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N.º26662. En dicha ley, se menciona que para su procedencia la solicitud debe ser presentada por cualquiera de los interesados, que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante, adjuntando los siguientes requisitos indispensables:

1. Nombre del causante.
2. Copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta.
3. Copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero o herederos, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial o adoptivo.
4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme.
5. Relación de los bienes conocidos.
6. Certificación registral en la que conste que no hay inscrito testamento u otro proceso de sucesión intestada, en el lugar del último domicilio del causante y en aquel donde hubiera tenido bienes inscritos.

De los requisitos señalados, para el análisis que nos ocupa, nos referiremos al certificado registral en el que conste que no hay inscrito testamento u otro proceso de sucesión intestada tanto en el lugar del último domicilio del causante como en donde tuviere bienes inscritos.

Como puede advertirse, para que el procedimiento de sucesión intestada pueda llevarse a cabo notarialmente, es una exigencia que no exista sucesión testada o intestada inscrita. No obstante, **ello no significa que no resulte posible la coexistencia de la sucesión testada e intestada de una persona, como es el caso de la sucesión mixta antes desarrollada**. Este requisito tiene por finalidad que, al tramitar una sucesión intestada ante un determinado despacho notarial —a

través de una búsqueda en el Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas de la Oficina Registral que corresponda al lugar del último domicilio del causante y en aquel donde hubiera tenido bienes inscritos—, los sucesores puedan tener conocimiento de la existencia de algún testamento que hubiere celebrado el causante ante otro despacho notarial, y que quizás desconocían, o de algún otro trámite de sucesión intestada que se encuentre realizando en otro despacho notarial, a efectos de ejercitar sus derechos hereditarios. Así, puedan apersonarse u oponerse notarialmente a algún procedimiento notarial en trámite o, en su defecto, solicitar su nulidad, caducidad o ineficacia en la vía judicial según sean las circunstancias del caso.

Siendo así, el notario, al verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos, solicitará que se extienda inmediatamente una anotación preventiva en el Registro de Sucesiones Intestadas de la oficina registral competente, para que pueda publicitarse a terceros el inicio de dicho procedimiento no contencioso, así como para evitar que se inicie otro de igual naturaleza en otro despacho notarial.

Luego de dicha anotación preventiva, tal y como lo establece la ley en comentario, el notario mandará publicar un aviso que contenga un extracto de la solicitud por una sola vez en un diario oficial y en otro de amplia circulación del lugar donde se realiza el trámite; y a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima; asimismo, si corresponde, también notificará a los presuntos herederos. En caso de herencia vacante, notificará a la Sociedad de Beneficencia Pública o, a falta de esta, a la Junta de Participación Social en ambos casos, del lugar del último domicilio del causante en el país, o de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero. Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, el notario extenderá un acta declarando herederos del causante a quienes hubiesen acreditado su derecho, incluyendo a aquellos que dentro de dicho plazo se hubieran apersonado y acreditado su calidad de tal con cualquiera de los documentos señalados en el artículo 834 del Código Procesal Civil y no mediara oposición a su inclusión.

Cumplido el trámite indicado, el notario remitirá partes al Registro de Sucesión Intestada del lugar donde se ha seguido el trámite y a los Registros donde el causante tenga bienes o derechos inscritos, a fin de que se inscriba la sucesión intestada.

Asimismo, el Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 156-2012-SUNARP-SN, establece que se requerirá el parte notarial que contiene el acta que declara a los herederos intes-

tados. Además, es obligación de el registrador, dentro de su función de calificación, verificar en el Índice Nacional de Sucesiones que no conste la inscripción de una sucesión intestada del mismo causante.

Como se advierte, mientras que el notario tiene la obligación de verificar la inexistencia de una sucesión testada o intestada inscrita para poder iniciar y culminar el procedimiento no contencioso de sucesión intestada vía notarial, el registrador público solo tiene la obligación de verificar que no existan dos sucesiones intestadas del mismo causante. Sin embargo, no existe impedimento registral para inscribir una sucesión intestada si hubiere un testamento inscrito. Esto último dependerá de las disposiciones de dicho testamento, si son o no incompatibles con lo establecido en la sucesión intestada, como fuera el caso en el que existiese un testamento cuyas cláusulas tuvieran contenidos no patrimoniales y no exista impedimento alguno de que se tramite y se inscriba una sucesión intestada y que ambas sucesiones coexistan, por cuanto la primera establece contenido no patrimonial, y la segunda, de contenido patrimonial.

VII. La posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante siempre que sus disposiciones no sean incompatibles

El Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 156-2012-SUNARP-SN, establece textualmente la posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante, siempre y cuando sus disposiciones no sean incompatibles y no restrinjan su inscripción, y con ello permitiéndose la sucesión mixta.

Solo si las disposiciones son incompatibles se procederá con la inscripción de una anotación preventiva a fin de publicitar esta circunstancia frente a terceros, y sea, a través de la vía judicial, que se dilucide esta incompatibilidad, tal y como se advierte del artículo 37 de dicho reglamento, el cual refiere que el en caso de que el testamento contenga disposiciones incompatibles con la sucesión intestada inscrita, el interesado podrá solicitar que se extienda una anotación preventiva por existencia de testamento en el Registro de Sucesiones Intestadas, la misma que se inscribirá en el rubro B) de la partida de dicho registro, a fin de publicitar el otorgamiento del testamento por el causante de la sucesión intestada. La anotación se efectuará en mérito al parte notarial o consular que contenga el íntegro del testamento otorgado bajo cualquiera de las modalidades testamentarias previstas en el Código Civil.

No obstante, el artículo 38 pone un límite de tiempo de dicha anotación preventiva, y especifica que su duración será de ciento veinte (120) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la extensión de la anotación en la partida registral. Adicionalmente, hace la precisión de que dicha anotación reserva la prioridad de la eventual medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional retrotrayendo sus efectos a la fecha y hora del asiento de presentación, siempre que la medida judicial se presente en el Diario de la Oficina Registral pertinente dentro del plazo de vigencia de la anotación.

VIII. La naturaleza jurídica de las anotaciones preventivas de testamento

Como afirma Pau Pedrón citado por Manzano Lozano (1994), la nota más importante de toda anotación preventiva, en general, es su duración temporal o transitoria.

En el VII Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Rio de Janeiro en 1987, se estudió sobre su naturaleza y efectos, arribándose, entre otras conclusiones, en que son esencialmente caducables en un determinado plazo. Estas notas distintivas han sido recogidas por nuestra legislación peruana en el artículo 64 del Reglamento General de Registros Públicos que establece que son asientos provisionales y transitorios y que tiene por finalidad reserva la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito (Gonzales Loli, 2002).

En cuanto a su finalidad, es un instrumento registral eficiente para asegurar y reforzar las posibilidades de un fallo judicial para garantizar derechos reales ya existentes, pero que todavía no pueden ser inscritos, o para asegurar el puesto registral a aquellos títulos que por adolecer de algún defecto susceptible de ser corregido o subsanado no puede por el momento ser objeto de registro definitivo (Manzano Lozano, 1994).

Cabe mencionar que aquellas anotaciones preventivas vinculadas al Registro de Propiedad Inmueble tienen una duración de un año; sin embargo, las anotaciones preventivas de testamento, conforme lo establecido por el artículo 38 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, tiene tan solo una duración de 120 días hábiles; tiempo en el cual, conforme lo ha señalado el Tribunal Registral mediante Resolución N.º 1276-2017-SUNARP-TR-L, deberá instaurarse un proceso judicial que cuestione la sucesión intestada inscrita.

Consideramos que dicho lapso de tiempo resulta muy corto, considerando que la transmisión sucesoria tiene por efecto directo la transferencia de bienes, derechos y obligaciones a los sucesores. De manera que comprenden relaciones jurídicas mucho más complejas que las vinculadas solo a los derechos de propiedad de bienes inmuebles; por lo que debe, cuanto menos, tener el mismo plazo de vigencia de un año, como ocurre en el caso de bienes inmuebles.

Asimismo, el reglamento no establece si dicha anotación preventiva puede ser o no prorrogada, pero tampoco prohíbe esta posibilidad. Por tanto, consideramos que sí cabría la posibilidad de requerir una prórroga del plazo, antes de su vencimiento; o inclusive, solicitar se inscriba nuevamente la anotación preventiva de testamento después de haberse producido el vencimiento del asiento; en tanto su naturaleza es siempre provisional.

IX. La responsabilidad civil del notario público

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.º 1049, el notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes: redacta los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

El notario ejerce su labor en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial. El ejercicio personal de la función notarial no excluye la colaboración de dependientes del despacho notarial para realizar actos complementarios o conexos que coadyuven a su desarrollo, manteniéndose la responsabilidad exclusiva del notario.

El artículo 16 del referido decreto, relaciona las obligaciones del notario, dentro de las cuales se encuentran el prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, orientar su accionar profesional y personal de acuerdo a los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes. Asimismo, los artículos 144 y 145 establecen que el notario tiene responsabilidad administrativa disciplinaria por el incumplimiento de dicho decreto, normas conexas y reglamentarias, estatuto y decisiones dictadas por el Consejo del Notariado y colegio de notarios respectivo; como también es responsable, civil y penalmente, de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de la función.

Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad del notario son independientes y se exigen de acuerdo con lo previsto en su respectiva legislación.

En cuanto a la responsabilidad civil, esta se encuentra regulada en el Código Civil de 1984. Se refiere al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida respecto a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que existe entre los sujetos ningún vínculo obligacional.

Cuando el daño sea consecuencia del incumplimiento de una obligación, en términos doctrinarios, se habla de responsabilidad civil contractual; y de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones, en terminología del Código Civil peruano. Por el contrario, cuando el daño se produzca sin que exista ninguna relación jurídica entre las partes, o incluso existiendo ella, es consecuencia no del incumplimiento de una obligación, sino simplemente del deber jurídico de no causar daño a otro; por tanto, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (Taboada Córdova, 2003).

El notario público, dentro de su función, si incurre en cualquiera de los dos tipos de responsabilidad, debe indemnizar los daños y los perjuicios que fueran ocasionados por el incumplimiento doloso o culposo de sus obligaciones.

Como se ha señalado anteriormente, para el caso de la inscripción de otorgamientos de testamentos por escritura pública, constituye una obligación principal del notario público solicitar la inmediata inscripción del testamento otorgado ante la oficina registral competente. Dicha obligación, por su naturaleza, con respecto al testador, será contractual, mientras que con respecto a los sucesores o terceros perjudicados, será extracontractual. En el primer caso, el testador retribuye con una contraprestación al notario público por el referido servicio, el cual no deberá adolecer de ningún defecto formal para su validez, como también deberá incluirse la inscripción pertinente, así como los deberes de conservación y reserva hasta el fallecimiento del testador. En el segundo caso, los sucesores podrán verse perjudicados ante el incumplimiento de dicha obligación al momento de ejercitar sus derechos hereditarios, o ante la declaración de nulidad por defecto formal del documento que fuera cometido por el notario.

Con relación a la inscripción de la ampliación del asiento, una vez producido el fallecimiento del testador, en la medida que el notario público toma conocimiento del fallecimiento del testador por medio de la solicitud de ampliación realizada por los herederos u otras personas interesadas, no será responsable

por la demora que se produzca al solicitar dicha inscripción del contenido de las cláusulas del testamento, siempre y cuando haya cumplido diligentemente con su obligación de inscribir previamente el otorgamiento del testamento.

X. Un caso hipotético, pero común

Partamos de un caso real, pero bastante común, que nos permitirá mostrar y ejemplificar los graves inconvenientes de la falta de precisión sobre los efectos del incumplimiento de las obligaciones del notario público respecto a la inscripción de los testamentos, así como la impertinencia de otorgar una duración de 120 días hábiles a las anotaciones preventivas de testamentos que se pudieran presentar como consecuencia de este incumplimiento, cuya oportunidad de ser resueltos fueron dejados de lado en la Ley N.º 31338.

Supongamos que los cónyuges Juan Pajares y María Pérez, encontrándose en la edad de 80 y 75 años respectivamente, con la finalidad de evitar futuros conflictos sobre la distribución de sus extensas propiedades ubicadas en la ciudad de Cajamarca entre sus seis hijos (José, Jorge, Carlos, Miguel, Ana y Claudia Pajares Pérez), tomaron la decisión de celebrar un testamento por escritura pública ante el notario público de Cajamarca de su confianza, Andrés Leiva, cuyos años de experiencia les otorgan la seguridad y la tranquilidad de que no se cometerán errores o vicios que invaliden su última voluntad.

Ante el llamado de la referida sociedad conyugal, el notario público Andrés Leiva acudió a su domicilio y escuchó su última voluntad, así como su decisión de otorgar a su hijo Miguel, el tercio de libre disposición sobre su patrimonio, en atención a la discapacidad física que este padece y debido al temor de que entre hermanos no pudieran apoyarlo económicamente en la satisfacción de sus necesidades. El notario público, les explicó que en nuestro ordenamiento peruano no cabe realizar un testamento conjunto, motivo por el cual deberá redactar un testamento para Juan Pajares y otro testamento para María Pérez. El referido notario público, les explicó sobre las formalidades requeridas para el otorgamiento por escritura pública, sus costos, así como también les recomendó pudieran designar a un albacea que pudiera encargarse de hacer cumplir el referido testamento. Y estando conformes con ello, redactó el testamento de cada uno de ellos, en los cuales instauraba a sus herederos forzosos, distribuyendo equitativamente las propiedades entre estos. Así, otorgan el tercio de libre disposición a su hijo Miguel y designan como albacea a su hija Ana en ambos testamentos.

El notario público conservó el testamento en su registro protocolar; no obstante, incumplió con su obligación de solicitar la inscripción de los referi-

dos testamentos ante la Oficina Registral de Cajamarca, porque solo se limitó con comunicar, como lo hacía de manera periódica, al Colegio de Notarios de Cajamarca, la relación de los testamentos celebrados ante su despacho notarial.

Diez años después de la celebración de dichos testamentos, a la edad de 90 años, Juan Pajares fallece. Ana, que tuvo conocimiento de la existencia de tales testamentos por su padre antes de morir, se encargó de acudir a la notaría pública de Andrés Leiva para realizar los trámites correspondientes para hacer cumplir su última voluntad. Al acudir a dicha notaría, a fin de poder extenderle los partes correspondientes, se le requirió que adjunte el certificado de defunción de su padre Juan Pajares. Sin embargo, debido a que Ana, por razones laborales, ya no residía en la ciudad de Cajamarca, decidió regresar a su lugar de residencia, y luego retornar a Cajamarca en tres meses para dedicarse a dichos trámites, para cuyo efecto solicitaría vacaciones en su centro de labores.

Transcurridos los tres meses, Ana retornó a Cajamarca, se presentó ante la notaría con la respectiva acta de defunción y solicitó la inscripción de la ampliación del asiento del testamento de su padre. Empero, grande fue la sorpresa de Ana cuando, luego de presentarse los partes registrales, el registrador público de Cajamarca observó su solicitud, y le informó que el mes anterior se habría inscrito una sucesión intestada tramitada por su hermano Jorge, en la que se declaró como herederos únicos y universales a él y a su madre María Pérez; esto es, pretiriendo los derechos de sus hermanos, incluyendo también los de ella; por ende, descatando la voluntad testamentaria de su padre. Esta sucesión intestada, en efecto, se había podido tramitar e inscribir sin mayores inconvenientes registrales, en atención a que el notario público Andrés Leiva incumplió con su obligación de solicitar la inscripción del testamento hace diez años, en la oportunidad en que fue celebrado. Con todo ello, fue mucho más grande la sorpresa de Ana, al percatarse de que el notario público que tramitó la referida sucesión intestada fue Andrés Leiva, quien en su propio registro protocolar obraban los testamentos que celebró de puño y letra de su padre Juan Pajares.

Ante esta situación, más allá de mostrar su enfado frente al personal de la notaría y al notario público Andrés Leiva, Ana decidió acudir a un abogado para “deshacer” esta inscripción, a fin de que el testamento de su padre sea eficaz y pueda ella cumplir cabalmente con la función que le fue encomendada. El abogado le manifestó la posibilidad de solicitar una anotación preventiva de testamento, mediante el cual se pueda publicitar ante terceros lo ocurrido y proteger la masa hereditaria. Sin embargo, el abogado le informó que esta anotación es solo vigente por 120 días hábiles, a pesar de que en dicho testamento sí se incluyeron a la totalidad de los herederos forzosos que no ocurría en la sucesión

intestada, como al legatario instaurado y sus facultades de albaceazgo; por lo que sería recomendable que, en dicho lapso de tiempo, se inicie una acción judicial con el fin de solicitar la nulidad del procedimiento de sucesión intestada como del asiento de inscripción pertinente; indicándole que elaborará la demanda correspondiente para esos fines.

Ana, habiendo encontrado una salida, aunque judicial, acudió al domicilio de su madre para comentarle lo sucedido. En aquel lugar, se encontró con su hermano Jorge, a quien le increpó la impertinencia de haber iniciado una sucesión intestada sin consultar con los demás hermanos, así como también sin haberlos siquiera incluido a todos, además le informó la existencia del testamento.

Jorge le manifestó que tramitó la sucesión intestada debido a que era una manera fácil de transmitir la herencia, pero que no tenía conocimiento de las implicancias de haber declarado como únicos herederos a él y a su madre. Menciona que previamente se asesoró con un abogado, quien le informó que todo se solucionaría si todos sus hermanos inician un proceso judicial llamado «ampliación de herederos» para ser incorporados en la sucesión intestada; pero que en ningún caso sería posible ejecutar el testamento, ya que la distribución no ha sido equitativa entre todos, según la opinión de su abogado. En definitiva, no solo se habría excedido del límite de libre disposición, sino también no se había contemplado un terreno adquirido con posterioridad al otorgamiento del testamento; y que esta circunstancia había sido ya conversada con sus hermanos José, Carlos y Claudia, quienes estaban de acuerdo en iniciar dicho proceso, e inclusive allanarse al mismo, a fin de agilizar mucho más el trámite.

Ana, por supuesto se encontró disconforme con dicha decisión porque estaban excluyendo a su hermano Miguel, quien además era legatario de dicho testamento. A pesar de ello, Jorge, José Carlos y Claudia tramitaron el referido proceso judicial, y procedieron conforme a lo acordado. Ana acudió nuevamente con su abogado, y le informó la existencia de este proceso. Su abogado revisó que, en efecto, el referido proceso se encontraba en etapa postulatoria; por lo que lo más apropiado era que, aunque no era considerados como demandados, ella y Miguel puedan apersonarse al proceso en calidad de terceros excluyentes principales, para así paralizar el proceso judicial, y pueda el juez permitir la interposición de su pretensión destinada a dotar de validez al testamento y la última voluntad consignado en ellos. Ana, estuvo de acuerdo, por lo que procedieron de esa manera.

Días más tarde, su madre María Pérez falleció. Esta vez, sin ninguna demora, Ana solicitó la inscripción de su testamento, el cual tampoco había sido

inscrita por el notario público Andrés Leiva. Por consiguiente, se procedió a inscribir el otorgamiento y la ampliación del mismo en la Oficina Registral de Cajamarca, en primer lugar, e imposibilitándose que este problema se repita en el caso de su madre.

Actualmente, los hermanos Pajares Pérez, lejos de llevar una relación cordial y amistosa entre ellos, se encuentran enfrentados en un proceso judicial extenso que determine si la sucesión testamentaria primará o no sobre la intestada; así como, de primar la sucesión testamentaria, si del contenido de las cláusulas se podrá ejecutar el referido testamento, conforme a lo expresado en ellas, o si, por el contrario, al no haberse incorporado uno de los bienes, se tendrá una sucesión parcialmente testada y parcialmente intestada.

Tanto Juan Pajares y María Pérez como el notario público, Andrés Leiva, son los únicos que descansan en paz. Pero para Ana resulta sumamente costoso y difícil iniciar las acciones correspondientes indemnizatorias en contra del referido notario por los daños y perjuicios ocasionados de su actuar negligente.

Ante ello, cabe reflexionar sobre uno de los principales considerandos establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 03347-2009-PA/TC, el cual señala que, quien ejerce su derecho a la herencia, es decir, a dejar voluntariamente, y no por imperio de la ley, un bien a un heredero no forzoso, tiene derecho a confiar la fortaleza, firmeza o constancia en la defensa de los valores que quiere promover, utilizando como instrumento de ello a quienes velen para que ese derecho suyo trascienda como prolongación de su voluntad y de lo que su voluntad ha definido sobre lo que fueron sus bienes.

XI. Conclusiones

1. La sucesión es aquella transmisión patrimonial y no patrimonial de una persona a otra por causa de muerte, que puede producirse de manera testada, intestada o mixta.
2. En la sucesión testamentaria que fuera celebrada por escritura pública, el notario público deberá cumplir con los requisitos esenciales para su validez, establecidos por el Código Civil, así como las modificaciones a estas realizadas por Ley N.º 31338; tomando en consideración las disposiciones notariales y registrales vinculadas a este acto jurídico.
3. La Ley N.º 31338, al incorporar tanto la posibilidad de que las notarías públicas empleen medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar para la redacción del testamento como la identificación biométrica

de los intervinientes, ha solucionado los inconvenientes que generaba el testamento realizado de puño y letra (ilegibles, con errores ortográficos, de signos de puntuación, así como de redacción), que provocaba dificultades sobre su comprensión, interpretación y alcance, el cual además imposibilitaba y dificultaba su inscripción. No obstante, ha perdido la oportunidad de regular con mayor severidad la fundamental obligación del notario público de solicitar de oficio y sin demora la inscripción de los otorgamientos de testamentos por escritura pública para evitar conflictos innecesarios provocados por el incumplimiento de esta obligación del notario. Asimismo, se ha perdido la oportunidad de incluir disposiciones específicas que fueran aplicables a la sucesión mixta, que puedan regular la posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante siempre que sus disposiciones no sean incompatibles.

4. Lamentablemente, las anotaciones preventivas de testamento reguladas, por su naturaleza provisional, no resuelven el problema descrito, así como los vacíos legales sobre la prórroga del corto plazo de 120 días establecido por el ordenamiento jurídico.
5. Resulta urgente que el ordenamiento jurídico, establezca con mayor precisión y especificidad, los supuestos en los que el notario público incurrirá en responsabilidad civil contractual y extracontractual ante el incumplimiento de sus obligaciones.

XII. Lista de referencias

- Ferrero Costa, A. (2020). *Código Civil Comentado* (vol. 4). Gaceta Jurídica.
- Gonzales Loli, J. (2002). *Comentarios al Reglamento General de los Registros Públicos*. Gaceta Jurídica.
- Manzano Lozano, A. (1994). *Derecho registral inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de estudios registrale.
- Miranda Canales, M. (1996). *Manual de derecho de sucesiones*. Ediciones Jurídicas.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil* (2.^a ed.). Grijley.

Derecho arbitral



Conciliación y arbitraje: vinculación de estos mecanismos alternativos en los procesos de contrataciones con el estado

Conciliation and arbitration: linking these alternative mechanisms in the contracting processes with the state

PIMENTEL TELLO, María Isabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco teórico - normativo sobre la conciliación en el arbitraje. III. Conciliación en el ámbito de contrataciones con el Estado y la función pública. IV. Responsabilidad de los funcionarios públicos respecto de las conciliaciones en contrataciones con el Estado. V. Conclusiones. VI. Referencias.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Doctora en Derecho. Maestra en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Master en Derecho de Familia e Infancia en la Universidad de Barcelona. Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Academia de Justicia Restaurativa. Ex fiscal adjunta de la Cuarta Fiscalía Civil y de Familia de Cajamarca. Arbitro y conciliadora extrajudicial. Docente de pre- y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca.

Resumen: En nuestro país, desde el año 1997, la conciliación se instituyó como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos formal al promulgarse la Ley de Conciliación, N.º 26872. Anteriormente, este mecanismo ya había formado parte de los procesos judiciales, donde se le consideró como una etapa de los mismos, con la posibilidad de poner fin a los procesos en materia civil, siendo incorporada también en otros ámbitos, por ejemplo, como parte de los procesos laborales en la Ley Procesal de Trabajo, N.º 29497.

Actualmente, son pocos los procesos o procedimientos en los cuales no se considere a la conciliación. Así, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N.º 10719), la Ley de Contrataciones del Estado (N.º 30225) y su reglamento (Decreto Supremo N.º 344-2018-EF), la Ley de Procedimiento Administrativo General (N.º 27444), la Ley Procesal de Trabajo (N.º 29497), los reglamentos de procesos disciplinarios, el Código Procesal Civil y hasta el Código Procesal Penal contemplan la posibilidad de acuerdos conciliatorios, porque son considerados como uno de los mecanismos más avanzados de resolución de conflictos, basado en la estrategia del ganar-ganar y en la cooperación mutua, que precisamente proporciona a las partes una salida más armoniosa para sus pretensiones e intereses, en la medida que, al conseguir un acuerdo conciliado, se conservan las relaciones y no habrán ni vencedores ni vencidos. A pesar de que la conciliación también es reconocida en la Ley de Contrataciones del Estado como medio previo al arbitraje, generalmente, no es promovida con la frecuencia que debería, a causa de diversas razones que procuramos analizar en el presente artículo, con el propósito de aclarar dudas que se pudieran generar en los funcionarios o servidores públicos y brindar pautas para difundirla y emplearla como el mecanismo idóneo de solución de conflictos que es.

Palabras clave: conciliación, arbitraje, contrataciones del Estado, funcionarios públicos

Abstract: In our country, since 1997, conciliation was instituted as an alternative mechanism for formal conflict resolution when the Conciliation Law, N.º 26872 was enacted. Previously, this mechanism had already been part of judicial processes, where they were considered as a stage of the same, with the possibility of putting an end to the processes in civil matters, being also incorporated in other areas, for example, as part of the labor processes in the Labor Procedural Law, N.º 29497. Currently, there are few processes or procedures in which conciliation is not considered. Thus, the Arbitration Law (Legislative Decree N.º 10719), the State Procurement Law (N.º 30225) and its regulations (Supreme Decree N.º 344-2018-EF), the General Administrative Procedure Law (N.º 27444), the Labor Procedural Law (N.º 29497), the regulations of disciplinary proceedings, the Civil Procedural Code, and even the Criminal Procedural Code contemplate the possibility of conciliatory agreements, considering it as one of the most advanced conflict resolution, based on the win-win strategy and mutual cooperation, which precisely provides the parties with a more harmonious solution for

their claims and interests, to the extent that by reaching a conciliated agreement, relations and There will be neither winners nor losers. Although conciliation is also recognized in the State Procurement Law, as a means prior to arbitration, it is generally not promoted as often as it should, due to various reasons that we try to analyze in this article, with the purpose of clarifying doubts that could be generated in officials or public servants and provide guidelines to disseminate it and use it as the ideal conflict resolution mechanism that it is.

Keywords: conciliation, arbitration, State contracts, public officials

I. Introducción

La conciliación se ha instaurado como un mecanismo extraprocetal obligatorio en muchos de los procesos de materia civil, pero continúa siendo un medio para la conclusión de los procesos en los cuales se discuten derechos disponibles. Así, también se la observa en los procesos laborales —en los que constituye una etapa del mismo— y en los procesos en materia de familia, en los que los jueces la propician aún intraproceso; asimismo, también la apreciamos en los procesos penales, donde se podría identificar una conciliación *sui generis*, esto es, en los casos en que se aplica el principio de oportunidad⁽¹⁾.

Es decir que, cuando se promulga la Ley de Conciliación (13 de noviembre de 1997), esta ya había sido incorporada en los más importantes textos procesales de nuestro país, siendo obligatoria en los procesos de familia, en los juzgados de paz letrado y especializados. A saber, el Ministerio Público en las fiscalías de familia realiza conciliación sobre regímenes familiares, los fiscales penales aplicando el principio de oportunidad; en el ámbito administrativo, los ministerios de Trabajo y de Justicia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el Organismo Supervisor de Inversiones Privadas en Telecomunicaciones (Osiptel); en el ámbito municipal, las Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente (Demuna) (Chancafe Rosas, Forno Odría, y Nina Chancare, 2011).

Esta recepción generalizada de la conciliación dentro los procesos judiciales o administrativos se basa en la consideración de que esta modalidad alternativa de resolución de conflictos permite mejorar los servicios de justicia,

(1) En el artículo 2 del Código Procesal Penal vigente se establece la posibilidad de que el representante del Ministerio Público pueda abstenerse del ejercicio de la acción penal, propiciando acuerdos reparatorios entre el imputado y el agraviado, en relación a los cargos, la pena y la reparación civil. Si la propuesta de acuerdo es aceptada por el agraviado e imputado, el fiscal se abstiene del ejercicio de la acción civil.

tal como lo advertía Iván Ormaechéa cuando, a fines de los años 90 del siglo pasado, apreciaba el creciente interés generado por las conciliaciones exitosas, basadas en el modelo estructurado por el legislador del Código Procesal Civil (Ormaechea Choque, 1998).

Siguiendo esta misma tendencia, mientras que también ha sido incluida en los procedimientos arbitrales y, especialmente, en los arbitrajes sobre contrataciones del Estado, en los que se ha considerado con carácter obligatorio, la ley respectiva señala los casos en que se debería acudir a la conciliación para la resolución de divergencias.

Sin embargo, se aprecia que este mecanismo es muy poco recurrido en el ámbito de contrataciones con el Estado, y que, cuando se lo propone, los funcionarios públicos se muestran renuentes a participar de ellas, por las posibles responsabilidades que se podrían generar al tratarse de procedimientos en los que se deben realizar concesiones recíprocas que implican, hasta cierto punto, actos de disposición y de decisión que los comprometen funcionalmente.

Es en ese contexto en el que abordamos el problema; es decir, visibilizar las alternativas y los supuestos en que se podría emplear este mecanismo, con resultados más eficientes que los que se obtienen por otras vías más formales.

II. Marco teórico-normativo sobre conciliación y arbitraje de contrataciones con el Estado

Como se sabe, la conciliación es un procedimiento por el cual las partes en conflicto acuden a un tercero imparcial con la finalidad de que los ayude a resolver sus controversias, mediante el diálogo, la comunicación activa y las concesiones recíprocas. La solución se obtiene de las propias partes o de la propuesta conciliatoria y se plasma en un acuerdo que se comprometen a cumplir y con ello las partes evitan un proceso judicial o concluirlo por su propio poder dispositivo si es que ya se hubiere iniciado. (Real Academia de la Lengua Española, 2015).

Ahora bien, obviando conceptualizaciones técnicas, recordamos que la conciliación es un procedimiento por el cual las partes en conflicto acuden a un tercero imparcial con la finalidad de que los guíe para resolver sus controversias, mediante el diálogo, la comunicación activa, el trabajo colaborativo y las concesiones recíprocas. La solución se obtiene de las propias partes o de la propuesta conciliatoria y se plasma en un acuerdo que estas se comprometen a cumplir.

Como lo señala Caviano, «es una negociación asistida, ya que en el proceso de conciliación es necesario emplear técnicas de la negociación teniendo como

facilitadora un tercero neutral». Señala además el mismo autor que «para ser un buen conciliador será requisito *sine qua non* comprender la dinámica propia y características de la negociación» (Caviano y otros, 1997).

El procedimiento y el acta de conciliación no constituye un acto jurisdiccional ya que se basa en la autonomía de la voluntad, y siendo los acuerdos producto de esta autonomía privada, también lo es su cumplimiento (Fernández Valle, 2006).

Es evidente que la conciliación, si fuera adecuadamente aplicada, representaría una manera de aliviar la carga procesal judicial y significaría un cambio de paradigmas para reformar la cultura litigiosa que tenemos en el Perú. Más aún porque mecanismo permite el manejo de los conflictos con base en los intereses de las partes y no en sus posiciones o sentimientos; tiende a la conservación, restauración de las relaciones humanas y brinda mayor conformidad de las partes y la satisfacción mutua ante la resolución armónica de sus conflictos.

Entrando en materia, de acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado, N.º 30225, las conciliaciones en esta materia se deben desarrollar con la participación del titular de la entidad con apoyo de las dependencias técnicas y legales; se exige el análisis del costo beneficio de proseguir la controversia, el costo de tiempo y recursos que demandará el proseguir con el arbitraje y, en contraste, las ventajas de resolver los conflictos de manera más pronta.

En este ámbito, se contempla la participación de la procuraduría pública del sector o de la entidad en lo que compete, con la finalidad de realizar la asesoría que se requiera a los funcionarios o servidores directamente responsables. En tal sentido, se prevé la participación de los siguientes funcionarios: el titular de la Entidad, asesor legal, asesor técnico, procurador público (mínimamente).

Entonces, en los procesos de contrataciones con el Estado, la conciliación y el arbitraje otorgan seguridad y confianza a los contratistas al regular que los conflictos que se deriven de los contratos públicos se resuelvan en un ambiente neutral e imparcial (Barrón Sobrevilla y Zuñiga Maravi, 2018), pero también brindan seguridad a las entidades del Estado y, por ende, a la comunidad.

Vale resaltar que el Perú fue el primer país en el que el Estado recurre a algún medio alternativo de solución de conflictos, como regla y no como excepción; de ahí que los foros especializados elogien esta visión eficiente de la resolución de controversias en las contrataciones públicas (Barrón Sobrevilla y Zuñiga Maravi, 2018). Sin embargo, se aprecia que la incidencia en la conciliación es mínima y, en el caso del arbitraje, no representa una efectiva solución para los conflictos surgidos en contrataciones con el Estado, pese a ser un mecanismo

obligatorio (Centro de análisis y resolución de conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021)⁽²⁾.

Se debe indicar también que el arbitraje de contratación pública, que ha evolucionado desde que en 1998, surge de manera precaria⁽³⁾; por eso, el Estado opta por los arbitrajes ad hoc de modo mayoritario y recurre al arbitraje institucional de manera excepcional; inclusive se creó un Centro de Arbitraje ad hoc estatal denominado Servicio Nacional de Arbitraje a cargo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (SNA-OSCE), con el propósito de atender la demanda del servicio, frente a la escasez de oferta centros acreditados (Barrón Sobrevilla y Zuñiga Maravi, 2018).

Actualmente, gracias a esfuerzos institucionales, se puede reconocer la descentralización en el arbitraje ya que se han establecido centros de arbitraje en la mayoría de Cámaras de Comercio, en las que también se han establecido centros de conciliación, y en las oficinas descentralizadas del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE).

III. Conciliación en el ámbito de contrataciones con el Estado y la función pública

En el ámbito de contrataciones con el Estado, la ley se refiere 31 veces a la conciliación, mientras que su reglamento lo hace 25 veces, proponiéndola como una forma de resolver controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.

Dichas normas señalan que, en efecto, la conciliación puede ser pactada por las partes como un paso previo al inicio de un arbitraje, con lo que se pueden someter a conciliación alternativamente al arbitraje asuntos referidos a la ampliación de plazos, resolución de contratos, recepción y conformidad de obra, pagos a cuenta y pago final, defectos y vicios ocultos en la ejecución de los contratos con el Estado.

En los casos de nulidad, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, y liqui-

(2) De acuerdo al Centro de análisis y resolución de conflictos de la PUCP, con los datos del SIGEDA (Sistema de gestión de datos de arbitraje), el incremento de arbitrajes por contrataciones con el Estado se ha incrementado de 0 en el 2002 a 451 en el 2022.

(3) Porque entonces el arbitraje institucional se desarrollaba de manera centralizada en instituciones arbitrales ubicadas fundamentalmente en la ciudad de Lima, ya que, además, las instituciones arbitrales eran escasas en nuestro país.

dación del contrato corresponde iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de presentada la causa (de la controversia), conforme a lo señalado en la ley y el reglamento. En otros casos, los medios de solución previstos deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final, luego del cual la resolución de los conflictos se reserva al arbitraje o en su caso a la junta de resolución de disputas.

Detallamos en seguida los supuestos que la Ley de Contrataciones con el Estado ha fijado para recurrir a conciliación y alternativamente a arbitraje por situaciones presentadas en la ejecución contractual⁽⁴⁾.

CONTROVERSIA	Art. LCE	Art. RLCE
Mecanismos de solución	45	45
Ampliación de plazos	158.6	158.6
Resolución de contrato	166.3	166.3
Recepción y conformidad de observaciones	166.7	268.7
Pagos a cuenta y pago final	171.3	171.3
Obligaciones posteriores al pago final	172	172
Defectos o vicios ocultos	173.2	173.2
Resarcimiento por resolución de contrato	1176.8	176.8
Valorización y metrados = o > al 5 %	196.2	196.2
Recepción de obra y plazo	208.11	208.11
Defectos y vicios ocultos luego de recepción	210.1	210.1
Controversias durante la ejecución de obra	223.1	223.1
Incumplimiento de pago final	223.2	223.2
Procedimiento conciliatorio	224	224
Nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, liquidación del contrato	45	45

- (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. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

De todo esto, se advierte la intención del legislador de brindar la posibilidad de optar por un medio expeditivo, simple y viable, que permita encaminar la solución a los inconvenientes surgidos durante la ejecución de los contratos con el Estado, por ello es que se procura la celebración de acuerdos conciliatorios con la finalidad de lograr la continuidad en la ejecución contractual, ya que inclusive, el inicio de un procedimiento de solución de controversias no suspende o paraliza las obligaciones contractuales de las partes salvo que la entidad disponga lo contrario, con lo cual, en definitiva, resulta ser la alternativa más conveniente para evitar un perjuicio a la entidad y al contratista.

IV. Responsabilidad de los funcionarios públicos respecto de las conciliaciones en contrataciones con el Estado

En relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos, específicamente las que surgen en torno a los acuerdos conciliatorios o a la falta de ellos, la Ley de Contrataciones y su reglamento regula estos aspectos en el art. 224, y señala que tales acuerdos deben ser evaluados por los titulares de las entidades analizando en conjunto el costo-beneficio de proseguir o no con la controversia, pudiendo en todocaso consultar a la procuraduría correspondiente sobre la pertinencia del acuerdo.

En este sentido, identificamos igualmente la responsabilidad funcional respecto de impulsar o proseguir la vía, aun cuando del análisis costo-beneficio se determine que la posición de la entidad no sea acogida, debiendo considerarse los parámetros establecidos en estos términos⁽⁵⁾.

De otro lado, igualmente la Ley de Contrataciones con el Estado refiere los supuestos en los cuales se establece la obligación de someter las controversias a conciliación, bajo responsabilidad, y que el titular de la entidad o el servidor en quien este haya delegado tal función debe:

- a) evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio;
- b) considerar criterios de costo beneficio;
- c) ponderar los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral;

(5) Decreto Supremo N.º 083-2004, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N.º 1017; Ley que modifica el Decreto Legislativo N.º 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 29873 (2012), y la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225 (2014).

- d) la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación;
- e) se consideran los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual
- f) incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.

Esta evaluación deberá contenerse en un informe técnico legal previo debidamente sustentado. Se puede identificar también la posibilidad de incurrir en responsabilidad cuando el funcionario o representante de la entidad no cuente con una resolución autoritativa para celebrar un acuerdo conciliatorio, cosa que también es aprovechada en algunos casos para dilatar el procedimiento conciliatorio y la solución de la controversia.

Así, incurre en responsabilidad el funcionario o servidor público que:

- a) Incumple lo señalado respecto de evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio.
- b) Participa de un procedimiento conciliatorio sin contar con la resolución autoritativa.
- c) Cuando no registren dentro de 10 días hábiles las actas de conciliación con acuerdo total o parcial.
- d) Cuando participa o promueve actos que resulten perjudiciales a la entidad.

También las normas establecen responsabilidad funcional en caso de que las entidades no registren dentro de 10 días hábiles las actas de conciliación con acuerdo total o parcial.

Es probable que por desconocimiento no se apliquen los mecanismos de resolución de conflictos para la mayoría de las situaciones conflictivas derivadas de las contrataciones con el Estado. Es por ello que corresponde realizar la debida difusión, sobre todo en los casos de las entidades más alejadas que son más propensas al desconocimiento de la posibilidad de aplicar las salidas alternativas a fin de preservar la vigencia de los contratos con el Estado, ya que la frustración de ellos deviene en el malestar social, la falta de servicios eficientes, la afectación de la vida de los beneficiarios de las obras y se favorece la comisión de actos de corrupción que tanto daño le ocasionan a nuestros pueblos.

En relación a las consecuencias de la responsabilidad funcional, deberemos fijarnos en la Ley de Contrataciones con el Estado, la cual determina que constituye responsabilidad funcional el impulsar o proseguir la vía arbitral cuando del análisis costo-beneficio resulta que la posición de la entidad no será acogida en esa sede. Por su parte, el reglamento igualmente establece parámetros y procedimientos para la toma de decisiones en las conciliaciones. Se recuerda que la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, en ejercicio de sus funciones pueden incurrir en responsabilidad: administrativa funcional, civil y penal.

Al respecto, la 9.^a Disposición Final de la Ley N.º 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República modificada las define de la siguiente manera:

— **Responsabilidad Administrativa Funcional**

Se señala que es aquella en la que incurren funcionarios y servidores públicos al contravenir “el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control”⁽⁶⁾.

Los servidores y funcionarios públicos que desarrollan una gestión deficiente en el ejercicio de las funciones encomendadas, medidas en aplicación de los indicadores de eficiencia, incurren también en responsabilidad administrativa funcional.

— **Responsabilidad Civil**

Se califica como tal a la acción u omisión en la que incurre el funcionario o servidor público, cuando “en el ejercicio de sus funciones hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado”⁽⁷⁾. Se exige que el daño producido por el incumplimiento de funciones sea ocasionado por dolo o culpa, (inexcusable o leve). El tipo de responsabilidad civil aplicable es contractual y solidaria, al existir una relación jurídica subordinada entre el funcionario o servidor público y la entidad.

(6) Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, N.º 27785, Novena disposición transitoria.

(7) Ibidem

— Responsabilidad penal

Vendría a ser la responsabilidad más gravosa, en la medida de sus consecuencias, tanto para la entidad como para el funcionario o servidor público, e implica la afectación del Estado a través de la comisión de un delito, es decir, la conducta en la que incurren los servidores o funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones debe estar tipificada como delito.

Se debe tener en cuenta la autonomía de cada una de las responsabilidades planteadas, vale decir que, independientemente de que se le inicie al servidor o funcionario responsable, un procedimiento administrativo sancionador, esto no lo exime de responder frente a las consecuencias penales o civiles derivadas de sus actos, tal como lo establece el art. 243 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, al tratarse de bienes jurídicos tutelados diferentes.

Consecuentemente, la responsabilidad a la que se refiere la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento deberá ser calificada de acuerdo a la gravedad de la falta y al bien jurídico que se proteja. Así, se podría identificar como de tipo administrativo funcional, sin duda, y también civil o penal atendiendo al perjuicio ocasionado a la entidad. Todo esto, sin dejar de lado la posibilidad de aplicar las facultades de control posterior de las unidades contraloras.

El artículo 85 de la Ley N.º 30057(8) determina cuáles son las faltas de carácter administrativo disciplinario (24 en total) que, de acuerdo a su gravedad, son sancionadas con suspensión temporal o con destitución del servidor o funcionario público, por medio de un procedimiento administrativo.

De tales faltas, y a propósito del tema que venimos desarrollando, el literal d) contempla a la negligencia en el desempeño de las funciones; siendo al respecto mucho más específica la Ley N.º 31288⁽⁹⁾, que, al haber modificado los artículos 46, 47 y 48 de la Ley N.º 27785, instituye las infracciones, tipos de sanciones y sus respectivas graduaciones, en materia de responsabilidad administrativa funcional, regulando las medidas para el ejercicio adecuado de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

(8) Ley N.º 30057 del Servicio Civil (SERVIR), contempla 24 conductas infractoras disciplinarias.

(9) Ley N.º 31288, que tipifica a su vez 32 conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional

En relación a las infracciones, se señala que se las comete de manera intencional, por negligencia o por no tener la diligencia debida, provocando un perjuicio a la entidad, por la acción u omisión del funcionario o servidor público. En este caso, la Contraloría General de la República es la que determina el perjuicio al Estado o la afectación grave al servicio público, fijando los atenuantes o eximentes de responsabilidad de ser el caso(10).

Es labor del sistema de control el determinar la sanción aplicable y la responsabilidad del funcionario o servidor público, en tanto y cuando la conducta de este califique como falta y/o delito en aplicación del principio de legalidad.; para ello se emiten los informes correspondientes.

Se han sentado igualmente los tipos de sanciones en el artículo 47, fijando la inhabilitación de 60 días a 1 año para las infracciones graves y de 1 a 5 años para las muy graves, que va aparejada con la pérdida de capacidad legal para ejercer cargos en la función pública y la extinción del vínculo laboral o contractual (según sea el caso); asimismo, se instituye su gradación de las sanciones en el artículo 48, que considera la gravedad, intencionalidad, el daño al interés público, el perjuicio causado, el beneficio ilícito resultante, la reiteración o reincidencia, las circunstancias, concurrencia de infracciones y el grado de participación en la infracción, para la determinación de la pena a aplicarse.

A continuación, una tabla ilustrativa:

CONDUCTA	Art.
1. Autorizar o ejecutar operaciones o gastos no autorizados por ley o por la normativa aplicable a la materia, ocasionando perjuicio al Estado (grave). Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público (muy grave).	46.1
2. Autorizar o ejecutar el otorgamiento de encargos o funciones fijas, o ejecutarlos, incumpliendo las disposiciones que los regulan, ocasionando perjuicio al Estado (grave). Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público (muy grave).	46.2
4. Usar los bienes o recursos públicos incumpliendo las normas que regulan su ejecución o uso, o influir de cualquier forma para su utilización irregular, ocasionando perjuicio al Estado (grave). Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público (muy grave).	46.4

(10) Los artículos 1, 2, 4, 7, 9, 13, 28, 32 y 47 de la Ley N.º 31288 se ocupan de los tipos de sanciones, escalas de sanciones y la gradación de las mismas, en función a la conducta infractora.

7. Actuar sin diligencia debida en la ejecución del gasto público, generando la total o parcial paralización o suspensión de los servicios, obras u operaciones que brinda o que se encuentran a cargo de la entidad, ocasionando perjuicio al Estado (grave). Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público (muy grave).	
9. Actuar en forma parcializada en contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones u otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función, dando lugar a un beneficio, propio o de tercero, ocasionando perjuicio al Estado (muy grave).	46.9
13. Incumplir disposiciones normativas que regulan y permiten determinar, elaborar, aprobar, modificar o ejecutar, el valor referencial, valor estimado, planes, estipulaciones, bases, términos de referencia, especificaciones técnicas, expedientes de contratación, condiciones relacionadas a procedimientos de selección, contratos y adendas en las contrataciones de bienes, servicios u obras, con perjuicio efectivo al Estado (grave). si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público (muy grave).	46.13
28. Permitir por inacción, conociendo o pudiendo diligentemente conocer de su comisión y su carácter ilegal, la afectación a las normas que regulan los sistemas administrativos o funcionales por parte del personal a su cargo, cuando se tenga la función de supervisión o vigilancia sobre su actuación, ocasionando perjuicio al Estado (grave). si el perjuicio es económico, se ha generado grave afectación al servicio público, o la afectación es reiterada (muy grave).	46.28
32. Negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo establecidas en los instrumentos de gestión, contratos, encargos o en las disposiciones normativas que regulan expresamente su actuación funcional, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo, ocasionando perjuicio al Estado (grave). Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público (muy grave).	46.32

V. Conclusiones

1. La conciliación, en el ámbito de las contrataciones con el Estado, es poco empleada por la falta de difusión de su viabilidad, así como por el temor de los servidores y/o funcionarios públicos de incurrir en responsabilidad al optar por su aplicación. Sin embargo, se debe tener a la conciliación como un mecanismo de solución de controversias no solo viable para las contrataciones con el Estado, sino como una alternativa para conservar los contratos vigentes y que tales controversias se resuelvan rápidamente evitando innecesarias dilaciones.

2. La Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento brindan el marco legal para la celebración de acuerdos conciliatorios en diversas controversias que puedan surgir en la ejecución de los contratos, así como establece responsabilidades en caso de no promover la conciliación en los supuestos previstos en la propia norma.
3. La responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos que promuevan acuerdos conciliatorios perjudiciales para la entidad es administrativa funcional y podría ser civil o penal de acuerdo a la conducta negligente, dolosa o culposa; de otro lado, podría establecerse igualmente responsabilidad en aquellos funcionarios o servidores públicos que no promuevan conciliaciones que podrían ser beneficiosas para el Estado.
4. Para la participación en procedimientos conciliatorios los funcionarios y/o servidores públicos deben estar facultados para celebrar los acuerdos, en caso contrario deben contar con la resolución autoritativa, que valide su participación y la legitimidad del acuerdo.
5. Debemos comprometernos en la tarea de difusión de los procedimientos alternativos, a fin de que se implementen adecuadamente estos instrumentos a favor de la ejecución de los contratos de obras públicas, evitando su suspensión innecesaria y el consecuente perjuicio de los usuarios, las empresas contratantes y del propio Estado.

VI. Referencias

- Barrón Sobrevilla, C. G., & Zuñiga Maravi, R. (2018). Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos-PUCP «Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales». *Arbitraje PUCP*, (4), 83-102. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10389>
- Caviano, R. y otros. (1997). *Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ad-Hoc.
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2021). *Cuadro Comparativo N.º de Arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://acortar.link/3cHDb8>
- Chancafe Rosas, D., Forno Odría, H., & Nina Nina, P. (2011). *La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría del juego y el análisis econó-*

mico del derecho. Repositorio Institucional de la PUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168206>

Fernández Valle, W. (2006). La Conciliación Extrajudicial: ¿Sólo un Requisito de Admisibilidad de los Procesos Judiciales o un Real y Efectivo Medio Alternativo de Resolución de Controversias? El Caso Peruano. *Dementia Et Investigatio*, 8(2), 173—182. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10441>

Ormaechea Choque, I. (1998). El Modelo Conciliatorio en el CPC peruano: ¿Conciliación o coerciliación? *Revista de la Academia de la Magistratura*, (1), 175-187.

Real Academia Española. (2015). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>

Derecho penal, procesal penal y criminología



La vida y la igualdad como bienes jurídicos protegidos en el delito de feminicidio en el Perú

Life and equality as protected legal assets in the crime of femicide in Perú

GALLARDO BARDALES, Augusto David(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos relevantes sobre género. III. Los bienes jurídicos en el derecho penal. IV. Elementos típicos del delito de feminicidio. V. El feminicidio como expresión de la discriminación estructural hacia las mujeres. VI. La vida, la igualdad ante la ley y la no discriminación como bienes jurídicos protegidos. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: El artículo de investigación presenta la necesidad de reinterpretar los bienes jurídicos del delito de feminicidio en el Código Penal peruano. Para ello se tienen los pronunciamientos del sistema internacional de los derechos humanos y el reconocimiento de los feminicidios como expresión del sistema de violencia estructural que se desarrolla contra las mujeres, por no cumplir con los estereotipos de género que se les impone.

(*) Abogado por UPAO Trujillo. LL.M. in International Legal Studies, con mención en Derechos Humanos y Género, por American University, Washington College of Law. Estudiante del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado de PROMSEX (Lima, Perú). Correo electrónico: adgallardob@pucp.edu.pe

Consecuentemente, los jueces/zas y fiscales, en aplicación de la convencionalidad, deben incluir a la vida libre de violencia la igualdad ante la ley y la no discriminación como bienes jurídicos protegidos en el feminicidio.

Palabras clave: feminicidio, derecho penal, género, estereotipos de género, derechos humanos

Abstract: *This academic article presents the need to reinterpret legal rights in Femicide crimes under Peruvian legal frame. For this purpose, international human rights pronouncements and the recognition of femicide as an expression of the system of structural violence that is developed against women, for not complying with the gender stereotypes that are imposed on them. Thus, judges and prosecutors must apply conventionality control and incorporate a life free from violence, equality before the law and non-discrimination as legal rights protected in Femicide law.*

Key words: *femicide, criminal law, gender, gender stereotypes, international human rights*

I. Introducción

El delito de Feminicidio, o también nombrado Femicidio en legislaciones latinoamericanas como la argentina y chilena, importa la máxima expresión de la violencia que se ejerce contra las mujeres, fenómeno que no excluye a sociedad alguna, sino que por el contrario atraviesa globalmente diferentes estados, culturas, economías y todo espacio humano.

Este delito ha sido definido en el sistema internacional de los derechos humanos como:

el asesinato de las mujeres perpetrado por los hombres por el solo hecho de ser mujeres y que tiene como base la discriminación de género [...]. El feminicidio es la más grave manifestación de la violencia basada en género y es un fenómeno bastante extendido, que va aumentando sistemáticamente en el país y en la región. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP], 2016)

Como bien apunta el Mapa Latinoamericano de Feminicidios, entre enero y diciembre de 2021, se registraron 1 185 feminicidios en la región, donde el promedio de edad de las mujeres víctimas es de 34.5 años, con un registro mensual de 100 mujeres asesinadas cada 30 días, donde el grueso de agentes criminales mantuvo alguna forma de relación o contacto previo con las víctimas (Mundosur, 2022).

Situación que se ha agravado durante la pandemia por covid-19, donde el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo reporta que en México sucedieron 987 mujeres y niñas fueron asesinadas en los primeros cuatro meses

de 2020 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2020). Circunstancias más alarmantes en Estados como el brasilero, donde no se brinda información estadística oficial ni se cuenta con protocolos nacionales que permitan adecuado abordaje por los operadores de justicia; teniendo reportados al menos 4 091 mujeres víctimas de feminicidio en 26 países de Latinoamérica (Naciones Unidas, 2021).

En nuestro país, la situación no dista mucho de lo expuesto, pues conforme información publicada por la Defensoría del Pueblo, durante el año 2021 ocurrieron un total de 146 feminicidios, es decir un 6,85 % más a la data del año 2020, resaltando además que el 52 % de los feminicidas eran mantuvieron alguna relación sentimental con las mujeres víctimas (Defensoría del Pueblo, 2022).

Ahora bien, cabe preguntarse entonces que hechos podemos tipificar como el delito de Feminicidio, para tal efecto el Comité de Expertas/os del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (MESECVI) declara:

Que consideramos que los femicidios son la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión. (MESECVI, 2008)

Es así como, en el Perú se incorporó el delito de Feminicidio a través de la Ley N.º 29819, del 27 de diciembre de 2011, la cual modificó el artículo 107 del Código Penal, incluyéndola dentro del ilícito de parricidio, en donde se exigía que el sujeto activo haya tenido una relación de pareja o análoga con la mujer víctima para que el hecho sea considerado como feminicidio. Luego, mediante Ley N.º 30068, del 18 de julio del 2013, el delito de feminicidio alcanza una tipificación autónoma en el artículo 108-B, donde se deja de lado la antigua exigencia de relación previa entre sujeto agente y la mujer víctima, para establecer que esta es una expresión máxima de la violencia basada en el género de la víctima. Así tenemos:

Artículo 108-B.- Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.

3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.
9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda. (Código Penal Peruano, 2022)

II. Conceptos relevantes sobre género

- a) **Género:** Es decir las identidades, roles y características que una sociedad construye e impone de manera diferenciada a la mujer y al hombre, en base a sus diferencias biológicas o sexo.
- b) **Identidad de Género:** Es la vivencia interna del género que experimenta cada persona de manera individual, la cual podría corresponder o no con

el sexo asignado al momento del nacimiento. La identidad de género permite a cada persona llegar a la autoidentificación.

- c) **Expresión de género:** Implica la manifestación externa del género de cada persona a través de su cuerpo e incluye aspectos como el modo de vestir, de hablar, de caminar, el uso de manierismos, de patrones de interacción social, entre otros. La expresión de género no necesariamente corresponde con la identidad de género autopercebido.
- d) **Sexo:** Se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, cuya suma define el ser considerado como mujeres o hombres al nacer.
- e) **Orientación sexual:** Es la atracción emocional, afectiva y sexual que siente cada persona, que podría ser por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género a la vez.
- f) **Homosexualidad:** Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas del mismo género.
- g) **Persona Heterosexual:** Aquel/lla que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas de diferente género.
- h) **Lesbiana:** Es la mujer atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres.
- i) **Cisnormatividad:** Expectativa por la cual todas las personas son cisgénero, es decir que, si una persona al nacer se le asigna el sexo masculino, deberá crecer y ser obligatoriamente hombres. Asimismo, a aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.
- j) **Heteronormatividad:** Es el sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas como las únicas válidas, normales, naturales e ideales. Este sesgo tiene fundamento en reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes, en desmedro de su orientación sexual e identidad de género (Corte IDH, 2017).
- k) **Estereotipos de género:** Son preconcepciones sobre las características y roles que deben cumplir las mujeres y los varones de manera diferenciada para ser considerados como apropiados en cada sociedad, por lo cual “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes” (Corte IDH, 2009).
- l) **Violencia basada en género:** Aquella acción u omisión relacionada con el orden social de discriminación y desvalorización hacia las mujeres y todo lo femenino. (MIMP, 2016).

Sin embargo, citando a la profesora Díaz:

la gran mayoría de situaciones de violencia contra las mujeres se constituirá como violencia basada en género, pero ambos no son términos completamente equiparables, pues el segundo coloca el énfasis en el reforzamiento e imposición de los postulados del sistema de género, es decir, de aquellos estereotipos sobre lo masculino y lo femenino anteriormente examinados. (Díaz Castillo et al., 2019)

III. Los bienes jurídicos en el derecho penal

Se define que los bienes jurídicos protegidos penalmente están referidos a aquello que son determinados como tales por la sociedad, cuyos integrantes en un tiempo y espacio determinados establecen qué entidades deben ser elevadas a la categoría de bien jurídico para ser protegidos por el marco jurídico, y de esta manera satisfacer sus necesidades (Goscilo, s.f.).

Es así que los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales, llamados bienes jurídicos penales, revelan la finalidad que persigue una sociedad, la cual, a través de sus legisladores, jueces/as, fiscales y otros, acuerdan proteger determinadas categorías. Motivo de ello, se afirma en la actualidad, que el bien jurídico penal tiene sus fundamentos en el Estado de derecho social y democrático, lo cual permite que su contenido sea periódicamente revisado, a diferencia de un Estado absolutista (Urquiza Olaccheta, 1998).

Estando a este argumento, es posible afirmar que en el delito de feminicidio tipificado en el art. 108-B del Código Penal Peruano, permite incorporar como bienes jurídicos no solamente el de la vida de las mujeres víctimas, como un análisis superficial permitiría, sino también otros que guarden relación con nuestro modelo de Estado y valores que aspira nuestra sociedad, como son la libertad y respeto a la dignidad para todos y todas.

IV. Elementos típicos del delito de feminicidio

- a) **Sujeto activo:** Si bien es cierto que en el Acuerdo Plenario N.º 001-2016/CJ-116 se establece que el delito de feminicidio es un delito especial y que solo los varones desde su aspecto meramente biológico podrán ser autores de este delito (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2016).

Sin embargo, como bien hace hincapié la Defensoría del Pueblo, tal interpretación impone la sanción no solo por el hecho cometido (acabar dolosamente con la vida de una mujer), sino que por el solo hecho de ser varón,

lo que implicaría vulnerar la garantía de prohibición de derecho penal de autor (Defensoría del Pueblo, 2015).

Por ello, desde una interpretación teleológica de la norma, el tipo penal de feminicidio establece una sanción por la muerte de mujeres en base al incumplimiento o imposición de un estereotipo de género. Consecuentemente, no se sanciona la condición de varón del sujeto activo, por lo cual es posible que una mujer mate a otra como respuesta ante el quebrantamiento o imposición de un estereotipo de género (Díaz Castillo et al., 2019).

- b) **Sujeto pasivo:** Al respecto, nuestra Corte Suprema ha limitado que solamente las mujeres en su extensión biológica podrían ser víctimas de este delito, es decir se ha enmarcado en la genitalidad física de la víctima. Sin embargo, cabe cuestionarse si tal limitación resulta razonable y constitucional frente a los derechos de las mujeres transgénero a vivir una vida libre de violencia y con igual protección ante la ley, sin discriminación por su identidad de género.
- c) **Comportamiento típico:** De la redacción del artículo 108-B del Código Penal tenemos que el comportamiento típico consiste en matar a una mujer por su condición de tal, en contextos como la violencia familiar, la coacción, hostigamiento o acoso sexual; el abuso de poder, confianza o autoridad sobre la víctima, o, en general, cualquier contexto de discriminación contra la mujer.
- d) **Tipicidad subjetiva:** Se exige una conducta eminentemente dolosa, dirigida a acabar con la vida de la mujer por no haber cumplido o quebrantado un estereotipo de género (Díaz Castillo et al., 2019).

V. El feminicidio como expresión de la discriminación estructural hacia las mujeres

Debemos iniciar con el concepto brindado por las Naciones Unidas, a través de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificado por el Estado Peruano, donde se define la discriminación contra la mujer como:

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, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Comité CEDAW)

En esa misma línea, se señala que la discriminación puede ser definida como una conducta cuyo origen es un sistema cultural extendido, donde se ejerce desprecio contra un grupo de personas por prejuicios negativos y que tiene por efecto dañar sus derechos y libertades fundamentales, sin que importe si este resultado fue intencional o no (Rodríguez, 2007).

Como se puede observar, este concepto de discriminación resulta bastante amplio por lo cual se puede incluir una diversidad de conductas, hechos u omisiones, e incluso marcos normativos que si bien es cierto aparentemente no discriminan de forma expresa ni busquen tal efecto, pero que en su aplicación se obtiene la exclusión del grupo diferenciado de personas y por ende el menoscabo y hasta la supresión de sus derechos.

Ahora bien, por discriminación hacia las mujeres, se indica que este concepto abarca: “(i) trato diferenciado; (ii) basado en la condición de mujer; (iii) con el objetivo o resultado de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho” (Díaz Castillo et al., 2019).

Respecto a esta forma de violencia, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas señaló que:

En todo el mundo la violencia contra la mujer es un fenómeno persistente, generalizado e inaceptable [...]. Ya sea en épocas de conicto o posteriores a éste o de presunta paz, las diversas formas y manifestaciones de la violencia contra la mujer son simultáneamente causas y consecuencias de discriminación, desigualdad y opresión. (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2011)

Bajo ese contexto, entonces, podemos afirmar que la violencia hacia las mujeres, que comprende el feminicidio y otras formas, guarda una relación directa con la discriminación generalizada que se ejerce contra ellas, precisamente por los patrones culturales ampliamente difundidos y aceptados en sociedades como la peruana, impactando negativamente en los derechos que les corresponde. Tal práctica discriminatoria genera y mantiene ventajas comparativas para algunos grupos, en desmedro de las mujeres, a quienes se las sitúa en una posición de subordinación intergrupal que se la conoce como discriminación estructural (Castañeda, 2015).

Por ello, corresponde reconocer que los hechos de feminicidio además de ser una expresión máxima de la violencia hacia las mujeres pues tiene como resultado final el acabar con la vida de las víctimas, importa también reconocer estos hechos como una expresión de la violencia estructural que nuestra sociedad ejerce hacia ellas, pues la motivación de acabar con la vida de las víctimas se

centra en los estereotipos de género que la mujer haya incumplido o se le haya intentado imponer.

VI. La vida y la igualdad como bienes jurídicos protegidos

De la lectura del artículo 108-B del Código Penal, se evidencia que el primer bien jurídico protegido es la vida de la mujer, pues para su consumación se requiere precisamente como resultado que el sujeto activo mate a una mujer por su condición de tal.

No obstante, para la configuración del feminicidio se requiere además que el agente haya acabado con la vida de la mujer como producto del quebrantamiento o no cumplimiento de un estereotipo de género por parte de la víctima, en consecuencia, podemos afirmar que el feminicidio protege además la «igualdad material», como bien jurídico que acompaña a la vida (Díaz Castillo et al., 2019).

Esta igualdad material, como bien jurídico protegido, significa que las personas tienen el derecho a que se provea de iguales oportunidades para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales (Huerta Guerrero, 2005); caso contrario se incurre en un hecho de discriminación. Así, en el delito de feminicidio se debe tener presente que este es la expresión de la discriminación estructural hacia las mujeres, por lo cual una vez cometido este delito, se afecta el derecho de la mujer víctima al goce en igualdad de condiciones de una vida sin estereotipos de género, los cuales motivaron finalmente el ilícito que acabó con su vida.

Al respecto, la profesora Díaz resalta que:

el plus del injusto del delito de feminicidio permite afirmar que el reproche del tipo penal no descansa solamente en la producción de una muerte, sino, sobre todo, en que aquella se produzca en el marco de una situación de discriminación estructural contra las mujeres. Por ello, se ha sostenido que este crimen retroalimenta un conjunto de estereotipos de género que subordinan a las mujeres y que, por lo tanto, afianzan y mantienen vigente una estructura discriminatoria de la sociedad. (Díaz Castillo et al., 2019)

Siendo ello así, deberá repensarse el delito de feminicidio en el Perú, pues la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 001-2016, establece que los bienes jurídicos protegidos en este delito serían la dignidad de la mujer o la estabilidad de la población femenina, conceptos generalizados que dificultarían una adecuada tipificación de los hechos que realmente constituyen feminicidios en relación con los estereotipos de género que el agresor impuso o intentó imponer a la víctima por su condición de mujer.

VII. Conclusiones

- Repensar el delito de feminicidio requiere necesariamente de la comprensión y aceptación de los diferentes conceptos de género.
- Para tipificar adecuadamente un hecho como el delito de feminicidio se deberá precisar los estereotipos de género que el sujeto agente impuso o intentó imponer a la víctima, ello con el fin de determinar la discriminación estructural que devino en la muerte de la mujer.
- El nuevo análisis del tipo penal de feminicidio debe realizarse bajo la convencionalidad del marco normativo internacional que el Estado Peruano reconoce y ratifica, descartando un análisis fundado solamente en derecho interno.
- Los bienes jurídicos de la vida y la igualdad en el delito de feminicidio pasan por reconocer la existencia de estereotipos de género en nuestra sociedad, además de la discriminación estructural que experimentan las mujeres y otros grupos humanos como las personas LGBTI, con discapacidad, afrodescendientes, pueblos originarios y otros.
- Se necesita fomentar espacios de discusión académica y jurídica respecto del derecho penal sexual y de género, con la finalidad de alcanzar consensos y brindar una efectiva protección a las mujeres frente a los altos índices de violencia y feminicidios que el Perú y Latinoamérica registra.

VIII. Referencias

- Acuerdo Plenario N.º 001-2016/CJ-116. X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.
- Código Penal Peruano. (1991, 08 de abril). Decreto Legislativo N.º 635. Sistema Peruano de Información Jurídica [SPIJ]. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>
- Carbonell, C., Rodríguez Zepeda, J., García Clarck, R., & Gutiérrez López, R. (2007). Discriminación, Igualdad y diferencia política. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf>
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. (s.f.). *Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación a la mujer*. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw>

- Castañeda, M. (Comp.). (2015). Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>
- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). (2008). Declaración sobre el feminicidio. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>
- Consejo de Derechos Humanos de la ONU. (2011). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. <https://www.refworld.org.es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ef1ac8c2>
- Corte IDH. (2009). *Sentencia del caso Gonzáles y otras vs. México (Campos algodoneros)*.
- Corte IDH. (2017). *Opinión Consultiva 24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *Feminicidio en el Perú: estudio de expedientes judiciales. Serie Informes de Adjuntía (Informe N.º 40-2010/DP-ADM)*.
- Defensoría del Pueblo. (2022). *Urgen medidas efectivas para detener incremento de casos de feminicidio*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-urgen-medidas-efectivas-para-detener-incremento-de-casos-de-feminicidio/>
- Díaz Castillo, I., Rodríguez Vásquez, J., & Valega Chipoco, C. (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD). <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/166017>
- Goscilo, A. (s.f.). *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lyc/revistas/46-1/los-bienes-juridicos-penalmente-protegidos.pdf>
- Huerta Guerrero, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional* 11(11), 307-334. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/7686/7932/0+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP]. (2016). *Violencia basada en género: marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*.

<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvg/mimp-marco-conceptual-violencia-basada-en-genero.pdf>

Mundosur. (2022). *Tasa de feminicidios en 2019*. <https://mundosur.org/feminicidios/>

Naciones Unidas. (2021, 24 de noviembre). CEPAL: Al menos 4.091 mujeres fueron víctimas de feminicidio en 2020 en América Latina y el Caribe, pese a la mayor visibilidad y condena social. <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-al-menos-4091-mujeres-fueron-victimas-feminicidio-2020-america-latina-caribe-pese>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (2020, 24 de junio). *Feminicidio y violencia contra las mujeres: la otra pandemia que hay que detener*. <https://www.undp.org/es/el-salvador/news/feminicidio-y-violencia-contra-las-mujeres-la-otra-pandemia-que-hay-que-detener>

Urquiza Olachea, J. (1998). El bien jurídico protegido. *Cathedra*, 2. https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm

Criminología crítica... ¿Y después qué? Hacia una criminología y un derecho de la liberación latinoamericana

Critical criminology... And then what?
Towards a criminology and a right
of latin american liberation

GIRÓN MEGO, Frank David(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Los caminos de la criminología crítica. III. Hacia una criminología de la liberación latinoamericana. IV. Algunos aportes desde la crítica criminológica latinoamericana para un derecho de la liberación. V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen: En un inicio haremos un acercamiento al discurrir crítico de la criminología en tanto que situada sus repeticiones de teorías exógenas y sus autenticidades, así como su relación con un derecho otro. Luego, expondremos las tesis de un posicionamiento crítico que nos parece condensa de manera precisa los desarrollos que la periferia latinoamericana viene

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú. Estudios de maestría en Filosofía por la Universidad Iberoamericana, CDMX, México y maestrante en Criminología Crítica. Estudios sobre las Violencias por el Colegio Michel Foucault, CDMX, México. Miembro de la Asociación de Filosofía y Liberación, Perú. Correo electrónico: fdgironm@unc.edu.pe

llevando a cabo sobre la cuestión criminológica. Finalmente, se realizarán algunos aportes críticos desde una iusfilosofía de la liberación que allane el camino hacia la construcción de lo nuevo liberador de la vida respecto de la criminalización colonial de la periferia latinoamericana mediante la propuesta de elaboración de un derecho de la liberación.

Palabras clave: criminología, liberación, periferia, crítica, vida

***Abstract:** At first, we will make an approach to the critical discourse of criminology as situated, its repetitions of exogenous theories and its authenticities, as well as its relationship with another Law. Then, we will expose the theses of a critical position that seems to us to accurately condense the developments that the Latin American periphery has been carrying out on the criminological issue. Finally, some critical contributions will be made from a iusphilosophy of liberation that paves the way towards the construction of the new liberator of life with respect to the colonial criminalization of the Latin American periphery through the elaboration for the elaboration of a Liberation Law.*

Keywords: criminology, liberation, periphery, critic, life

I. Introducción

La escritura académica con más frecuencia de la que se quisiera ha optado por seguir lineamientos y paradigmas que alejan a la práctica investigativa y científica de un compromiso con lo real, con las personas, con el mundo que vivimos. Ese compromiso, dadas las circunstancias actuales, tiene que ver sobre todo con una voluntad de transformar la sociedad.

En el campo del derecho y la criminología y en los conocimientos aledaños la opción por este compromiso ha sido desdeñado en pos de una visión positivista con la ley, con el statu quo, o a lo máximo ha significado una identificación gaseosa con los valores trascendentales y una concepción abstracta de los derechos humanos. No obstante, la condición humana en un mundo globalizado demanda instrumentos adecuados que permitan entablar la disputa con las ideas y prácticas dominantes que minan la dignidad y la libertad y que, además, sea capaz de ser defensora del derecho del otro, el otro derecho. Esa categoría de exterioridad es radicalmente crítica de la concepción de totalidad que reside en el fundamento de las ciencias jurídicas, criminológicas y políticas. Con apuestas críticas en torno al instrumento político por excelencia: el derecho y su base sociológica por antonomasia: la criminología, lo que se pretende no solo es reformar el edificio teórico, sino fomentar una transformación de la actual totalidad jurídica-criminológica-política.

La transformación real en el campo práctico de la política y del derecho, es comunitaria y realizada desde el «pueblo» como bloque social de los oprimidos, que es el sujeto de la «praxis de liberación instituyente» y no desde la soledad reflexiva de la biblioteca (Silva 2019, p. 5).

En tal sentido, con el presente esfuerzo por acercar las teorías críticas en torno a la criminología y presentar estas como base para otro derecho, la pretensión es avivar el debate teórico en torno al futuro del derecho en general y no solo del derecho penal. Y, sobre todo, acrecentar la preocupación por modificar su actual ejercicio, que percibimos más apegado a las relaciones dominantes de poder que a la crítica de las mismas, en favor de quienes sufren las negatividades del sistema.

II. Los caminos de la criminología crítica

Al elaborar teoría desde la periferia se corren serios peligros y se afrontan limitaciones. El peligro de repetir como calco y copia las teorías elaboradas desde otras realidades y los obstáculos que limitan la investigación tanto en sentido subjetivo, objetivo, ontológico, político, económico y cultural. Ciertamente el conocimiento, incluso el llamado a sí mismo como neutral e imparcial, es decir, la «ciencias naturales», no están exentos de configurarse en entramados de poder/saber que condicionan mucho su *verdad*. La *verdad*, en un sentido explicativo teórico de los fenómenos que se presentan en nuestras realidades, se ve sujeta a estos condicionamientos. Giros del pensamiento filosófico como el pragmatismo, el posmodernismo (estructuralismo, etc.) y otros, reconocen al lenguaje un papel trascendental en la consolidación del *ser*, de su cultura, de su historia, de su ciencia. No obstante, dejan en terreno sombrío las *relaciones materiales de reproducción de la vida*. Es decir, que para que haya eso que se conoce como *comunidad de comunicación* es necesario antes y siempre una *comunidad material de reproducción de la vida*, donde sus integrantes cuenten con el *poder-poner* las mediaciones necesarias para su vida. Ambos tipos de comunidad se relacionan entre sí atravesándose una a la otra y además encontrándose condicionadas por la *factibilidad* de sus proyectos. La *formalidad* de la *comunicación*, la *materialidad* de la *reproducción* y la *factibilidad* de su *ejecución* giran en torno a una fuente y principio de posibilidad común: la *vida*. Fuente y no meramente fundamento, la *vida* es el criterio analogable normativo principal de una ética que es núcleo de una nueva forma de concebir el *ser*, el *poder*, el *saber*.

Atendiendo a lo dicho, se tiene que una comunidad humana para decirse liberada o desujeta de relaciones de dominación debería poder desplegar su *ser* en todos los ámbitos de su *praxis*. Criticar la repetición de saberes extraños a

nuestra realidad no es un afán de forzada originalidad, sino una necesidad conectada justamente a este despliegue del *ser*, lo que en filosofía se conoce como *devenir*. Como objeción a esto se dirá que hay una universalidad que es común al *ser* en todo el globo. Sin embargo, esa universalidad realmente *universal* lo será en la medida que respete y/o permita otras formas de *ser* en el mundo donde el *estar* es compartido. Que se mantenga la dependencia y sumisión o lo que podríamos denominar el «encubrimiento del otro» (de lo otro) en términos materiales, formales o fácticos se conoce como «colonialidad» del *ser*, del *saber* y del *poder*: la otra cara de la «modernidad».

En nuestra América, el positivismo fue y es una manera de justificar esta dependencia del *saber* que encubre la «exterioridad» humana en los entramados del *poder*. Esta *verdad* del dispositivo criminológico americano intenta encubrir el *ser* de los sujetos que buscan su *liberación*. Constituye negatividades relacionadas con la racialización, el clasismo, la violencia de género, etc. Observemos sino nuestra realidad. La décimo tercera enmienda estadounidense (DuVernay, 2016) que le permite a ese país ser el primero a nivel mundial en cuanto a número de personas sujetas a prisionamiento y medidas de restricción de la libertad. Conduzcamos la mirada hacia nuestras prisiones; gente racializada, discriminada y excluida del circuito económico plagan sus celdas. Esto es recogido en estudios como *El color de la cárcel en América Latina* (Segato, 2013), donde se señala la conexión entre exclusión ontológica relacionada a la herencia de las estructuras coloniales y la criminalización selectiva.

El positivismo y sus nuevas versiones neopositivistas siempre se han presentado con ropajes cientificistas. Las antiguas versiones como las de Ferri, Garófalo o Lombroso, pasando por el darwinismo social de Spencer, en donde se estudiaba a los sujetos según su morfología y rasgos faciales, pretendían bajo un manto biologicista establecer la etiología de la criminalidad. Ahora, repotenciadas en justificaciones genéticas, se pretende establecer hasta la presencia de una especie de gen maligno o egoísta (Dawkins, 1989). Como se puede apreciar, hay en todas estas visiones un ensañamiento con la «humanidad». Bajo un humanismo aparente de «lucha contra la delincuencia» se pretende la condena del *ser humano*. En realidad, a manera de «metarelató», el mito de una *antropología negativa* informa su desarrollo teórico. Reactualiza eso que en el siglo XVII señalaba Hobbes: «el hombre es el lobo del hombre». No se hará una revisión pormenorizada de todas las teorías criminológicas que han intentado justificar el *statu quo* del poder, ya autores como Zaffaroni (2012) lo hacen fabulosamente. Este trabajo se restringirá a presentar las posibilidades de pensar un nuevo derecho desde la criminología crítica, especialmente latinoamericana, pero contando con una

lectura más filosófica que permita brindarle los presupuestos de una opción crítica y general acerca de la explicación de la realidad.

Frente a las posturas positivistas, que nunca han abandonado la discursividad, se desarrollaron posicionamientos críticos como los de Merton (1995) (teoría de la anomia) y otros con las teorías de la subcultura, la criminalización primaria, la asociación diferencial, etc. etc. Varias de estas, y sin la intención de aglomerar a todas en un solo saco, todavía mantiene taras sociológicas que de una manera u otra buscan reconducir los orígenes de la violencia a consideraciones que la normalizan. Otras posturas, no obstante, permitieron permear el sistema discursivo y plantear una práctica crítica que abre el campo de la criminología a una crítica total que involucra al mismo Derecho. Autores como Edwin Sutherland (1999), Alessandro Baratta (1982/2004), Pavarini (1980/2002) y Melossi (1975/2005), Michel Foucault (1975/2009), Erving Goffman (1961/2001), Roberto Bergalli y Bustos Ramírez (1983), la teoría del etiquetamiento hasta el realismo de izquierda y un largo etc. (incluido el abolicionismo penal) se han preocupado por señalar la funcionalidad que ofrece la criminología a la dominación y el papel de aquella en las estructuras de esta. De lo que se trata entonces, como vamos viendo, es que la acumulación de saber crítico dio frutos en zonas impensadas del *saber*. Ahora nos tenemos que preguntar cómo hacemos para radicalizar la *crítica* y que no quede reducida a un papel secundario en la medida que meramente destructiva o en su papel de denuncia de un sistema injusto, sino que se eleve a un nivel creador, innovador del pensamiento que concierne a la *cuestión criminal* y al estudio de las *violencias* a nivel global.

Estos estudios representan la preocupación de parte de la academia por la exclusión y represión de buena parte de la población relacionada con las estructuras de dominación como la de clase y otras. No obstante, no hay en ellas una fundamentación crítica desde una filosofía situada. Lo más cercano a ello podría establecerse desde la visión o influencia marxista de Pavarini y Melossi o Baratta, no obstante sus posturas obedecen a otra realidad y a un método materialista que a pesar de sus ventajas respecto a otras visiones no permite dar razón de la radical exclusión que en términos no solo institucionales o de encierro sufre la población americana. Recordemos que, de alrededor de 1 200 millones de personas en América, 200 son pobres. Recordemos también la cruda realidad que una desigualdad socio-económica cada vez mayor produce en América, donde 18 de los 23 de países de violencia letal del mundo pertenecen a esta región. Las estructuras del poder político y económico representadas en los cerca de 200 golpes de estado a través de su historia «republicana» en donde el imperialismo estadounidense ha participado directa o indirectamente. Las venas de América

Latina siguen sangrando, apenas nos vamos reponiendo de los constantes golpes y la condena de nuestra existencia nos persigue: la ilegítima y exorbitante deuda externa que inca de rodillas el desarrollo de nuestros países es parte de esa estructura colonial que nos sigue gobernando. Y la criminología administrativa y mediática ¿qué papel ha cumplido? La selección y clasificación de «chivos expiatorios» al mejor estilo fascista. Ha permitido un ensañamiento cada vez mayor a través de las medidas de policía que reprimen a los excluidos y políticas públicas que hambread a sus pueblos oprimidos.

Frente a esta realidad, la supuesta caída de los grandes relatos, involucraría per-seguir la misma desazón que en el mundo dominante occidental permea incluso hasta entre los mismos epistemólogos y filósofos (Girard, 1982, p. 8). La sospecha que inauguran autores como Nietzsche, Marx o Freud (Ricoeur, 1990) es llevada al extremo en donde toda trascendentalidad se pierde. El hecho mismo de la «justicia» radica en un trascendental que sostenga la idea de un bien superior al existente. Sin embargo, la relativización y la preeminencia de la inmanencia ha permitido que la misma crítica del derecho, que inauguran autores como Marx (1980) en su *Introducción a la filosofía del derecho de Hegel*, sea vista como una negación de toda posibilidad de crear y la reducción al absurdo de la crítica, la cual tendría que ser únicamente destructiva.

La base de la misma crítica jurídica yace en gran medida en la criminología crítica, la cual a través de sus múltiples aportes ha permitido hacer rupturas con la psicologización y biologización de la criminalidad y las violencias. No obstante, el mismo neopositivismo basado en la ingeniería genética parece obstinado en visiones normalizadoras y administrativas de la criminología. El nacimiento descriptivo y no crítico de la criminología nos hereda un entramado de relaciones de poder, estructuras e instituciones que todavía informan la misma crítica, sus fundamentos, sus desarrollos, etc. En este sentido se hace necesario llevar a cabo lo que Boullant (2004) exhorta en su estudio sobre la prisión, es decir, sentipensar el por qué del poder de castigar, quién define que se castiga y para qué se castiga.

Este ejercicio crítico lleva a lo que da qué pensar en este ámbito del *saber*. La crítica del Derecho desde distintas visiones, como la del marxismo estándar, ha señalado con firmeza cierta imposibilidad de reformular un *otro derecho* que sea herramienta de liberación. Autores como Novoa (1975/2007), ven al derecho como un obstáculo al cambio social. Otros, como Boaventura de Sousa (2012), se inclinan por considerar un uso alterativo, alternativo y crítico del Derecho en general. Como se aprecia, el derecho y la Criminología, así como la misma Política Criminal (lo que se conoce como *teoría integrada del derecho penal*) todavía es un campo teórico/práctico en disputa. Esta disputa también obedece

a consideraciones que atraviesan no solo la teoría penal en el derecho, sino el derecho mismo en cuanto *institución* y su engarce con las estructuras coloniales del *ser*, el *poder* y el *saber* en la periferia mundial. Nuestro pensar viene de ahí y necesariamente tiene que ser situado, no solo por ser periféricos de cierta centralidad dominante, sino porque la periferia es la que experimenta los mayores índices de violencia estructural, simbólica e intersubjetiva y esto genera una necesidad crítica de lo vigente.

III. Hacia una criminología de la liberación latinoamericana

Al estilo un tanto de Zaffaroni (2012), cuando este denuncia la estructura inquisitorial del sistema penal en *La cuestión penal*, Girard (1986) expresa que, aunque hubo un distanciamiento de la «creencia en fuerzas oscuras» durante el último periodo de la Edad Media europea, «la búsqueda de los culpables se perpetuó, pero exige [ahora] unos crímenes más racionales» (p. 26). El esfuerzo de este último autor no se detiene a formular una «mentalidad persecutoria» o un «mecanismo de acusación», tiende más bien a señalar características estereotipadas de la actuación de los perseguidores, las cuales harían aparentemente universal el esquema persecutorio que va desarrollando. Este primer momento de nuestro texto no amerita una discusión sobre los presupuestos antropológicos de este autor. Sin embargo, es imprescindible tomar en cuenta esta discusión pues, como veremos más adelante, esto condiciona la totalidad del discurso crítico que nos presenta todo autor, no solo Girard.

Lo señalado por ambos autores nos lleva a pensar en lo que, en filosofía latinoamericana, específicamente en la filosofía de la liberación dusseliana, se conoce como «encubrimiento del otro» (Dussel, 1994). Cuando explicamos la «exterioridad», mostrada en términos filosóficos por este pensamiento, al nivel de su «negatividad» en los diferentes campos de la *praxis*, puede proveernos de una visión crítica también al nivel criminológico y político criminal, así como en el derecho. Se trata de una crítica transversal y transdisciplinaria. Carlos Silva (2019), autor argentino, a nuestro parecer, ofrece unos avances que es importante tener en cuenta sobre la reflexión criminológica nuestra. Al final de su ensayo, *Siete tesis para una criminología decolonial*, propone unas tesis iniciáticas y continuadoras de la crítica criminológica situada:

- *Tesis I. Contra la bulimia y la exclusión ontológica.* Advertir sobre el encubrimiento ideológico al que nos conducen las teorías hechas desde el centro geopolítico y sus reelaboraciones periféricas. En este sentido, se debe criticar la «fundamento *totalizante*» con que se encubre la realidad otra latinoamericana.

mericana y no partir solo de la categoría *totalidad*, sino desde la *exterioridad* radical. Young, bajo una interpretación de la historia que tiene por eje la contradicción fordismo-posfordismo, de la mano Harvey y Hobsbawn, Giddens, Vattimo, Lyotard o Bauman, piensa el excluido como aquel que «no alcanza a realizar la integración dentro de la totalidad de la identidad euro-norteamericana» (Silva 2019, p. 72).

- *Tesis II. Más allá del realismo marginal.* Junto a Zaffaroni y profundizando su crítica para pensar en una teoría crítica sobre el control social en general y la criminología en particular se entiende que usa categorías del *giro decolonial* y de la misma filosofía de la liberación, lo cual le lleva a una crítica de la ideología como función de la criminología. Además, se denuncia la falacia desarrollista y el encubrimiento del otro en la ideología racista de la historia planteada por Hegel e introducida por el «positivismo científico» de Spencer. Esto involucra también la condena del colonialismo como negador de la existencia del otro y de su continuidad en la interseccionalidad de la dominación del *poder* y del *saber*. Bajo el manto de una supuesta neutralidad aséptica, las ciencias se orientan «por la razón de acumulación de capital, desarrollo tecnológico y progreso» (Silva 2019, 73). Superar esta contradicción bajo la colonialidad pedagógica será una ardua tarea. No obstante, es una necesidad en tanto «criminología de los vulnerables» o «criminología del oprimido» que busca pasar de una etiología del criminal a una etiología de la vulnerabilidad ante el sistema penal. Y desde ahí hacia una «criminología no convencional» dirigida a las «violencias del poder dominante». Con esto el autor quiere imprimir un sentido metafísico de la alteridad, propuesto por la filosofía de la liberación, al realismo marginal de Zaffaroni, lo cual conduce a «tener el oído atento no solo a la *palabra de los muertos*, sino también a la de los *muertos vivientes*, los nadies del sistema, a las víctimas del genocidio por goteo» (Silva 2019, p. 74). Y, en definitiva, construir una iusfilosofía de la liberación radicalmente crítica de la dominación ejercida a través del discurso y práctica jurídica que legitima u oculta los intereses de la plutocracia mundial.
- *Tesis III. En el camino de Lola y más allá.* Aunque estructurada bajo la influencia del materialismo dialéctico y la escuela de Frankfurt, la *criminología de la liberación* de Lola Aniyar de Castro puede ser retomada desde las categorías de la *filosofía de liberación dusseliana* que se rige por el método analéctico. Esto sería necesario para que dicha criminología no redunde en una criminología crítica más, pasando de un reconocimiento tangencial de la teología, pedagogía y filosofía de la liberación, a la fundamentación

de una criminología analéctica que supere el horizonte moderno-colonial-capitalista y a su vez aglutine la analogación crítica y transdisciplinaria de la producción filosofía, ética, política, etc.

- *Tesis IV. Hacia una «criminología de la alteridad».* Tomando en cuenta la antropología de Laura Segato para comprender la *irrupción* del otro y su método para construir una anomia de la alteridad que deriva en una propuesta antipunitivista, se sostiene la necesidad de pensar una «criminología por demanda» que no caiga en la ontologización del Otro y que también combata la colonización epistemológica que nos condena al consumo de categorías y marcos teóricos. Sumado a ello, con la interseccionalidad entre *género* y *colonialidad*, se plantea nutrir la criminología de la liberación que Silva viene pensando. No obstante, precisa que esto adolece aún de una introducción metodológica de la analéctica para superar el plano ontológico y llevar a cabo un diálogo entre *Otros* en la *distinción* y no desde la mera diferencia que no abandona la *totalidad* para construir desde la *semejanza* y no desde la identidad.
- *Tesis V. De la criminología crítica a una criminología de la liberación.* El paso de una criminología crítica a una *criminología de la liberación* involucra una subsunción desmodernizadora de la crítica criminológica nuestro-americana con una pretensión crítica desde la alteridad radical de los oprimidos y excluidos. En la dinámica de la exclusión-inclusión, a diferencia de Young, Silva se inclina por el rescate de la negatividad de las víctimas por su condición de raza, clase y género. Desde ahí ya se está criticando la negación de la humanidad, de la *positividad corporal viviente*, que el sistema imperante permite, gestiona, legitima u oculta. Por esto, una *Criminología de la Liberación* tiene por punto de partida el reconocimiento del sistema-mundo moderno-colonial, para desde ahí identificar sus mecanismos de producción y reproducción para armar a su vez un contra discurso y contra prácticas. Entonces, esta criminología también deviene en una *criminología política* porque plantea la refundación de las instituciones jurídicas, y además posee una epistemología renovada bajo un proyecto político de liberación. Su horizonte constitutivo ha de ser transmoderna, transcapitalista, pluricultural, plurinacional, participativa, comunitaria que «supere el antropocentrismo de la razón instrumental y recupere la importancia de la dimensión ecológica para el bienestar y supervivencia de las especies» (Silva 2019, p. 72) y de la naturaleza frente a la totalidad capitalista que necesita objetivarla como recurso (como proponen visiones como el *Sumak Kawsay* o el *Suma Qamaña*).

- *Tesis VI. La criminología desde el método analéctico.* Pensar en una *criminología de la liberación* exige superar la categoría de *totalidad* en la filosofía. Negándola, pero para volver a construir una *totalidad liberada liberadora* desde la *exterioridad*. No se trata meramente de *integrar* un conocimiento crítico que nos reconduzca a la totalidad, sino de generar *apertura* en la *totalidad totalizada totalizante*. Si el *Ser* es lo que ilumina al *ente*, el *no-ser* (así, con minúscula) irrumpe desde la *nada* con propia luz. El *Otro* en esta lógica no es mera negación (como sucede en la dialéctica hegeliana), sino *exterioridad/anterioridad positiva* (a la *totalidad* que le niega existencia), una *corporalidad viviente*, como diría Hinkelammert (2018). En tal sentido, la crítica criminológica es crítica de la criminología misma (en tanto dominación), pero no solo como negación, sino como posibilidad también de construir nuevas mediaciones (*totalidades*) al servicio de la libertad. La *exterioridad* concebida desde esta visión ética (*crítica*) subsume los demás momentos del pensamiento y plantea una organización compleja y codeterminante en donde la afirmación de la vida es el *principio material*; el consenso obtenido formalmente, el *principio formal*; y, las mediaciones para que sea esto posible, el *principio de factibilidad*. Dichos principios, bajo una *pretensión de justicia* (servicio a la vida), se desarrollan o despliegan normativamente en los diversos campos prácticos incluyendo, por supuesto, el político y el jurídico. Esto, en definitiva, nos ayuda a distinguir la *emancipación* de la *liberación*. Una obedece a una lógica moderna universal autoritaria y reducida y otra a una lógica trans-moderna abierta y pluriversal.
- *Tesis VII. Debe ser superadora de la posmodernidad eurocéntrica.* Sustentar una criminología liberadora desde una iusfilosofía de la liberación tiene por demanda una consciencia crítica de que «modernidad, capitalismo y colonialismo [son] tres momentos coetáneos e interdependientes que deben ser superados» (Silva 2019, 79). Y que la exclusión y opresión que generan es violencia interseccional de clase, raza y género. Por ello, apoyado en Alejandro Rosillo, nuestro autor sostiene que se puede pensar una *criminología de los derechos humanos*, «pero como apertura expansiva hacia lo pluriversal, y geopolíticamente situado en la mundialidad» (Silva 2019, 80), cuyos pilares sean la *alteridad*, la *praxis de liberación* y la *producción de la vida*. Esto trae por condición partir de otras bases del pensamiento filosófico político. Entre los cuales destaca un *Estado transmoderno*, donde el poder no sea entendido como dominación (Weber), sino como servicio. Incluso la desaparición del mismo Estado estaría contemplada siempre que una mejor institución construida desde abajo y para todas/os se encargue de las funciones que

este usurpó a la *comunidad*. La misma crítica alcanza al mercado totalitario de hoy en cuanto suprime la organización económica de las personas por una institución «autónoma» que supuestamente funciona autoregulándose. En su lugar, la comunidad también deberá ser quien se organice y de para sí instituciones que permitan todas esas formas de «buen gobierno» o «poder obediencial» que se requieren para favorecer la vida de todas/os.

IV. Algunos aportes a la crítica criminológica latinoamericana para un derecho de la liberación

Una *iusfilosofía de la liberación*, superadora del materialismo *a priori* y del iuspositivismo formalista, se funda en las praxis históricas de liberación:

en cuanto ésta[s] se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidad para la producción y reproducción de la vida, y dar un paso a un nuevo sistema. (Rosillo en Silva 2019, p. 80)

En esta línea se inscriben ya varios pensadores de nuestra América y otras partes del mundo: Sánchez Rubio, Antonio Wolkmer, Alejandro Medici, Alejandro Rosillo, Lucas Machado, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Antonio Salamanca, Boaventura de Sousa Santos, etc. El autor culmina su exposición con una exhortación a la *libertad poética*, es decir, a inventar y crear, a «construir el *logos* [...] desde nuestros *mithos* [...]» (Silva 2019, 82), para lo que también es necesario abandonar el *ego moderno*, el *ego cogito* de corte solipsista, androcéntrico, antropocéntrico, descorporeizado y totalizante. «[N]o vivimos una simple exclusión bulímica, sino una exclusión ontológica [meta-física], la violencia contra nuestros pueblos existe desde la constitución del mundo moderno-colonial», en la cual nosotros hemos sido la cara negada de la historia, la cara oprimida y excluida.

Aquí es preciso recuperar el posicionamiento crítico (el *locus de enunciación*) que ayuda a determinar lo que domina y encontrar sus fuentes, para no quedar atrapados en la crítica por la crítica. Se dijo que habría que abandonar el *ego cogito*. Este mismo viene de cierta tradición griega: el *ser es*, el *no ser* no es (Parménides), que podría ser válida para un provincianismo filosófico y hasta para un diálogo pluricultural. Sin embargo, si de rastrear la crítica transhumanista se trata, para realmente avocarnos, con una preocupación universalista por los derechos humanos, al rescate del ser humano de todas aquellas relaciones en que es un ser humillado, sojuzgado, explotado, abusado, etc. (Marx 1980),

habría que pensar en una antropología distinta también. Esta labor la hacen filósofos como Enrique Dussel (2011). Para quien el dualismo del pensar griego no se corresponde con la tradición semita, que a su vez es heredada por la cristiana que, entre los siglos III y V, se ve cuestionada por las inversiones que sufre a raíz de su disputa con el pensamiento griego dominante de su tiempo.

De entre estas se destaca aquella inversión que determina la división entre cuerpo y alma y que más tarde redundará en la condena del cuerpo mismo, con radical énfasis en la opresión y exclusión de la mujer, a la que más afecta. Esto se hereda hasta la modernidad (Hinkelammert, 2018). Por esto, aunque el espacio no es el que demanda una discusión de este tipo, tenemos precaución respecto a exposiciones como la girardiana que hicimos en un inicio en cuanto al sacrificio del *chivo expiatorio* y la aparente universalidad del *esquema persecutorio* que Girard desarrolla. Como antesala de una posterior discusión, sostenemos que un pensar situado nos permite llevar la crítica a sus últimas consecuencias. Desconocer las bases filosóficas o el sentido común filosófico práctico desde el que se emite un discurso imprime a estas graves taras ideológicas que impiden incluso un debate sobre el objeto mismo del *saber* que se cuestiona. Sin más, diremos, que hay *mythos* con potencia liberadora, esos que permiten construir un *logos* también liberador, y aquellos *mythos* que involucran la dominación del otro/a. Lo que decimos va en función a recuperar *antropologías positivas* del ser humano antes que aquellas que lo condenan a ser un *lobo de sí mismo*, ya que esto después redundará en justificaciones de los diversos tipos de dominación que se desarrollan en los ámbitos del *ser*, el *saber* y el *poder*. Se trata de luchar contra esa *exclusión metafísica* de la que hablaba Silva basado en Dussel.

Entonces, retomando la ilación del discurso crítico criminológico expuesto aquí, ¿por qué decirle sí a una criminología?, ¿por qué como un saber(/poder) situado o decolonial?, ¿sobre qué bases?, ¿unas de castigo o unas de composición o función transformadora (revolucionaria) de la sociedad? Es necesaria una criminología que en sus estudios pueda dar las bases para políticas criminales críticas situadas, es decir, pensando desde la periferia y en la superación de la dependencia. Una recuperación crítica de la *justicia* más allá de la *ley*: lo cual significa ir a la *fuerza* del quehacer científico y filosófico, la *vida* humana y natural. El *vitalocentrismo* desde la criminología involucra el combate de la violencia que oprime o excluye la *vida*, no solo al ser humano. Frente a la violencia que crea negatividades se propone la *violencia no-violenta*, la *fuerza del derecho* a partir de su *fuerza* (una relación positiva: el *hacer vivir* y *dejar vivir*): la vida y no la ley. “Hecho” (determinación del principio material), “valor” (determinación

del principio formal) y “norma” (determinación desde la factibilidad) serían dimensiones codeterminantes que tienen por núcleo la *vida* en una teoría del derecho que supere la *ley* y también el aparente humanismo, así como las bases antropológicas negativas de filosofías que condenan la condición humana en lugar de rescatarla.

En tal sentido, desde una criminología de la liberación (para continuar con los términos expuestos por Silva), mínimamente habría que pensar en tres momentos de la criminología o de lo que podríamos también denominar «estudios de las violencias». El momento de la normalidad administrativa no crítica, el momento *crítico-destructivo* y el momento *crítico-creativo*. Pero sin descuidar un posible cuarto momento que es la vuelta al primero o la innovación de algo también dominador o de peores características que lo no crítico, lo cínico. Este cuarto y último momento puede devenir de la herencia de una criminología no crítica, administrativa, mediática, que perdura o de la inversión de lo nuevo crítico, es decir, su fetichización. Todo esto involucra una (ana)dialéctica que no se detiene en la criminología por la criminología, sino que es la lucha por un *saber/poder* al servicio de la *liberación* de quienes sufren la violencia cotidiana estructural, simbólica e intersubjetiva.

Ahora bien, la exposición hecha en favor de una *criminología liberadora* fundamenta un *derecho* también liberador. Esto no descuida las críticas más férreas al derecho y sus sucedáneos, puesto que reconoce lo *nuevo* justamente como *totalidad*, pero como *totalidad abierta*, es decir, que cuenta con la apertura suficiente para no avocarse a clasificaciones y categorizaciones, sino al rescate del ser humano. Se dice que no puede haber un *derecho universal* de la persona, puesto que el derecho es ya la representación de un privilegio comunitario levantado contra el *afuera* de una colectividad.

Sin embargo, un derecho con vocación universal viene como potencia de los oprimidos y excluidos en el mundo moderno-colonial bajo la lógica de la semejanza analógica, no como estructura y teoría encubridora o legitimación de la dominación. Esto, por ejemplo, significa hospitalidad con el migrante, defensa del huérfano y la viuda (como en los tiempos de Hammurabi). Lo cual sustenta una globalización de la vida por encima de la globalización neoliberal capitalista que destruye fronteras e inicia guerras para beneficio del gran capital y el mercado totalitario por todas partes. En su lugar, se trata de abolir las fronteras para favorecer la vida (de todas las especies y de la naturaleza) y la cooperación internacional como *derecho comunitario* a la defensa de los más débiles, nunca como derecho del más fuerte a dominar, eso no existe.

V. Conclusiones

- Las bases de un nuevo derecho u otro derecho residen en los aportes que la criminología crítica y situada desarrolla en torno a la cuestión político-criminal.
- Pensar desde la periferia es un ejercicio especialmente renovador de la crítica puesto que da cuenta de las radicales formas de exclusión y opresión y plantea con seriedad las bases para una nueva criminología y un derecho crítico.
- Un derecho otro y una criminología crítica con aspiraciones a modificar las circunstancias políticas, culturales y económicas parten de la categoría de exterioridad. Trasladan el objeto de estudio centrado en la criminalidad convencional hacia las violencias del poder dominante para rescatar no solo la «palabra de los muertos», sino sobre todo la vida de los muertos vivientes, los «nadies» del sistema.
- El método para la construcción de lo nuevo liberador en la criminología y el derecho es el anadialéctico que permite construir en la distinción a partir de la semejanza analógica.
- El derecho y la criminología tradicionales son representantes de la modernidad que desde el giro decolonial del pensamiento se critica. Otro derecho y una nueva criminología no solo denuncian la otra cara de la modernidad, en tanto colonialidad, sino que se plantean un papel crítico destructivo de la actualidad dominadora y también la tarea constructiva de lo nuevo liberador. Por lo tanto, en esta propuesta el ámbito político del derecho y la criminología siempre está presente y es entendido como protagonista en la transformación social.
- La propuesta de la liberación en el ámbito jurídico-criminológico tiene una apuesta que va más allá de la lógica universal autoritaria de la modernidad y no se presenta como mera emancipación, sino como liberación. Se aleja de sus presupuestos capitalistas, antropocéntricos, eurocéntricos, coloniales y antiecológicos en favor de una lógica transmoderna abierta y pluriversal.
- La crítica en el derecho y la criminología avanza en el campo político como repercusión de los cambios radicales de paradigmas como la concepción del poder como servicio antes que dominación. Contempla en este sentido la superación de la tradicional forma de concebir el Estado y el mercado capitalista. Ambos, usurpadores de las funciones de organización política y económica podrán ser transformados en pos de una organización comu-

nitaria donde la prioridad no sean las instituciones o la ley, sino que estas sean puestas como mediaciones para el buen vivir que alcance no solo a la humanidad, sino a las demás formas de vida.

- Hecho, valor y norma son todavía una forma transitoria de acercarse al fenómeno jurídico y criminológico-político. Pero, las determinaciones materiales, formal y de factibilidad de la filosofía de la liberación son una guía ético-política precisa para ulteriores desarrollos teórico-prácticos.
- Sin descuidar la crítica que plantea que el derecho puede en sí mismo significar un privilegio ontológico de una comunidad respecto de su afuera o de otras comunidades, el objetivo es construir un derecho comunitario con vocación pluriversal de humanidad para globalizar la vida y no el capital o el mercado neoliberal. La apuesta es por el derecho de los débiles. El derecho del más fuerte no existe, es un mito dominador. El otro derecho es el derecho del otro.

VI. Referencias

- Baratta, A. (1982/2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.
- Boullant, F. (2004). *Foucault y las prisiones*. Nueva Visión.
- Bergalli, R., Bustos, J. y Miralles, T (1983). *El pensamiento criminológico*. Vol. I y II. Temis.
- Dawkins, R. (1989). *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*. Salvat.
- De Sousa Santos, B. (2012). *Derecho y emancipación*. Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional.
- Dussel, E. (1994). *1492 El encubrimiento del otro*. Plural editores - UMSA.
- Dussel, E. (1976/2011). *Filosofía de la liberación*. FCE.
- Duvernay, A. (Dirección). (2016). *13th (From slave to criminal with one amendment)* [Película].
- Foucault, M. (1975/2009). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (2.^a ed). Siglo XXI.
- Girard, R. (1986). *El chivo expiatorio*. Anagrama.
- Goffman, E. (1961/2001). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu.
- Hinkelammert, F. (2018) *Totalitarismo de mercado. El mercado capitalista como ser supremo*. Akal.

- Marx, K. «Introducción para la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel». En F. Hegel, *Filosofía del Derecho* (pp. 7-22). Juan Pablo Editores, 1980.
- Merton, K. (1995). *Teoría y estructuras sociales*. FCE.
- Moreiras *Infrapolítica*. s.e.
- Novoa Monreal, E. (1975/2007). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI.
- Pavarini, M. (1980-2002). *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Siglo XXI.
- Pavarini, M. Y Melossi, D. (1977/2002). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (5.ª ed). s.e.
- Ricoeur, P (1990). *Freud. Una interpretación de la cultura*. Siglo XXI.
- Silva, C. (2019). *Hacia una Criminología decolonial. Aportes desde una filosofía de la liberación*. <https://www.academia.edu/39558898/>
- Segato, L. (2013). El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en descontrucción. En *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos*. Prometeo Libros.
- Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. La piqueta.
- Zaffaroni, E. (2012). *La cuestión criminal*. Planeta.

La disposición de conclusión de investigación y el control de plazos como límite objetivo para solicitar constitución de actor civil desde una visión garantista

The provision of conclusion of investigation and the control of deadlines as an objective limit to request the constitution of a civil actor from a guaranteed vision

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Actor civil. III. El control de plazos. IV. Concepción garantista en el proceso penal. V. Plazo razonable. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

(*) Doctor en Ciencias con mención en Derecho. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología. Maestrando en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios de Master en Cumplimiento Normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Docente de pre- y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho — Capítulo de Cajamarca. Miembro del Instituto de Derecho Penal Económico y Empresarial. Socio y director del área Penal del Estudio Mejía, Céspedes & Villegas — Abogados. Correo electrónico: svillegas@mejiasaucedo.com.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito dar luces acerca del límite objetivo que se tiene para solicitar la constitución en actor civil por parte del agraviado en el proceso penal, en el sentido de que la transgresión del plazo legal establecido para la investigación preparatoria formalizada habilita a la defensa del imputado a plantear el mecanismo de control de plazos, ello a fin de determinar que la resolución que declara fundada el control de plazo dictada en la audiencia respectiva configura un límite objetivo para la solicitud de constitución en actor civil por parte del agraviado.

Palabras clave: actor civil, agraviado, control de plazos, plazo razonable, caducidad, garantismo

Abstract: *The purpose of this article is to shed light on the objective limit to request the constitution of a civil action by the aggrieved party in the criminal process; in the sense that, the transgression of the legal term established for the formalized preparatory investigation enables the defense of the accused to propose the mechanism of control of terms, in order to determine that the resolution that declares the control of the term founded in the hearing. The respective law sets an objective limit for the request for constitution as a civil action by the aggrieved party.*

Key words: *civil actor, aggrieved, control of terms, reasonable term, expiration, guarantee*

I. Introducción

Como es de conocimiento, el artículo 101 del Código Procesal Penal menciona que la Constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria. Esto quiere decir que el supuesto agraviado tiene como plazo para su constitución en actor desde que el fiscal de la investigación preparatoria formaliza la investigación hasta que la concluye. Siendo ello así, se tiene un plazo equivalente a lo que dure la investigación preparatoria propiamente dicha, es decir, 120 días naturales; sin embargo, en el supuesto de que venzan los plazos previstos en el artículo 342 Código Procesal Penal (plazos de investigación preparatoria) y el fiscal no dé por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al juez de investigación preparatoria vía control de plazos, tal como se establece en numeral 2 del artículo 343 del Código Procesal Penal.

De lo anterior, podemos observar que la norma procesal menciona que la oportunidad para la constitución en actor civil está habilitada hasta antes de la culminación de la investigación preparatoria. Entonces, sucede con la disposición de conclusión de la investigación preparatoria; empero, se debe fijar un límite objetivo cuando la conclusión se deba al mecanismo de control de plazos realizado por el juez de investigación preparatoria.

II. Actor civil

Actor civil es la persona perjudicada por el delito que ejercita la acción y plantea la pretensión civil en el proceso acumulado al penal, ello conforme apunta Gómez Colomer citado por San Martín Castro (p. 274). Dentro de nuestro proceso penal, los intereses del actor civil están exclusivamente circunscritos al objeto civil; es decir, es el sujeto procesal idóneo para hacer valer la pretensión resarcitoria civil de aquel que resulte agraviado.

Tal y como lo menciona el Acuerdo Plenario N.º 05-2011/CJ-1 16, el actor civil es el titular de la acción reparatoria, acción que solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. Asimismo, el citado acuerdo también nos recalca que la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial porque este es el principal fundamento para la demonización de tan particular sujeto interviniente en un proceso penal.

En ese sentido, para poder constituirse en actor civil, es decir, que el agraviado obtenga la facultad de actuar en el proceso penal para hacer valer su derecho a la reparación civil por los daños que pueden haber causado la comisión del delito por parte del imputado, debemos ceñirnos a lo establecido en el artículo 100 del Código Procesal Penal, el cual a tenor menciona:

1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.
2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:
 - a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal;
 - b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder;
 - c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y,
 - d) La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98.

Por tanto, no solo es necesario cumplir con los requisitos expuesto por la norma procesal, sino que también resulta de fundamental relevancia el cumplimiento de lo mencionado por el artículo 101 del mismo cuerpo normativo, en el cual se nos indica que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria.

III. El control de plazos

Procedimiento procesal que surge a partir de la regulación del artículo 343 en nuestra normativa procesal penal. Dicho artículo hace mención del término de los plazos a los que está sujeto el representante del Ministerio Público al momento de dar por concluida la investigación preparatoria —hecho que surge una vez que de su actividad investigativa ha cumplido con su objetivo de reunir los suficientes elementos de convicción que sustentaran su posterior requerimiento—, quien comunicará la conclusión de la investigación preparatoria una vez que haya cumplido con el plazo determinado por ley.

Sin embargo, una vez que haya vencido el plazo de la investigación preparatoria y el fiscal no haya concluido esta, será facultad de las partes intervinientes el solicitarle al juez de la investigación preparatoria, a través de un escrito, la realización de una audiencia de control de plazo, en la cual el principal petitorio será el solicitarle al juez ordene la conclusión de la investigación preparatoria, ordenando al representante del Ministerio Público a cargo emita el requerimiento respectivo en el plazo de 10 días bajo responsabilidad disciplinaria de no cumplir con lo ordenado.

La solicitud de control de plazos que hacen las partes constituye una garantía de resguardo del derecho al plazo razonable de investigación preparatoria así como también salvaguarda el derecho a la defensa del imputado de no ser investigado en plazos irrazonables que excedan el tiempo establecido por el código procesal penal, la única discusión en audiencia es el exceso en el plazo de investigación que se toma el fiscal sin realizar el pronunciamiento correspondiente, sea una disposición de formalización de la investigación preparatoria o la conclusión de la misma, hecho procesal que presenta notoria relevancia ya que si no existe una conclusión de la investigación preparatoria no será posible la realización del requerimiento ya sea de acusación o sobreseimiento en contra de los imputados.

IV. Concepción garantista en el proceso penal

Ferrajoli (2004) ha señalado que el modelo garantista del derecho penal y procesal, tienen como principal fundamento a los principios axiológicos fundamentales, los mismos que derivan de la formulación de los siguientes términos: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa; siendo estos, los que cumplen una función de garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena.

Es a partir, de estos términos cuya función es de estricta garantía jurídica, sobre los cuales Ferrajoli (1995) ha establecido el sistema garantista o de estricta legalidad, que se trata de un modelo límite, y cuya axiomatización resulta de la adopción de 10 axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, las mismas que son:

A1 Nulla poena sine crimine.

A2 Nullum crimen sine lege.

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate.

A4 Nulla necessitas sine iniuria.

A5 Nulla iniuria sine actione.

A6 Nulla actio sine culpa.

A7 Nulla culpa sine iudicio.

A8 Nullum iudicium sine accusatione.

A9 Nulla accusatio sine probatione.

A10 Nulla Probatione sine defensione.

Así también Ferrajoli (1995) llama a estos principios, además de garantías penales y procesales por ellos expresadas:

1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de la culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen — con cierto forzamiento lingüístico — el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamental del derecho penal. (p. 93)

En este orden de ideas, el proceso penal reviste un conjunto de principios y garantías a fin de asegurar el respeto de los derechos de las partes que intervienen en el proceso, estableciendo incluso mecanismos de control frente

a la vulneración de uno de ellos tales como la tutela de derecho y en el caso en específico el control de plazos, lo que vislumbra el sentido garantista de nuestro modelo procesal.

V. Plazo razonable

El control de plazos se convierte de este modo en una garantía procesal que busca resguardar el principio del plazo razonable, el cual se encuentra contenido como parte del Debido Proceso, nuestra Constitución Política, el cual expresa en su artículo 139, inciso 3, que:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Siendo ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que, respecto del plazo razonable, es:

(...) el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139º 3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.⁽¹⁾

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139º, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14□, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...); y en el artículo 8□, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (..) Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a

(1) STC Exp. N.º 549-2004 HC/TC, 21 de enero del 2005

la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú⁽²⁾

Por su parte Oré Guardia (2016) manifiesta que el plazo razonable constituye un principio, en virtud del cual el órgano jurisdiccional tiene el deber u obligación de emitir, en un tiempo prudencial, un pronunciamiento que ponga fin al proceso en que se encuentra el imputado. Por otra parte, San Martín Castro (2015), expresa que:

La autonomía de este derecho — garantía se sustenta, formalmente, en su propia proclamación como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, materialmente, en el tiempo como condición ineludible o exigencia objetiva de una debida impartición de justicia — es el derecho a que el proceso jurisdiccional se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales — en el entendido que la lenta tramitación procesal merma los legítimos derechos de los justiciables (...).

VI. Conclusiones

1. Es necesario que junto a la existencia de la disposición que pone fin a la investigación exista también la comunicación de esta disposición fiscal al juzgado de investigación preparatoria que, si bien no está establecido en el Código Procesal Penal, esta comunicación permitirá al juez controlar los plazos legales establecido para la investigación.
2. El límite objetivo a fin de solicitar la constitución en actor civil, en el supuesto en donde se ha recurrido al mecanismo de control de plazos es la resolución que declara fundada la misma, pues lo que se controla es el plazo que tiene relación directa con lo establecido en el artículo 101 de Código Procesal Penal.

VII. Referencias

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (P. A. Ibáñez, Trad.). Trotta.
- (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (P. A. Ibáñez, Trad.). Trotta.

(2) STC Exp. N.º 3509-2009 PHC/TC, 19 de octubre del 2009

(2011). *Principia Iuris teoría del derecho y la democracia*: t. 1. *Teoría del derecho*. Trotta.

(2016). *El paradigma garantista*. Filosofía crítica del derecho penal. Trotta.

Oré Guardia, A. (2016) *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y Comentarios al Código Procesal Penal* (t. 1). Gaceta Jurídica.

San Martín, C. (2015) *Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal del 2004*. Lima, Perú.

Sentencias

STC Exp. N.º 549-2004 HC/TC, del 21 de enero del 2005.

STC Exp. N.º 3509-2009 PHC/TC, del 19 de octubre del 2009.

**Política criminal para la paz en Colombia:
a propósito de la ley de amnistía en Colombia
(ley 1820 del 30 de diciembre 2016):
un paradigma para el tratamiento del delito político^(*)**

**Criminal policy for peace in colombia:
regarding the amnesty law in colombia
(law 1820 of 2016 - december 30):
a paradigm for the treatment of political crime**

HUERTAS DÍAZ, Omar^()
AMAYA SANDOVAL, Carolina^(***)**

- (*) Artículo en colaboración resultado del Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UNAL reconocido y clasificado en MIN- CIENCIAS 2021 en A1 en el marco del proyecto “Tratamiento de la responsabilidad de mando de los agentes del Estado colombiano y de las FARC-EP en la comisión de crímenes de guerra, contemplada en el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” financiado por Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, código Hermes 46355 y la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú.
- (**) Doctor en Derecho y en Ciencias de la Educación, Investigador Senior y profesor titular en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: 0000-0002-8012-2387E-mail: ohuertasd@unal.edu.co
- (***) Abogada, especialista. Profesora ocasional. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinadora de investigaciones de la línea de Derecho Penal Internacional y Justicia Transicional de la Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UNAL. Correo electrónico: caramayasan@unal.edu.co

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto socio-político del Acuerdo Final de Paz. III. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016. IV. Principios rectores de la Ley 1820 de 2016. V. “Amnistía de iure” y la “Amnistía de Sala”. VI. Efectos del beneficio de amnistía e indulto y derechos de las víctimas. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito visibilizar la Ley 1820 de 2016, más conocida como Ley de Amnistía, aplicable en el proceso de justicia transicional que actualmente opera en Colombia. Para ello, se enuncian su origen, objetivos, desarrollo jurídico, requisitos y aplicación en el marco de competencias de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), así como sus virtudes y retos, enfocado en los beneficios concedidos a exmiembros de la guerrilla de las FARC-EP por la comisión de delitos políticos y conexos, en el contexto del conflicto armado interno. De esta manera, esta Ley abarca y desarrolla más ampliamente el componente de justicia del Acuerdo Final de Paz y del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR).

Palabras clave: Ley de amnistía, proceso de paz, justicia transicional, derechos de las víctimas, reconciliación

Abstract: *The purpose of this article is to make Law 1820 of 2016, better known as Amnesty Law, applicable in the transitional justice process currently operating in Colombia, visible. To do so, it is necessary to state its origin, objectives, legal development, requirements and application within the framework of competences of the Special Jurisdiction for Peace (JEP), as well as its virtues and challenges, focused on the benefits granted to ex members of the FARC-EP guerrilla for the commission of political and related crimes, in the context of the internal armed conflict. Consequently, this Law encompasses and further develops the justice component of the Final Peace Agreement and the Integral System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition (SIVJRNR).*

Keywords: *Amnesty law, peace process, transitional justice, victims' rights, reconciliation*

I. Introducción

Como parte del proceso de reconciliación y de negociación entre el Gobierno colombiano y exmiembros de la guerrilla FARC-EP, surgió el Acuerdo Final de Paz, suscrita por las partes el 24 de noviembre de 2016 y que entró en vigor a partir del 1 de diciembre de 2016. Dentro de los pilares de este importante e histórico acuerdo, se encuentra la concesión de la amnistía más amplia posible (en virtud del artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra), como parte de una concesión necesaria en el marco de un proceso de paz.

Es así como se origina la Ley 1820 de 2016 que “no solo representa entonces uno de los pilares de la implementación del Acuerdo de Paz; esta también constituye un instrumento novedoso, podría decirse *sui generis*, que marca un hito en la historia legislativa del país asociada al conflicto armado [...]” (Ampos & Cote, 2019).

Su implementación se justifica en que, para enfrentar los crímenes y los vejámenes del pasado, la justicia transicional y sus constructos institucionales operan de manera trascendental y necesaria. Tan es así, que la experiencia ha demostrado la efectividad de la instauración de mecanismos excepcionales a fin de enfrentar los legados del pasado (Sánchez & Ibáñez, 2014, p. 108), como lo es, en este caso, el reconocimiento de beneficios como la amnistía y el indulto.

En esa medida, el Acuerdo Final de Paz desarrolla “las bases necesarias para la consecución de una sociedad colombiana en paz, siendo ineludible que el componente humano de la misma conozca y entienda de primera mano todos estos compromisos [...]” (Huertas, 2017, p. 28).

Valga aclarar que esta es una ley que reviste de una complejidad importante, por lo que el presente artículo busca abarcar sus elementos más representativos a partir de, en primera medida, un análisis del contexto socio-político en el que se cimentó el Acuerdo Final de Paz suscrito con la guerrilla FARC-EP. En tal sentido, y a pesar de que la Ley 1820 de 2016 contiene un apartado especialmente dedicado al trato diferenciado y especial para agentes del Estado, este escrito se basará exclusivamente en el tratamiento y el régimen de beneficios para exmiembros de la guerrilla de las FARC-EP.

En segundo lugar, se realizará un estudio en torno al objeto y al ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016, especialmente en lo referente al trato simétrico pero diferenciado para actores del conflicto armado, la definición de delitos políticos y conexos sobre los cuales opera el beneficio de amnistía e indulto, la relación directa o indirecta de las conductas con el conflicto armado interno, y el ámbito de aplicación de la ley.

Por otra parte, se hará mención especial a los principios rectores que rigen la Ley de Amnistía que se conjugan con los principios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), a fin de evitar un choque con los derechos de las víctimas del conflicto armado interno.

Igualmente, se ahondará en la conceptualización y aplicación de las figuras jurídicas de la “amnistía de iure” y la “amnistía de Sala”, sus requisitos, diferencias y ámbitos de aplicación.

Finalmente, se analizarán los efectos de los beneficios de amnistía e indulto como formas de extinción de la responsabilidad penal, así como su armonización con los derechos de las víctimas, para cerrar con unas breves conclusiones.

II. Contexto socio-político del Acuerdo Final de Paz

En el marco de negociaciones entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP confluyeron varios factores que trajeron como consecuencia la finalización del conflicto armado interno, al menos con esta guerrilla. En tal sentido, el presidente de aquel entonces, Juan Manuel Santos, acudió a la política exterior como forma de generar presión y apoyo a las negociaciones que se llevarían a cabo en la Habana, Cuba. Igualmente, se gestionó el apoyo de socios internacionales como Estados Unidos, Alemania y la Unión Europea, quienes enviaron delegados especiales para las negociaciones, así como la consolidación del soporte dado por las Naciones Unidas (ONU) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), que en gran medida han contribuido en el proceso de verificación de implementación del Acuerdo (Pastrana, 2019, p. 5).

Pese a ello, y a pesar del fatídico triunfo del “NO” en el plebiscito promovido por algunos sectores de la sociedad para refrendar el acuerdo de paz, los negociadores evaluaron nuevamente el contenido del acuerdo, de lo cual devino la suscripción final del mismo el día 24 de noviembre de 2016 (Pastrana, 2019, p. 6).

Con todo, y reconociendo a la paz como un derecho de todas y todos, y luego del feliz éxito de las negociaciones, el presidente Juan Manuel Santos sometió el acuerdo a refrendación ante el Congreso de la República. Así, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2016, mediante el cual se llevó a cabo el llamado *fast track*, entendido como una “un trámite legislativo más expedito para la implementación del acuerdo marco” (Pastrana, 2019, p. 7).

En este punto, es importante mencionar que el mecanismo de *fast track* es un mecanismo excepcional pero que fue legitimado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-160 de 2017, en la cual estableció que:

La Sala encuentra que el concepto de Refrendación Popular se caracteriza de manera concreta por los siguientes elementos: (i) Proceso: no se trata de “actos únicos o simplificados” sino de un acto complejo. Ello implica “la intervención de diversas autoridades en un ejercicio de frenos y contrapesos”. Motivo por el cual en los referendos constitucionales aprobatorios y en los plebiscitos se exige o autoriza “la intervención previa y posterior de otros órganos además del cuerpo electoral”. (ii) Participa-

ción ciudadana: la participación ciudadana se caracteriza por presentarse a través de: (a) mecanismos de aprobación, convalidación, certificación, ratificación y diversas formas de participación directa o indirecta del pueblo; (b) con o sin intervención de organismos representativos; (c) al final o de forma previa; (d) ser de naturaleza deliberativa, decisiva o propositiva; (e) de carácter formal o informal; (f) ser interpretada por un órgano de representación; (g) generar resultados vinculantes o no y, si lo son, pueden serlo de distinto modo, según el mecanismo, sus resultados y el organismo sujeto a sus efectos. (iii) Los resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos: La Corte destaca que cuando la participación ciudadana es previa es legítimo que el proceso continúe y concluya en virtud de las competencias de una autoridad instituida. En estos casos se entiende la participación como consulta previa al pueblo y vale como Referendación Popular si los actos subsiguientes se encaminan a interpretar, respetar y desarrollar sus resultados de buena fe. (iv) Proceso que puede terminarse por la decisión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, como puede ser el Congreso: esta Corporación estableció que para la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016 no era necesario apelar a un nuevo mecanismo de participación ciudadana directa, sin perjuicio de que debieran cumplirse los requisitos establecidos en la Sentencia C-699 de 2016. No obstante, se precisó la importancia de implementar los escenarios y espacios adecuados para escuchar a todos los sectores de la sociedad, y como condición constitutiva de la Referendación Popular se determinó que los resultados interpretados, respetados y desarrollados de buena fe, estuvieran “a cargo principalmente de una autoridad revestida por la Constitución de legitimidad democrática. (Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 2017)

Como se observa, la consolidación de la paz justificó en gran medida lo excepcional del procedimiento. Tan es así que la Corte acepta la importancia de la medida de la siguiente manera:

[...] se trata de una situación de excepción —la transición— que acude a un régimen también excepcional —la alteración institucional del Estado de manera temporal— a fin de responder a las necesidades de la búsqueda de la paz. Entender el carácter doblemente extraordinario de este tipo de mecanismos es fundamental, pues los dilemas que deben ser afrontados habilitan al Estado a adoptar decisiones complejas que distan de la unanimidad y que propenden por mayores niveles de democratización a través de la búsqueda de la paz.

En efecto, la paz es un presupuesto para la eficacia del Estado Social de Derecho, por cuanto constituye una condición necesaria para el goce efectivo de todos los derechos fundamentales. Sin embargo, por definición, su búsqueda debe evitar a toda costa la fractura del orden constitucional. De acuerdo con lo anterior, es indiscutible que las medidas encaminadas al logro de la paz no pueden pretender una alteración permanente o grave del orden estatal, por el contrario éste es el fundamento de una paz estable y duradera, además, el respeto a las instituciones propias del Estado Social de Derecho le aporta legitimidad a las medidas adoptadas en un momento de tanta tensión. (Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 2017)

Finalmente, tal y como lo ha reconocido el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Acuerdo Final de Paz se constituye como un “acuerdo especial”, dado que respeta el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra cuando los actores armados se comprometen a aplicar las reglas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), en el marco de las negociaciones y con un cese al fuego (CICR, 2016). Por tanto, “en referencia a la regla de interpretación denominada bloque de constitucionalidad el estamento político debe respetar y, además, prestar veeduría al cumplimiento de lo dispuesto por el Acuerdo de Paz [...]” (Pastrana, 2019, p. 20).

Pero con ello, surgen por supuesto obligaciones para las partes inmersas en el conflicto armado interno, en torno al cese al fuego, la desmovilización, el desarme, el desminado humanitario, entre otras, y a fin de cumplir con unas garantías de no repetición, para la construcción de una paz estable y duradera (Pastrana, 2019, p. 20).

III. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016

Entrando en materia y ahondando en lo sustancial de la Ley 1820 de 2016, o Ley de Amnistía, tenemos que el artículo 2 de la misma establece que:

La presente ley tiene por objeto regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Como se observa, el precitado artículo se refiere a delitos políticos y conexos. Sobre el particular (Aponte, 2019) señala que:

[..] la propia Ley designa, en principio, cuáles delitos son conexos con el delito político. Ella recoge las tres conductas que en la tradición jurídica Colombiana constituyen el delito político: la rebelión que es, a su vez, el núcleo del delito político; la sedición, y la asonada, fundamental esta para el tratamiento de la protesta social. Pero de la misma forma incluye en el art. 15, a manera de listado y en función de la amnistía de *iure*, otras conductas que hoy de plano son concebidas como delitos políticos. A manera de ejemplo, lo cual es ciertamente extraño en la tradición del país, el art. 15 se refiere al delito de “conspiración” y “seducción”. Una explicación posible de esta inclusión, puede consistir en que con ella se pretende abarcar todas las conductas ligadas a la rebelión misma, como es el caso de una conspiración [...]. (p. 30) Posteriormente, el artículo 16 enlista las conductas o delitos conexos al delito político, entre los cuales se incluye el concierto para delinquir; delito que de manera necesaria forma parte del desarrollo de la rebelión. Es por ello que “frente al delito de rebelión y sus relaciones con el concierto para delinquir, desde el punto de vista dogmático se trataría más bien de la existencia de un concurso aparente que debe resolverse según la regla de la consunción” (Aponte, 2019, p. 31).

Ahora bien, respecto al ámbito de aplicación, el artículo 3 de la Ley 1820 de 2016 señala que:

La presente ley aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final. También cobijará conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

Además se aplicará a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica.

En cuanto a los miembros de un grupo armado en rebelión solo se aplicará a los integrantes del grupo que haya firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, en los términos que en esta ley se indica.

Sobre el particular, es importante evidenciar que el escenario de conflicto armado como elemento material, es transversal a la Ley. Es esa medida, cuando se habla de “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*” imperativamente hay que acudir a las reglas y definiciones del Derecho

Internacional Humanitario (DIH), especialmente en torno a la protección de civiles, combatientes rendidos o puestos fuera de combate en el marco de conflictos armados. En ese sentido, se debe aclarar que:

En un escenario de conflicto armado interno y de violencia generalizada y difusa, existen sujetos que deben ser rigurosamente diferenciados, con el objetivo de atribuir responsabilidad penal, cuando sea el caso, mientras se deben identificar correctamente las personas protegidas por el DIH. Este es un principio con base en el cual se debió trabajar siempre para proteger sobre todo a los civiles y que incluso hoy debe seguirse, si se tiene en cuenta que aún pervive el conflicto armado con el ELN. Se trata, además, de un principio central también hoy para establecer el ámbito de aplicación de la LA [Ley de Amnistía]. De esta forma, DIH y derecho penal se entremezclan e interactúan en una lógica no punitivista y en una lógica de protección ampliada y humanizante de quienes son concebidos como personas protegidas. (Aponte, 2019, p. 40)

En este punto es importante destacar la definición que hace la Corte Constitucional sobre lo que ha de entenderse por “combatientes”. Así, en Sentencia C-291 de 2007 se estableció lo siguiente:

El término «combatientes» en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término «combatientes» hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término «combatientes» se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el «status de combatiente», que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión —en particular el status conexo o secundario de «prisionero de guerra». Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término «combatientes» en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término «combatientes» en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como «status de prisionero de guerra», no son aplicables a los conflictos armados internos. (Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007)

Igualmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enfocado el tema en torno a la definición de “combate” entendido este en los siguientes términos:

El combate a que se refiere al artículo 127 del Código Penal, presupone un enfrentamiento armado entre combatientes, una acción militar de carácter regular o irregular contra el legítimo contradictor, determinable en tiempo y espacio, pues no es sólo la condición de rebelde de quien ejecuta el acto delictivo lo que exonera de penalidad su acción, sino la circunstancia de haber cometido el hecho en el contexto de una confrontación armada con las fuerzas del Estado [...]. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de febrero de 1999, radicado 11837)

Finalmente, y tomando en cuenta los referidos conceptos, cuando se aplica el DIH, se cierra el marco de la relación directa o indirecta con el conflicto armado, dado que se amplía el espectro de protección, “no solo a civiles ajenos al conflicto, sino respecto de aquellos que incluso han participado de las hostilidades indirectamente y que no pierden su carácter de persona protegida” (Aponte, 2019, p. 44).

En igual sentido, cuando se aplica la Ley de Amnistía, se amplía su ámbito de aplicación en el evento de actores que han participado indirectamente de las hostilidades. Tan es así, que inclusive los delitos cometidos por ellos, deben ser objeto de aplicación de la Ley 1820 de 2016, específicamente cuando se trata de delitos políticos y conexos que en todo caso serán evaluados por la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (Aponte, 2019, p. 44).

IV. Principios rectores de la Ley 1820 de 2016

A continuación, se enunciarán cuatro de los principios más relevantes, para efectos del presente artículo, que sirven de estructura en relación a la aplicación de la Ley de Amnistía, y que, a su vez, la dotan de contenido y fundamento.

En primera medida, el artículo 5 señala: **«Derecho a la paz.** La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. La paz es condición esencial de todo derecho y es deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y preservarla».

Sobre el particular, este principio se constituye como uno esencial e inescindible, tomando en cuenta su doble carácter: como derecho y como deber, además de que se concebirse como un pilar para el ejercicio de los demás derechos. En esa medida, su inclusión en la Ley 1820 de 2016 sirve para dotarla de sentido teleológico y para efectos de su interpretación y aplicación (Dajer, 2019, p. 61).

Igualmente, el artículo 6 establece:

Integralidad. Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyos fines esenciales son facilitar la terminación del conflicto armado interno, contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición, adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos y satisfacer los derechos de las víctimas. Por ello, los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz [...].

Como se observa, en el marco de un proceso de justicia transicional y para el logro óptimo de una paz estable y duradera, es imprescindible que exista armonía entre la aplicación de beneficios como la amnistía y el indulto, y la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

En tal sentido y de acuerdo con el principio referido, se puede sostener que la integralidad de la que trata la ley se basa en lo siguiente:

[...] las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales incluidos en la LA (Ley de Amnistía) son medidas del SIVJRNR destinadas a cumplir cuatro fines: (i) facilitar la terminación del conflicto armado interno; (ii) contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición; (iii) adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos, y (iv) satisfacer los derechos de las víctimas. Sin embargo, para cumplir dichos objetivos, el principio de integralidad determina todos los instrumentos que componen el SIVJRNR deben ser implementados de forma coherente y articulada, de manera que el desarrollo de la ejecución de un mecanismo tendrá en todo el Sistema. (Dajer, 2019, pp. 73-74)

Por otra parte, el artículo 7 señala:

Prevalencia. Las amnistías, indultos y los tratamientos penales tales como la extinción de responsabilidades y sanciones penales y administrativas o renuncia del Estado a la persecución penal establecidos en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, prevalecerán sobre las actuaciones de cualquier jurisdicción o procedimiento, en especial sobre actuaciones penales, disciplinarias, administrativas, fiscales o de cualquier otro tipo, por conductas ocurridas

en el marco del conflicto interno, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta a este [...].

Al respecto, la Ley de Amnistía se conformó con el fin de que las amnistías e indultos y tratamientos penales especiales, sean aplicados por la jurisdicción que conozca de la causa. En esa medida, se evidencia la prevalencia de estos beneficios transitorios por encima de las actuaciones adelantadas por otra jurisdicción como la ordinaria, siempre y cuando se cumplan con los criterios y ámbitos de aplicación de la ley (Silva, 2019, p. 81).

Finalmente, el artículo 8 establece:

Reconocimiento del delito político. Como consecuencia del reconocimiento del delito político y de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, a la finalización de las hostilidades el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible.

En virtud de la naturaleza y desarrollo de los delitos políticos y sus conexos, para todos los efectos de aplicación e interpretación de esta ley, se otorgarán tratamientos diferenciados al delito común. Serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal [...].

De lo anterior se observa el cumplimiento de una regla del DIH, respecto al otorgamiento de la amnistía más amplia posible tras la finalización de un conflicto armado. Además, el fundamento jurídico de este principio se deriva del ordenamiento constitucional que brinda un tratamiento especial y diferenciado al delito político, con respecto al delito común. Es por esta razón, que la Ley de Amnistía brinda beneficios transicionales a delitos políticos y conexos, excluyendo de plano a los delitos comunes, por lo cual surge de una necesidad jurídica de que se establezcan de manera clara, expresa e inequívoca cuáles son esos delitos políticos y conexos (Tarapués, 2019, pp. 88-89). Valga mencionar en este punto que la concesión de beneficios para delitos políticos y conexos responde a un proceso de negociación entre actores de un conflicto armado, y que para llegar a la paz, es necesaria su regulación mediante una Ley de Amnistía, vista como una garantía jurídica y política.

V. “Amnistía de iure” y la “Amnistía de Sala”

Frente a la categorización de “amnistía de iure”, el artículo 15 de la Ley N.º 1920 de 2016 establece de manera clara lo siguiente:

Amnistía de iure. Se concede amnistía por los delitos políticos de “rebelión”, “sedición”, “asonada”, “conspiración” y “seducción”, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos.

Como se evidencia, la “amnistía de iure” de precedente solamente cuando se trata de la comisión de delitos políticos “puros” que se referencian explícitamente en el artículo, y para delitos conexos, previstos el artículo 16 de la Ley de Amnistía (Tarapués, 2019, p. 169). Valga mencionar en este punto que los tipos penales que contiene esta ley, y que los define como políticos, son los contenidos en el Código Penal Colombiano, donde el objeto de protección radica en:

[...] el bien jurídico supraindividual definido como la existencia del régimen constitucional y legal. La definición de este bien jurídico tutelado, al ser un bien de naturaleza colectiva, resulta una tarea compleja por la amplitud del objeto de protección y por la proximidad con otros bienes jurídicos supraindividuales similares. Sin embargo, la doctrina colombiana se ha encargado de darle un contenido diferenciador a este bien jurídico, entendiéndolo como el espacio de protección de todo el ordenamiento institucional, político y jurídico, el cual funda la existencia legal y legítima del Estado. Esto incluye la vigencia de valores y principios constitucionales que sustentan la estructura y organización del Estado colombiano, tales como la democracia, el Estado de derecho, la separación de poderes, el Estado unitario descentralizado, etc. (Tarapués, 2019, p. 170)

Por su parte, la “amnistía de sala” tiene su definición en el artículo 21 de la Ley N.º 1820 de 2016, el cual establece que:

Sala de Amnistía o Indulto. En todos los casos que no sean objeto de una amnistía de iure, la decisión de conceder amnistías o indultos dependerá de la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz. En aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley y de lo establecido en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de las Convenciones de Ginebra de 1949, la Sala aplicará la amnistía o el indulto conforme a lo establecido en esta ley y en el Acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En todo caso la solicitud de amnistía deberá ser resuelta en un término no mayor a los tres (3) meses desde que haya sido solicitada a la Sala, siempre que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de las armas conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

En virtud de lo anterior, es competencia de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) el otorgar beneficios. Sin embargo, y de acuerdo con Cote (2019), la redacción de la norma tiene una dificultad y es que está redactada a partir de un imperativo negativo, cuando señala que “en todos los casos que no sean objeto de una amnistía de iure”. Como consecuencia, se puede decir que la SAI es competente para otorgar o no beneficios de amnistía o indulto, cuando no sea procedente la amnistía de iure, por lo que se trataría de una competencia subsidiaria (p. 208).

Con todo, la diferencia entre una y otra categoría de amnistía reside en que:

[...] el ámbito de aplicación material de la amnistía por parte de la Sala de Amnistía o Indulto es más amplio que el de la amnistía *de iure*. El ámbito de *aplicación material* de la amnistía cuando es otorgada por la Sala de Amnistía o Indulto, es más amplio que el de la amnistía *de iure*, debido que el de aquella no está definido de manera taxativa en la LA, mientras que el de esta última sí lo está. Al respecto se debe señalar que, según el mismo párrafo segundo del art. 16, la Sala de Amnistía o Indulto debe tener en cuenta el listado de conductas punibles que se adoptó en dicha disposición, pero ‘sin perjuicio de que [...] también considere conexos con el delito político otras conductas punibles en aplicación de los criterios establecidos en esta ley’. Dichos criterios son los definidos en el art. 23. Es decir, la Sala de Amnistía o Indulto puede otorgar estos beneficios en los mismos casos en los que procede la amnistía de iure e incluso frente a tipos penales no mencionados explícitamente el art. 16, para lo cual debe tener en cuenta los criterios de conexidad establecidos en el art. 23, así como los límites definidos en el párrafo de esta misma norma. (Cote, 2019, pp. 209-210)

VI. Efectos del beneficio de amnistía e indulto y derechos de las víctimas

Finalmente, en este acápite es necesario señalar que podría pensarse que el otorgamiento de la amnistía más amplia posible en el marco de procesos de transición podría acarrear el desconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno. Sin embargo, desde el proceso de negociación entre las partes, y con la consolidación del Acuerdo Final de Paz y la Ley de Amnistía, se dejó en claro el carácter restrictivo y la prohibición de aplicación de amnistías en casos de crímenes internacionales, definidos en el Estatuto de Roma.

Por otra parte, y a fin de armonizar la aplicación del beneficio de amnistía e indulto para cuando procedan, con los derechos de las víctimas, “se han esta-

blecido límites para el ejercicio legítimo del poder de amnistía. Por ejemplo, las leyes de punto final, las autoamnistías, las amnistías generales y las amnistías en blanco se consideran como incompatibles con el derecho internacional” (Sánchez, 2019, p. 402).

En esa medida, la Ley de Amnistía tiene un doble objetivo: “por un lado, pretende contribuir a la terminación del conflicto armado y a la transición hacia un régimen más democrático, estable y en paz; por el otro, busca garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición” (Sánchez, 2019, p. 403).

Con todo, y para materializar este objetivo, la Ley 1820 de 2016 impone unos límites, no solamente respecto a la prohibición de aplicar amnistías cuando se trate de crímenes internacionales, sino también al hecho de que este beneficio está condicionado a que los solicitantes y comparecientes aporten con la verdad y contribuyan con las obligaciones de reparación y no repetición en favor de las víctimas (Sánchez, 2019, p. 404).

VII. Conclusiones

De todo lo expuesto en el presente artículo, se observa la necesidad de la implementación y aplicación plena de una Ley de Amnistía que contribuya con los objetivos de una paz estable y duradera en Colombia. Su necesidad radica en que este mecanismo se constituye como un medio, una garantía, y un paradigma para la paz. En tal medida, el otorgamiento de la amnistía más amplia posible se constituye como un puente para la paz y para la salida de un conflicto armado interno.

Es por ello, que es importante reconocer su importancia, analizar sus elementos constitutivos y su relación armónica con los derechos de las víctimas. En esa medida, la interpretación que de esta Ley se haga, debe estar cimentada bajo un análisis holístico y sistemático, que de cuenta de sus virtudes y retos, así como del arduo trabajo que se sigue al interior de la JEP y de la SAI para su eficaz implementación.

Finalmente, es necesario destacar los límites que la misma Ley 1820 de 2016 impone respecto a la prohibición de aplicación de beneficios de amnistía o indulto, cuando se trata de crímenes internacionales; esto como una forma de reconocimiento de los derechos de las víctimas, lo que hace que este sea un sistema novedoso y respetuoso de los estándares internacionales sobre la materia.

VIII. Referencias

- Aponte, A. (2019). Título II. Objeto y principios. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 27-58). Temis.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2016). *Colombia: 10 preguntas sobre acuerdos de paz, acuerdos especiales y DIH*. <https://www.icrc.org/es/document/colombia-10-preguntas-sobre-acuerdos-de-paz-acuerdos-especiales-y-dih>
- Cote, G. (2019). Amnistías o indultos otorgados para la Sala de Amnistía o Indulto. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 207-215). Editorial Temis.
- Dajer, D. (2019). Principios aplicables. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 59-79). Temis.
- Huertas, O. (2017). *Nuevo Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Pastrana, E. (2019). Título I. Consideraciones preliminares. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 3-26). Temis.
- Sánchez, N. & Ibáñez, C. (2014). La justicia transicional como categoría constitucional. En *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional* (pp. 107-154). Temis.
- Sánchez, A. (2019). Efectos de la amnistía. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 207-215). Temis.
- Silva, N. (2019). Prevalencia. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 80-85). Temis.
- Tarapués, D. (2019). Amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales. En *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático* (pp. 169-189). Editorial Temis.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencia C-160 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de febrero de 1999. Radicado 11837.

Epistemología, género y derecho



Problemática e importancia de la filosofía y de los métodos genéricos en las investigaciones jurídicas

Problematic and importance of philosophy and generic methods in legal research

MENDOZA COBA, Alcides^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La filosofía como sustento en las investigaciones jurídicas. III. Métodos genéricos utilizados en la investigación jurídica. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen: Actualmente, se evidencia la concepción errónea que tienen los docentes y los jurados de trabajos de investigación referente al marco ius filosófico. En este contexto, desde una visión teórica y crítica, este artículo desarrolla los aspectos relacionados con la necesidad de comprensión y aplicación del conocimiento filosófico en las investigaciones jurídicas. Asimismo, hace énfasis en la necesidad de estructurar y redactar el marco ius filosófico en el proceso de una investigación jurídica. Adicionalmente, considerando la importancia de la metodología en una investigación jurí-

(*) Abogado por la Universidad Antonio Guillermo Urrelo. Doctor en Ciencias con mención en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Magister en Derecho Penal y Criminología. Docente invitado en pregrado y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Ciencias Naturales. Estudios de posgrado en Inteligencia, Creatividad y Talento (IPLAC).

dica, se desarrolla el contenido relacionado con los criterios que se deben tener en cuenta en la selección y la aplicación de los métodos genéricos y cuáles deben ser los principales pasos en cada uno de ellos.

Palabras clave: marco *ius filosófico*, método analítico, método sintético, método inductivo, método deductivo

Abstract: *Abstract This article develops aspects, from a theoretical and critical perspective, regarding the need to understand and apply philosophical knowledge in legal research. Emphasis is placed on the need to structure and draft the ius philosophical framework in legal research. The erroneous conception that teachers and jurists of research works have regarding the philosophical jus framework is also evident. Likewise, considering the importance of the methodology in legal research, content related to the criteria that must be considered to select and apply generic methods is developed. They even mention what should be the main steps that must be taken into account in each of them.*

Keywords: *ius philosophical framework, analytical method, synthetic method, inductive method, deductive method*

I. Introducción

La dinámica de las sociedades responde al avance de la ciencia y la tecnología, que va desde una ciencia rudimentaria con un inicio basado en la hechicería, tal como sucedió en los tiempos de la alquimia, para que luego —de una etapa de oscurantismo científico, vale decir, desde el renacimiento científico— pasar al enfoque del ser humano por la búsqueda de la explicación de los fenómenos del entorno. Esto último llevo a contradecir creencias, dogmas y paradigmas que se sustentaban en asumir que el comportamiento de la naturaleza dependía de un ser superior. Sin embargo, no se puede despreciar cada uno de los aportes que la humanidad ha realizado en el transcurso de las diferentes civilizaciones, porque eso ha permitido ir construyendo y corrigiendo la comprensión de los fenómenos naturales, sociales y culturales. Al respecto, Bunge (2017) menciona, acerca de la investigación científica, que “[esta] arranca con la percepción de que el acervo de conocimiento disponible es insuficiente para manejar determinados problemas. No empieza con un borrón y cuenta nueva, porque la investigación se ocupa de problemas” (p. 470).

Considerando la afirmación de Bunge (2017), se infiere que el desarrollo del conocimiento científico deviene de la investigación y esta del interés para buscar explicaciones y respuestas a los problemas de los diferentes fenómenos que se manifiestan en la naturaleza y en el desarrollo social, económico y cultural de la humanidad. Aunque, si bien en la actualidad se cuentan con diversas

herramientas para investigar, lo cierto es que, en un inicio, tal como indica Kruif (2013), “la investigación científica aún no había llegado a ser una profesión. Hoy en día los hombres de investigación constituyen un prestigioso elemento de la sociedad” (p. 44). De esta manera, las investigaciones realizadas de manera rudimentaria se han convertido en base del conocimiento o la fuente para una serie de investigaciones en los diferentes campos del saber humano.

A medida que la investigación logra desplegarse, se van fijando diferentes métodos y técnicas para verificar hipótesis y, con ello, una mayor solidez en la construcción de los conocimientos. Los métodos que se empiezan a utilizar van desde los que permiten la comprensión dual del razonamiento científico de Grosseteste hasta los de Bacón —asumiendo las ideas de aquel—, quien considera que toda investigación responde a un ciclo que comprende la observación, la formulación de hipótesis y la comprobación (experimentación) de la misma. En tal sentido, por un lado, Bacón asume como método de investigación a la inducción, mediante el cual se permitiría descubrir las leyes de la naturaleza. Por otro lado, Descartes, desde la mirada de la ciencia y la filosofía, plantea a la deducción como método de investigación. A partir de este último, sin dejar el aporte de otros personajes anteriores, las investigaciones se caracterizan porque recurren a la utilización del método científico basado en las características fundamentales de falsabilidad y reproductividad, las cuales van asumiendo variantes de acuerdo con la naturaleza de la disciplina en la que se aplican; por ejemplo, en algunas disciplinas se experimenta y en otras se demuestra o se contrasta sobre la base de los razonamientos que responden a la lógica.

Los conocimientos obtenidos a través de la investigación responden al cuestionamiento racional de que el hombre analiza a la realidad en un tiempo y espacio determinado. Sin embargo, a la luz del avance logrado, si bien es cierto se “ha venido generando una gran cantidad de conocimiento, razón por la cual ha tenido un gran auge el concepto de sociedad del conocimiento” (De Hoyos, 2020, p. 243), también es cierto que no es suficiente la investigación como proceso y con visión de resultados en conocimientos, sino que además es necesaria la filosofía como “una base fundamental para la ciencia porque es el hecho de cuestionarse lo que hace que un científico mire su alrededor y busque explicar los fenómenos, insatisfecho por las explicaciones anteriores” (De Hoyos, 2020, p. 243). A esto se suma que la filosofía también aporta con reflexiones, análisis y aporte referente a los métodos utilizados en la investigación, así como doctrinas, paradigmas y sistemas de pensamiento que permiten comprender la complejidad que involucra la investigación y la producción de la red compleja del conocimiento.

Dentro de la sociedad del conocimiento, y como parte del desarrollo de las personas, en el transcurso de la historia, se evidencia el nacimiento de las diferentes disciplinas, tal como sucede con las ciencias jurídicas que se basan en generar conocimiento jurídico y, con ello, regular las relaciones entre personas con la finalidad de lograr la armonía social y la conducción del hombre desde su fundamento ontológico de la dignidad. No obstante, cabe destacar lo siguiente:

La discusión acerca de la ciencia jurídica —es decir, de la actividad de quienes se dedican a estudiar el contenido del derecho— ha sido uno de los temas más persistentes en la historia del pensamiento jurídico. Los juristas en mayor medida que el resto de estudiosos de las ciencias sociales, ha sentido la necesidad — cuando no la obsesión - de preguntarse acerca del estatus de su propia actividad y del método idóneo para llevarse a cabo. (Nuñez, 2014, pp. 13-14)

Entonces, la investigación en las ciencias jurídicas, al igual que las demás disciplinas, implica la utilización de métodos adecuados y coherentes a la problemática en la que se centra la investigación, así como en el propósito en la cual se encausa. De aquí que, cuando se desarrolla contenido referente a la investigación en las ciencias jurídicas, en algunos casos, solo se enuncian de manera formal el uso de ciertos métodos, los cuales pueden ser métodos generales o propios del derecho; sin embargo, al revisar el desarrollo de la investigación, solo han quedado en el formalismo de enunciarlos, pero no se evidencian en el proceso de investigación. De ellos se desprende la existencia de trabajos de investigación que no tienen la solidez metodológica, aún más desde la mirada de las ciencias jurídicas, porque tal como la construcción de un edificio necesita de buenos planos para resistir su estructura, tan igual es para soportar las conclusiones a las que se llegue luego de una investigación jurídica, puesto que se debe tener un soporte que derive en la aplicación adecuada de los métodos de investigación tanto desde su fundamento jurídico como desde su fundamento filosófico.

Por ello, considerando que las ciencias jurídicas aportan con conocimiento indispensable para el desarrollo de las sociedades, es necesario que quienes ejecutan investigaciones jurídicas tanto en pregrado como en posgrado, tengan una visión acerca de qué consiste cada uno de los métodos de investigación, desde los que ofrecen las ciencias factuales, las ciencias abstractas y las ciencias jurídicas, sin dejar de señalar que no se debe confundir a los métodos de investigación jurídica con los métodos de interpretación jurídica. En esta publicación se realizará el desarrollo de los métodos generales en la investigación jurídica tanto de los fundamentos de la filosofía como de la ciencia en general.

II. La filosofía como sustento en las investigaciones jurídicas

A la luz del desarrollo del conocimiento logrado hasta la actualidad —y desde la postura de este artículo—, se asume que, sobre todo en las investigaciones jurídicas, la filosofía se ha convertido en indispensable como soporte en el discurso investigativo en la ejecución de un trabajo de investigación y no como un conocimiento aislado de ideas de los grandes filósofos, cuyos aportes son innegables para el desarrollo de la humanidad, sino como la capacidad de explicar la compleja y sistemática conexión entre las diferentes corrientes filosóficas que originan y soportan a las instituciones jurídicas, conceptos y definiciones en el derecho.

Por ello, tal como menciona Montemayor (1982), asumiendo los grados de abstracción formal que explicaron Aristóteles y Tomás de Aquino, el primer grado corresponde a la física; el segundo, a la matemática, y el tercero, al prescindir de toda materia, corresponde a la metafísica, núcleo de toda la filosofía; por lo que “la filosofía rige a todas las demás ciencias, porque fundamenta los principios de ellas. En el momento en que un científico analiza los principios de su propia ciencia, ipso facto está haciendo labor filosófica” (p. 15). Sin embargo, en las investigaciones jurídicas que se realizan en las universidades, sobre todo a nivel de tesis de pregrado y posgrado, no se evidencia dicha labor filosófica. Por un lado, porque no existe un mecanismo reflexivo sobre lo que involucra el soporte filosófico de la investigación; por otro lado, porque la postura del investigador prescinde de asumir o contradecir una corriente filosófica, la misma que da soporte a la postura asumida o a los resultados de la investigación.

En una investigación jurídica, el marco epistemológico como proceso de cómo se adquiere el conocimiento, así como el marco *iuris* filosófico corresponde, en principio, a cómo el investigador asume el proceso discursivo en la investigación, de tal forma que, dentro del parámetro del razonamiento que involucra el trabajo de investigación, no solo se debe limitar a definiciones sobre las concepciones que involucran las ciencias jurídicas, sino que se manifieste expresamente en un discurso fluido de cómo se construye el soporte filosófico de la investigación. Por eso, es lamentable y criticable académicamente cuando se presentan trabajos de investigación (tesis de pregrado y posgrado) con el aval de algunos asesores de investigación o de jurados que tienen una errónea visión y hasta obligan a que el marco *iuris* filosófico se convierta en un glosario de corrientes filosóficas o instituciones jurídicas (entre otros conceptos), que contiene un párrafo final que el investigador cierra mencionando que, en dicho concepto, dejando de lado la necesidad de desarrollar un discurso investigativo que organice, sistematice y conecte como una unidad, bajo el soporte filosófico que tiene

la investigación. Por ello, tal como afirma Cassirer (1985), contextualizándolo al contenido del marco *ius* filosófico, “no basta con llevar a cabo de un modo general la reducción de los conceptos, sino que hay que demostrar, al mismo tiempo, cómo una determinada forma individual nace y se construye a base de estos elementos” (p. 462); como en el caso de una investigación jurídica acerca de cómo se forma el trabajo de investigación desde la visión filosófica.

El marco *ius* filosófico, en una investigación jurídica, es tan imprescindible porque permite al investigador asumir una postura discursiva sobre la cual se desarrolla el trabajo; por lo que, si se habla del discurso, es como cuando un buen político, en su discurso de campaña, menciona en qué se basará la ejecución de su plan de gobierno, pero no define conceptos que utiliza al momento de evocarlo. Por ejemplo, un político puede decir que el crecimiento de la economía se basará en el incremento de las exportaciones, pero, en su discurso, no define qué es la exportación. En similitud a ello, el marco *ius* filosófico no implica definir concepciones del derecho, sino de cómo estas concepciones sirven de soporte para el desarrollo de la investigación; por ejemplo, de cómo el positivismo jurídico es el soporte para una investigación, pero sin definirlo, acción que corresponde a otro espacio (marco teórico) del desarrollo del trabajo de investigación. Sin embargo, no debe dejar de lado la necesidad de conocer “las relaciones y diferencias entre los grandes órdenes normativos de la conducta tales como el derecho, la moralidad, los convencionalismos sociales y la religión” (García, 2004, p. 51), porque de ello dependerá el planteamiento de un marco *ius* filosófico adecuado y coherente con el problema, la hipótesis y los objetivos de la investigación.

Cuando se desarrolla un trabajo de investigación en ciencias jurídicas, idealmente se espera que el investigador, como cultura general, debe conocer los fundamentos concernientes a los fundamentos del derecho y la moral, de la evolución de la teoría del derecho, así como las posturas que implican el iusnaturalismo, el positivismo jurídico (metodológico, ideológico y teórico), el realismo jurídico, el constitucionalismo y neoconstitucionalismo, entre otros. El conocimiento de cada uno de ellos debe tenerse en cuenta desde sus similitudes y diferencias, haciendo énfasis, tal como lo plantea Barberis (2015), en la tesis de separabilidad, en la visión ética y en el enfoque de las teorías de la interpretación. Todo ello le permitirá al investigador tener en cuenta los fundamentos sobre los cuales se desarrollará la investigación, planteando un discurso investigativo con soporte filosófico integrado y sistematizado en categorías que, si bien es cierto no pueden ser de agrado del jurado evaluador del trabajo, nutren con un soporte profundo y sistematizado, lo cual se permite la generación de nuevos conocimientos, como los argumentos, razonamientos y conclusiones a las que se arribe.

Por otro lado, es necesario que el investigador en las ciencias jurídicas también, como parte de sus conocimientos previos para plantear su investigación, así como para elaborar —desde el ámbito de la filosofía— su discurso investigativo, conozca, comprenda y relacione conceptos tales como la indeterminación en el derecho, las lagunas, las antinomias, la ambigüedad, la vaguedad, la derrotabilidad, la congruencia normativa, las normas regla, las normas principio y las normas directriz, razones subyacentes de una norma, entre otras. Asimismo, es requisito la necesidad de comprender y dar el uso adecuado a términos como validez jurídica, eficacia de una norma, el principio de legalidad, entre otros; dichos elementos que permitirán comprender “esa zona del derecho donde la clásica división entre los actos de creación y de aplicación del derecho se desdibuja” (Ródenas, 2012, p. 14); de manera que los resultados y la contrastación de la hipótesis se respalden en categorías con respaldo filosófico y jurídico dentro de la unidad de un ordenamiento jurídico.

La filosofía se hace indispensable en el desarrollo de las investigaciones jurídicas, porque “el estudio de las normas de conducta, particularmente las normas jurídicas, presentan muchos problemas interesantes, de gran actualidad, no solo para la teoría general del derecho, sino también para la lógica y para la filosofía contemporáneas” (Bobbio, 2017, p. 18). Por ello, el investigador en ciencias jurídicas debe asumir un marco *ius* filosófico que permite argüir con seriedad el estudio de los problemas jurídicos, específicamente, de las normas jurídicas, que —según Bobbio (2017)— radica en someterlas a tres valoraciones diferentes, evidenciando dicotomías tales como si es justa o injusta, si es válida o inválida, y si es eficaz o ineficaz. Lo dicho anteriormente permite afirmar que los investigadores en ciencias jurídicas deben asumir una investigación teniendo en cuenta el sustento filosófico sobre el cual se desarrolla el trabajo, de tal forma que el soporte consista en lineamientos teóricos que superan las definiciones simples o concepciones con un discurso investigativo que sea coherente con los diferentes elementos de la investigación. En esta línea de ideas, es importante rescatar que la filosofía de todo el tiempo se ha ocupado de las categorías, las cuales deben tenerse en cuenta en las investigaciones jurídicas.

Naturalmente que en la investigación filosófica se elaboran conceptos, se captan principios y se establecen relaciones, que son productos de razón, pero todos ellos tienen su fundamento real y son expresión de la realidad. Así el concepto de derecho o la noción de justicia, lejos de ser formas puras a priori, son conceptos y nociones a posteriori, que no expresan ningún ideal, sino lo universal realizado en lo real particular y abstraído de este. La filosofía del derecho no es una construcción racional, desvinculada de la experiencia, sino filosofía de la experiencia jurídica. (Hervada, 2012, pp. 31-32)

Sobre lo anteriormente dicho, y sin dejar de lado los diferentes ámbitos en los que la filosofía se hace indispensable para la investigación jurídica, es preciso reflexionar sobre el rol de los tutores, los asesores y los jurados que son partícipes de una investigación, sobre todo en los ambientes de las universidades, en especial en la carrera profesional de derecho. De manera que el análisis se centra en las siguientes situaciones.

¿Los docentes dedicados a la enseñanza de la filosofía, así como la filosofía del derecho, están capacitados para desarrollar contenido filosófico desde las ideas a la generación de estructuras o solamente a la interpretación somera del postulado de los filósofos? ¿Están los docentes que desarrollan actividades de aprendizaje con contenido filosófico que motivan a sus estudiantes a generar interrogantes y sistematizar ideas en base de postulados, paradigmas o determinadas corrientes filosóficas? ¿O solamente se dedican a explicar qué es lo que quiso decir o argumentar un determinado filósofo? ¿Los docentes, al facilitar y mediar el aprendizaje referente a temas de filosofía del derecho, promueven el desarrollo del pensamiento complejo o solo se dedican a desarrollar contenido evaluado con exámenes que recurren al acierto y error o a criterios subjetivos con apariencia de reflexión filosófica? Peor aún, ¿acaso a la altura del desarrollo científico y filosófico que se tiene, los docentes de filosofía del derecho solo se dedican a lograr que sus estudiantes se queden en la fase de memorizar postulados, posturas y enunciados filosóficos sin tener en cuenta el contexto en los que se puede sistematizar o aplicar?

Respecto a las respuestas de interrogantes enunciadas en el párrafo anterior, lo más probable es que el docente que se dedica a desarrollar contenido de filosofía del derecho, así como los estudiantes que vivencian el aprendizaje, tengan respuestas concretas de acuerdo con su experiencia. En concreto, es correcto que, en resumen, un docente que facilita el aprendizaje debe centrarse en la interiorización, sistematización y estructuración de afirmaciones que se respalden en categorías filosóficas de un ordenamiento jurídico que permita sostener un discurso investigativo; es decir, sostener con fundamento la conexión de las propuestas filosóficas que sostienen a los diferentes elementos que constituyen el trabajo de investigación, vale decir, la contextualización, la formulación del problema, la hipótesis, así como los objetivos de la investigación, sin dejar de lado los métodos y las técnicas de investigación.

Los asesores de las investigaciones en ciencias jurídicas, respecto al dominio o visión del problema de investigación desde el ámbito de la filosofía, ¿están en la capacidad de orientar cómo elaborar un marco epistemológico o un marco *iuris* filosófico? ¿Todos quienes legalmente tienen la capacidad de asesorar una

investigación en derecho pueden orientar cómo estructurar un marco *ius* filosófico en una investigación? Asimismo, ¿es posible que un asesor que presentó una tesis con un marco *ius* filosófico deficiente o sin él, tenga la capacidad de generar expectativas y criterios para que su tutorado pueda realizarlo? Las respuestas a todas las interrogantes anteriores, con mayor seguridad, se centran en una sola y es que las personas que se desempeñan como asesores no tienen la preparación adecuada para orientar sobre cómo utilizar los recursos y contenidos filosóficos en una investigación, lo cual genera un trabajo sin sustento filosófico, puesto que no se toma en cuenta en qué se sustenta el discurso investigativo. Por eso, urge que las personas que se dedican al asesoramiento de una investigación en Derecho asuman la responsabilidad de conocer cómo se elabora la estructura el marco *ius* filosófico en una investigación.

Por otro lado, ¿cuánto conoce la persona que integra un jurado de evaluación de un trabajo investigativo acerca de cómo plantear un marco *ius* filosófico? ¿Conoce las corrientes filosóficas que sostienen o podrían sostener una investigación? ¿Conoce la amplitud, complejidad o concepciones de las categorías que se utilizarán en la investigación? ¿Cuáles son los criterios para evaluar y corregir un marco *ius* filosófico que se evidencia en un trabajo de investigación? ¿Tiene preparación en filosofía del derecho para sugerir cambios? Lo más probable es que las respuestas a cada una de las interrogantes se sustenten en que algunos integrantes del jurado no tengan la capacidad de comprender en qué consiste y cómo se debe plantear un marco *ius* filosófico, conllevando a recomendar situaciones que no responden a lineamientos básicos desde el enfoque de la filosofía; por ejemplo, en la práctica, ante un discurso investigativo, algunos jurados recomiendan, incluso obligan a que el investigador desarrolle el concepto, tipo glosario, de cada una de las categorías o corrientes filosóficas y, en un párrafo final, mencionar cuál será el soporte de la investigación. Sin embargo, es importante indicar que, desde la postura de este artículo, si un jurado de trabajo de investigación recomienda tal actividad, está degradando académicamente la visión del marco *ius* filosófico, y no comprende la necesidad de elaborar un discurso investigativo que se centre en la sistematización de las categorías que se utilizarán, darán sustento y, sobre las cuales, se genera el proceso de investigación para evidenciar resultados, contrastación de hipótesis y las conclusiones. Por eso, sin ánimos de herir susceptibilidades, es preciso citar a Kant (2014, p. 101) cuando afirma que “la carencia de la facultad para juzgar sin ingenio es estupidez”. En definitiva, urge la necesidad, para quienes tengan la oportunidad de ser jurados de evaluación de trabajos de investigación, de que tengan una preparación suficiente y sólida referente a cómo

estructurar el marco *ius* filosófico y marco epistemológico, de lo contrario las recomendaciones que se realicen para mejorarlo, se convertirán en aberraciones académicas que denigran la preparación académica.

Finalmente, sin dejar de lado que existen otras deficiencias en la elaboración del marco *ius* filosófico de una investigación, se reitera la necesidad de recurrir a la filosofía del derecho en las investigaciones jurídicas porque permite comprender las categorías y la relación entre estas, por lo que se hace necesario el conocimiento, la comprensión, la relación y la sistematización de las categorías, corrientes filosóficas e instituciones jurídicas, con un discurso investigativo que se centre en el problema, la hipótesis, los objetivos de la investigación y los métodos que se utilizarán en la búsqueda de las respuestas o soluciones a un problema jurídico o sociojurídico. Asimismo, tal como afirma Recasens (2008), “tanto los juristas como los filósofos se han sentido estimulados a reflexionar filosóficamente sobre lo jurídico, por varios motivos que, en cierto modo, coinciden con los mismos que determinan el nacimiento y desarrollo del Derecho” (p. 19); por lo que, una investigación en ciencias jurídicas no puede prescindir de la filosofía del derecho, porque sus aportes permiten estructurar el conocimiento jurídico.

Por eso, también es importante que en una investigación jurídica también se conozcan y utilicen adecuadamente los métodos genéricos que ofrecen la ciencia y la filosofía, así como los métodos propios del derecho. Como parte de este artículo, se desarrollan aspectos relacionados con los métodos genéricos con una visión acerca de cómo se vienen utilizando y de cómo se deben aplicar.

III. Métodos genéricos utilizados en la investigación jurídica

1. Problemática a modo de diagnóstico

En los trabajos de investigación jurídica, tales como las tesis de pregrado y posgrado, en una sección determinada, de acuerdo con protocolo de la universidad, se deben evidenciar —en la fase del proyecto de investigación— los métodos que se utilizarán en el proceso investigativo, y al momento de redactar el informe final de tesis se debe explicar cómo se utilizaron los métodos de investigación. Se asume como método a “todo un orden manifestado en un conjunto de reglas” (Ferrater, 1969, p. 197); en ese sentido, la aplicación de un método implica una secuencia de pasos que el investigador debe tener en cuenta y evidenciar durante la realización de la investigación; sin embargo, en muchos trabajos de investigación, los métodos —aparentemente— solo responden a una formalidad de incluir, según indica el protocolo, pero al momento de revisar el

proceso de investigación, en ninguna parte se evidencia el método considerado o se utiliza de manera distorsionada, restándole calidad a la investigación.

En el caso de los métodos generales utilizados en las investigaciones jurídicas tales como el analítico (análisis), sintético (síntesis), inductivo y deductivo que aparecen en los informes de tesis de derecho, solo mencionan un concepto general del método, pero no especifica los pasos implicados en su aplicación ni se evidencian los pasos en el desarrollo de la tesis. Por ejemplo, en un informe de trabajo de investigación, se señala que “se empleará el método deductivo, toda vez que se analizará de lo general a lo particular”; no obstante, no se establecen ni evidencian los pasos de dicho método.

Por eso, los métodos que se planifican utilizar en los trabajos de investigación —aparentemente— responden a completar el protocolo que las universidades solicitan en la sección metodología; sin embargo, no se utiliza con rigor lo que implica un trabajo de investigación. Si la parte metodológica no se planifica de manera coherente con el problema, la hipótesis y los objetivos de investigación, el informe no es consistente ni contundente; por lo que, es necesario realizar desarrollo temático a cada uno de los siguientes métodos.

2. Métodos generales utilizados en la investigación jurídica: una mirada desde la filosofía

Entre los métodos generales que se utilizan en las investigaciones jurídicas, están el analítico, el sintético, el inductivo, el deductivo y el abductivo.

A. Método analítico

El método analítico consiste en la separación de un todo en partes para estudiarlas de forma individual. Según Ruíz (2007), el método analítico implica, en la investigación jurídica, la desmembración de un todo, de tal forma que permite identificar sus partes o elementos y, dentro de ellos, sus causas, su naturaleza o sus efectos; de ese modo, se permite la comprensión esencial del objeto o fenómeno de estudio, permitiendo explicar, hacer analogías e incluso establecer nuevas teorías.

Según Lopera *et al.* (2010), el método analítico se aplica en la investigación de acuerdo con la naturaleza de la materia en la que se realiza, pero siempre tiene como fundamento la descomposición de una idea, una categoría abstracta o de un objeto en sus elementos constituyentes; también, implica una distinción y una diferencia; además, su proceso implica partir de lo general a lo específico, de lo compuesto a lo simple. Asimismo, es importante destacar que el método

analítico se manifiesta de diversas maneras, como sucede en las ciencias exactas y naturales, en las que se utilizan como prioridad las modalidades de análisis empírico; sin embargo, en las ciencias sociales y humanas, en cuyo grupo se incluye a las ciencias jurídicas, se hace uso de un método analítico discursivo, el mismo que se sustenta en cuatro procesos: entender, criticar, contrastar e incorporar.

Entonces, el método analítico implica la realización de un proceso de análisis, el mismo que “en el lenguaje filosófico designa al método consistente en descomponer mentalmente un todo en sus consecutivos parciales. El análisis separa unas de las otras las partes conocidas inicialmente solo de un modo implícito” (AFA, 2006, p. 50). Desde este contexto, es importante que el autor de las investigaciones jurídicas tenga identificado el objeto de estudio, la unidad de análisis, la unidad de observación o la unidad de investigación, de manera que, a partir de una de ellas —que dependerá de la investigación, así como su evaluación—, el investigador tenga la capacidad de identificar los componentes que conforman (implícitos) que contiene la categoría.

Como producto del método analítico, se desarrollan juicios analíticos, de los cuales, según Ferrater (1969), “se llama analítico al juicio cuyo predicado está contenido en el sujeto” (p. 97). Por otro lado, cuando Kant (2003), hace referencia a los juicios analíticos, menciona que “son pues aquellos en los cuales el enlace del predicado con el sujeto es pensado mediante identidad, es decir, que son juicios que no ayudan a incrementar nuestros conocimientos, son simples juicios explicativos” (p. 21).

Las proposiciones analíticas son necesarias puesto que, dados los significados del sujeto y del predicado, la proposición se convierte en necesariamente verdadera (cuando el predicado es parte de la definición del sujeto) o necesariamente falsa (una contradicción). Las proposiciones analíticas también son a priori, ya que basta con conocer el significado de los términos para averiguar si esta es verdadera o falsa. (Vega y Olmos, 2011, p.46)

Sobre las definiciones dadas en los párrafos anteriores, y asumiendo la importancia de este método en la investigación jurídica, es primordial afirmar que quien establece que, en su proceso investigativo, recurrirá a la utilización del método analítico, debe ser consciente de que no se trata de enunciarlo por formalidad afirmando que se realizará un análisis desde el todo a sus partes, sino que se debe comprender cuáles son los pasos que se deben tener en cuenta para coadyuvar, junto a los demás métodos, al logro de los objetivos de la investigación. Para utilizar este método en una investigación jurídica, es importante preguntarse: ¿qué todo se descompondrá en sus partes?

En cuanto a la aplicación del método analítico en una investigación jurídica, es necesario que el investigador tenga en cuenta tres aspectos: en primer lugar, evaluar si la categoría que se analizará es un todo que comprende elementos constitutivos; en segundo lugar, identificar cada uno de los elementos constitutivos, y, en tercer lugar, realizar el análisis mediante la descomposición o desmembración del todo, en sus partes y elementos, que —de acuerdo a la categoría que se analizará— se identifiquen las causas, la naturaleza de la categoría o los efectos que produce, de manera que se comprenda la esencia del fenómeno en estudio y, con ello, explicar, elaborar analogías y establecer nuevas teorías. Por ejemplo, si el trabajo de investigación es referente a la problemática que se presenta en la aplicación de la Prisión Preventiva en el Perú, es necesario que el investigador conozca cada uno de los elementos constituyentes dicha medida cautelar.

Así, en las investigaciones jurídicas, tanto en los proyectos de investigación como en los informes de tesis, se evidencia que la utilización del método analítico es una formalidad para completar el acápite que los protocolos de las universidades solicitan. En la mayoría de trabajos de investigación, cuando se hace mención al método analítico, si tomamos el ejemplo de la aplicación de la prisión preventiva, se encuentran redacciones como la siguiente: “el método analítico se aplicará en el análisis de la problemática que se presenta en la aplicación de la prisión preventiva”, y cuando se revisa el trabajo de investigación en su informe final, no se evidencia la aplicación del método analítico ni los pasos que se aplican le corresponden. Entonces, es importante mencionar que el método analítico —en una investigación jurídica— responde a criterios y pasos que establecen un orden en la descomposición de un todo en sus elementos constitutivos. En suma, lo dicho hasta aquí supone, tal como se mencionó líneas arriba, que es determinante considerar, en las ciencias jurídicas, los procesos mentales que involucran el entender, el criticar, el contrastar y el incorporar, porque estos permiten identificar las partes o elementos para comprender la esencia del objeto en estudio y, a partir de ello, explicar, contrastar y argumentar en coherencia con los objetivos de la investigación.

B. Método sintético

Antes de desarrollar contenido del método sintético en las investigaciones jurídicas, es necesario evidenciar el contenido que involucra la síntesis, la misma que desde la concepción de la filosofía implica “la unión de varios contenidos cognoscitivos en un producto totalizador de conocimiento” (AFA, 2006, p. 376). A partir de ello, es importante indicar que la síntesis corresponde a un proceso racional y consciente que tiene como fundamento reconstruir un todo a partir de los elementos que representan la categoría o fenómeno de estudio.

El método sintético en las investigaciones jurídicas se aplica cuando a partir de las particularidades y elementos constitutivos, se integran y reconstruyen para comprender la esencia de la totalidad, o un orden que se evidencia en una categoría. Los conceptos generales que involucra la noción de orden, desde la visión de la filosofía del derecho, que, según García (2014), implica “un conjunto de objetos; una pauta ordenadora; la sujeción de aquellos a esta; las relaciones que de tal sujeción para tal sujeción derivan para los objetos ordenados; y la finalidad seguida por el ordinante” (p. 23). En una investigación jurídica, las ordenaciones corresponden a las de carácter normativo, sin dejar de lado que la noción de objeto hace referencia a las instituciones jurídicas, así como también a todo lo susceptible de recibir cualquier predicado real o abstracto.

De acuerdo con Carruitero (2014), en una investigación jurídica, al indicar las características del método sintético, se debe tener en cuenta que “los datos aislados tienen una significancia particular. La síntesis lleva a conocer el significado de los mismos al relacionarlos entre sí. Su conjunción les dará un nuevo sentido; su cotejo con otros afianzará su significado o lo enervará” (p. 124). Desde esta perspectiva, el método sintético implica, en el investigador en ciencias jurídicas, la composición de datos, enunciados, supuestos, entre otros; los cuales dependerán de la temática de la investigación.

Cuando se realiza una investigación jurídica con el método sintético, es importante considerar que “se sirve, tanto del método deductivo como del inductivo, y consiste, en establecer proposiciones generales a partir de proposiciones particulares” (Villaseñor y Gómez, 2013, p. 31).

C. Método inductivo

El método inductivo, según Carruitero (2014), “existe cuando la mente comprueba los hechos particulares y hace la formulación de un principio general” (p. 125). Cuando este método se aplica en las investigaciones jurídicas, el investigador tiene la capacidad de formular una categoría general, a partir de enunciados o categorías menores; en otras palabras, la inducción implica partir de enunciados particulares (frecuentes en las ciencias jurídicas), y llegar a formular enunciados generales o universales, tales como las teorías, las hipótesis o los enunciados.

Según Popper (2001), cuando desarrollan aspectos relacionados con los problemas fundamentales de la investigación, menciona que “es corriente llamar inductiva a una inferencia cuando pasa de enunciados singulares (llamados, a veces, enunciados particulares), tales como descripciones de los resultados de observaciones o experimentos, a enunciados universales, tales como hipótesis

o teorías” (p. 27). En este marco, asumiendo la visión de Popper, es evidente que el método inductivo —basado en la inducción— puede conllevar a que la generalidad formulada o el enunciado que es producto de la comprobación de hechos particulares se convierta en falsa, toda vez que puede presentarse una excepción. Por ejemplo, en el caso de que un tesista analice las sentencias por el delito de hurto agravado en grado de tentativa, en las sentencias de juzgados penales en una determinada jurisdicción “A”, resulta que al analizar a todas las que están dentro de la esfera de los casos considerados, se comprueba que todos son sentenciados con penas suspendidas que varían entre los 3 años y 4 años; entonces, formula el enunciado general siguiente: “todos los jueces de la jurisdicción “A” aplican penas suspendidas de 3 años a 4 años en los casos del delito de hurto agravado en grado de tentativa”; sin embargo, otro tesista asume un estudio con una cantidad mayor de sentencias y evidencia que hay jueces que en dicho delito y grado de tentativa han sentenciado a una pena menor de 2 años; por lo que, el primer enunciado sería falso, aún más si se tiene en cuenta que lleva un cuantificador que implica la totalidad.

Frente a esta realidad, sin restarle importancia al método inductivo en las investigaciones jurídicas, es imprescindible que el investigador tenga una visión de las posibles excepciones que pueden presentarse al momento de realizar la inducción o tener cuidado en el uso de los cuantificadores, porque es diferente decir todas las sentencias, a decir la mayoría de sentencias. En el primer caso, de presentarse una excepción el enunciado “todas las sentencias”, se convertiría en falso, mientras que, en el segundo caso, “la mayoría de sentencias” sí soporta excepciones. A esto se suma que, por su naturaleza dinámica de las ciencias jurídicas, cuando se realiza una investigación, debe ser sin dejar de lado las excepciones; de ese modo, el desarrollo de la contrastación y argumentos en un trabajo de investigación deben responder un proceso inductivo que ha tenido en cuenta todos los elementos, de lo contrario se corre el riesgo de que las afirmaciones o conclusiones se conviertan en falsas. Por eso, “conforme avanza la inducción podemos ir generando listados de elementos que no podemos dejar fuera y unidades que deben analizarse” (Hernández *et al.*, 2014, p. 401).

En un trabajo de investigación jurídica que ha seleccionado al método inductivo para el proceso investigativo, se debe considerar como pasos esenciales, luego de identificar el problema de investigación, a la recolección de datos o de información, la observación (sistemática), la identificación de relaciones (patrones) y la elaboración de categorías generales (conclusiones), a partir de enunciados singulares. En el Derecho, por ejemplo, sería recoger los argumentos de sentencias en casos del delito de hurto agravado en grado de tentativa; luego,

analizar y observar los fallos en cada una de las sentencias; posteriormente, identificar la similitud, la relación o la conexión que existe entre las diferentes sentencias (identificación de patrones), y, por último, la elaboración de enunciados o conclusiones que se redactarán teniendo en cuenta las relaciones que existe entre las diferentes sentencias.

D. Método deductivo

El método deductivo, en las investigaciones jurídicas, recurre al proceso mental llamado deducción, sobre el cual se han recogido las siguientes definiciones:

Es un razonamiento de tipo mediató; es un proceso discursivo y descendente que pasa de lo general a lo particular; es un proceso discursivo que pasa de una proposición a otras proposiciones hasta llegar a una proposición que se considera la conclusión del proceso; es la derivación de lo concreto a partir de lo abstracto; es la operación inversa a la inducción; es un razonamiento equivalente al silogismo, y por lo tanto, una operación estrictamente distinta de la inductiva; es la operación discursiva en la cual se procede necesariamente de unas proposiciones a otras. (Ferrer, 1969, p. 407)

A partir de las definiciones anteriores y contextualizando su aplicación en una investigación jurídica, es evidente que la deducción, como proceso mental del método deductivo, se lleva a cabo cuando a partir de una categoría general se llega a las categorías inferiores, reuniendo “las características de generalidad y obligatoriedad, pues relaciona a los destinatarios genéricos y específicos” (Carruitero, 2014, p. 125). Por ello, de una manera más completa, el método deductivo permite derivar enunciados particulares o específicos desde un plano meramente formal en el que se tiene en cuenta las reglas de la lógica.

Para Popper (2001), cuando propone y desarrolla la tesis del deductivismo dentro del proceso de investigación, hace mención de la necesidad de “distinción entre la psicología del conocimiento que trata de hechos empíricos, y la lógica del conocimiento que se ocupa exclusivamente de relaciones lógicas” (p. 30); por lo que, el trabajo de investigación debe basarse en proponer teorías y contrastarlas.

La deducción es trascendental (u objetiva) si explica cómo un concepto puro *a priori* se relaciona con los objetos y empírica (o subjetiva) si muestra cómo se adquiere un concepto mediante la experiencia y la reflexión (Stepanenko, 2005, p. 95). A esto se suma que “si las premisas del razonamiento deductivo son

verdaderas, la conclusión también lo será. Este razonamiento permite organizar las premisas en silogismos que proporcionan la prueba decisiva para la validez de una conclusión” (Dávila, 2006, 184). Por ello, cuando se desarrolla una investigación jurídica a nivel de pregrado o posgrado, es importante tener en cuenta los enunciados o razonamientos de los cuales se parte el análisis, porque será determinante en la elaboración de las conclusiones o argumentos como productos de la deducción.

Asimismo, es importante citar textualmente a Popper (2001) respecto a cómo contrastar una teoría mediante el método deductivo, específicamente de la deducción:

Si queremos, podemos distinguir cuatro procedimientos de llevar a cabo la contrastación de una teoría. En primer lugar, se encuentra la comparación lógica de las conclusiones unas con otras: con lo cual se somete a contraste la coherencia interna del sistema. Después, está el estudio de la forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter: si es una teoría empírica —científica— o si, por ejemplo, es tautológica. En tercer término, tenemos la comparación con otras teorías, que tiene por principal mira la de averiguar si la teoría examinada constituiría un adelanto científico en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la sometemos. Y finalmente, viene el contrastarla por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella. (2001, p. 32)

Asumiendo la propuesta de Popper (2001), acerca de cómo contrastar una hipótesis, y contextualizándolo a las investigaciones jurídicas, se infiere que este método —al igual que otros— necesita un trabajo metódico y que responda a procedimientos que permitirán resultados afines al propósito investigativo; por ejemplo, es importante comparar la lógica de las conclusiones, de tal forma que, si se ha desarrollado un trabajo sistematizado, no se evidenciará contradicciones entre ellas. Cada una de las propuestas de Popper (2001) pueden contextualizarse a investigaciones en el campo del derecho.

IV. Conclusiones

1. La estructuración del marco *ius* filosófico en los trabajos de investigación jurídica presenta problemas desde tres espacios: a) el investigador que no tiene la capacidad de desarrollar su discurso investigativo desde el enfoque de la filosofía; b) el asesor de la investigación que no conoce el problema de investigación y desconoce que categorías filosóficas pueden soportar la investigación, y c) el jurado evaluador de la investigación que generalmente considera que el marco *ius* filosófico es un glosario de categorías filosóficas.

2. El marco *ius* filosófico se constituye en el fundamento transversal e indispensable del desarrollo del proceso investigativo; por lo que, requiere que el investigador tenga una alta preparación, así como una concepción sistemática de las normas, de los valores y de los soportes filosóficos.
3. Los métodos genéricos, en las investigaciones jurídicas, son trascendentes siempre que se evidencie en el proceso de investigación y no solamente respondan a formalidades de protocolo; es decir, se debe evidenciar el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción, en los momentos estelares de la investigación, sobre todo en los resultados, la contrastación de la hipótesis y las conclusiones.

V. Referencias

- AFA. (2006). *Diccionario de filosofía dialéctica*. AFA. Editores e importadores
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Palestra.
- Bobbio, N. (2017). *Teoría General del Derecho*. Temis.
- Bunge, M. A. (2017). El planteamiento científico. *Revista Cubana de Salud Pública*, 43(3), 1-29.
- Carruitero Lecca, F. (2014). *Introducción a la metodología de la investigación jurídica*. San Bernardo.
- Cassirer, E. (1985). *El problema del conocimiento*. Fondo de Cultura Económica.
- Dávila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Revista de Educación Taurus*, 12, 180-205.
- De Hoyos Benítez, S. M. (2020). El método científico y la filosofía como herramientas para generar conocimiento. *Revista de Filosofía UIS*, 19(1).
- De Kruif, P. (2013). *Los cazadores de microbios*. Porrúa.
- Ferrater, J. (1969). *Diccionario de Filosofía* (ts. 1-2). Sudamericana.
- García, E. (2004). *Filosofía del Derecho*. Porrúa.
- Hernández, R., Fernández, C., & Batista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Hervada, J. (2012). *Temas de Filosofía del Derecho*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Kant, I. (2003). *Crítica de la razón pura*. Colihue Clásica.

- Kant, I. (2014). *Antropología en sentido pragmático*. EFE.
- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M., y Ortiz, J. (2010). El método analítico como método natural. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 25(1).
- Montemayor, A. (1982). *Lecciones de historia de la Filosofía*. Centro de Proyección Cristiana.
- Núñez, A. (2014). *Modelando la ciencia jurídica*. Palestra Editores.
- Recasens, L. (2008). *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Porrúa.
- Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del derecho*. Marcial Pons.
- Ruiz, R. (2007). *Historia y evolución del pensamiento científico*.
- Stepanenko, P. (2005). Deducción trascendental de los conceptos puros del entendimiento. *Ideas y Valores*, 54(127), pp. 99-126.
- Vega, L., y Olmos, P. (2011). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Trotta.
- Villaseñor, I., y Gómez, J. (2013). *Investigación y documentación jurídicas*. Dykinson.

Enfoque teórico y político de las corrientes feministas del siglo xx

Theoretical and political approach of twentieth-century feminist currents

GODOY BOY, Fanny(*)
VÁSQUEZ CASTILLO, Yeison(**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Genealogía del feminismo en el siglo XVIII. III. Los rostros y discursos del feminismo del siglo XX. 3.1. Simone de Beauvoir: el segundo sexo. 3.2. Feminismo liberal. Betty Friedan: «el malestar que no tiene nombre». 3.3. Feminismo radical. Kate Millet: política sexual. 3.4. Feminismo socialista. Heidi Hartmann. 3.5. feminismo cultural. Nancy Chodorw, Carol Guilligan y Sara Ruddick:

(*) Abogada y psicóloga. Magíster en Ciencia Política, con mención en Democracia y Gobierno, por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Actualmente es investigadora del Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Correo electrónico: fanny.godoy@ipcodeperu.com. <https://orcid.org/0000-0001-6307-6510>.

(**) Sociólogo. Magíster en Ciencia Política, especialidad en asuntos públicos (Ingeniería de la Concertación) por la Universidad Panteón Sorbona. Maitrise en Ciencias Sociales por la Universidad de Bordeaux, Francia. Actualmente es investigador del Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Correo electrónico: yeison.vasquez@ipcodeperu.com. <https://orcid.org/0000-0001-8744-2941>.

el pensamiento maternal. **3.6.** Feminismo de la diferencia. Lucy Irigay. **3.7.** El feminismo institucional: ¿por qué no? **3.8.** Postfeminismo. La teoría queer. Judith Butler: el género en disputa. **3.9.** Feminismo en el siglo XXI: la reingeniería continúa. **IV.** Conclusión. **V.** Referencias.

Resumen: El origen del feminismo se remonta a los ideales de libertad, igualdad y fraternidad asociados a la revolución francesa. Este contexto sirve para la exposición pública de la situación que vivían las mujeres y de su posición dentro de una sociedad que las rechazaba por considerarlas inferiores al hombre; de ahí las amplias brechas de las mujeres en contraste con los hombres, incluso en la actualidad. Este artículo analiza a las principales corrientes teóricas y representantes del feminismo del siglo XX, y expone el pensamiento y la construcción de la teoría política feminista, no sin antes hacer referencia a las pioneras Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft en el siglo XVIII. Finalmente, dejamos en agenda el feminismo del siglo XXI, sus líneas de visibilización e incidencia y la necesaria continuación de una reingeniería que es necesario persista.

Palabras clave: teoría feminista, representantes del feminismo, pioneras del feminismo

ABSTRACT: *The origin of feminism goes back to the ideals of liberty, equality and fraternity associated with the French Revolution, context that served as a public exhibition of the situation women lived and their position inside a society that rejected them as inferior to man, hence the wide gaps of women in contrast to men, even today. This article analyzes main theoretical currents and representatives of twentieth-century feminism, exposing the conception and construction of feminist political theory, not before referring to pioneers Olympe de Gouges and Mary Wollstonecraft in the eighteenth century. Finally, we leave on the agenda the feminism of the XXI century its lines of visibility and incidence and the important continuation of a reengineering which is necessary persist.*

Key words: *feminist theory, representatives of feminism, pioneers of feminism*

I. Introducción

La genealogía del feminismo se remonta al siglo XVIII y se asocia a las corrientes de los ideales de *liberté, égalité et fraternité*, época en la que se evidencia la situación de la mujer en las diversas esferas de su vida en contraste con los varones. Actualmente, el término «feminismo» sigue prejuizado en negativo, es considerado impertinente, desagradable y hasta innecesario. Precisamente, por ello, es importante afirmar que el feminismo representa una teoría política y un movimiento social orientado a lograr la igualdad formal y material entre

hombres y mujeres en sus diversos espacios, en tanto reconoce las brechas persistentes y una serie de problemas psicosociales derivados de la discriminación estructural histórica de las mujeres en el mundo.

Hacia finales del siglo XIX, y durante el siglo XX, se gesta una lucha de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos, específicamente el derecho al voto, marcado por movilizaciones multitudinarias, huelgas de hambre, irrupciones en acciones políticas de los partidos de aquel entonces, enfrentamientos con la policía, etc. El estallido de la Primera Guerra Mundial retrasa este reconocimiento hasta 1915, año en el que Dinamarca es el primer país en reconocer el derecho al sufragio y así, sucesivamente, se van sumando otros países, los cuales incluso recién reconocen este derecho después de la Segunda Guerra Mundial, nuestro país lo hace, aunque con algunas restricciones, en 1955.

Luego de lograr el reconocimiento de sufragio, las mujeres continúan con su lucha por el reconocimiento de derechos, se organizan y ponen en debate su búsqueda por la igualdad y su reconocimiento como ciudadanas. Como señala Cristina Sánchez Muñoz (como se citó en Ávila Francés, 2013), dos temas sirven de eje tanto para la movilización como para la reflexión teórica de esos años:

El primero viene representado por el lema tantas veces invocado de *lo personal es político*, con el que se quería poner de manifiesto que los conflictos y problemas que las mujeres afrontan en el ámbito privado son fruto de un programa político (al estilo foucaultiano). El otro gran tema, relacionado con lo anterior, es el análisis de la opresión, en el que el concepto de *patriarcado* desempeñará un papel fundamental. (p. 56)

La búsqueda de más igualdades para las mujeres, sin duda, encuentra en el siglo XX un avance significativo, pues no solo reivindica derechos, sino que además surgen una serie de prolijas teorías feministas que, aunque difieren en sus posturas, han logrado mantener vigente el debate público feminista. Estas corrientes feministas han ido desde el feminismo liberal, radical, socialista, han seguido luego líneas hacia el feminismo de la igualdad y la diferencia, entre otras.

El presente artículo pretende abordar someramente, a través de breves pinceladas, en las obras y en los discursos del pensamiento de las feministas más representativas del siglo XX. Sin embargo, iniciaremos haciendo una ligera referencia a dos figuras importantes del feminismo del siglo XVIII, quienes abren el debate público en torno a la posición de las mujeres en el mundo; luego abordaremos las principales ideas de Simone de Beauvoir; seguiremos con el feminismo liberal y Betty Friedan; pasaremos al feminismo radical con Kate Millet;

expondremos al feminismo socialista con Heidi Hartmann; continuaremos al feminismo cultural a través del discurso de Nancy Chodorow, Carol Gilligan y Sara Ruddick; en el feminismo de la diferencia identificaremos las ideas centrales de su representante, Luce Irigaray; en el postfeminismo hablaremos del género en disputa de Judith Butler, y cerraremos con las principales líneas de análisis e incidencia del feminismo en el siglo XXI. Cabe señalar que la ausencia de muchas feministas que no alcancemos a visibilizar, no supone menos importancia, sino que implica el reconocimiento de una vasta bibliografía que requiere una extensión mayor para lograr sistematizarlas.

II. Genealogía del feminismo en el siglo XVIII

Antes de iniciar con el recorrido de relevantes teóricas del feminismo del siglo XX, resulta importante referir a dos mujeres que marcaron hitos importantes en la genealogía y desarrollo posterior del feminismo, ambas nacieron en el siglo XVIII y en aquella época a través de sus escritos ya removían las capas más duras del sistema que las excluía.

En 1791, Olympe de Gouges se alza como la pionera del feminismo, y tras su lucha en la revolución francesa, y al emitirse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, evidencia que las mujeres seguían siendo invisibilizadas y limitadas en el reconocimiento de sus derechos. Por tal motivo, llamó a las mujeres a luchar por sus derechos —estos que no serían reconocidos sin que las mujeres los exigieran—; y, en consecuencia, publicó la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, con XVII artículos; el primero prescribe: *La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales no pueden estar basadas más que en la utilidad común*. Este hecho terminó cobrando un costo muy alto para Olympe de Gouges, quien murió en la guillotina por exponer temas tan «sediciosos» como el trabajo igualitario, el acceso al voto, la propiedad, la ciudadanía para las mujeres y el ejercicio de la libertad.

En esa misma época, Mary Wollstonecraft publica en 1792 la *Vindicación de los Derechos de las Mujeres*, donde plantea que las mujeres debían decidir sobre sus vidas y gozar de derechos fundamentales, como recibir educación para su independencia económica; se muestra sumamente crítica respecto a los prejuicios y a las ideas en torno a la inferioridad de las mujeres y todo lo que ello produce. Además, su pensamiento contribuye al futuro análisis y construcción del género y de la discriminación positiva.

III. Los rostros y discursos del feminismo del siglo XX

3.1. Simone de Beauvoir: el segundo sexo

Al ingresar al siglo XX encontramos a Simone de Beauvoir, filósofa que publica en 1949 una de las obras más representativas del feminismo: *El segundo sexo*. En dicha obra explora, en su amplitud, la condición de las mujeres, que acentuada por la sociedad y la cultura la ostenta como la *otra*, es decir, la construcción de la realidad femenina como alteridad. Simone, con mucha razón, incluso para el siglo actual, señalaba:

La relación entre ambos sexos no es la de dos electricidades, dos polos: el representa al tiempo el positivo y el neutro, hasta el punto que se dice «los hombres» para designar a los seres humanos, pues el singular de la palabra *vir* se ha asimilado al sentido general de la palabra *homo*. La mujer aparece como el negativo, de modo que toda determinación se le imputa como una limitación, sin reciprocidad. (p. 47)

De forma detallada, en la primera parte de *El segundo sexo*, hace un profundo recorrido que inicia en los hechos y en los mitos sobre la feminidad, donde, además, aborda datos biológicos, psicoanalíticos e históricos, los cuales evidencian cómo se estableció la jerarquía de los sexos y cómo los mitos construyeron la alteridad. La segunda parte la destina a lo que denomina «la experiencia vivida», donde responderá algunas interrogantes: «¿cómo hace la mujer el aprendizaje de su condición?, ¿cómo la vive?, ¿en qué universo se encuentra encerrada?, ¿qué evasiones tiene permitidas?» (Simone de Beauvoir, 2018, p. 337).

Según Samara de las Heras (2009), Simone de Beauvoir manifiesta que es la sociedad la que discrimina a las mujeres, por el significado que les otorga a las diferencias naturales entre los sexos. Adicionalmente, construye una teoría explicativa que explora, desde la multidisciplinariedad, la subordinación de las mujeres a partir de la pregunta ¿qué significa ser mujer? para defender que no se nace mujer, sino que se deviene mujer; es decir, que la mujer es construida socialmente más que biológicamente, y que la construcción de la sociedad y de los seres humanos es masculina y excluye a la mujer, quien representa la otredad. De este modo, la mujer es el *otro*, lo inesencial frente al hombre, que es lo esencial.

Por otro lado, Ana de Miguel y Celia Amorós (2005) plantean que Beauvoir describe las relaciones hombre/mujer como asimilables a las relaciones señor/esclavo proveniente de la dialéctica hegeliana de la autoconciencia. Él es lo esen-

cial; ella lo inesencial. Ella mantiene el rol de otredad, de la alteridad, relegada a la inmanencia que la oprime en los diversos espacios de su vida. Otro aspecto relevante es su crítica a las profundas diferencias entre hombres y mujeres y la maternidad, desde un punto de vista evidentemente crítico. Simone, a través de su célebre frase *No se nace mujer, se llega a serlo*, afirma que:

ningún destino biológico, psíquico, económico, define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; el conjunto de la civilización elabora este producto intermedio entre le macho y el castrado que se suele calificar de femenino. (2018, p. 341)

Con esta frase «negaba la existencia de lo femenino, afirmando el complejo origen cultural y social de lo que era ser mujer» (Ávila, M., 2013, p. 65).

3.2. El feminismo liberal

Avanzando al denominado «feminismo liberal», encontramos a Betty Friedan, miembro de la Organización Nacional de Mujeres en Estado Unidos, quien publica su libro *La Mística de la Femenidad* en 1969, donde evidencia la realidad de cómo vivían las mujeres. Según Amoros y de Miguel (2005), Friedan refiere que los diversos problemas de las mujeres responden a la identidad femenina, cimentada en la preponderancia del estereotipo de mujer que no logra satisfacerlas.

El efecto de la «feminidad» que anclaba a las mujeres en el rol de madre-esposa y ama de casa devenía en negativo. A este sentimiento de frustración creciente se le denominó «el malestar que no tiene nombre», y pone en agenda la condición del papel únicamente doméstico de las mujeres, oprimiéndolas en un rol del cual no podían despegarse pues representaba el “ideal femenino”, que además juzgaba a las mujeres que se atrevían a incursionar en el ámbito público a través del ejercicio laboral. Con ello, la mujer abandonó su individualidad para ejercer una suerte de “triunvirato” en el espacio privado, su casa, a través de su rol de ama de casa, responsable de todo lo que pasaba en este espacio: madre, entregada al cuidado y afecto de sus hijos/as y esposa devota a las necesidades de su esposo, quien representaba el rol de proveedor y decisor absoluto de la vida en familia.

El pensamiento y la evidencia que expuso Friedan en la mística de la feminidad expuso las amplias desigualdades entre hombres y mujeres y la constante subestimación del ámbito doméstico, al cual únicamente pertencían las mujeres.

3.3. El feminismo radical

Hacia los años setenta surge el denominado feminismo radical, Ana de Miguel (2009) señala que a las feministas radicales se les debe la inclusión del análisis de las relaciones de poder en el entorno familiar y el plano de la sexualidad en el marco de la teoría política, acuñando “lo personal es político”.

Su principal representante es Kate Millet con su libro *la Política Sexual*, cuestionando la legitimidad del poder patriarcal, siendo el hombre quien regula las relaciones personales y sexuales y donde la mujer es subordinada, “*el dominio del macho sobre la hembra*”, en tanto es un ser no igual y expresando esta subordinación tanto en el ámbito público como privado. En consecuencia, el sexo representa una categoría social, dentro de la esfera política, y es esta categoría la que permite el dominio y la subordinación como una expresión a la que Millet denominaba “colonización interior”, afianzada y reproducida en las diversas esferas de la vida dentro y fuera de casa y que era contagiada desde el núcleo mismo de la sociedad, la familia, a través de los procesos de socialización que implicaban la transmisión de los estereotipos de género, las relaciones androcéntricas y el aval desde la iglesia que afirma “el hombre es la cabeza de la familia”. Mercedes Ávila (2013) señala que Millet, expone una tesis fundamental en el feminismo:

El patriarcado es el sistema de dominación básico sobre el que se asientan los demás (de raza, de clase) y no puede haber una verdadera revolución si no se le destruye; el patriarcado es política sexual; la relación entre los sexos es, pues, política, es una relación de poder. (p. 72)

3.4. El feminismo socialista

El feminismo socialista, por su parte, explica que el poder tiene dos cimientos: uno el patriarcado y dos la clase social. Por lo que establece un sistema dual ligado a la clase y lo sexual.

Heidi Hartmann acuñó la metáfora del “matrimonio desgraciado”, con la que hace referencia a la unión entre marxismo y feminismo, recogida en el volumen *Woman and Revolution*. También explica que la sola abolición del capitalismo no cambia la realidad social de las mujeres, quienes siguen siendo vistas como diferentes y sin posibilidad de acceder al mundo en igualdad. Refiere, además, que el patriarcado es histórico y, por tanto, se evidencia incluso antes de la división de clases. Señala que el patriarcado es un sistema de relaciones jerárquicas de dominación del hombre sobre la mujer, cimentado en el plano de

la realidad en la fuerza de trabajo y el ejercicio de poder de los hombres hacia las mujeres a través del matrimonio; por lo tanto, existe un sistema de dominación masculina que trasciende lo económico y se centra en la relación de dominación sobre las mujeres.

La conclusión de Hartmann, desde el análisis de Amoros y De Miguel (2005), es que patriarcado y capitalismo son dos sistemas que conviven en sociedad, pero no puede ser entendida si no se unen los elementos que aporta el marxismo para entender la dinámica del capital, con los propios del feminismo que analizan las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

En esa misma línea, Christine Delphy orienta su análisis hacia el trabajo doméstico (*modo de producción doméstico*), no reconocido, no remunerado y subvalorado, como la base económica y material del patriarcado que deviene en una dependencia personal. Delphy orienta sus esfuerzos hacia el reconocimiento del trabajo doméstico y su repercusión en la economía.

3.5. El feminismo cultural

Teóricas como Nancy Chodorow, Carol Gilligan y Sara Ruddick representan al feminismo cultural, refieren al pensamiento maternal y explican que el rol asumido desde el género se respalda en aspectos psicológicos que arraigan el mencionado rol, por ello el rol de madre representa la figura reproductora y educadora en lo doméstico, esto último permite la continuidad de una estructura familiar patriarcal, donde el rol maternal responde a una ética específica. Ávila Fracés (2013), señala:

La moral femenina está más ligada a una noción fuerte de responsabilidad frente a los demás, a una noción no egoísta de las relaciones interpersonales, mientras que el modelo masculino de comportamiento moral estaría fundado en la noción de derechos respecto de una hipotética justicia imparcial, distributiva, equitativa. La ética femenina sería una ética del cuidado, de los afectos, de la sensibilidad y el altruismo, por oposición a una ética masculina basada en la agresividad, la competitividad y el egoísmo. (p. 79)

3.6. El feminismo de la diferencia

En el feminismo de la diferencia, encontramos a Luce Irigaray, quien plantea la necesidad de saber ¿por qué la diferencia sexual no ha tenido eco? Por lo que la categoría central de su obra es el sexo. Trae al análisis conceptos del

psicoanálisis para buscar evidenciar la realidad psicológica y social de las mujeres que expliquen la construcción de la identidad femenina y masculina. En tal sentido, Solá alude que “La diferencia sexual no es un hecho ni una premisa sino la cuestión que moviliza la investigación feminista y que la lleva a rastrear los mecanismos que han determinado su ausencia de los grandes discursos de la historia” (2010, p. 233).

El feminismo de la diferencia plantea su crítica constante hacia la asimilación de la mujer hacia el hombre. Esta resistencia a la homologación tiene como fin permitir nuevas formas de organización social donde el centro del análisis y la construcción institucional y social no haya provenido de lo masculino. En esa línea, en Italia se acuña el término *affidamento*, que simboliza la construcción de la autoridad femenina, legitimada desde la confianza y la dación del poder entre mujeres; en consecuencia, es “la práctica social que rehabilita a la madre en su función simbólica” (Varela, 2019, p. 125). Surgen otras figuras importantes como Annie Leclerc, Hélène Cixous y Carla Lonzi, esta última publica *Escupamos sobre Hegel*, libro en el que emite una fuerte crítica principalmente a la cultura patriarcal.

3.7. El feminismo institucional: ¿por qué no?

Esta corriente reconoce que la situación y los problemas de las mujeres deben ser asumidos no solo desde los Estados que las albergan, sino desde los organismos internacionales. Ello ha permitido que los Estados se sujeten a la observancia internacional orientada a cambiar la situación de las mujeres en el mundo. En consecuencia, movilizar la disrupción del sistema para cambiar una realidad no favorable para la vida de las mujeres, era necesario para resquebrajar las barreras androcéntricas con las cuales se había cimentado.

Hay hitos importantes que señalar, como la Comisión sobre el Estatus de las Mujeres de las Naciones Unidas de 1946, que mantiene como fin lograr la igualdad y empoderamiento de las mujeres (en las diversas etapas de su vida); en 1975, la I Conferencia Mundial de la ONU que abordó, aunque sin mayor eco, educación, trabajo y planificación familiar; cinco años después la Conferencia en Copenhague, y en 1985, en Nairobi, se fortalece un importante grupo de mujeres con un agenda propia, diez años después en 1995 en Beijing, en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de las Naciones Unidas se reconoce que los derechos de las mujeres eran derechos humanos. Las principales líneas de atención fueron la pobreza, la educación y formación, la salud, la violencia, los conflictos armados, la economía, la participación en los espacios de toma de decisión y el

ejercicio del poder, mecanismos institucionales para nivelar la realidad, medio ambiente, medios de difusión y los derechos humanos de las mujeres y las niñas.

A partir de entonces, también en este lado del mundo, los Estados de América Latina se adhieren al compromiso de trabajar por el empoderamiento de las mujeres, este compromiso quedó expresado en la Declaración de Beijing (1995) que señala:

El empoderamiento de las mujeres y su plena participación en condiciones de igualdad en todas las esferas de la sociedad, incluyendo su participación en el proceso de toma de decisiones y el acceso al poder, son fundamentales para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz.

Los compromisos se orientaron al aseguramiento de un avance sostenido de la mujer en los diferentes ámbitos que suponían su desarrollo como ser humano.

3.8. El posfeminismo

En el denominado posfeminismo encontramos a la teoría queer, representado principalmente por Judith Butler con su obra *El Género en Disputa*. Una de las líneas más importantes en la teoría del queer es su crítica hacia las categorías binarias y las relaciones de poder que de ahí se derivan. En ese marco, surgen conceptos como la interseccionalidad y la heteronormatividad. Nuría Varela (2019) señala que esta teoría es:

Un conjunto de ideas que sostiene que sexo y género no están inscritos en la naturaleza humana, sino que son una construcción social, que varía en cada sociedad y que también varía a lo largo de la vida de cada persona. Por eso no clasifica en categorías universales y fijas; las personas no son varones, mujeres, heterosexuales, homosexuales, bisexuales, transexuales... todas son categorías ficticias y mutables. (p. 136)

Por su parte Butler (2007), problematizó la idea de que las mujeres se concebían como un grupo unificado y, más bien, llama la atención hacia su diversidad originada en sus diversos contextos y realidades. En consecuencia, “aparta la concepción de género de un modelo sustancial de identidad y la coloca en el terreno que requiere una concepción del género como temporalidad social constituida” (p. 188).

3.9. Feminismo en el siglo XXI: la reingeniería continúa

Finalmente, en el siglo XXI se estructura la cuarta ola del feminismo y su foco de atención busca poner en agenda permanente la precarización de la vida de las mujeres, en las diversas etapas de su vida, y la violencia hacia ellas, en todas sus formas. En consecuencia, atiende las desigualdades, la vulnerabilidad, las brechas, las barreras de acceso, la inexcusable naturalización a nivel estructural y desde las interacciones sociales respecto a la violencia. Sigue existiendo una necesidad de justicia y políticas públicas orientadas al logro de la igualdad real y no solo formal, la que hoy sigue a medias. En esa línea, resulta importante referir a Caroline Criado (2019), que a través de su libro *La Mujer Invisible* muestra como los datos han configurado un mundo, aún en la actualidad, hecho por y para los hombres, y, en consecuencia, la razón de por qué las mujeres siguen siendo la otredad, “el segundo sexo”.

Diversas feministas han señalado que este siglo, si bien *ha roto el silencio* —y ello se ha materializado en las grandes movilizaciones contra la violencia sexual de mujeres y niñas, feminicidios, aborto legal, acceso en igualdad a los espacios de toma de decisiones—, aún es insuficiente. Por lo tanto, es necesaria la incansable puesta en obra de políticas públicas, es sus diferentes niveles, que permita iniciar procesos de deconstrucción social para transformar la histórica construcción de la realidad desde un solo sexo.

IV. Conclusión

El feminismo es una teoría científica que busca explicar la realidad de la mujer en su interacción con el entorno social, político, cultural y económico. Esta teoría en su genealogía cuestiona la estructura social androcéntrica, se preguntaba y pregunta ¿por qué solo los hombres son libres y no así las mujeres?, ¿por qué no tenían los mismos derechos que los hombres?, ¿por qué no podían ser ciudadanas, con los deberes y derechos que ello implicaba?, ¿por qué objeto de derecho y no sujetos?, ¿por qué son violentadas y asesinadas dentro de sus hogares?, ¿por qué la naturalización de la violencia, en todas sus formas?, ¿por qué las mujeres han sido excluidas, son discriminadas y subordinadas?, entre otras. Las respuestas a estas interrogantes han caracterizado la teoría feminista, logrando convertirse también en teoría política y en un movimiento social de reivindicación de derechos y justicia. Su finalidad es lograr la igualdad formal y material entre hombres y mujeres desde un enfoque institucional pero también desde los

procesos de interacción social e individual, sin dejar de lado la mirada hacia las mujeres desde su diversidad y en atención a sus necesidades contextuales. Por tanto, el feminismo no integra la búsqueda de la superioridad de mujeres sobre hombres, nada más alejado de la verdad.

V. Referencias

- Amoros, C., & De Miguel, A. (2005). *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*. Minerva ediciones.
- Ávila Francés, M. (2013). *Teoría e Historia del Movimiento Feminista*.
- Butler, J. (2007). *El Género en Disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós Ibérica.
- Criado, C. (2019). *La mujer invisible* (A. Echevaría, Trad.). Planeta.
- De Beauvoir, S. (2018). *El segundo sexo* (A. Martorell, Trad.) (12.^a ed.). Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A)
- De Las Heras Aguilera, S. (2009). Una aproximación a las teorías feministas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*.
- Diani, M. & Della, D. (2011). *Los Movimientos Sociales*. Complutense, S.A.
- Diz, I. & Lois, M. (2007). *Mujeres, instituciones y política*. Balleterra.
- Escolar, G. (2003). El feminismo contemporáneo: entre liberalismo e Ilustración. En *Crítica feminista al psicoanálisis y a la filosofía*. Edit. Compultense.
- Friedan, B. (2016). *La mística de la feminidad* (M. Martínez, Trad.). Cátedra.
- Millet, K. (2001). *Política Sexual* (A. M. Bravo, Trad.). Cátedra.
- Postigo, M. (2006). *Género e igualdad de oportunidades: la teoría feminista y sus implicaciones ético-políticas* [Tesis doctoral, Universidad de Málaga]. <http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/1676206x.pdf>
- Solá, M. (2010). *Ética de la diferencia sexual*. Ellagón Ediciones.
- Varela, N. (2019). *Feminismo para principiantes*. Grupo Editorial S.A.U
- Young, I. (1996). *Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal*. Paidós.

Perspectiva de género en la administración de justicia y máxima de la experiencia

Gender perspective in the administration of justice and maximum of the experience

TORRES TORRES, Yorcka Uliana(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Perspectiva de género en la administración de justicia. III. Máximas de la experiencia. IV. Decisiones judiciales coherentes con la perspectiva de igualdad de género. V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen: La perspectiva de género en la administración de justicia constituye un aspecto clave en un Estado constitucional de derecho. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado jurisprudencia que evidencia lo señalado; sin embargo, se puede advertir que el uso de valoraciones de pruebas utilizando criterios subjetivos, sin considerar contextos, derechos fundamentales y humanos y teoriedad, pueden tornarse en aspectos incoherentes con una sociedad democrática que busca la igualdad de derechos. El presente artículo desarrolla aspectos importantes y evidencia, además, sentencias que permiten visibilizar los argumentos utilizados bajo la perspectiva de género en la administración de justicia acordes con

(*) Abogada. Maestra en Ciencias con, mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctorando en Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de organismos internacionales; asimismo, revisamos aspectos referidos a las máximas de la experiencia para evidenciar como estas pueden atentar contra la perspectiva de género en la administración de justicia.

Palabras clave: perspectiva de género, administración de justicia, máximas de la experiencia, igualdad

Abstract: *The gender perspective in the administration of justice constitutes a key aspect in a Constitutional State of Law, the Peruvian Constitutional Court has developed jurisprudence that evidences the above, however, it can be noted that the use of evidence assessments using subjective criteria, without considering contexts, fundamental and human rights and theory, can become incoherent aspects with a democratic society that seeks equal rights. This article develops important aspects and also evidences sentences that allow to make visible the arguments Abogada. Maestra en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctorando en Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.*

used under the gender perspective in the administration of justice in accordance with the jurisprudence of the Constitutional Court and international organizations, likewise, we review aspects referred to the maxims of the experience to show how these can undermine the gender perspective in the administration of justice.

Key words: *gender perspective, administration of justice, maxims of experience, equality*

I. Introducción

La igualdad como derecho se constituye en un pilar básico para el desarrollo de la persona y la sociedad, por ello, debe ser tutelado, protegido y respetado por el Estado, lo cual involucra, indispensablemente, un compromiso firme y serio por su parte, dotando a las instituciones y sociedad de diversos elementos y herramientas que permitan materializarla. Más aún, se hace necesaria la práctica de una perspectiva de igualdad de género, la cual suponga una serie de esfuerzos y mecanismos para su integración en diversos espacios de la comunidad, uno de ellos, a través de normas generadas para y desde instituciones estatales. En tal sentido, en la administración de justicia, la igualdad es un tema vital para no generar discriminaciones a la hora de administrar justicia. Este tema no es nuevo, aunque podría ser novedoso en nuestro país. Sin embargo, hay que señalar que en el caso R.K.V. vs. Turquía en el año 2010, es el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW-ONU) señaló:

Los estereotipos de género se perpetúan a través de varios medios e instituciones, como son las leyes y los sistemas judiciales y pueden ser perpetuados por agentes estatales de todas las esferas y niveles de la administración, así como por agentes privados [...].

De tal manera, que la violencia estructural legitimada por una violencia cultural se pone de manifiesto en las instituciones políticas y jurídicas que impiden el acceso a las mujeres de una manera igual y equitativa a la justicia.

Precisamente, en el presente artículo se desarrolla una explicación de la perspectiva de género en la administración de justicia de nuestro país. Es decir, el proceso que ha tenido a través de directrices regionales y argumentos del Tribunal Constitucional, desde el Expediente N.º 1479-2018-PA/TC, con respecto a la necesidad de incorporarla y practicarla en el ejercicio de la función fiscal y judicial. Asimismo, nos acercamos a las máximas de la experiencia y cómo, en algunas ocasiones, estas pueden ir en contra de esta perspectiva. Adicionalmente, también visibilizamos los esfuerzos de los jueces nacionales, quienes, de manera coherente, han desarrollado fundamentos acordes con el enfoque mencionado, plasmándolos en sus valoraciones y decisiones finales.

II. Perspectiva de género en la administración de justicia

1.1. Generalidades de la perspectiva de género en la administración de justicia en la región

Comúnmente, la administración de justicia puede ser entendida como la organización del Estado que tiene por tarea resolver conflictos entre personas (naturales y/o jurídicas). Al respecto, en palabras del Dr. Héctor Fix Zamudio (Concha Cantú & Caballero Juárez, 2016), la administración de justicia asume dos posturas: como actividad jurisdiccional del Estado y como la que implica al Gobierno y a la administración de los tribunales —en ambos casos, se advierte claramente el rol del Estado y, por tanto, la línea de aplicación que desde esta institución admita y permita para el ejercicio de su correcta labor—. Es así que, al ser la una construcción del Estado para realizar la tarea de impartir justicia, también es deber de la administración de justicia tener líneas de acción precisas para su correcto actuar, coherentes con el modelo declarado en su norma suprema.

En el caso peruano, el artículo 43 de su Constitución Política indica las características de un Estado constitucional, democrático y de derecho. Esto significa que tiene como pilar la defensa de los derechos fundamenta-

les. Así, entendida como texto, la Constitución está “integrada básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos” (Añón, 2002).

Articulado a ello, la Constitución Política del Perú refiere, en el artículo 138, 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 las leyes. Cabe considerar que, desde el Estado, debemos acogernos a mandatos de carácter internacional en cuanto al desarrollo de la integración de la perspectiva de género, porque constituye un compromiso que el Estado peruano debe incluir en sus mandatos, entendiendo que «La perspectiva de género se inscribe dentro de los derechos humanos, como parte de las obligaciones de los Estados para garantizar la igualdad y no discriminación» (Comisionado en Derechos Humanos, Bolivia, 2018).

En este marco, es importante definir el significado de «perspectiva de género», la que puede ser entendida como: [El] método de análisis de la realidad que permite visibilizar la valoración social diferenciada de las personas en virtud del género asignado o asumiendo, y evidenciando las relaciones desiguales de poder originadas en estas diferencias» (OEA, 2021).

Esta perspectiva de género en la sociedad implica «[...] reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa diferencia sexual» (Lamas, 1996).

Considerar una perspectiva de género acorde con los conceptos antes indicados, resulta trascendente para el desarrollo de una efectiva administración de justicia, en la cual los estereotipos, prejuicios y discriminaciones no sean elementos de valoración para tomar decisiones a este nivel, es así que, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en el caso R.K.V vs. Turquía indicó que:

Los estereotipos de género se perpetúan a través de varios medios e instituciones, como son las leyes y los sistemas judiciales y pueden ser perpetuados por agentes estatales de todas las esferas y niveles de la administración, así como por agentes privados [...]. (CEDAW, 2010)

Para tales efectos, y con la necesidad de enfocar documentos normativos de carácter internacional en su derecho interno, los Estados han desarrollado diversas herramientas normativas.

1.2. Perspectiva de género en la administración de justicia: internacional y nacional

Algunos antecedentes que consideramos importantes mencionar están constituidos por la conformación de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) que tuvo por finalidad velar por los derechos civiles y políticos de las mujeres; posteriormente, las Naciones Unidas incluyen en los derechos humanos los aspectos económico, social y cultural.

La Recomendación General N.º 19 (1992) emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer indicó que en la definición del artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) se atendió la violencia ejercida contra la mujer. Es en la Conferencia Mundial de Viena en el año de 1993 que se reconoce:

Los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. (Gherardi, 2016)

En 1967, los Estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, instando a los Estados para que adopten medidas para «abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyen una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer». Esta declaración llevó a la comunidad internacional a trabajar un tratado específico que fuera jurídicamente vinculante: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés).

Luego de otros esfuerzos trascendentes, han buscado visibilizar el tema de violencia, discriminación, prejuicios y estereotipos en torno a la mujer, buscando eliminar enfoques subjetivos en la administración de justicia en género.

Similarmente, diversos países de nuestra región han realizado sendos esfuerzos para exponer casos en los cuales se advierte discriminación en torno a las mujeres respecto a la administración de justicia. Al respecto, podemos realizar

un listado de documentos que evidencian la necesidad de generar herramientas que incluyan la perspectiva de género al administrar justicia:

- Administración de justicia y perspectiva de género (Argentina) elaborado por el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de Argentina.
- Perspectivas de género en las decisiones judiciales y resoluciones administrativas (Argentina) elaborado por el Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación de la República Argentina.
- Protocolo para juzgar con perspectiva de género (Bolivia) elaborado por el Ministerio de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, el Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia, Comité de Género del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia y las Naciones Unidas Derechos Humanos Alto Comisionado, Bolivia.
- Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación (Chile) elaborado por el Poder Judicial de la República de Chile.
- Protocolo para juzgar con perspectiva de género (México) elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Todos estos documentos citados, que no son los únicos, desde ya nos permiten visualizar en su contenido aspectos para la administración de justicia con perspectiva de género, lo cual supone que se debe considerar que «garantizar el derecho de acceso a la justicia implica la remoción de cualquier barrera que impida el ejercicio de este derecho para obtener una respuesta satisfactoria a las particulares necesidades jurídicas de las personas, sin distinción» (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005).

En Perú se han desarrollado documentos como el denominado *Marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género* elaborado por el Programa Conjunto sobre Servicios esenciales para mujeres y niñas sometidas a violencia del Sistema de las Naciones Unidas en el Perú.

Este documento plantea aspectos relacionados al enfoque de género en el derecho y su interrelación con el sistema internacional, los cuales sirven para ser aplicados en búsqueda de una correcta administración de justicia, en tanto se concibe que:

el enfoque de género busca analizar las relaciones de poder que existe entre hombres y mujeres como una consecuencia directa de la construcción social estereotipada de los géneros que afecta tanto a hombres como a mujeres. En tal sentido, el enfoque de género aplicado desde el Derecho nos ayuda a visibilizar y erradicar esas desigualdades tomando medidas de corrección (Poder Judicial del Perú, 2018)

Cabe señalar que, un antecedente al documento mencionado lo constituye el Acuerdo de Sala Plena N.º 141-2016, de fecha 21 de julio de 2016 en el cual el Poder Judicial instituyó como política transversal la incorporación del enfoque de género en todos sus niveles y estructuras organizacionales, asimismo, creó la Comisión de Justicia de Género con la misión de liderar este proceso en la administración de justicia. Desde entonces, la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial ha consolidado su trabajo mediante la aprobación de su Plan de Trabajo 2017-2021 (Resolución Administrativa N.º 123-2017-CE-PJ, del 19 de abril de 2017) y un Plan de Actividades 2018 (Resolución Administrativa N.º 068-2018-CE-PJ, del 21 de marzo de 2018).

Sin embargo, de suma trascendencia es la resolución del Tribunal Constitucional peruano que reconoce la obligación de todas las entidades del Estado para aplicar la perspectiva de igualdad de género.

1.3. Perspectiva de género en la administración de justicia peruana (Exp. N.º 1479-2018-AA/TC)

En el presente caso, se advierte un tema central que se desarrolla en torno al derecho a la debida motivación de resoluciones fiscales, en un proceso por violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; la cuestión se enfocaba en determinar la responsabilidad de la fiscal al no cumplir de motivar debidamente la resolución al no tomar en cuenta en sus fundamentos y análisis la perspectiva de género, lo cual hubiese permitido la formalización de la denuncia al agresor en el delito antes citado, por lo cual, el Tribunal Constitucional en el fundamento 14 señala:

Eliminar la desigualdad y promover la defensa de los derechos de las mujeres es una tarea que involucra principalmente al Estado, por tanto, la razón para afirmar que el sistema de administración de justicia se encuentra especialmente comprometido con ese fin constitucional resulta obvia, en particular, en lo que a la violencia de género respecta, toda vez

que la labor técnica que pueda desplegar el sistema de justicia incide directamente en la tarea de su erradicación de nuestra sociedad. (Exp. N.º 01479-2018-PA/TC, 2019, f. j. 14)

Al resolver la presente causa, vale mencionar que el Tribunal Constitucional hace mención a resoluciones antes emitidas que dan cuenta de los procesos sociales y culturales que han permitido la desigualdad entre hombres y mujeres. En tal sentido, refiere que la perspectiva de igualdad de género:

(constituye) una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria. (Exp. N.º 01479-2018-PA/TC, 2019, f. j. 9)

A partir de estos y otros argumentos, el Tribunal Constitucional fundamenta que este enfoque sea incluido institucionalmente, es decir, como mecanismo de actuación para las entidades, toda vez que, la perspectiva de igualdad de género, como forma de análisis, evidencia, las diferentes formas de trato en cuanto hombres y mujeres, y cómo a partir de su instalación institucional, se lograría alcanzar la equidad entre ambos, en tal sentido y específicamente en cuanto a la administración de justicia, lo cual supondría:

la creación de una jurisdicción y fiscalía especializadas, así como exigiría de un análisis con perspectiva de género presente en el razonamiento que sustenta las decisiones de jueces y fiscales al momento de impartir justicia y perseguir e investigar el delito. (Exp. N.º 01479-2018-PA/TC, 2019, f. j. 11)

Asimismo, en cuanto al sistema de administración de justicia y el enfoque en igualdad de género, declara que:

El sistema de administración de justicia también es un actor —probablemente el más importante— en la ejecución de la política pública de lucha la violencia de género y, por ello, el enfoque o perspectiva de género debe ser incorporado y practicado en el ejercicio de la función judicial y fiscal. (Exp. N.º 01479-2018-PA/TC, 2019, f. j. 16)

Esta argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional responde a fundamentos que ha venido desarrollando en senda jurisprudencial, como en el Expediente N.º 01423-2013-PA/TC, en el cual pone de manifiesto las exclusiones a las mujeres de los espacios públicos y la necesidad de una actuación que supone cambiar la manera de ejercer la función pública y servicios públicos.

Asimismo, los fundamentos desarrollados por el Tribunal Constitucional están acordes con el desarrollo internacional de diversos protocolos y lineamientos de actuación en cuanto a la perspectiva de género en la administración de justicia, lo cual supone el obligatorio cumplimiento por parte de las instituciones del país —entendiendo al Estado constitucional, democrático y de derecho con un contenido esencial que se corresponde con los derechos fundamentales y derechos humanos—.

A pesar de ello, y en mérito a prejuicios, discriminación y estereotipos, funcionarios a cargo de la administración de justicia, emiten resoluciones que vulneran derechos fundamentales y se constituyen, además de las repercusiones jurídicas que irradian, en mensajes, desde el Estado, hacia la población que acrecientan las desigualdades entre hombres y mujeres, algunas de estas construcciones se encubren bajo la denominación de máximas de la experiencia.

III. Máximas de la experiencia

1. Conceptos de máximas de la experiencia

Autores, como Peyrano Jorge (2005), señalan que las máximas de la experiencia son formulaciones de contenido general e independiente de los casos concretos en los cuales se aplican, tienen un valor autónomo y son invocables para la solución de otros casos. Asimismo, para autores como Barrios Gonzales (2009), se trata de juicios aproximados respecto a la verdad, de conocimiento general y notorio, que derivan de la experiencia y trabajan en función de interpretar hecho y ley.

Visto de esta manera, las máximas de la experiencia se constituyen en elementos del razonamiento que se originan y sustentan en una determinada realidad, un contexto o situación socio-cultural determinada; y en tal sentido, la aplicación de estas en la administración de justicia podría tornarse peligrosa cuando se asumen o emplean sin los conocimientos necesarios, sin entender contextos y/o principios propios de un Estado constitucional de derecho, puesto que, comprenden solamente la experiencia propia de un determinado operador jurídico.

2. Uso de las máximas de la experiencia en la valoración de pruebas

El uso de las máximas de las experiencias ha sido desarrollado en casos vinculados a la valoración de la prueba establecido en el Código Procesal Penal, en el artículo 158 que indica «En la valoración de la prueba, el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados».

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano señala en el fundamento 29 de la sentencia N.º 00728-2008-PHC/TC, se evidencia que su aplicación supone la existencia cierta de un hecho base el cual se relaciona con el hecho consecuencia a través de la máxima de la experiencia, relación que debe ser debidamente sustentada, y reseñada en la sentencia; cabe señalar que el uso de las máximas de experiencia es una práctica extendida en nuestra jurisprudencia nacional como se advierte en casos vinculados a administración de justicia sin perspectiva de género.

Un caso mediático que causó debate sobre este tema es el desarrollado por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur, que emitió sentencia absolutoria en un proceso por violación sexual. Entre varios argumentos interesantes que consideraron para absolver, llamó la atención que hayan valorado el tipo de prenda íntima que traía la denunciante en el momento de los hechos materia de investigación, en función a una máxima de la experiencia. Siendo que la construcción argumentativa se diseñaba de la siguiente manera:

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) guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por las máximas de la experiencia este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo que conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado, se allí que de forma consciente se autodeterminó quedarse en la casa del imputado, pues contaba con la ausencia de su señora madre. (La Pasión por el Derecho, 2020)

Entendiendo que, los fundamentos, valoraciones de prueba, en una lectura sistemática, van a generar que un determinado operador jurídico, llámese jueces específicamente, tomen una decisión, es muy importante que estas valoraciones se realicen con delicado análisis de las permitidas máximas de la experiencia.

3. De las máximas de la experiencia a la construcción de argumentos coherentes con un Estado constitucional de derecho

Cuando mencionamos un Estado constitucional de derecho, nos referimos a un proceso histórico de evolución de la sociedad, que se inicia con el cuestionamiento al poder abusivo ejercido por un determinado grupo que imponía normas, el cual, y sin mayores normas limitantes emitían directrices que, generalmente afectaban a mayorías y minorías, para sostener un determinado *status quo*.

El reconocimiento de la Constitución como norma suprema supone el sometimiento de la sociedad en general a normas, principios y reglas, con lo cual se pretende, lógicamente, limitar estos abusos, además, sostenida por pilares esenciales como los derechos fundamentales de las personas.

En tal sentido, consideraremos que, desde un análisis objetivo, la perspectiva de género es una herramienta útil al servicio de administración de justicia, para hacer realidad el derecho a la igualdad, el cual se constituye en un derecho fundamental y derecho humano básico; siendo así, cabe resaltar que su utilidad no se aprecia únicamente en casos relativos a mujeres, o personas homosexuales, sino que ésta se verifica en todos aquellos casos en que existe una notable situación de asimetría entre los justiciables.

IV. Decisiones judiciales coherentes con la perspectiva de igualdad de género

El establecimiento del poder concentrado en nuestra estructura de justicia conlleva la instalación de un Tribunal Constitucional que garantiza la interpretación y control de constitucionalidad, la defensa de la supremacía constitucional, por ello, sus decisiones están en torno al desarrollo del Estado constitucional de derecho.

Mandatos como los desarrollados en el Expediente N.º 1479-2018-PA/TC, con respecto a la perspectiva de igualdad de género, se desarrollan ante las desigualdades culturalmente concebidas que contribuyen a la creación de problemas estructurales, como la violencia contra la mujer. En tal sentido, no es suficiente propiciar una normativa que se proponga tutelar los derechos de las mujeres y el respeto que como personas iguales en dignidad. Siendo así, el Tribunal Constitucional considera a la perspectiva de igualdad de género como una nueva mirada ante la desigualdad y la situación de vulnerabilidad de las mujeres. Entonces, la administración de justicia, en el marco de la perspectiva de igualdad de género, se constituye en un factor importante para su desarrollo real en un Estado constitucional de derecho.

Muestras de decisiones coherentes con el Estado peruano también las tenemos en la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Noveno Juzgado Penal Unipersonal:

debemos ver los hechos desde una perspectiva de género, en el sentido que las exigencias que se pretendan hacer y exigir a la menor agraviada, vayan acorde a los derechos humanos de igualdad, no discriminación y libre de estereotipos, que le reconocen los instrumentos internacionales y las sentencias de la Corte IDH, por tanto; en este caso, es perfectamente aplicable para ratificar que el acusado prevaleciéndose de una relación especial sobre la menor agraviada que la colocó en un estatus de indefensión y temor, ejerció tocamientos indebidos en sus partes íntimas, destruyendo su esfera sexual más íntima. (Expediente N.º 06904-2019-4-0901-JR-PE-09, 2019)

También en la Casación N.º 851-2018-Puno, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que sustentó:

3. Los estereotipos de género son preconcepciones de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres. Algunos de estos estereotipos, que suelen ser utilizados para justificar la violencia contra la mujer, son: i) La mujer es posesión del varón, que fue, es o quiere ser su pareja sentimental. ii) La mujer es encargada prioritariamente del cuidado de los hijos y las labores del hogar; se mantiene en el ámbito doméstico. iii) La mujer es objeto para el placer sexual del varón. iv) La mujer debe ser recatada en su sexualidad. v) La mujer debe ser femenina. vi) La mujer debe ser sumisa. 4. Corresponde a los jueces de la República evaluar si en los casos que son de su conocimiento se presentan o no dichos estereotipos de género, sancionarlos por discriminatorios y fundamentar de forma cualificada su decisión; están proscritos los razonamientos que tienen por fin cumplir formalmente la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales. Solo así se cumple la obligación constitucional de adoptar las acciones idóneas para lograr la eficiencia de la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer. (Casación N.º 851-2018-Puno, 2018)

Los fundamentos citados en las sentencias antes mencionadas, nos acercan a un enfoque en perspectiva de igualdad de género, mandato desarrollado por el Tribunal Constitucional en clave de derechos humanos, haciendo realidad los principios en los cuales reposa nuestro Estado constitucional de derecho, los compromisos asumidos por el Estado peruano a nivel internacional y las políti-

cas nacionales y públicas generadas al interior del mismo para la coherencia y articulación de las instituciones del Estado peruano.

V. Conclusiones

- Los estereotipos de género no solo se observan en las conductas, que ordinariamente visibilizamos en una comunidad, si no que se instalan en las leyes y en los sistemas judiciales; por lo que pueden ser perpetuados por agentes estatales de todas las esferas y niveles de la administración, así como por agentes privados.
- Las máximas de la experiencia mal utilizadas, sin una correcta contextualización y teorización, que se aparte de los principios del Estado constitucional de derecho pueden constituir en elementos maximizan y acentúan aspectos de desigualdad y discriminación desde la administración de justicia.
- El Tribunal Constitucional, a través del Proceso de Amparo N.º 1479-2018, ha establecido que las instituciones deben aplicar la perspectiva de género en la administración de justicia, siendo esta una medida importante para que los operadores de justicia descompongan desigualdades culturalmente concebidas que contribuyen a la creación de problemas estructurales, como la violencia contra la mujer.
- Se evidencian avances responsables respecto a los jueces, quienes, en conformidad con los derechos humanos y la perspectiva de igualdad de género, resuelven y deciden considerando las desigualdades culturalmente concebidas entre hombres y mujeres. Cabe señalar que es importante tener en cuenta que esas decisiones tendrán influencia en el colectivo social y su desarrollo en igualdad, puesto que, coloquialmente sus resoluciones y sentencias también se constituyen en mensaje a la sociedad acerca de cómo generar una sociedad en igualdad fáctica de derechos.

VI. Referencias

- Añón, M. J. (2002). *Derechos fundamentales y estado constitucional*. s.e.
- Comisionado En Derechos Humanos - Bolivia, N. U. (2018). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*.
- Concha Cantú, H., & Caballero Juárez, J. (2016). *Diagnóstico de la administración de justicia en las entidades federativas*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Desarrollo, P. D. (2005). *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Ediciones del Instituto.
- Gherardi, N. (2016, 8 de noviembre). La mujer y el derecho internacional: conferencias internacionales. Dels. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-mujer-y-el-derecho-internacional-conferencias-internacionales>
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. *La Tarea, Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE*, (8).
- Mujer, C. C. (2010). *Comunicación N.º 28/2010 Dictamen Aprobado Por El Comité En Su 51º Periodo De Sesiones*. Washington.
- Poder Judicial Del Perú. (2018). *Marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género*. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- OEA. (2021, 29 de julio). *La CIDH llama a los Estados de la región a aplicar el enfoque de género como herramienta para combatir la discriminación estructural en contra de las mujeres y personas LGBTI*. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/198.asp>
- Sala anuló sentencia que consideró «Que la agraviada haya usado “trusa color rojo con encaje” conlleva a inferir que estaba dispuesta a tener relaciones con el imputado». (2020, 31 de octubre). *La Pasión Por El Derecho*. <https://lpderecho.pe/violacion-victima-trusa-rojo-encaje/>

Sentencias:

- Exp. N.º 01479-2018-PA/TC. (2019, 5 de marzo). Sentencia del Tribunal Constitucional.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
<ediciongrijley@gmail.com>,
en noviembre de 2022.

