

Depósito Legal Digital N° 2024 - 08864
Depósito Legal Digital N° 2016 - 12693

ISSN (en línea): 2664 - 3960
ISSN (impreso): 2664 - 3952



Universidad
Nacional de
Cajamarca
"Norte de la Universidad Peruana"



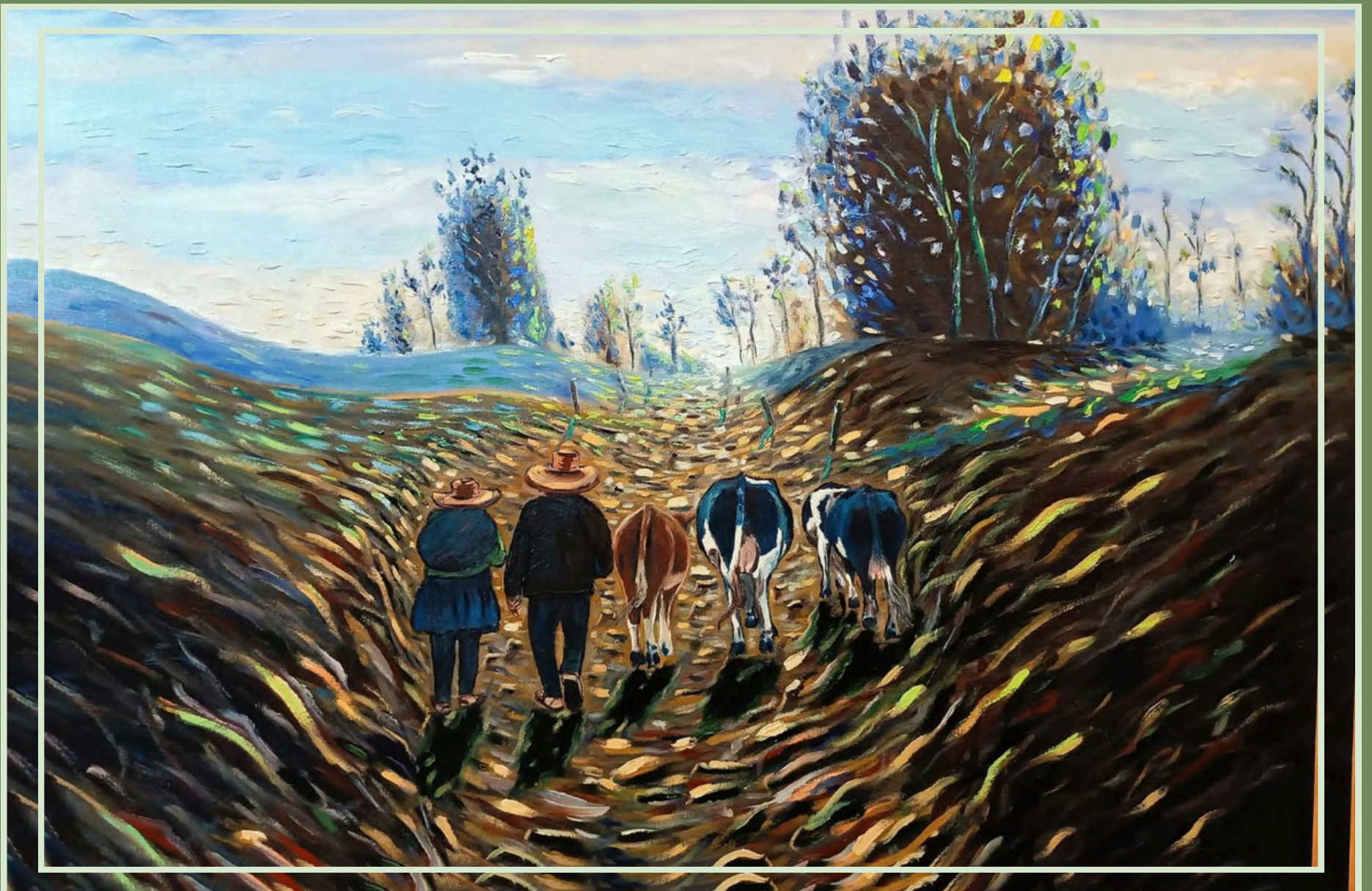
Facultad de
Derecho y
Ciencias Políticas

Revista

Nº 16. Enero - Julio 2026
Versión electrónica

quaestio iuris

Revista de investigación jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC



latindex
catálogo

BASE



LatinREV

MIAR

ROAD
DIRECTORY
OF OPEN ACCESS
SCHOLARLY
RESOURCES



OpenAlex



Crossref



OPEN ACCESS

quaestio iuris

Editada y publicada por:

© Universidad Nacional de Cajamarca

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa 1050, Pabellón 4 F, Ciudad Universitaria

Cajamarca, Perú

Teléfono: +51 976 480 408

Web: <https://www.unc.edu.pe/>

Email: jsalazars@unc.edu.pe

Revista digital disponible en: <https://revistas.unc.edu.pe/index.php/Quaestio-iuris>

Diseño y Diagramación: Vicerrectorado de Investigación

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

ISSN electrónico: 2664-3960

ISSN impreso: 2664-3952

Prohibida la reproducción parcial o total sin autorización de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Equipo editorial

EDITOR EN JEFE

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID: [0000-0002-3038-9956](https://orcid.org/0000-0002-3038-9956)

CONSEJO EDITORIAL

Dra. Rommy del Pilar Álvarez Escudero

Universidad de Valparaíso

Valparaíso - Chile

✉ rommy.alvarez@uv.cl

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

✉ mpimentel@unc.edu.pe

M.Cs. Yorcka Uliana Torres Torres

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

✉ tyorckat@unc.edu.pe

MCs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

✉ nrojasr@unc.edu.pe

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Cyntia Raquel Rudas Murga

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lima - Perú

✉ crudasm@unmsm.edu.pe

Mg. Bruno Alberto Novoa Campos

Academia de la Magistratura

Lima - Perú

Mg. Dael Carlos Dávila Elguera

Consulado General del Perú en Londres
Londres - Inglaterra

Dra. Karla Pamela Jiménez Erazo

Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Cuernavaca - México

Dra. Esmeralda Hernández Hernández

Universidad Autónoma de Guerrero
Chilpancingo - México

Dr. Miguel Ángel Hernández Hernández

Universidad Autónoma de Guerrero
Chilpancingo - México

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú

APOYO TÉCNICO**M.Cs. Gilmer Cayotopa Jara**

Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú
✉ gilmercayotopa@unc.edu.pe

M.Cs. Luis Vargas Rocha

Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú
✉ lvargasr_epg23@unc.edu.pe

M.Cs. César Andreé Murga Moreno

Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú
✉ cmurgam15@unc.edu.pe

quaestio

Presentación

quaestio iuris · Núm. 16 (2026)



● EDITORIAL

Presentación

Quaestio Iuris llega a su número 16 y acumula casi veinte años consecutivos de labor investigativa y trabajo editorial de un equipo de docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, con el apoyo del Vice Rectorado de Investigación de la misma universidad. Conjugación de esfuerzos, iniciativas y prácticas investigativas que hacen de cada volumen de Quaestio iuris la expresión auténtica del esfuerzo colectivo institucional de realizar y publicar investigación en el mundo universitario.

El empeño de investigar y publicar los resultados en el campo de las ciencias jurídicas requiere no solo constancia de los investigadores, además el equipo humano adecuado que aporte conocimiento, pluralidad de enfoques y dominio de áreas específicas del derecho para que evalúen los artículos enviados para su publicación.

Por otro lado, la publicación de este número 16 de Quaestio Iuris se realiza en un contexto nacional de recambio de las autoridades centrales del país. En Perú, se han realizado las elecciones generales y con ello también se consolida la democracia republicana en la cual estamos inmersos. Democracia cuyo contenido esencial es la participación y voluntad activa de cada peruana y peruano sin importar la edad, el origen social o su vocación religiosa.

Esperemos que el proceso electoral culmine satisfactoriamente y que la gobernanza democrática y plural se consolide afianzando el Estado democrático, social, tal como está diseñado en el modelo constitucional peruano.

En este Volumen 16 se abordan diferentes materias en áreas del Derecho Constitucional, del Derecho Civil, Penal, Procesal y de la Filosofía del Derecho, a todos los autores les expresamos nuestro agradecimiento por el esfuerzo realizado, así como agradecemos a las autoridades centrales de la UNC por el apoyo constante y decidido para la publicación del presente volumen.

Nuestro agradecimiento y reconocimiento a M. Cs. Nilton Rojas Ruiz, por haber proporcionado la imagen de su óleo «Regresando a casa» para la portada de nuestra Revista. Nilton es docente de la Facultad de Derecho, es un artista reconocido y expone sus obras en la sala de exhibición de la Municipalidad Provincial de Cajamarca.

Cajamarca, Perú, Julio de 2026

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Editor en Jefe de quaestio iuris

quaes

Índice

quaestio iuris · Núm. 16 (2026)



● SUMARIO

Índice

EDITORIAL

Presentación

Jorge Luis Salazar Soplapuco

DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho a la protesta: un decálogo de ideas contemporáneas

The right to protest: a ten-point manifesto of contemporary ideas

Figuerola Gutarra, Edwin

La dignidad humana y los derechos de las mujeres infértiles ante la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el contexto peruano

Human dignity and the rights of infertile women in the absence of regulation of surrogacy in the Peruvian context

Quito Coronado, Lorena

DERECHO CIVIL

La calificación jurídica del legatario en el Código Civil peruano: entre la sucesión y la atribución patrimonial

The legal classification of the legatee in the Peruvian Civil Code: between succession and patrimonial attribution

Flores Navarro, Waldir · Gavancho León, Olga Cristina

DERECHO PROCESAL

Desacuerdos sobre la probanza del despido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Disagreements regarding proof of dismissal in the jurisprudence of the supreme court of justice

Castillo Montoya, Nixon Javier

La fijación del objeto litigioso del proceso judicial: una mirada crítica

Defining the subject matter of the judicial process: a critical look

Colorado Huamán, William

● SUMARIO (CONTINUACIÓN)

DERECHO PROCESAL

Propuesta de modificación en el rol del juzgador para la aplicación de las convenciones probatorias

Proposal for modification in the role of the judge for the application of evidence conventions

Pinglo Capuñay, Luis Felipe

DERECHO PENAL

Fundamentos que justifican la inconstitucionalidad de la causa de justificación en el ejercicio de la fuerza por la Policía Nacional y Fuerzas Armadas

Grounds justifying the unconstitutionality of the justification for the use of force by the National Police and Armed Forces

Muñoz Oyarce, Bruce Eugeni

Entre víctimas y victimarias: revisión bibliográfica sobre la legítima defensa de mujeres frente a violencia de género en escenarios de pareja o expareja

Between victims and perpetrators: a literature review on the legitimate defense of women against gender violence in current or ex-current relationship scenarios

Huertas Díaz, Omar · López Gómez, Daniela · Caballero Carrascal, Simón Federico · Díaz Nivia, Sara Valentina · Sarmiento Preciado, María Salomé

DERECHO ADMINISTRATIVO

La transgresión del principio de legalidad en los tipos infractores abiertos e indeterminados en el Procedimiento Administrativo Disciplinario seguida contra Fiscales

The transgression of the principle of legality in the open and indeterminate types of infractions in the disciplinary administrative procedure related to prosecutorial contracts

Ríos Pastor, Raúl

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Importancia de las fuentes del derecho para el ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico

Importance of the sources of law for natural law, legal positivism and legal realism

Marín Abanto, Diana



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

El derecho a la protesta: un decálogo de ideas contemporáneas

The right to protest: a ten-point manifesto of contemporary ideas

FIGUEROA GUTARRA, Edwin*

*«La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin la justicia es tiránica.» — PASCAL***RESUMEN**

El presente artículo analiza el derecho a la protesta en su relación con la democracia, el Estado de derecho y el ejercicio de derechos fundamentales. Si bien el derecho a la protesta no está expresamente estipulado en los pactos internacionales de derechos humanos, las Constituciones de diversos Estados lo vienen estableciendo. En ese sentido y asumiendo que su contenido está en construcción, este trabajo traza algunas dimensiones del derecho a la protesta vinculándolo con el ejercicio de la libertad de expresión, al derecho de reunión, y con el derecho de asociación. Por lo que se propone un decálogo de argumentos para considerar el derecho a la protesta como un instrumento de reforzamiento de las democracias o, en su caso, si hay ausencia de la misma, como un importante marcador del debilitamiento de ciertas democracias contemporáneas. Entonces, corresponde vincular la protesta con la democracia constitucional como la base del ejercicio de todas las libertades fundamentales y que sirve, a su vez, de basamento para asimilar, materialmente, la existencia de un Estado convencional, entendido como el modelo de sociedad donde los estándares de protección y promoción de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional, son observados.

Palabras clave — Derecho a la protesta, democracia, Estado de derecho, derecho a la reunión, derecho a la libertad de expresión y derecho de asociación.

ABSTRACT

This article analyzes the right to protest in its relationship to democracy, the rule of law, and the exercise of fundamental rights. While the right to protest is not expressly stipulated in international human rights treaties, the constitutions of various states have established it. In this sense, and assuming that its content is still evolving, this work outlines some dimensions of the right to protest, linking it to the exercise of freedom of expression, the right of assembly, and the right of association. Therefore, a ten-point argument is proposed to consider the right to protest as an instrument for strengthening democracies or, conversely, in its absence, as an important indicator of the weakening of certain contemporary democracies. Therefore, it is necessary to link protest with constitutional democracy as the foundation for the exercise of all fundamental freedoms, which, in turn, serves as the basis for the material assimilation of the existence of a conventional state, understood as the model of society where the standards for the protection and promotion of human rights enshrined in international law are observed.

Keywords — Right to protest, democracy, rule of law, right to assembly, right to freedom of expression, and right of association.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Un decálogo de ideas a partir del derecho a la protesta · IV. Un balance de sumas y restas · V. Conclusiones · VI. Lista de Referencias

* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Posgrado Universidad Nacional de Cajamarca. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law (IACL). Código de investigador ORCID: 0000-0003-4009-3953. E-mail: efigueroag@pj.gob.pe.

I. Introducción

Cifras conmovedoras como el número de personas fallecidas en protestas – un reciente ejemplo: Irán, unas 3,000 personas en 2026- resultan en extremo preocupantes, pues ese número de víctimas y los de otras tantas en situaciones similares, ponen en una muy difícil encrucijada cuál es la comprensión real del Estado de derecho, de sus alcances y logros, de cuáles son sus limitaciones tangibles, y por añadidura, de las verdades e invenciones de la sociedad contemporánea.

Ya Locke refería que existen obvious truths o verdades evidentes como los derechos a la vida, la libertad y la propiedad, que estaban yuxtapuestos en nuestra realidad solo para hacerse evidentes como verdades universales. Carlos Nino nos dice, por el contrario, que los derechos humanos son invenciones de la sociedad, es decir, no se descubren, como en la teoría lockiana, sino se construyen y resultan en verdaderas conquistas de los tiempos modernos. El derecho a la protesta es un ejemplo de un concepto que se ha venido tejiendo, configurando poco a poco, adquiriendo verdadera autonomía en forma progresiva, a partir de una noción más amplia de las democracias.

Es verdad que hoy no prevalece la denominada teoría absoluta de los derechos fundamentales, que ya no existe una visión rígida de estos derechos especialísimos de las personas, que existen restricciones en modo razonable del ejercicio de los derechos siempre que concurran causales de justificación de fuerza mayor bajo estándares de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad – la protesta como facultad no escapa a ello- y, sin embargo, es propio indagarnos, de igual modo, sobre la legitimidad material de esas restricciones, más aún si, conforme señala Bobbio, vivimos nella età di diritti, es decir, en la era de los derechos. Entonces, al tiempo que nuestros derechos crecen en contenidos, debemos admitir, bajo ciertas reglas, que ellos pueden ser limitados, pero ¿cuál es el alcance de esas restricciones?

El derecho a la protesta, nuevamente, es un claro ejemplo de nuestra aseveración anterior. Instrumentos internacionales de relevancia, entre varios otros, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, le asignan una vinculación al ejercicio de diversos derechos y así, se asocia el derecho a la protesta a la libertad de expresión, se identifica con el derecho de reunión, se le vincula con el derecho de asociación, y así sucesivamente se conecta con otros derechos y, sin perjuicio de ello, esa aparente falta de denominación como un derecho autónomo, esto es, con titularidad propia en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no es obstáculo para considerar la inmensa dimensión material de este derecho, cuando tiene lugar su ejercicio.

He aquí, entonces, un objetivo central de este estudio, es decir, considerar el derecho a la protesta como un instrumento de reforzamiento de las democracias o, en su caso, si hay ausencia del mismo, como un importante marcador del debilitamiento de ciertas democracias contemporáneas. Por tanto, corresponde vincular la protesta con la democracia constitucional como forma más acabada de este tipo de régimen, forma esta de gobierno que entendemos como la base del ejercicio de todas las libertades fundamentales y que sirve, a su vez, de basamento para asimilar, materialmente, la existencia de un Estado convencional, entendido como el modelo de sociedad donde los estándares de la CADH son observados, a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte CIH.

A partir de las ideas expuestas supra, pretendemos esbozar un decálogo de situaciones atinentes respecto al derecho a la protesta, a modo de atingencias importantes a considerar, en la proyección y perspectiva de apuntalar su afianzamiento, más aún, si conforme esbozamos se trata de un vecteur droit o derecho vector, esto es, una expresión de conexión o prerrogativa que permite el ejercicio de otros derechos fundamentales en democracia.

De esa forma, el título de nuestro artículo adquiere entidad material suficiente, pues la expresión del derecho a la protesta en democracia supone, muchas veces, escenarios de incomprensión y, en ese matiz, ha significado, muchas veces, el costo de vidas humanas. Ninguna protesta con resultado de muertes se justifica a la luz de una democracia constitucional y, por el contrario, la tutela del bien jurídica vida es una exigencia no solo legal sino moral a todos los Estados parte del sistema interamericano.

— II. Métodos y técnicas

El presente artículo se ha desarrollado bajo enfoque cualitativo, en ese sentido he utilizado el análisis de conceptos y significados del derecho a la protesta, en su relación con otros derechos fundamentales, con la democracia y el Estado de derecho. Así como he acudido a la interpretación y argumentación para elaborar propuestas sobre el significado del derecho a la protesta teniendo en cuenta los instrumentos internacionales del ámbito de los derechos humanos. Como técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental, tanto de la normatividad internacional, la jurisprudencia y la doctrina sobre el asunto de investigación.

— III. Un decálogo de ideas a partir del derecho a la protesta

Este estudio considera realizar un glosario de nociones que actualizan el derecho a la protesta desde diversos ángulos. No se trata de un derecho humano reconocido como tal a nivel normativo convencional y, sin embargo, denota el derecho a la protesta un nivel de autonomía que permite colegir su importancia material. Más aún, constituye, como hemos señalado, un derecho vector para la materialización de otros derechos humanos de relevancia jurisprudencial innegable.

¿Por qué es importante este decálogo de ideas? Porque recoge diversas manifestaciones, características y entornos que conducen a un análisis del derecho a la protesta. No es una numeración cerrada y, por el contrario, ella puede mejorar de seguro con otros contenidos a considerar pero, en esencia, se trata de puntualizar los matices de este derecho que, en los últimos decenios, ha ganado espacios de mayor importancia en las sociedades, tanto a nivel de gobiernos genuinamente democráticos, donde la protesta aspira a ser pacífica, como en regímenes autoritarios, donde la protesta es severamente reprimida y, sin embargo, no escapa el diagnóstico de su situación al escrutinio de la prensa internacional. Es el caso de Irán en 2026, donde a pesar de suspenderse el libre acceso a internet a partir de las protestas en ese país, la prensa mantuvo información activa y constante de la evolución de la protesta contra el régimen teocrático de esta nación islámica.

Así, nuestro decálogo de ideas tiende a hacer más visible el derecho a la protesta, y un derecho visible es un derecho escrutable y que merece la atención crítica de la sociedad.

01

El derecho a la protesta genera obligaciones de respetar, proteger, facilitar y garantizar

Aquí juegan un rol destacado dos pautas clave: las obligaciones de respetar y garantizar. Al respecto, tal como alegara Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte CIH, quien aludía a que podía asimilarse esas obligaciones a la idea de un guerrero que en una mano blandía la espada y en la otra, el escudo, así también podría entenderse una similitud con las formas de respetar y garantizar los derechos humanos, pues una función es implícita respecto de la otra. De esa forma, una tarea no podría prescindir de la otra, en cuanto ambas resultan consustancialmente necesarias.

Del modo expuesto y, a partir de los baremos que fijan la Relatoría de la Libertad de Expresión (RELE) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), (RELE CIDH, 2019, p. 6) y con relación a la obligación de respetar surgen algunas obligaciones clave: se hace exigible respetar el derecho a participar en protestas sin autorización previa, así como es fundamental se respete el derecho a elegir el contenido y mensajes de la protesta. A su turno, podemos sostener, válidamente, la exigencia de respetar la existencia de un derecho a escoger el tiempo y lugar de la protesta, así como existe, de la misma forma, el derecho a escoger el modo de protesta y fijar el alcance consustancial sobre el ejercicio pacífico y sin armas.

Con relación a las obligaciones de proteger y facilitar (RELE CIDH, 2019, p. 6), exigencias que pueden bregar juntas, debemos aludir aquí al uso de la fuerza en el contexto de las protestas y, en esa misma línea de ideas, a la pauta de máxima restricción de armas de fuego y otras armas letales e incluso menos letales, situación atinente a los protocolos a utilizar por parte de las fuerza armadas y policiales cuando tenga lugar el concurso de estas. En ese norte de ideas, resulta destacable del deber de no criminalizar a los líderes y participantes de manifestaciones y protestas.

En otro nivel y en cuanto se refiere a la obligación de garantizar (RELE CIDH, 2019, p. 6), acotamos que esta exigencia implica el deber de investigar, juzgar y sancionar, así como una necesaria respuesta de las autoridades, a las cuales les compete las tareas de monitoreo y observación de las protestas.

02

El ejercicio del derecho de protesta, en correlación con el sistema interamericano de derechos humanos, hace posible el libre juego democrático

Esta reflexión constituye parte troncal de este estudio en la medida que visto el derecho a la protesta en perspectiva, su libre ejercicio constituye la materialización de otros derechos fundamentales a nivel de los Estados parte de la CADH. De esa forma, baste citar, a modo de ejemplo, el derecho a la libertad de expresión para que asumamos, con certeza, que el libre intercambio de ideas permite, precisamente, una cristalización más ágil de las condiciones de una de las bases de la democracia.

De la forma enunciada, sin ejercicio real del derecho a la libertad de expresión tan solo tenemos frente a nosotros una democracia nominal y, por el contrario, la libre expresión implicará la transmisión sin restricción de ideas, condición necesaria para que una democracia sea construida desde el debate. De esa manera, el derecho a la protesta constituye un vehículo desde el cual la libertad de expresión se expande.

La experiencia al respecto es aleccionadora. Regímenes de facto han optado por restringir el derecho a la protesta y, de ese modo, han coactado otros derechos fundamentales vinculados. Un gobierno no democrático encuentra en la restricción del derecho a la protesta el medio necesario para restringir muchos otros derechos fundamentales exigibles en democracia.



CORTE IDH · CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO VS. MÉXICO (2018)

171. El derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana (...) El derecho protegido por el artículo 15 "reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas" y abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente.

Otro derecho a enunciar estrechamente vinculado al derecho a la protesta es el derecho de reunión, cuya esencia reposa en la congregación intencional y temporal de un grupo de personas en un espacio privado o público con un objetivo concreto, definición utilizada por el Consejo de Derechos Humanos (RELE CIDH, 2019, p. 14). Al respecto, la movilización de la población, la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones, según acota el mismo Consejo de Derechos Humanos, facilitan la celebración de eventos y ejercen influencia en las políticas públicas de los Estados.

Por último, sin resultar esto una lista cerrada sino meramente enunciativa, es también plausible aludir al derecho de asociación, el cual representa el ejercicio legítimo de vinculación entre personas con un fin determinado, siempre que el fin de la asociación no sea contrario al orden público. Por lo demás, la asociación reviste una manifestación extensiva a través de la protesta, esto es, los asociados tienen derecho a protestar si determinada situación afecta los derechos que legítimamente pretenden defender.

Por tanto, el derecho a la protesta permite tres aristas: las personas expresan su derecho a expresarse libremente, igualmente se reúnen para al ejercicio de la protesta y, finalmente, si la vinculación se expresara respecto de asociados, concurre un fin común y lícito que los congrega. Se reafirma así nuestra expresión de derecho vector respecto del derecho a la protesta.

03

El derecho a la protesta se encuentra fuertemente asociado a las actividades de defensa de los derechos humanos

En el contexto a que alude esta idea (RELE CIDH, 2019, p. 14) el derecho a la protesta nuevamente se erige en un derecho vector. La tutela de los derechos humanos exige de formas de expresión tangibles y una de ellas, sin duda, es en qué medida los ciudadanos tienen la libertad de expresar sus ideas a través de manifestaciones que exigen ser pacíficas. Y, sin embargo, ¿acaso una protesta que devenga en actos de violencia degeneraría en ilegítima? A juicio nuestro, la desnaturalización del derecho a la protesta es una variable fáctica que puede tener lugar en el curso de una manifestación popular que aspira a ser legítima y, sin perjuicio de ello, el acaecimiento de circunstancias que desnaturalicen el derecho a la protesta, antes que deslegitimar esta, implica una tarea de exigencia a las autoridades policiales para identificar, en específico, las causas de esos eventos violentos.

Entonces, la protesta no se deslegitima por ocurrir un evento violento en el transcurso de la protesta misma, sino demanda, insoslayablemente, el concurso de la autoridad policial para identificar aquellos actos violentos específicos, concretos y determinados que desnaturalizan el ejercicio regular de este derecho.

04

La protesta espontánea constituye una forma legítima de expresión

En la legitimidad de la expresión espontánea (RELE CIDH, 2019, p. 15) encontramos una fortaleza material del derecho a la protesta, la cual no demanda una exigencia de autorización previa, esto es, supeditar el ejercicio de la protesta a la noción de un permiso antelado por parte de la autoridad. En efecto, la protesta puede revestir una manifestación de espontaneidad que, antes que improvisación, involucra un ejercicio de libre albedrío para acometer un reclamo ante el cual confluyen, de facto, diversos pareceres para la materialización de una protesta.

Ciertamente una planificación de la protesta implica un escenario deseable. La antelación presupone la concreción de un diseño organizado en forma previa para el ejercicio del derecho a la protesta y, sin perjuicio de ello, no representa el único medio de plasmación de este derecho.

«La espontaneidad representa un ethos y un pathos de la protesta.»

Más aún, la espontaneidad de la protesta, desde nuestra perspectiva, constituye un medio de legitimación reforzada. Se trata de la cohesión repentina de los ciudadanos frente a una cuestión que amerita la exigencia de una manifestación. De esa forma, la espontaneidad representa un ethos y un pathos de la protesta, en cuanto constituye un telón de fondo válido que legitima, de facto, el derecho a la protesta.

05

El derecho a la protesta exige un rol de anticipación del Estado en su calidad de garante

El énfasis de garantía por parte del ente estatal (Chicoma y Saucedo, 2023, p. 374) ha sido antes abordado, pero ahora ponemos atención mayor en el rol de anticipación que le compete al Estado sobre esta materia, en cuanto este debe implementar disponer de las herramientas posibles para que la consecución de este derecho merezca desenvolvimiento sin mayores restricciones que aquellas que correspondan a la represión de entornos de violencia específicos y que se guíen, incluso, por una regla de proporcionalidad.

El caso iraní de 2026, ejemplo que nos abruma in extremis por su alto costo en vidas humanas, arroja luces preocupantes sobre este aspecto, en cuanto la respuesta del Estado ha sido la de una represión fuera de los límites del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El matiz de paz social que guía la acción estatal respecto al orden público es un componente de trascendencia, pero si la acción del Estado es la de reprimir, desproporcionadamente, el derecho a la protesta, entonces estamos frente a una versión estatal que no se corresponde con la obligación del Estado respecto a la protección de la vida de sus ciudadanos.

En esa misma lógica de ideas, el rol anticipatorio de un Estado conduce a que, incluso labores de inteligencia del ente público puedan detectar en qué modo y condiciones se desarrolla una protesta y que, de existir contingencias que afecten el orden público, sean detectables esas irrupciones de violencia, sin que la protesta sea extinguida, detenida o anulada.

06

La represión de la protesta, si tiene lugar, solo puede guiarse por las reglas de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad

La represión de la protesta plantea un escenario (Chicoma y Saucedo, 2023, p. 375) a partir del cual surgen preguntas muy puntuales: ¿cuán necesario es restringir una protesta? Diremos que sí y solo si se produce un entorno de violencia que ponga en peligro la vida de los propios manifestantes y de los agentes del orden.

A su vez ¿cómo debe tener lugar la regla de proporcionalidad respecto a la protesta? Un ejemplo al respecto es puntual: una marcha pacífica no puede ser reprimida con armas de fuego. He aquí una desproporción manifiesta. El uso de armas letales debe ser una opción de última ratio y solo si se cumple la condición de puesta en peligro manifiesto respecto de la vida de los manifestantes y de los cuerpos policiales que acompañen la protesta respectiva.

Por último, ¿constituye la razonabilidad una regla de aceptabilidad, de equidad y de correspondencia? Nuestra respuesta es objetivamente positiva. Es irrazonable restringir el derecho a la protesta si esta es manifestamente pacífica, más aún, si esta constituye el ejercicio de un derecho fundamental autónomo y, en ciernes, un derecho humano cuyo reconocimiento jurisprudencial va ganando progresivo arraigo.

07

Históricamente el derecho a la protesta ha sido limitado por las estructuras de poder

La relación entre derecho a la protesta y ejercicio del poder (Cárdenas, 2025, p. 22) nos conduce a diversas reflexiones sobre una verdad incómoda: a los gobiernos no democráticos les resulta desfavorable un amplio ejercicio del derecho a la protesta, pues esta, al venir asociada a otros derechos humanos relevantes, deviene en un ejercicio de cuestionamiento objetivo a las decisiones de un gobierno. No podemos negar que la protesta es, las más de las veces, un cuestionamiento frontal a una política de gobierno.

Un entorno histórico al respecto es más que objetivo: la fiesta del té en Boston (1773), el movimiento primero de marzo en la península coreana (1919) y la marcha de la sal y el movimiento de no cooperación en India (1930) son algunos ejemplos reseñados (Cárdenas, 2025, p. 21), que, junto a muchos otros, constituyen testimonios claros del divorcio usualmente relevante entre protesta y poder.

La protesta tiende a cuestionar las decisiones del poder, es una tendencia natural de su esencia materialmente constitucional y, por lo tanto, juzga los actos de los gobiernos y estos últimos, si son autoritarios, ven una amenaza latente para su estabilidad en el ejercicio de ese derecho.

Las consecuencias de las protestas, de suyo, han de ser menos gravosas en el entorno de gobiernos democráticos, pero ¿dentro de las dictaduras? He aquí donde la protesta, antes que un derecho, se constituye en amenaza directa para el statu quo de esas formas de gobierno no compatibles con los derechos fundamentales.

08

La criminalización de la protesta asume diversas formas

De inicio, la criminalización de la protesta es una práctica antidemocrática y los gobiernos autoritarios, e incluso algunas democracias en distorsión, aluden a diversos modelos de tipificación de la protesta como delito. Así, según Cárdenas (2025, p. 27) se alude a figuras penales ambiguas como "alteración del orden público", "ultrajes", "incitación a delinquir" e incluso "terrorismo", entre otras figuras, todo ello con un propósito claro: eliminar o restringir el derecho a la protesta.

Esta criminalización indebida restringe el libre juego democrático, en tanto la protesta lleva implícita una regla de cuestionamiento per se natural en una democracia: se protesta contra una decisión, contra una norma, contra un estado de cosas, y ello debería ser entendido como parte de las contradicciones que las democracias, por cauce natural, acarrearán.

Si seguimos la lógica anterior, entonces, criminalizar la protesta es eliminar la posibilidad de oposición del contrario, es decir, si la regla general del debate es que ante todo ponente surge un oponente, ello dentro de la dialéctica del diálogo, entonces la criminalización supone dejar fuera de juego al oponente y tan solo existe el ponente. Eso no es, en modo alguno, juego democrático sino su supresión.

09

La protesta social alude a conceptos de legitimidad y justicia

Ganon (2017, p. 44) plantea una interesante reflexión que nos sirve para esta caracterización del derecho a la protesta. En efecto, contrapone "protestas legales" frente a "protestas legítimas" o en su caso, legalidad y derecho vs legitimidad y justicia, lo que nos permite una precisión relevante: la protesta per se constituye un ejercicio de legitimidad antes que de legalidad.

En el orden de ideas acotado, la legalidad de la protesta nos conduce a la discusión de la determinación del ordenamiento jurídico respecto al ejercicio de este derecho. Anotemos que ciertos Estados, bajo un sesgo de autoritarismo, exigen autorización previa para la consecución de una manifestación. Sin embargo, lo óptimo es que la autoridad tan solo sea notificada respecto a la protesta y no que quede supeditado este derecho a la licencia previa de la autoridad como tal. Más aún, a la autoridad se le notifica para que cumpla con proteger la vida de los ciudadanos durante la protesta, no para reprimirla.

Hasta aquí podemos circunscribir la discusión a rangos de legalidad, a baremos a determinar entre las normas y regulaciones que los Estados pudieran establecer para la materialización de la protesta. Este debate es legal y no agotaremos nuestro examen en este ítem, dadas las oscilaciones que cada Estado maneja al interior de su ordenamiento.

Sin perjuicio de lo expresado, la protesta es mucho más que un derecho que pueda vincularse a condicionantes de legalidad, pues de la protesta misma proviene la legitimidad expresada en el sentido de justicia que representa que la autoridad escuche los reclamos de la población pacíficamente organizada.

Es aquí, entonces, donde volvemos a aludir a un reforzamiento del círculo democrático, del libre juego que nos aporta el derecho a la protesta, pues es a partir de las implicancias del ejercicio de este derecho que los Estados autoritarios advierten la necesidad de limitar su libre desenvolvimiento.

El balance preliminar de esos autoritarismos puede resultar, desde cierta perspectiva, desalentador, en tanto a menor número de protestas o, de ser el caso, en la situación de ausencia de protestas, no hay manifestación popular que implique disidencia.

Se trata de una calma forzada, de una situación no óptima que implica el acallamiento de la discrepancia y con ello, sin importar que ello perjudique el espíritu material de la democracia – una suerte de *Volksgeist* o espíritu del pueblo – la voz del desacuerdo que representa la protesta sufre fisuras de cierta envergadura.

En concordancia con lo sostenido supra, la protesta respetada como derecho y como libre expresión de ideas, nos permite anclar los entornos de una manifestación dentro de la legitimidad que involucra la democracia en sentido pleno. Y esa legitimidad bien entendida, puede ser considerada como expresión de justicia. Por lo tanto, es obligación de todo Estado garante de la convencionalidad de este derecho, respetar el amplio ejercicio de esta atribución ciudadana, sin más limitación que aquella que pudiera surgir de los focos de desnaturalización del derecho de protesta, y con ello aludimos a una situación ya antes descrita: el Estado tiene la obligación de focalizar si en una protesta existe un elemento anómalo, y es su tarea eliminar esa distorsión y que el derecho a la protesta siga siendo ejercitado.

Ganon (2019, p. 50) parte de la tesis que expresa que la intensificación de las protestas sociales constituye una tensión y contradicción del Estado de Derecho, principalmente porque los conflictos sociales incrementan las contradicciones en sociedad. Sin embargo, consideramos que podemos partir de una posición contraria, y ella se expresa en el sentido de que el derecho a la protesta es, por el contrario, un complemento del Estado de Derecho, en tanto deben entenderse las agudizaciones de los conflictos sociales, antes que como elementos opuestos al Estado de Derecho, como elementos que permiten, tras la protesta, la discrepancia y la manifestación contraria, llegar a un estatus de acuerdo, es decir, justamente la protesta sirve para que, tras el debate social, su ejercicio genere consensos necesarios.

A partir de la idea expuesta, la población ejerce su derecho a discrepar y la autoridad, por su lado, se apresta a realizar un balance de ese reclamo social que, las más de las veces, tiende a ser legítimo. Esto representa un momento crucial pues representa una oportunidad de valor para enrumbar políticas públicas. He ahí el valor de una contradicción, en cuanto puede ayudar a constituirse en complemento antes que en contradicción.

— IV. Un balance de sumas y restas en relación con el derecho a la protesta

A partir de lo expresado en líneas anteriores, realizar un balance del derecho a la protesta no deviene una tarea de factura sencilla. Nos queda la impresión de que varias ideas quedaron en el tintero y, sin embargo, llegamos a formular un decálogo tentativo de conceptos respecto al derecho a la protesta. Por cierto, se trata de un glosario de conceptos que puede mejorar y que, en el escenario de mayor optimización de los casos, representa un conjunto de ideas base a partir del cual se puede construir un catálogo de conceptos de desarrollo material sobre el derecho a la protesta.

La tarea que describimos no es sencilla. Nuestras democracias, en algunos Estados en parte ciertamente endebles, enfrentan coyunturas complejas, las cuales son más visibles en Estados autoritarios. Y a pesar de lo afirmado, existen Estados que pueden denominarse fictamente democracias constitucionales pero cuya situación es, a contrario, débil en muchos sentidos, en cuanto denotan coyunturas reconocibles que no fortalecen suficientemente la vigencia del derecho a la protesta.

Dentro de ese criterio de sumas y restos, sin perjuicio de glosar nuestras conclusiones, creemos que una suma importante es la construcción jurisprudencial del derecho a la protesta por parte de los órganos jurisdiccionales, entre los nacionales, con delimitación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho, y, de otra parte, respecto de los supranacionales, en cuanto los sistemas regionales de protección de los derechos humanos- americano, europeo y africano- van reconociendo, progresivamente, el derecho a la protesta como una expresión de la democracia. A veces la tensa, otras veces la pone a prueba, en otras más exige mayor delimitación jurisprudencial a los jueces, pero al final reconoce su valor de derecho en construcción, bajo el reto inmenso de ampliar sus contenidos por su relación estrecha con otros derechos reconocidos.

También podemos considerar restas al respecto y una de ellas, quizá la más importante, es la represión de la protesta, su criminalización con poco cuidado de distinción en la configuración de tipos penales, su regulación grisácea para evitar la movilización social, entre otras manifestaciones restrictivas. Los intentos de restricción legal al respecto son numerosos y van desde la dación de tipos penales para criminalizar la protesta social atribuyéndole "carácter vandálico", con lo cual se restringe el reclamo, hasta el uso indiscriminado de la fuerza policial, militar y para institucional, a fin de evitar el reclamo social.

Nos quedaríamos cortos de espacio para enunciar todos los casos, debidamente documentados, de intentos de los gobiernos por criminalizar el derecho a la protesta en todas sus formas, pero para ello podemos remitirnos a las numerosas audiencias públicas que organiza la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH, ocasiones en las cuales invita a los organismos defensores de derechos humanos para expresar el numeroso contingente normativo que en varios países de la región se produce a fin de restringir el derecho a la protesta.

«Son más las sumas que las restas: el derecho a la protesta avanza como verdadero derecho fundamental.»

En ese balance figurativo que proponemos, concluimos que son más las sumas que las restas, a pesar de que estas últimas son numerosas. Con ello aludimos a que resulta avances significativos que los Estados parte vayan delimitando el derecho a la protesta, como hemos señalado, como un verdadero derecho fundamental.

La tarea aludida supra se extiende aún más: el sistema interamericano es consciente de la relevancia de este derecho para el ejercicio de otros derechos humanos, y de ahí su impulso a través de las Relatorías de la CIDH, y de las bases conceptuales de este derecho humano para un suficiente antecedente material que sirve de sustento a las decisiones de la Corte IDH así como para la expedición de futuras Opiniones Consultivas sobre la materia.

El balance, entonces, como queda dicho, es de muchas más sumas que restas y esto debe persuadirnos de seguir un fortalecimiento material, en doctrina y jurisprudencia aparte del ámbito normativo, del derecho a la protesta.

V. Conclusiones

Aludir al derecho a la protesta es referirnos a un concepto en construcción y, sin embargo, podemos apuntalar algunas ideas a partir del decálogo que hemos consolidado líneas atrás, en rigor un glosario que no constituye una fórmula cerrada, dado su carácter solo enunciativo. Desde la perspectiva aludida, podemos esbozar algunas ideas a título de cierre, ciertamente no final, destacando entre lo expuesto, algunos de los conceptos que nos han parecido los de mayor entidad material.

Podemos concluir, de esa forma, que el derecho a la protesta genera obligaciones y entre ellas encontramos cuatro expresiones troncales: respetar, proteger, facilitar y garantizar. Se trata de cuatro columnas centrales que le competen al Estado y sobre las cuales se deben desarrollar, de manera insoslayable, las políticas públicas.

Del mismo modo, el ejercicio del derecho de protesta, en un marco de correlación con los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, hace posible el libre juego democrático. He aquí donde podemos valorar, en su real dimensión, la exigible tutela que se espera del sistema interamericano en su condición de ente supranacional, el cual tiene la capacidad de ordenar a los Estados el cese de actuaciones de represión del derecho a la protesta que afecte derechos humanos.

Por otro parte, el derecho a la protesta se encuentra fuertemente asociado a las actividades de defensa de los derechos humanos. Aquí debemos entender, nuevamente, el protagonismo del sistema interamericano de derechos humanos, sobre todo de la posibilidad de un rol preventivo respecto a afectaciones al derecho a la protesta. Para ello son de suyo valiosas las audiencias públicas que conducen las Relatorías de la CIDH, en las cuales se escucha a las organizaciones sociales de defensa de los derechos humanos respecto a cómo los gobiernos vienen conduciendo la observancia de sus obligaciones respecto al derecho a la protesta.

Hemos rescatado, de igual forma, el reconocimiento de la protesta espontánea como una forma legítima de expresión. Esa espontaneidad es un reflejo del debate democrático alturado. No estar de acuerdo con políticas públicas del Estado tiene un cauce natural en el derecho a protestar, y ello tiene un significado de trascendencia en las democracias contemporáneas en cuanto el libre ejercicio del derecho a la protesta representa una legitimación de ellas.

En esta relación de ideas, también hemos de considerar que el derecho a la protesta exige un rol de anticipación del Estado en su calidad de garante, esto es, una actitud previsoras respecto al estándar de indemnidad que le asista a este derecho. Cuanto afirmamos con esto se refiere a ese rol diligente que le es exigible al Estado para que el derecho a la protesta se desarrolle sin mayores limitaciones.

Si un colectivo de personas notifica a la autoridad respecto al desarrollo de una protesta, esa actitud anticipatoria residirá en prever prestar el apoyo de seguridad policial necesario para que la protesta no sufra alteraciones. Si ese colectivo se reúne espontáneamente- una expresión tangible de este derecho- el rol anticipatorio implica una planificación diligente inmediata de la autoridad respecto a la protesta a ejecutarse.

A su turno, la represión de la protesta, si tiene lugar, solo puede guiarse por las reglas de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. He aquí, también, un tema clave respecto a la protesta, pues las restricciones al derecho a la protesta no pueden sino encontrar limitaciones en estas reglas de oro. La protesta no debe ser per se reprimible, su naturaleza es la de un derecho humanos en construcción, asociado a otros derechos humanos relevantes y, como tal, su limitación debe ser excepcional.

Desde otra visión de ideas, históricamente el derecho a la protesta ha sido limitado por las estructuras de poder, y esa ha sido una tendencia usual en los gobiernos autoritarios, para los cuales la protesta es de suyo incómoda. Si el poder sin control engendra poder ilimitado, puede comprenderse, con solvencia, por qué el poder sin restricción rechaza el ejercicio democrático de este derecho. Parafrasearíamos entonces a Voltaire: viviríamos así en el mejor de los mundos posibles, sin examen ciudadano, sin voces discrepantes, sin crítica a las decisiones del poder.

Renglón de cuidado merece señalar que la criminalización de la protesta asume diversas formas y es aquí donde se nos exige ser cuidadosos. Hemos trabajado aquí un rubro de sumo cuidado y ello reside en las continuas denuncias de la sociedad civil, en muchos Estados parte, respecto a la configuración de tipos penales que buscan de algún modo criminalizar la protesta y, de ese modo, restringirla. Aquí se demanda un rol reforzado del legislador para evitar el diseño legislativo de tipos penales que busquen acallar el derecho de protesta.

Es pertinente concluir, también, que la protesta social alude a conceptos de legitimidad y justicia, en tanto este derecho transmite, con entidad material suficiente, las denuncias ciudadanas sobre las políticas públicas. De ahí que no nos baste un simple marco legal de la protesta, lo que equivale a un plano de mera formalidad. Por el contrario, vía legitimidad el derecho a la protesta expresa raíces de comprensión en los derechos fundamentales de los ciudadanos, y traza el camino de esta atribución como verdadero derecho humano.

Por último, deviene en otra valiosa conclusión que el derecho a la protesta constituye un complemento del modelo de Estado de Derecho y no una contradicción con el mismo. Si bien es cierto que la protesta tensa el marco del Estado de Derecho, resulta igualmente verdadero que, sin protestas, sin manifestaciones sociales en espacios públicos, sin voces discrepantes en el devenir de las sociedades, muchos otros derechos humanos como la libertad de expresión, de reunión y de asociación, solo tendrían una expresión nominal, en modo similar a la noción de Constitución semántica de Lowenstein.

En suma, el derecho a la protesta nos pone en la tesitura de Pascal, en tanto si la justicia sin la fuerza deviene en una expresión de impotencia, debemos igualmente considerar que la fuerza sin la justicia se vuelve tiránica. En ambos casos, nos encontramos frente a situaciones límite y, por tanto, este derecho nos pone en el mismo dilema de Julio César: el derecho a la protesta, en sentido material, debe cruzar el Rubicón de las concepciones de restricción. Por tanto, alea iacta est, es decir, todo esto dicho y la historia de los derechos humanos sabrá reconocer el enorme valor de este derecho como vector de tantos otros derechos humanos en proceso de efervescencia constitucional.

— VI. Lista de Referencias

- Cárdenas P (2025). El derecho a la protesta, la libertad de expresión y su imperante necesidad de protección. En *Chasqui, Revista Latinoamericana de Comunicación*. Nro. 158, abril - junio 2025. pp. 19-32. <https://share.google/PzfKIXDAY7jxjtVNf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Chicama, S. y Saucedo, R. (2023). Derecho a la protesta: un derecho olvidado. En *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Nro. 15. 2023. Enero-junio. pp. 367-391. <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/408/416>
- Ganon G. (2017) El derecho a la protesta y la crítica de la violencia. En *REDEA. DERECHOS en ACCIÓN* | Año 2 N.º 3 | Otoño 2017. DOCTRINA. pp. 41-52. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37689.pdf>



Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Protesta y Derechos Humanos. 129 pp. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

LICENCIA CC BY-NC-SA 4.0 — Este artículo se distribuye bajo los términos de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

La dignidad humana y los derechos de las mujeres Infértiles ante la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el contexto peruano

Human dignity and the rights of infertile women in the absence of regulation of surrogacy in the Peruvian context

QUITO CORONADO, Lorena*

RESUMEN

La maternidad subrogada en el Perú evidencia una serie de desafíos éticos, biojurídicos y sociales derivados de la ausencia de una regulación específica que garantice la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas involucradas. En particular, las mujeres infértiles enfrentan obstáculos significativos para ejercer su autonomía reproductiva y su derecho a conformar una familia, debido a la falta de criterios claros sobre filiación, responsabilidad parental y seguridad jurídica. Asimismo, la mujer gestante queda expuesta a posibles escenarios de explotación o instrumentalización, especialmente en contextos de vulnerabilidad socioeconómica, lo que profundiza las tensiones éticas y cuestiona la legitimidad del consentimiento otorgado. Desde el plano social, la persistencia de estigmas y la limitada aceptación de nuevos modelos de maternidad y parentesco agravan esta problemática. Este artículo analiza cómo la ausencia de un marco normativo integral afecta la armonización de derechos como la identidad del niño por nacer, la autonomía de la mujer gestante y las garantías reproductivas de las mujeres infértiles, generando un escenario de inseguridad jurídica y riesgos para la dignidad humana. Por ello, resulta indispensable que el Estado peruano formule una regulación desde un enfoque de derechos humanos, asegure condiciones justas transparentes y respetuosas de la dignidad de todas las partes involucrada, evitando vulneraciones derivadas de vacíos legales en torno a la maternidad subrogada.

Palabras clave — Dignidad humana; maternidad subrogada; derechos reproductivos; mujeres infértiles y biojurídica

ABSTRACT

Surrogacy in Peru presents a series of ethical, bio-legal, and social challenges stemming from the lack of specific regulations that guarantee the protection of human dignity and the fundamental rights of those involved. In particular, infertile women face significant obstacles in exercising their reproductive autonomy and their right to form a family, due to the lack of clear criteria regarding parentage, parental responsibility, and legal security. Likewise, surrogate mothers are exposed to potential exploitation or manipulation, especially in contexts of socioeconomic vulnerability, which deepens ethical tensions and calls into question the legitimacy of their consent. From a social perspective, the persistence of stigma and the limited acceptance of new models of motherhood and kinship exacerbate this problem. This article analyzes how the absence of a comprehensive regulatory framework affects the harmonization of rights such as the identity of the unborn child, the autonomy of the surrogate mother, and the reproductive rights of infertile women, creating a scenario of legal uncertainty and risks to human dignity. Therefore, it is essential that the Peruvian State formulate regulations from a human rights perspective, ensuring fair, transparent, and respectful conditions that uphold the dignity of all parties involved, and preventing violations arising from legal gaps surrounding surrogacy.

Keywords — Human dignity; surrogacy; reproductive rights; infertile women and biolaw

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas que se emplearon. · III. La dignidad humana como eje rector de los derechos fundamentales · IV. Derechos de las mujeres infértiles · V. Discusión: tensiones éticas, biojurídicas y sociales · VI. Conclusiones · VII. Lista de Referencias.

* Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Dra. en Ciencias, mención Derecho; Maestra en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Conciliadora Extrajudicial. Docente de Pregrado de la Universidad Privada del Norte. Código Orcid: [0000-0002-2060-9652](https://orcid.org/0000-0002-2060-9652). E-mail: lorenaqc23@gmail.com.

I. Introducción

La maternidad subrogada ha emergido como una alternativa viable para muchas mujeres infértiles que desean formar una familia y ver logrado su proyecto de vida, sin embargo, en Perú, la ausencia de una regulación específica sobre esta práctica genera un conjunto de desafíos éticos, jurídicos y sociales. La falta de un marco normativo claro no solo limita el ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, sino que también profundiza las desigualdades existentes y expone a las mujeres gestantes a posibles situaciones de vulnerabilidad y explotación, especialmente en contextos económicos precarios. En este contexto, la dignidad humana se presenta como un principio fundamental que debe guiar las políticas y regulaciones sobre la maternidad subrogada, garantizando el respeto a la autonomía, la igualdad y los derechos de todas las partes involucradas. Este trabajo analiza críticamente la relación entre la falta de regulación en Perú, la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres infértiles, y las tensiones éticas y sociales que plantea la maternidad subrogada, proponiendo la necesidad urgente de un marco legal que asegure un ejercicio digno y equitativo de estos derechos y la protección de la dignidad humana.

II. Métodos y técnicas que se emplearon

El presente artículo adopta un enfoque cualitativo de naturaleza jurídico-dogmática, el cual es complementado con la técnicas de análisis comparado y revisión documental. La combinación de estos métodos nos va a permitir analizar a la maternidad subrogada o vientre de alquiler desde una perspectiva de la dignidad humana y los derechos fundamentales de las mujeres infértiles.

Método dogmático-jurídico: Mediante este método se recoge la información de libros, revistas, artículos, etc relacionados al tema a investigar, en otras palabras, la dogmática jurídica examina el ordenamiento jurídico como conocimiento puro. Esto significa que elimina todos los elementos que no son relevantes para el derecho. Por lo que, los dogmáticos consideran que el conocimiento jurídico solo emana de la norma, la doctrina y la jurisprudencia. (Aránguiz, 2025)

En ese sentido, este método nos va a permitir analizar el marco constitucional y legal vinculado a la dignidad humana y los derechos reproductivos de la mujer infértil ante la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú. Asimismo, este método nos va a permitir interpretar las normas jurídicas relacionadas de manera directa con nuestra investigación, así como, identificar vacíos normativos y sistematizar los criterios jurisprudenciales que inciden en la materia.

Método analítico-comparado: Este método incide en el conocimiento del Derecho comparado y en contrastar puntos de coincidencias y diferencias específicas entre las diferentes disposiciones jurídicas de los países, así como, conocer y comparar las principales categorías jurídicas de otros sistemas jurídicos, sus tradiciones, principios y modo de comprender por sus operadores el Derecho. (Montenegro, 2023)

Asimismo, otros autores han considerado que es una expresión de la observación comparada de los fenómenos del Derecho, en tanto comparar los fenómenos jurídicos constituye el medio para poner en orden las imágenes, destacar su cualidad y clasificarlas, ya que si bien la primera etapa de la ciencia es la observación, la segunda es la comparación. (Carnelutti, 1940)

Por último, este método nos va a permitir contrastar el contexto peruano con otros modelos, es decir, nos va a permitir examinar legislaciones de países con una regulación permisiva y restrictiva en materia de maternidad subrogada, esto con la finalidad de identificar elementos normativos que puedan orientar a nuestros legisladores peruanos.

● Técnica de revisión documental y bibliográfica

Se aplicó la técnica de revisión documental para recopilar y analizar fuentes doctrinarias, académicas y normativas relacionadas con la maternidad subrogada, la dignidad humana y los derechos reproductivos. Asimismo, se revisaron informes institucionales, documentos internacionales, artículos científicos y libros especializados. Esta técnica es fundamental para construir un marco teórico sólido y actualizado que sustente el análisis jurídico (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014)

Análisis jurisprudencial: El propósito del investigador es estudiar el razonamiento detrás de las decisiones legales, incluyendo su argumentación y conceptualización. Este tipo de análisis doctrinal se centra en las sentencias judiciales y en lo que llamamos "ratio decidendi", que no es otra cosa que la forma en que se decidieron los casos estudiados. (Aránguiz, 2025)

Asimismo, la presente investigación incluyó un análisis sistemático de la jurisprudencia relevante, tanto nacional como internacional, emitida por tribunales constitucionales, cortes supremas y órganos internacionales de derechos humanos. El análisis jurisprudencial permitió identificar tendencias interpretativas, criterios sobre la protección de la dignidad humana y precedentes en los que se ha abordado la maternidad subrogada. La jurisprudencia comparada aporta elementos interpretativos útiles para suplir vacíos normativos presentes en el sistema jurídico peruano (Fix-Zamudio, & Ferrer Mac-Gregor, 2012)

— III. La dignidad humana como eje rector de los derechos fundamentales

● Concepto constitucional de dignidad humana

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú refiere: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este artículo destaca dos puntos fundamentales; en primer lugar, la dignidad de la persona humana y, en segundo lugar, la finalidad del Estado y de la sociedad. Ahora bien, respecto de la dignidad Gonzales, 1986 señala: “(...) la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social” (p. 20). Por ende, puede afirmarse que la dignidad humana constituye un valor inquebrantable e inherente a toda persona, lo que implica que todos los seres humanos la poseen sin distinción alguna. Su protección no compete únicamente al Estado peruano, sino también a la sociedad en su conjunto, de modo que ambos asumen la responsabilidad de garantizar, respetar y promover la dignidad de cada individuo.

Aunado a ello, se observa que la dignidad de la persona humana ha sido establecida como el principio fundamental de nuestra Constitución y su cumplimiento representa la máxima aspiración para los Estados constitucionales, incluido el nuestro. Este principio entonces es reconocido y tutelado tanto a nivel nacional como internacional. En la Resolución N° 1417-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional dio a conocer que la Constitución reconoce al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales. Por su parte, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, evidencia el reconocimiento por primera vez de la dignidad como valor individual y social.

Dentro de este contexto, surge el caso de la dignidad de la mujer infértil en el Perú, que anhela ser madre, pero se enfrenta a la limitación impuesta por el artículo 7 de la Ley General de Salud, que estipula “(...) la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, en otras palabras, que la misma mujer sea tanto la madre biológica del niño como la que lleva a cabo el proceso de gestación durante el embarazo. No obstante, nuestra Constitución establece la protección de la dignidad humana como un referente fundamental, es por ello, que el Estado peruano tiene la responsabilidad de salvaguardar nuestros derechos fundamentales, los cuales se fundamentan en la dignidad de la persona.

Dentro de este contexto, la dignidad humana se ve afectada en el caso de la mujer infértil debido a la restricción impuesta por la ley, que podría interpretarse como una negación de su derecho a la maternidad, la cual va más allá de un hecho biológico, ya que implica que la mujer es la generadora de vida, no solo biológica sino también emocional. Por lo tanto, merece un respeto absoluto e incondicional.

Además, considerando los adelantos de la medicina para ayudar a las mujeres infértiles a alcanzar su deseo de ser madres y realizar su proyecto de vida; entonces surge la pregunta sobre qué ocurre cuando se les niega o limita esta oportunidad de formar una familia. Es plausible concluir que este grupo de personas puede experimentar una pérdida de su dignidad al verse excluidas y discriminadas por la sociedad y el Estado. Además, esto plantea dudas sobre la garantía de los derechos reproductivos de la mujer infértil, especialmente considerando que la Constitución reconoce y tutela derechos fundamentales cimentados en la dignidad humana.

● Reconocimiento jurisprudencial en el contexto peruano

La dignidad humana constituye uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico peruano. El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por ello, nuestro máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos jurisprudenciales en los que la dignidad humana adquiere contenido, alcance y fuerza normativa. De este modo, se consolida como un fundamento interpretativo esencial de los derechos fundamentales, incluidos los derechos de las mujeres infértiles frente a la ausencia de una legislación adecuada sobre la maternidad subrogada.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado reiteradamente que la dignidad humana posee una triple dimensión. En primer lugar, la dignidad constituye un atributo inherente a toda persona, lo que exige el respeto por su condición de ser humano, con independencia de su situación social, laboral o económica. En segundo lugar, implica la protección y garantía de los derechos constitucionales que se derivan de dicha condición. Finalmente, comprende el respeto a la integridad física, psíquica y moral de la persona. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°008-2025-PI/TC.

Asimismo, en el Exp. N° 0009-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional afirmó que la dignidad es el fundamento de todos los demás derechos fundamentales, los cuales se orientan a garantizar el desarrollo integral de la persona humana como es el caso de los derechos de las mujeres infértiles los cuales deben ser tutelados por parte de nuestro Estado Peruano.

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución ha vinculado la dignidad humana con la autonomía personal, entendida como la capacidad de toda persona para decidir libremente sobre su propio proyecto de vida. En el fundamento 14, tercer párrafo, el Tribunal precisa que:

“ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ · FUNDAMENTO 14

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres

De lo cual se puede inferir que el Tribunal sostiene que la autonomía constituye un elemento esencial de la dignidad, pues va a permitir a cada persona adoptar decisiones sobre su desarrollo vital. En esa línea, adquiere especial relevancia el debate sobre los derechos de las mujeres infértiles en el contexto de la maternidad subrogada, pues este grupo busca ejercer su autonomía reproductiva en un escenario marcado por la ausencia de regulación, lo que genera una potencial afectación a sus derechos fundamentales. Ello se debe a que la dignidad humana constituye el fundamento de los derechos reproductivos, razón por la cual el Estado debe garantizar que las mujeres infértiles dispongan de condiciones adecuadas para adoptar libremente decisiones relacionadas con su maternidad, integrándose ello al contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad.

— IV. Derechos de las mujeres infértiles

● Derecho a la salud reproductiva

En cierto modo, nuestra Constitución Política no lo señala tal cual el derecho a la salud de la mujer infértil, pero si realizamos la lectura del artículo 7, este refiere que “todos tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. En concordancia con el artículo 9 del mismo cuerpo legal el cual establece que el Estado determina la política nacional de salud. También se cuenta con la Ley General de Salud, que en su Título Preliminar establece que la protección de la salud es de interés público, es una responsabilidad primaria del Estado promover las condiciones que garanticen la cobertura de prestaciones de salud a la población y es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional señala que el derecho a la salud viene a ser la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, que el Estado debe proteger adoptando políticas, planes y programas en ese sentido. Por su parte, 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.

Ahora bien, el derecho a la salud no solo es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también por tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; entre otros instrumentos jurídicos. Por tanto, el derecho a la salud debe de ser respetado, tutelado y garantizado por el Estado.

Entonces, cuando nos referimos al derecho de acceso a la salud de la mujer infértil se lo tiene que interpretar acorde a la normativa nacional e internacional, por cuanto se trata de un derecho fundamental de todo ser humano sin distinción alguna, además de que dicho derecho comprende una atención médica de forma oportuna y adecuada.

● Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil como parte integrante del derecho a la salud

Derecho a la Salud. El derecho a la salud constituye uno de los más importantes derechos fundamentales de la persona porque resulta una precondition para el proyecto personal de todo ser humano; en ese sentido, abarca también la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, es por ello que la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo señalan que dichos derechos deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas dentro de un ordenamiento jurídico. Por ende, el acceder a los servicios asistenciales es fundamental para el pleno y efectivo goce del derecho a la salud, el cual debe ser garantizado por nuestro Estado peruano.

No obstante, nuestra salud reproductiva se encuentra fuera del alcance de varias personas debido a los servicios insuficientes en materia de salud reproductiva y la imposibilidad de acceder a ellos, ya sea por razones geográficas, culturales, entre otros; al mismo tiempo, los derechos sexuales y reproductivos deben considerarse como verdaderos derechos humanos y es en este punto donde coincide con el autor (Siverino, 2013), porque si consideramos que dichos derechos deben ser considerados como derechos humanos, dentro de las principales obligaciones del Estado peruano está el mantener la plena vigencia de los mismos.

Cabe considerar, además, las aportaciones de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que conceptualiza los derechos sexuales y reproductivos a partir de la noción de salud sexual y reproductiva. En síntesis, estos derechos resultan esenciales para las personas, pues la capacidad de decidir sobre el propio cuerpo, la sexualidad y la reproducción constituye una expresión directa de autonomía y poder personal. Tales derechos se encuentran respaldados por normativa internacional vinculante para el Estado peruano, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Asimismo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) enfatizó la necesidad de garantizar el acceso integral a la salud reproductiva, reconociendo que el respeto a las decisiones individuales en materia sexual y reproductiva forma parte inherente de la salud humana. Complementariamente, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) estableció que los derechos humanos de las mujeres comprenden el derecho a ejercer control sobre su sexualidad y a disfrutar de una salud sexual y reproductiva libre de discriminación, coerción y violencia.

De la misma forma, los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos por nuestra Constitución Política. Además, de estar amparados por la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres - Ley N° 28983 (2007), la Ley General de Salud - Ley N° 26842 (1997) y el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Asimismo, en la Décima Política del Acuerdo Nacional (2002), referida a la equidad y justicia social, el Estado se compromete a eliminar toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades y las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad; por ende, el responsable de proteger, defender, respetar, promover y garantizar los derechos humanos es el Estado a través de sus diferentes poderes y niveles de gobierno.

Dentro de este marco, el acceso a la Técnica de Reproducción Humana Asistida de maternidad subrogada podría ser concebida como un derecho reproductivo, ya que desde la óptica jurídica es definida como “aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”(Varsi, 1995, p.62); por lo tanto, de esta forma se estaría garantizando los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

En esa línea de ideas, si consideramos lo anteriormente mencionado, dicha técnica no solo constituiría un derecho reproductivo de la mujer infértil, sino que tendría que ser considerado como un derecho fundamental. En consecuencia, la maternidad subrogada debe ser regulada por nuestro ordenamiento jurídico para que no se excluya de nuestra legislación nacional a las mujeres infértiles. Y esto con base en los criterios que señala, (Ferrajoli, 2005) en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, en la cual identifica cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio. Por lo tanto, mediante la técnica de la maternidad subrogada las mujeres infértiles podrían ver concretizado su proyecto de vida como madre y su derecho a formar una familia.

● Derecho a formar una familia

Este derecho se encuentra protegido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que reconoce a la familia como institución fundamental y dispone que el Estado y la comunidad le brindan especial protección. De las doce constituciones que ha tenido el país, fue la Constitución de 1933 la primera en incorporar expresamente la tutela de la familia dentro del ordenamiento constitucional. Posteriormente, la Constitución de 1979 profundizó esta protección al definir a la familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”, reforzando así su relevancia jurídica y social.

Asimismo, el derecho a formar una familia goza de protección constitucional en diversas jurisdicciones, como se evidencia en las constituciones de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela. Además, este derecho también se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Si bien la Constitución Política del Perú no regula de manera expresa el derecho a formar una familia, dicho derecho puede inferirse de forma indirecta a partir del artículo 4, que establece la obligación del Estado de otorgar especial protección a la familia. Esta disposición permite reconocer que la facultad de conformarla constituye un elemento esencial para garantizar su adecuada tutela constitucional.

En síntesis, el derecho a formar una familia constituye un derecho complejo, pues está íntimamente relacionado con otros derechos como son el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a los derechos reproductivos de las personas y, sobre todo, a decidir si se quiere o no tener hijos. En consecuencia, el derecho constitucional a formar una familia exige al Estado garantizar su acceso, ya que para muchas personas el poder conformar una familia es uno de los objetivos centrales de su vida y nuestro Estado está en la obligación de tutelar, respetar y proteger dicho derecho constitucional.

En esta línea de pensamiento, surge otra interrogante sobre cómo pueden las mujeres infértiles formar una familia, dado que, por un lado, la infertilidad no se considera en el Perú como una enfermedad relevante para la salud pública y, por el otro, se les prohíbe implícitamente recurrir a la técnica de maternidad subrogada según lo establece el artículo 7 de la Ley General de Salud. Es evidente que la problemática de las mujeres infértiles en el Perú conlleva una inequidad para este grupo de personas y, por tanto, una situación de discriminación. Para abordar esta situación, es crucial regular la maternidad subrogada y con ello garantizar los derechos inmersos en la presente problemática.

● La maternidad subrogada¹ como una forma de garantizar la formación de una familia

Como es ampliamente conocido, en el Perú la técnica de la maternidad subrogada carece de regulación y esta implícitamente prohibida por la Ley General de Salud. Además, esta técnica puede ser considerada como un derecho reproductivo, lo que contribuiría a garantizar la posibilidad de formar una familia. En contextos específicos, esto significaría realizar el anhelo de las mujeres infértiles de ser madres y así alcanzar su proyecto de vida.

Por su parte, la doctrina ha empleado varios términos para referirse a la maternidad subrogada, tales como gestación por sustitución, maternidad subrogada, alquiler de útero, vientre de alquiler, entre otros; Sin embargo, en esencia, se refiere al proceso en el cual una mujer gesta a un hijo en su vientre para otra persona que lo ha solicitado, ofreciendo una alternativa a aquellas personas infértiles.

Ahora bien, en el ámbito internacional hay países que la prohíben, mientras otros la admiten, pero bajo ciertos requisitos y solo cuando es altruista. Alemania, por ejemplo, es uno de los pocos países europeos donde los vientres de alquiler o maternidad subrogada están completamente prohibidos, incluso puede ser sancionada con tres años de pena privativa de la libertad la persona que transfiera a una mujer el óvulo de otra. En España es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Como contrapartida a lo anteriormente señalado, Israel cuenta con la Ley 5746 de 1996- Ley de contratos de alquiler de vientres, basada en el establecimiento de la filiación mediante la adopción. Asimismo, Grecia cuenta con las Leyes N.º 3089 (2002) y 3305 (2005) que regulan la maternidad subrogada. Estos dos países admiten la maternidad subrogada solo cuando es altruista y/o bajo ciertos requisitos y condiciones. Por su parte, países como México (Tabasco y Sinaloa) y Rusia, que cuenta con un Código de Familia, regulan la maternidad subrogada como una práctica legal, ya sea con fines lucrativos o altruistas.

En Latinoamérica no han sido ajenos los intentos de regulación sobre esta materia, por ejemplo, se tiene a Argentina, que si bien es cierto que no cuenta con una ley que regule la maternidad subrogada, pero se han presentado varios proyectos de ley. Asimismo, en Colombia se han presentado proyectos de ley en los años 2001, 2016, 2017 y 2020, que si bien es cierto no existen normas legales que regulen el tema de maternidad subrogada, pero por su relevancia puede citarse la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional de dicho país, en donde una pareja formada por Salomón y Raquel, contactan a una mujer Saraí, para gestionar el alquiler del vientre, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasa y Saraí no queda embarazada. El hombre se dirige al Valle del Cauca, donde vive Saraí, para analizar la situación, y después de un tiempo se llega a conocer que concibió dos gemelos a través del proceso de fertilización in vitro. La madre registró a los menores, ya que el padre no estaba en el país en el momento del parto. A partir de esto, empezó un camino de enfrentamientos, denuncias y demandas que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre, ya que el Juez Décimo de Familia consideró que:

Entre Salomón y Saraí, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. Segundo Saraí después de recibir un alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. Y por último, desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.

¹ Es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genética y legalmente (Romero, 2016).

El Perú al igual que en los anteriores países ya mencionados, tampoco cuenta con un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada; sin embargo, tenemos a Ley General de Salud (Ley N°. 26842), que en su artículo 7 refiere que las técnicas de reproducción asistida son un derecho que tiene una persona para tratar su infertilidad y procrear mediante estas, siempre y cuando el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante; en ese sentido, se puede deducir que la citada norma contiene una prohibición tácita, porque si bien es cierto no se prohíbe la reproducción asistida, sí se impone un límite en cuanto a la identidad entre madre genética y madre biológica, lo cual descarta la posibilidad de recurrir a una madre sustituta.

Sin embargo, han existido varios intentos jurídicos para regular dicho tema, así, por ejemplo, en 2012 se intentó modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, referido al uso de las técnicas de reproducción humana asistida; ese mismo año se trabajó el proyecto de Ley N°. 1722/2012-CR en el mismo sentido que el anterior; en el 2013, el proyecto de Ley N°. 2839/ 2013- CR propuso incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista; finalmente, en el año 2018 un proyecto se enfocó en la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre. Como bien se puede apreciar, el último proyecto hace énfasis en el uso de esta técnica, considerado como un derecho humano a ser madre.

Un caso emblemático que vale la pena mencionar es el de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 2011, que tiene relación con la maternidad subrogada, donde se definió aspectos referidos a la filiación del menor y el interés superior del niño. En definitiva, se puede afirmar que los ordenamientos jurídicos están encaminados a regular dicha figura, esto porque se necesita dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente.

En ese orden de ideas, la maternidad subrogada puede constituir la única alternativa real para garantizar el derecho de las mujeres infértiles a formar una familia y, en consecuencia, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos reproductivos. En tal sentido, el Estado peruano tiene la obligación de establecer una regulación específica mediante una ley que brinde seguridad jurídica a todas las partes involucradas. Ello resulta aún más necesario si consideramos que vivimos en un Estado constitucional de derecho, que no solo proclama la supremacía de la Constitución, sino que también garantiza la protección efectiva de los derechos fundamentales.

— V. Discusión: tensiones éticas, biojurídicas y sociales

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la infertilidad afecta del 10% al 15% de la población en edad fértil en Perú, lo que representa cerca de 1,000,000 a 1,500,000 personas, por lo que las técnicas de reproducción artificial han aumentado considerablemente. Las primeras referencias de la reproducción artificial datan de la era antigua (3500 aC-500 d.C.) con las tradiciones Niyoga o Levirato². Asimismo, en el cristianismo, es posible encontrar como caso paradigmático el de Abraham y Sara; ante un proceso de infertilidad, y la necesidad de darle un primogénito a Abraham, Sara le permite a su esposo que su criada tomara su lugar para tener hijos.

Por otro lado, la infertilidad se ha asociado con un castigo o culpa divina (Susanta, 2021), principalmente que recae sobre las mujeres, aunque los hombres también han sido señalados. Las mujeres infértiles experimentan un mayor estrés psicológico que los hombres infértiles, y a menudo se las estigmatiza por ser infértiles y no tener hijos (Taebi, Kariman, Montazeri, & Alavi Majd, 2021).

² El levirato (del latín *levir*, "hermano del marido") es el matrimonio con el hermano del marido, costumbre que contempla el matrimonio entre una viuda cuyo marido ha muerto sin descendencia y un hermano de este.

Dentro de este contexto, a lo largo de la historia se han desarrollado diversas estrategias y prácticas destinadas a afrontar la infertilidad, que han ido desde soluciones tradicionales como la poligamia descrita en el párrafo anterior hasta la adopción contemporánea de técnicas de reproducción asistida, entre las que destacan la inseminación artificial, la fertilización in vitro, la inyección intracitoplasmática y la maternidad subrogada³. Esta última, en particular, plantea un conjunto complejo de tensiones éticas, biojurídicas y sociales, especialmente cuando se examina desde la perspectiva de la dignidad humana. Para el caso peruano, donde no existe una regulación específica sobre la maternidad subrogada, estas tensiones adquieren una especial intensidad debido a la ausencia de seguridad jurídica y a la necesidad de armonizar los distintos derechos fundamentales involucrados en esta problemática. La falta de un marco normativo claro genera vacíos que pueden derivar en vulneraciones a la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la protección de la mujer gestante, de la mujer infértil y del niño por nacer. En este contexto, el presente artículo analiza estas tensiones y reflexiona sobre la necesidad de un marco legal equilibrado.

● Desde una perspectiva ética

La maternidad subrogada plantea decisiones particularmente complejas tanto para la gestante como para la mujer infértil. En primer lugar, surge la interrogante respecto de si la gestante actúa realmente desde una decisión autónoma o si su elección está condicionada por factores económicos, sociales o incluso familiares, lo que podría limitar su libertad real de consentimiento. En segundo lugar, la mujer infértil ejerce su autonomía reproductiva al recurrir a esta técnica para materializar su proyecto de vida familiar, reconociéndose en ello un componente esencial de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad.

Otra tensión ética relevante se vincula con la posible cosificación del cuerpo femenino y del niño por nacer. La gestación podría llegar a percibirse como un servicio y el niño como el resultado de un contrato, lo que comprometería gravemente la dignidad humana en todas sus dimensiones. Frente a ello, la ética exige la implementación de mecanismos legales que no solo otorguen seguridad jurídica a todas las partes involucradas, sino que también prevengan cualquier forma de explotación, instrumentalización o comercialización del cuerpo humano.

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que la mujer que actúa como madre subrogada, generalmente está preocupada por su difícil situación económica y la de su familia. Por tanto, su consentimiento libre e informado suele estar viciado, su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, una vez se concluye el acuerdo, siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé y de la cosificación del embarazo (Cuéllar-Garzón, 2019).

Dentro de este contexto, en la actualidad muchas mujeres ofrecen sus servicios por internet, en países como Colombia los precios oscilan entre 10.000 y 15.000 dólares, mientras que en Estados Unidos y Europa Occidental pueden costar entre 100.000 y 150.000 dólares (Arévalo, 2016). En el “Reino Unido se limita el pago de la contraprestación a 15.000 libras esterlinas, además se suelen dar regalos o presentes adicionales a las madres gestantes, estos incluyen seguro para la madre y sus hijos, pago de los estudios, incluso, automóviles” (Varsi, & Mardini, 2021, p.67).

Por lo tanto, es indispensable diseñar una ley que reconozca y proteja los derechos de la mujer infértil, de la gestante y del niño, asegurando que la maternidad subrogada se desarrolle de manera ética, respetuosa de la dignidad humana y acorde con los principios del Estado constitucional de derecho.

³ La maternidad subrogada es descrita según la Organización Mundial de la Salud (OMS) como aquel proceso en el que la mujer lleva adelante un embarazo habiendo acordado que entregará el producto de la gestación a los padres previstos.

● Desde una perspectiva biojurídica

La ausencia de un marco legal específico en el Perú genera una profunda incertidumbre respecto de la filiación, la responsabilidad parental y los derechos tanto de la gestante como del niño por nacer. Esta falta de regulación limita la tutela efectiva de los derechos de la mujer infértil y dificulta la aplicación del principio del interés superior del niño. Además, la problemática involucra la interacción de diversos derechos fundamentales, como el derecho a formar una familia, el derecho a la identidad del menor, la dignidad de la gestante y la autonomía reproductiva de la mujer infértil. Sin criterios normativos claros, se vuelve compleja la armonización y ponderación adecuada de estos derechos, generando un escenario de inseguridad jurídica para todas las partes involucradas.

● Desde una perspectiva social

En una sociedad marcada por profundas brechas socioeconómicas, la maternidad subrogada puede convertirse en una alternativa para mujeres en situación de vulnerabilidad, lo que genera un riesgo real de explotación. Asimismo, como se ha señalado previamente, las mujeres infértiles suelen enfrentar estigmas asociados a la maternidad, lo cual agrava su situación emocional. De igual manera, la mujer gestante puede ser objeto de juicios morales por prestar su capacidad reproductiva.

Otro aspecto relevante es la concepción de familia, pues la maternidad subrogada cuestiona las nociones tradicionales de maternidad y parentesco. Al diferenciar entre maternidad genética, gestacional y social, surgen nuevos modelos familiares cuya aceptación en la sociedad aún es limitada.

Finalmente, es importante destacar que, conforme a la doctrina, la maternidad subrogada puede desarrollarse bajo dos modalidades: altruista o comercial. En la primera, la mujer gestante no recibe una retribución económica por el servicio prestado, pudiendo únicamente obtener compensaciones destinadas a cubrir los gastos derivados de la gestación o la pérdida de ingresos ocasionada por esta. En la segunda modalidad, la gestante presta un servicio reproductivo a cambio de una retribución económica.

Según Ballester (2018), las condiciones económicas asociadas a la maternidad subrogada pueden incentivar que mujeres en situación de precariedad acepten gestar un hijo para terceros, lo que plantea relevantes interrogantes éticos y biojurídicos respecto del posible aprovechamiento de contextos de vulnerabilidad.

Para el caso peruano, la ausencia de un marco normativo específico sobre la maternidad subrogada genera tensiones que comprometen directamente la dignidad humana y los derechos inmersos en este tema. Desde una dimensión ética, esta falta de regulación dificulta garantizar que las decisiones reproductivas se adopten de manera libre, informada y responsable, dejando espacio a prácticas que podrían instrumentalizar tanto a la mujer gestante como a quienes buscan ejercer su derecho a formar una familia. A nivel biojurídico, la inexistencia de lineamientos claros sobre filiación, consentimiento informado, capacidad de decisión y límites a la intervención médica expone a todas las partes involucradas a situaciones de inseguridad jurídica, generando vacíos que afectan la protección de la autonomía reproductiva y el acceso a técnicas de reproducción asistida en condiciones de igualdad.

Asimismo, desde una dimensión social, la falta de regulación profundiza desigualdades preexistentes, especialmente para las mujeres de escasos recursos que podrían asumir la gestación subrogada en contextos de necesidad económica, con el consecuente riesgo de explotación o aprovechamiento de su vulnerabilidad. Al no existir lineamientos estatales que prevengan estos escenarios y garanticen procesos transparentes, se perpetúan dinámicas discriminatorias y se obstaculiza el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres infértiles, quienes ven limitada su posibilidad de acceder a alternativas seguras y dignas para la conformación de una familia. De este modo, la ausencia de un marco legal integral no solo debilita la tutela de la dignidad humana, sino que también compromete la efectividad de diversos derechos fundamentales cuyo aseguramiento exige una regulación urgente y garantista.

VI. Conclusiones

La ausencia de un marco normativo específico sobre la maternidad subrogada en Perú implica vulnerabilidades que afectan la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres infértiles y gestantes, además de acentuar desigualdades sociales y económicas.

La regulación adecuada de la maternidad subrogada es esencial para garantizar procesos transparentes y responsables, evitando prácticas de explotación y favoreciendo la protección integral de la autonomía y la dignidad de todas las partes involucradas.

Desde una perspectiva ética y bio jurídica, resulta prioritario establecer lineamientos claros que armonicen los derechos de la mujer gestante, la mujer infértil y el niño, además de promover una comprensión social más amplia y respetuosa acerca de las diferentes modalidades de maternidad subrogada.

La implementación de una legislación específica en Perú contribuiría a fortalecer el Estado de derecho, asegurando la protección efectiva de los derechos reproductivos, promoviendo la equidad social y garantizando el respeto a la dignidad humana en el ámbito de las tecnologías reproductivas.

VII. Lista de Referencias

- Aránguiz Saldivia Martín. (2025). Método de investigación jurídica. *LemonTech*. <https://blog.lemontech.com/firmas-legales/metodo-de-investigacion-juridica>
- Arévalo Villarreal, I. (2016). *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos*. Universidad Católica de Colombia.
- Carnelutti Francesco. (1940). *Metodología del Derecho*. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- Cuéllar-Garzón, S. D. (2019). *La dignidad humana de la mujer y la maternidad subrogada en Colombia*.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). *El derecho procesal constitucional*. UNAM.
- González Pérez, Jesús. (1986). *La dignidad de la persona*. Civitas.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.a ed.). McGraw-Hill.
- Ley Genral de Salud, No. 26842.
- Montenegro, I. M. (2023). Sobre los métodos de la investigación jurídica. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 14(1), 1-4. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V14N1-art312>
- Siverino Bavio, P. (2013). *Bioética y derechos reproductivos en el Perú: Comentarios sobre algunos temas pendientes*. 304-308.
- Susanta, Y. K. (2021). *Christian theological understanding of the handling of infertility and its relevance in the Indonesian context*. HTS Theologiese Studies / Theological Studies. <https://doi.org/10.4102/hts.v77i4.6508>
- Taebi, M., Kariman, N., Montazeri, A., & Alavi Majd, H. (2021). *Infertility Stigma: A Qualitative Study on Feelings and Experiences of Infertile Women*. <https://doi.org/10.22074/ijfs.2021.139093.1039>
- Tribunal Constitucional, No. 1417-2005-PA/TC.
- Tribunal Constitucional en la sentencia N.º008-2025-PI/TC
- Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0009-2001-AI/TC
- Varsi, E. (1995). *Derecho Genético: Principios generales*. Normas Legales.
- Varsi Rospigliosi, E., & Mardini Burgos, J. (2021). *Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del análisis económico del derecho*. 159-180.



● ENSAYO JURÍDICO

La calificación jurídica del legatario en el Código Civil peruano: entre la sucesión y la atribución patrimonial

The legal classification of the legatee in the Peruvian Civil Code: between succession and patrimonial attribution

FLORES NAVARRO, Waldir*

GAVANCHO LEÓN, Olga Cristina**

«Le mort saisit le vif.»

— MÁXIMA CLÁSICA DEL DERECHO SUCESORIO

RESUMEN

El presente artículo analiza la naturaleza jurídica del legatario dentro del derecho sucesorio peruano, particularmente en relación con su calificación como sucesor a título particular. A partir del estudio del Código Civil peruano y de la doctrina especializada, se examinan las diferencias sustanciales entre el heredero y el legatario, atendiendo a la extensión de los derechos transmitidos, la subrogación en la posición jurídica del causante y la responsabilidad frente a las cargas hereditarias. Asimismo, se desarrolla una interpretación crítica de la regulación contenida en el artículo 735 del Código Civil, destacando las dificultades conceptuales que genera la equiparación terminológica de ambas figuras dentro del fenómeno sucesorio. Finalmente, se proponen alternativas de mejora normativa orientadas a reforzar la claridad dogmática entre la sucesión a título universal y la atribución patrimonial a título particular.

Palabras clave — Atribución patrimonial, herederos, legatarios, naturaleza jurídica, sucesión.

ABSTRACT

This essay analyzes the legal nature of the legatee within Peruvian inheritance law, particularly in relation to their classification as a successor by particular title. Based on a study of the Peruvian Civil Code and specialized legal scholarship, it examines the substantial differences between an heir and a legatee, considering the extent of the rights transmitted, the subrogation to the legal position of the deceased, and the responsibility for the estate's debts. It develops a critical interpretation of Article 735 of the Civil Code, highlighting the conceptual difficulties generated by the terminological equivalence of both figures. Finally, it proposes regulatory improvements to strengthen the doctrinal clarity between universal succession and the transfer of assets by particular title.

Keywords — Patrimonial attribution, heirs, legatees, legal nature, succession.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Nociones esenciales del derecho sucesorio · IV. La condición jurídica del legatario en el derecho sucesorio peruano · V. Fundamentos normativos de la sucesión a título particular · VI. Propuestas de mejora normativa y sistemática · VII. Conclusiones · VIII. Lista de Referencias

* Abogado. Escritor. Investigador independiente. Universidad Nacional de San Martín, Tarapoto - Perú. E-mail: prod.int.waldirfloresn@gmail.com. Código ORCID: [0000-0002-7585-6554](https://orcid.org/0000-0002-7585-6554).

** Abogada. Máster Universitario en Derecho Constitucional. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y aplicación de la constitución. Especialista en Derechos Humanos. Experta en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional. Docente universitaria de pre y posgrado, Universidad Nacional de San Martín. E-mail: ocgavanchol@unsm.edu.pe. Código ORCID: [0000-0001-5696-9986](https://orcid.org/0000-0001-5696-9986).

I. Introducción

El patrimonio que una persona constituye a lo largo de su vida como resultado de su actividad económica y esfuerzo personal plantea, en determinado momento, la necesidad de prever su destino tras su fallecimiento; para tal efecto, el ordenamiento jurídico peruano reconoce el testamento como un acto jurídico unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable, mediante el cual el causante dispone de su patrimonio para después de su muerte, dentro de los límites establecidos por la ley.

En ese sentido, la muerte del causante produce la apertura de la sucesión, dando lugar a la transmisión mortis causa de su patrimonio, ya sea conforme a la voluntad expresada en el testamento o, en su defecto, de acuerdo con las normas de la sucesión intestada previstas en el Código Civil; configurándose, a partir de este momento, la masa hereditaria, integrada por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante, cuya atribución corresponde a los sujetos llamados a suceder.

Por otro lado, dentro del régimen sucesorio peruano, la ley distingue claramente entre quienes suceden a título universal, denominados herederos, y quienes lo hacen a título particular, conocidos como legatarios; señalándose que, esta distinción no solo responde a la forma de atribución patrimonial, sino que determina diferencias sustanciales en cuanto a la extensión de los derechos adquiridos, la responsabilidad frente a las cargas hereditarias y la participación en la masa hereditaria.

En la práctica, la apertura de la sucesión puede generar situaciones complejas cuando los llamados a heredar no comparecen oportunamente, renuncian a la herencia o cuando concurren, junto a los herederos forzosos o voluntarios, personas designadas por el causante para recibir bienes determinados mediante disposiciones testamentarias; en tales supuestos, los legatarios adquieren relevancia jurídica al reclamar el cumplimiento de los legados que les han sido atribuidos, lo que plantea interrogantes respecto de su posición dentro del proceso sucesorio.

Esta coexistencia de herederos y legatarios da lugar a un debate jurídico relevante en el derecho sucesorio peruano, expresada en, si el legatario puede ser considerado sucesor del causante en sentido estricto o si su derecho se limita a la adquisición singular del bien objeto del legado, sin participar propiamente en la sucesión hereditaria; por lo que es necesario analizar si estos poseen vocación sucesoria, conocer cuál es el fundamento jurídico de su derecho y en qué medida este puede verse limitado frente a los derechos de los herederos, en especial de los herederos forzosos.

En base a lo expuesto, el presente artículo tiene como finalidad examinar la naturaleza jurídica del legatario en el marco del Código Civil peruano, su relación con los herederos y el alcance de sus derechos respecto de la masa hereditaria, a fin de determinar si puede ser considerado sucesor del causante o si su situación jurídica responde a una categoría distinta prevista por el ordenamiento civil.

II. Métodos y técnicas

Este artículo se ha desarrollado bajo enfoque cualitativo, en ese sentido se ha utilizado el análisis de conceptos, significados y sus relaciones respecto de la institución del legatario. Así como se ha acudido a la interpretación de las normas contenidas en el Código Civil peruano sobre el derecho sucesorio y la condición jurídica del legatario. Acudiendo al método de la hermenéutica y a la argumentación jurídica se han elaborado las propuestas de mejora de la normatividad existente sobre la materia. Como técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental, tanto del Código Civil como de la doctrina sobre el asunto de la investigación.

III. Nociones esenciales del derecho sucesorio

El Libro IV del Código Civil peruano regula el derecho de sucesiones, estableciendo el marco normativo aplicable a las consecuencias jurídicas que se generan como resultado de la muerte de una persona natural; el mismo que puede definirse como la rama del derecho que regula la transmisión mortis causa de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante a favor de sus causahabientes (Aguilar, 2014), conforme a lo dispuesto en el artículo 660 del Código Civil.

Desde el punto de vista doctrinal, en toda sucesión intervienen tres elementos fundamentales: el causante, quien es la persona natural titular del patrimonio cuya sucesión se abre con su fallecimiento; los sucesores, quienes son los sujetos llamados a recibir la transmisión patrimonial, ya sea a título universal o a título particular; y la herencia, que constituye el objeto de dicha transmisión, integrada por el conjunto de bienes, derechos y cargas transmisibles del causante (Ferrero, 2016).

En el ordenamiento jurídico peruano, los sucesores pueden ser herederos o legatarios; los primeros son aquellos que suceden al causante a título universal, ya sea por disposición de la ley o la voluntad de este mismo, adquiriendo una cuota ideal del patrimonio hereditario (Zambrano, 2023); siendo que, dentro de esta categoría, el Código Civil reconoce la existencia de herederos forzosos, entre los que se encuentran los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes, así como el cónyuge del causante, quienes gozan de la protección legal de la legítima; asimismo, pueden existir herederos no forzosos, instituidos por voluntad del causante mediante testamento.

Por su parte, los legatarios son las personas a quienes el causante, por disposición testamentaria, atribuye uno o más bienes o derechos determinados; en ese sentido, el legado constituye una atribución a título particular, y su fundamento radica exclusivamente en la voluntad del testador, pudiendo el legatario ser una persona natural o jurídica, tenga o no vínculo familiar con el causante (Coca, 2025); en donde su derecho se limita al bien o derecho objeto del legado; señalándose, asimismo, que los legados se imputan, como regla general, a la porción de libre disposición del causante.

En cuanto al objeto de la sucesión, la herencia comprende el patrimonio dejado por el causante; la misma que, doctrinalmente, en sentido amplio, incluye tanto el activo como el pasivo patrimonial; no obstante, para efectos prácticos, especialmente en la etapa de liquidación y partición, suele hacerse referencia a la masa hereditaria como el conjunto de bienes y derechos que integran el activo hereditario, una vez determinadas las deudas y cargas que lo afectan.

Respecto a las formas de transmisión de la herencia, el Código Civil peruano reconoce la sucesión testamentaria y la sucesión intestada; la primera se produce cuando el causante ha expresado válidamente su última voluntad mediante testamento, acto jurídico por el cual dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, así como de determinadas disposiciones de carácter personal (Hinojosa, 2014); mientras que la segunda tiene lugar cuando no existe testamento válido o este resulta ineficaz, nulo o insuficiente para regular la totalidad de la herencia, siendo la ley la que determina quiénes son los llamados a heredar y en qué proporción.

Finalmente, la división de la herencia se realiza a través de la partición hereditaria, entendida como el acto mediante el cual se distribuyen los bienes que integran el patrimonio del causante entre los herederos, de acuerdo con la cuota que a cada uno le corresponde; misma que puede ser efectuada por el propio causante mediante testamento, por los herederos de común acuerdo o, en caso de desacuerdo, por decisión judicial (Hernández, 2021); siendo que, en los supuestos de sucesión intestada, la partición debe respetar las cuotas hereditarias establecidas por la ley.

Habiéndose precisado los principales conceptos y figuras jurídicas relevantes para el presente análisis, corresponde a continuación desarrollar la fundamentación específica del objeto de este ensayo.

— IV. La condición jurídica del legatario en el derecho sucesorio peruano

Como se ha señalado previamente, los legatarios adquieren la titularidad de determinados bienes o derechos del causante a título particular, en virtud de una disposición testamentaria expresa; esta adquisición se encuentra limitada al objeto específico del legado, lo que implica que el legatario no asume la totalidad del patrimonio del causante ni se subroga en su posición jurídica general; en ese sentido, el legatario, a diferencia del heredero, no responde por las deudas y cargas hereditarias, salvo en los supuestos excepcionales previstos por la ley, pues solo posee una atribución singular, delimitada y autónoma.

A partir de esta distinción surge el problema central del presente análisis, el cual radica en determinar si, pese a las limitaciones que caracterizan su derecho, el legatario puede ser considerado sucesor del causante o si su posición jurídica se reduce únicamente a la de un beneficiario o adjudicatario de bienes concretos. Al respecto, debe señalarse que la cuestión no es meramente terminológica, sino que incide directamente en la comprensión del alcance de la sucesión y de los efectos jurídicos que se derivan de ella.

El causante, al disponer de bienes determinados a favor de una persona específica, ejerce su libertad testamentaria dentro de los límites legales, sin estar obligado a instituir herederos sobre la totalidad de su patrimonio; en este contexto, el legatario no sucede al causante en la universalidad de su patrimonio ni asume la representación de su persona jurídica, pero ello no implica que quede completamente al margen del fenómeno sucesorio.

En efecto, si bien el legatario no ocupa la posición jurídica del causante ni responde por las deudas hereditarias, su derecho nace directamente de la muerte del testador y se encuentra íntimamente vinculado a la transmisión mortis causa; así, la relación jurídica que se establece entre el causante y el legatario se origina con la apertura de la sucesión y se extingue una vez cumplida la atribución del legado; sin embargo, dicha temporalidad no excluye su carácter sucesorio, sino que delimita su alcance.

Asimismo, el hecho de que el legatario no esté obligado al pago de las deudas hereditarias responde a la naturaleza particular de su adquisición, mas no a una exclusión del régimen sucesorio; en esa línea, la responsabilidad por las cargas de la herencia recae sobre los herederos en razón de su sucesión a título universal, mientras que el legatario conserva una posición jurídica autónoma respecto del patrimonio hereditario en su conjunto.

En consecuencia, el análisis del problema permite concluir que el legatario sí debe ser considerado sucesor del causante, aunque no en el mismo sentido ni con los mismos efectos que el heredero, ya que se trata de un sucesor a título particular, cuya participación en la sucesión se limita al bien o derecho objeto del legado, sin subrogación en la posición jurídica del causante ni responsabilidad general por las deudas hereditarias.

Esta diferenciación resulta fundamental para comprender el régimen sucesorio peruano, pues permite reconocer la condición sucesoria del legatario sin desnaturalizar la figura del heredero ni confundir los efectos propios de la sucesión universal con los de la sucesión particular. A partir de esta premisa, corresponde analizar los fundamentos por los cuales el legislador incluye al legatario dentro de la categoría de sucesores, cuestión que será desarrollada a continuación.

— V. Fundamentos normativos de la sucesión a título particular

Habiéndose determinado que el problema central del presente ensayo radica en precisar la condición jurídica del legatario dentro del derecho sucesorio, corresponde analizar los fundamentos normativos que explican por qué el ordenamiento jurídico peruano lo considera un sucesor, aunque con un régimen distinto al del heredero; siendo necesario comprender que la diferencia entre heredero y legatario no responde a una exclusión del fenómeno sucesorio, sino a la coexistencia de dos modalidades de sucesión: la universal y la particular.

1

La distinción normativa entre sucesión a título universal y a título particular

El artículo 735 del Código Civil peruano establece que la institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, o una cuota parte de ellos, mientras que la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes; precisando, asimismo, que el error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.

De esta norma se desprende que el legislador no define al heredero ni al legatario a partir de una descripción conceptual abstracta, sino mediante los efectos jurídicos que produce cada forma de atribución patrimonial; en ese sentido, la diferencia entre ambos no radica en su pertenencia o no al fenómeno sucesorio, sino en el alcance del derecho adquirido, pues el heredero sucede al causante en la universalidad o en una cuota del patrimonio, mientras que el legatario sucede únicamente respecto de bienes o derechos determinados.

La técnica legislativa utilizada no revela una omisión normativa, sino una clara voluntad de distinguir dos modalidades de sucesión dentro de una misma categoría general: la sucesión mortis causa; por ello, no resulta correcto sostener que herederos y legatarios pertenezcan a categorías excluyentes, sino que ambos son sucesores, diferenciados por el título bajo el cual adquieren los bienes del causante.

2

La naturaleza jurídica del legado como fundamento de la sucesión particular



CÓDIGO CIVIL PERUANO · ARTÍCULO 756

Mediante el legado, el causante, como acto de liberalidad, puede atribuir uno o más bienes o una parte de ellos dentro de su facultad de libre disposición (...) el mismo que produce efectos jurídicos a partir de su muerte, lo que lo sitúa inequívocamente dentro del ámbito del derecho sucesorio.

En esa línea, si bien el legado constituye un acto de liberalidad y gratuidad, ello no lo excluye del fenómeno sucesorio, ya que la sucesión mortis causa se caracteriza precisamente por la transmisión gratuita del patrimonio del causante; de manera que la liberalidad del legado explica su imputación a la porción de libre disposición, pero no altera su naturaleza sucesoria.

Asimismo, el hecho de que el legatario no se subrogue en la posición jurídica del causante ni responda por las deudas hereditarias no implica una negación de su calidad de sucesor, sino una consecuencia directa de su adquisición a título particular; toda vez que la subrogación patrimonial y la responsabilidad por las cargas de la herencia son rasgos propios de la sucesión a título universal, mas no requisitos indispensables para la existencia de una sucesión.

Alcances y límites de la sucesión a título particular

La sucesión a título particular se caracteriza por otorgar al legatario un derecho concreto y delimitado sobre el bien o derecho objeto del legado, sin conferirle participación en la masa hereditaria en su conjunto; esta limitación no constituye una restricción arbitraria ni una degradación de su condición jurídica, sino la consecuencia lógica del tipo de sucesión que el legislador ha previsto.

Así entonces, en el proceso de distribución del patrimonio hereditario, el legatario no es limitado por su condición, sino que actúa dentro del ámbito que la ley y la voluntad del testador le han atribuido; por lo que la preferencia de los herederos en la satisfacción de las deudas y en la protección de la legítima responde a la estructura misma del sistema sucesorio, que distingue claramente entre quienes suceden al causante en su patrimonio global y quienes adquieren bienes determinados.

«La calidad de sucesor no depende de la extensión del derecho adquirido, sino de su origen en la transmisión mortis causa.»

En síntesis, se puede afirmar que el legislador peruano reconoce al legatario como sucesor del causante a título particular, con un régimen jurídico propio, diferenciado del heredero, pero plenamente integrado al fenómeno sucesorio; así esta concepción evita confusiones entre sucesión y subrogación patrimonial, y permite comprender que la calidad de sucesor no depende de la extensión del derecho adquirido, sino de su origen en la transmisión mortis causa.

— VI. Propuestas de mejora normativa y sistemática

Luego de haber analizado la naturaleza jurídica del legatario dentro del régimen sucesorio y de haber establecido que este sí ostenta la calidad de sucesor, aunque a título particular, resulta pertinente formular algunas propuestas de mejora orientadas no a desnaturalizar dicha figura, sino a reforzar la claridad normativa y sistemática del Código Civil, evitando interpretaciones erróneas o confusiones doctrinales. En ese sentido, las siguientes propuestas se plantean desde una perspectiva interpretativa y técnica, respetando la estructura y los principios que informan el derecho sucesorio peruano.

a

Precisión conceptual expresa entre sucesión a título universal y a título particular

Si bien el artículo 735 del Código Civil distingue correctamente entre la institución de heredero y la de legatario mediante los conceptos de título universal y título particular, dicha diferenciación se presenta de manera implícita, lo que ha dado lugar a interpretaciones que cuestionan, erróneamente, la calidad sucesoria del legatario. Por ello, se propone que el legislador incorpore una referencia expresa a la condición de sucesor en ambos supuestos, dejando claramente establecido que tanto el heredero como el legatario participan del fenómeno sucesorio, aunque con alcances distintos.

b

Mejora redaccional del artículo 735 sin alterar su contenido sustancial

Se sugiere una mejora redaccional del artículo 735 que, sin modificar su esencia normativa, facilite su interpretación sistemática; ello podría lograrse mediante la separación en incisos o párrafos diferenciados, de modo que se identifique con mayor claridad la sucesión a título universal, propia del heredero, y la sucesión a título particular, propia del legatario, conforme a la voluntad del testador y dentro de los límites de su libre disposición.

En esa línea, las propuestas expuestas no buscan redefinir las instituciones sucesorias, sino fortalecer su comprensión y aplicación, reafirmando que el heredero y el legatario son figuras distintas pero integradas dentro del mismo fenómeno sucesorio, preservando así la coherencia del sistema establecido por el Código Civil peruano.

VII. Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo del presente ensayo permite sostener que la figura del legatario, si bien es comprendida por el ordenamiento jurídico peruano dentro del fenómeno sucesorio, presenta una naturaleza jurídica sustancialmente distinta a la del heredero; esto debido a que el legatario adquiere bienes o derechos determinados por disposición testamentaria, en virtud de un acto de liberalidad del causante, sin que ello implique su subrogación en la posición jurídica de este ni la asunción del conjunto de derechos y obligaciones que integran la herencia.

A diferencia del heredero, quien sucede al causante a título universal o por una cuota ideal del patrimonio y se incorpora plenamente a su situación jurídica patrimonial, el legatario recibe una atribución patrimonial concreta y delimitada, a título particular; esta característica impide equiparar ambas figuras en cuanto a su contenido y efectos, pues mientras el heredero es auténtico continuador jurídico del causante, el legatario se limita a adquirir el objeto del legado, sin responder por las deudas hereditarias ni participar en la universalidad de la herencia.

Desde esta perspectiva, si bien el Código Civil peruano utiliza una concepción amplia de la sucesión que incluye tanto al heredero como al legatario, resulta doctrinalmente más adecuado afirmar que el legatario no constituye un sucesor en sentido estricto, sino un beneficiario o adjudicatario de bienes hereditarios determinados; esta interpretación permite comprender con mayor claridad la verdadera función del legado y evita confusiones conceptuales respecto de la titularidad, extensión y límites de los derechos que corresponden a cada figura.

Finalmente, se considera pertinente replantear la técnica legislativa empleada en el artículo 735 del Código Civil, a fin de reforzar la distinción entre sucesión a título universal y atribución a título particular; para ello, las propuestas formuladas en este trabajo apuntan a una mayor precisión conceptual que contribuya a una interpretación sistemática y coherente del derecho sucesorio, respetando el marco normativo vigente, pero dotándolo de mayor claridad dogmática en cuanto a la calidad jurídica del legatario frente al heredero.

VIII. Lista de Referencias

Aguilar, B. (2014). *Manual de derecho de sucesiones* (Primera ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Coca, S. (2025). Derecho de sucesiones: ¿qué es el legado? *LP. Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/legado-derecho-sucesiones/>

Decreto Legislativo N° 295. (1984). *Código Civil*. Presidencia de la República del Perú. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>



Ferrero, A. (2016). *Tratado de Derecho de sucesiones* (Novena ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Hernández, L. (2021). La partición hereditaria en los procesos sucesorios. *Revista Colegiada de Ciencia*, 3(1), 10-21.
<https://revistas.up.ac.pa/index.php/revcolciencia/article/view/2452>

Hinostroza, A. (2014). *Derecho de sucesiones* (Cuarta ed.). Lima: IDEMSA.

Zambrano, A. (2023). Los fundamentos de la libertad de los derechos de sucesiones testamentarias. *Derecho*, 12(12), 58-87.
<https://revistas.upt.edu.pe/ojs/index.php/derecho/article/view/785>

Zannoni, E. (2007). *Derecho de las sucesiones* (Quinta ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

LICENCIA CC BY-NC-SA 4.0 — Este artículo se distribuye bajo los términos de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Desacuerdos sobre la probanza del despido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Disagreements regarding proof of dismissal in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier*

RESUMEN

En el presente trabajo se pone de manifiesto la existencia de dos posturas interpretativas y de aplicación de las reglas relacionadas a la carga de la prueba respecto de la extinción de la relación laboral, las mismas que se presentan a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República, debido a la concurrencia de disposiciones normativas materiales y procesales que inciden en el tema de la probanza del hecho mismo del despido, y que se requiere superar para que se analice la pretensión de reposición del trabajador, situación que incide en la función nomofiláctica y de uniformidad de la jurisprudencia.

Palabras clave — Carga de la prueba, despido, reposición, posturas interpretativas, jurisprudencia.

ABSTRACT

This paper highlights the existence of two interpretive and application positions regarding the rules related to the burden of proof concerning the termination of the employment relationship. These positions are present at the level of the Supreme Court of Justice of the Republic, due to the concurrence of material and procedural normative provisions that affect the issue of proving the fact of the dismissal itself, and which must be overcome in order to analyze the worker's claim for reinstatement, a situation that affects the nomofilactic and uniform function of jurisprudence.

Keywords — Burden of proof, dismissal, reinstatement, interpretative positions, jurisprudence.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Relevancia del proceso laboral para la protección de derechos · IV. Dualidad interpretativa y de aplicación de la probanza del despido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia · V. Conclusión · VI. Lista de Referencias

* Abogado. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Civil y Comercial. Dr. Cs. Mención en Derecho. Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Docente de pregrado — Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Código ORCID: [0000-0003-3898-3543](https://orcid.org/0000-0003-3898-3543). Correo electrónico: ncastillo@unc.edu.pe.

I. Introducción

Todo conflicto de intereses que sea conocido por el juez competente, debe ser resuelto en mérito a los hechos que han sido probados y en clara aplicación de la categoría normativa pertinente. Ello implica que la decisión jurisdiccional que se emita al respecto no solo deberá estar debidamente motivada, sino fundada en Derecho, de tal modo que el justiciable advierta las razones lógicas que se han desarrollado para dar respuesta a su teoría del caso, las mismas que deberán ser construidas siguiendo las exigencias de la teoría estándar de la argumentación jurídica, tanto en la justificación interna y externa que el caso requiera; pues, en determinadas situaciones, la solución no solo responde a un proceso subjuntivo, sino que involucra una exigencia de mayor complejidad, dado que el caso concreto puede ameritar la necesidad de recurrir a justificaciones constitucionales, uso de instituciones de Teoría General del Derecho e incluso de connotación filosófica¹, dado que podrían presentarse situaciones de indeterminación lingüística (vaguedad o ambigüedad), defectos lógicos del Derecho (lagunas normativas, axiológicas y de reconocimiento; además de antinomias), problemas de relevancia, de interpretación² derivadas de situaciones de infra inclusión o supra inclusión, derrotabilidad, entre otras instituciones que conlleven a repensar seriamente la decisión que el juez debe adoptar.

No obstante la situación problemática que pueda presentarse en ciertas ocasiones, se debe indicar que en el caso de la pretensión de reposición, generada por alguna de las tipologías de despido (incausado, fraudulento o nulo), actualmente existen dos posibilidades interpretativas y de aplicación desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia de la República; esto es, por un lado, se exige que quien alegue haber sido objeto de un despido debe probar tal situación, conforme así lo exige el Artículo 37 del TUO del D. Leg. 728, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR; en tanto que la otra postura habilita la posibilidad de que tal hecho se determine, incluso, en vía presuntiva, conforme a las reglas previstas en el Artículo 23 de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497, derivándose de ello la existencia de desacuerdos a nivel de la máxima instancia judicial y que repercute en la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

En tal sentido, en el presente trabajo se mostrará las razones justificativas de cada una de ellas, a efecto de poder evaluar su razonabilidad aplicativa a cada caso concreto en el que se pretenda una reposición, lo cual es relevante en la práctica judicial; pues, como señala Coaguila (2025), desde el enfoque del neoconstitucionalismo, los jueces actúan como controladores de las razones de las leyes y los fundamentos sustanciales de la Constitución (p. 63).

II. Métodos y técnicas

Para la elaboración del presente trabajo se ha utilizado el método analítico-sintético, por cuanto se ha seguido el procedimiento evaluativo de las decisiones jurisdiccionales emitidas por la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los que se evalúa la probanza del despido, como requisito previo al análisis de la reposición de un trabajador despedido de manera incausada, fraudulenta o nula, descomponiendo mentalmente los argumentos utilizados en cada una de las posturas adoptadas en dicha instancia, para luego proceder a su sistematización y concreción específica, mostrando la distinción de cada una de ellas y sus efectos en la seguridad jurídica y predictibilidad en la administración de justicia. Como técnica útil para tal propósito se ha recurrido al análisis documental, a partir de lo cual se obtiene la información relevante contenida en cada una de las resoluciones casatorias, en las cuales se han desarrollado criterios jurisprudenciales para sostener el tema de la probanza del despido como hecho.

¹ Es claro que existen relaciones entre el Derecho y la Moral, ya sea de carácter identificativo, interpretativo, justificativo, funcional, de contenido, de reenvío, entre otras.

² La interpretación constituye un proceso previo a la aplicación.

— III. Relevancia del proceso laboral para la protección de derechos

Si bien existen claras directrices constitucionales y legales que guían la actuación del juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional, en la práctica se presentan situaciones relacionadas a problemas, no solo de relevancia e identificación, sino también de interpretación de las distintas categorías normativas vinculadas en la solución del caso³, además de la concurrencia de instituciones jurídicas que requieren un análisis objetivo y razonable en el ámbito de la decisión.

Cabe señalar que el artículo 138 de la Constitución establece que «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes...», exigencias que también han sido previstas en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497, el cual refiere que «Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley...»; por lo tanto, constituye un imperativo en la administración de justicia la aplicación de las normas pertinentes al caso concreto, con lo cual se garantiza no solo decisiones fundadas en Derecho⁴, sino que se fortalece la seguridad jurídica y la predictibilidad; pues, «cuando el órgano jurisdiccional administra justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas»⁵. De ello se deduce que, en su labor cotidiana, el Juez se encuentra sometido esencialmente a la Constitución⁶ y al bloque de Convencionalidad, ambos como fuentes parámetro de su función de impartición de justicia; pero también a lo prescrito en las normas legales, en tanto las mismas sean compatibles con las fuentes primarias, caso contrario puede inaplicarlas⁷, a fin de garantizar la supremacía constitucional.

³ Nótese que el ordenamiento jurídico contiene principios, valores, derechos fundamentales, directrices y normas-regla (cuyo carácter deóntico puede ser permisivo, obligatorio y prohibitivo).

⁴ En el Expediente 3238-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que «El derecho a una resolución fundada en derecho garantiza el derecho que tienen las partes en cualquier clase de proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las normas vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas».

⁵ STC emitida en el Expediente N.º 04811-2009-PA/TC.

⁶ En el Expediente N.º 0047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha indicado que «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º)».

⁷ La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la Consulta de sentencia del Expediente N.º 1618-2016-Lima Norte, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso.

Cabe señalar que, en materia de justicia laboral, luego de la vigencia de la Ley N.º 29497, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema indicó que, conforme a la nueva estructura del proceso judicial laboral previsto en la Ley Procesal del Trabajo, «...los jueces laborales se encuentran obligados a romper el paradigma de procesos ineficaces, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva. En ese sentido, sus esfuerzos deben orientarse a la reivindicación de los derechos fundamentales reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el contenido esencial de la fundamentación fáctica y jurídica en ella desarrollada, a fin de identificar lo pretendido, y el grado de afectación de los derechos invocados»⁸, aspiración esta última que se logra a través de una decisión en la que se evidencie la necesaria y suficiente justificación racional que le resulta exigible al juzgador; pues, «la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es al mismo tiempo un derecho constitucional de los justiciables»⁹; sobre todo si se tiene en cuenta que «el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de procesos judiciales ordinarios»¹⁰.

Cabe señalar que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha referido que «El ordenamiento jurídico laboral constituye un sistema autónomo, dotado de principios propios orientados a la tutela del trabajador, parte estructuralmente más débil de la relación. Este sistema no admite el desplazamiento por normas del derecho común cuando la materia se encuentra expresamente regulada (...)»¹¹; por lo tanto, queda claro que el proceso judicial laboral constituye un instrumento dotado de garantías no solo de carácter legal, sino —y especialmente— de connotación constitucional, incorporadas en el denominado debido proceso formal, regulado en el numeral 3) del artículo 139 de nuestra Constitución Política, que tanto el juez y las partes deben respetar y propiciar su concretización; además de la materialización del debido proceso sustantivo que se evidencia en la decisión adoptada por el juzgador al momento de resolver el conflicto de intereses o de eliminar la incertidumbre jurídica.

— IV. Dualidad interpretativa y de aplicación de la probanza del despido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

El Artículo 141 de la Constitución establece que «Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley...»; en tanto que el Artículo 384 del Código Procesal Civil prevé que «El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia», lo que permite garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales, generando así la confianza que necesitan los justiciables en el sistema de administración de justicia; de ahí que la propia Corte Suprema haya referido que «en la doctrina clásica se ha señalado que los fines o funciones principales de la casación son dos: la función nomofiláctica y la uniformidad de la jurisprudencia, a su vez, modernamente se contemplan otras funciones de la casación como son la función dikelógica y la de control de logicidad de las resoluciones» (Casación 5749-2017 Lima, F.J. 5); pero cabe precisar que el recurso de casación «solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que este recurso de casación tiene como fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la unificación de la jurisprudencia nacional» (Casación N.º 4200-2019 Ayacucho, F.J. 3).

⁸ Casación Laboral N.º 9844-2012-Junín. De igual modo, la Casación N.º 4781-2011-Moquegua.

⁹ STC emitida en el Expediente N.º 04811-2009-PA/TC.

¹⁰ STC emitida en el Expediente N.º 03191-2011-PA/TC. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que «en un Estado Constitucional los jueces y juezas no solo se sujetan a la ley, sino que, primordialmente, se encuentran encargados de defender y concretizar el parámetro constitucional, desde sus diversas especialidades y conforme a lo que les corresponda en cada caso concreto» (Voto singular de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, Expediente N.º 02534-2019-PHC/TC, caso Keiko Fujimori, F.J. 12).

¹¹ Casación Laboral N.º 13436-2023 Lima Este (considerando décimo primero).

Ahora bien, se debe señalar que, si bien existe un objetivo claro en la función de la Corte Suprema, también es verdad que en determinadas ocasiones existen desacuerdos interpretativos entre sus magistrados, como sucede con la carga de la prueba en relación al despido de un trabajador, y ello se presenta debido a la concurrencia de disposiciones normativas materiales y procesales, como la prevista en el Artículo 37 del TUO del D. Leg. 728 y el Artículo 23 de la nueva Ley Procesal del Trabajo; precisándose que «en el ámbito laboral, la carga de la prueba adquiere la calidad de principio por la trascendencia de su lógica, en la medida que la reglamentación normativa de la dinámica probatoria resulta decisiva para el funcionamiento del proceso laboral» (Casación Laboral N.º 5779-2023 La Libertad, Ff.jj. 44).

Es pertinente hacer mención a lo referido por la Corte Suprema, en relación a la finalidad del proceso laboral, al indicar que está orientado a la búsqueda de la verdad; pero aclara que:

CORTE SUPREMA DEL PERÚ · CASACIÓN N.º 15624-2022 LIMA, FF.JJ. 3 Y 4

Esta búsqueda de la verdad, no obstante, enfrenta las limitaciones que impone la actividad reconstructiva de los hechos. Estas limitaciones tienen origen en la propia dificultad para disponer y aportar los medios probatorios que enfrentan las partes, hasta las actividades obstructivas de quienes intervienen en el proceso (...) En este escenario de dificultades para la acreditación o actividad reconstructiva de los hechos, nuestro ordenamiento ha establecido un conjunto de reglas y cargas.

Sin embargo, Gascón (2010) precisa que:

(...) el concepto de verdad (o verdad objetiva) traduce, en relación con el de prueba (o verdad procesal), un ideal, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el conocimiento de hechos en general y su institucionalización jurídica en particular padecen a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque solo la prueba (o verdad procesal) resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las limitaciones o las trabas procesales (pp. 40-41).

Más allá de la distinción de cada una de las concepciones indicadas —lo cual no es objeto del presente trabajo— se indica que, a través de la valoración de la prueba directa o indirecta (indicios, presunciones o ficción legal) se prueba o no los hechos del conflicto, precisándose que a partir de su verificación, el juez declara fundada la pretensión; pero «...En caso no se presente dicho supuesto, el Juez, recién en un momento posterior, debe acudir a las reglas de la carga subjetiva y objetiva de la carga de la prueba¹², identificando la parte a quien le correspondía acreditar el hecho controvertido, derivando en su contra las consecuencias de su improbanza...» (Casación Laboral N.º 5779-2023 La Libertad).

¹² Siguiendo a Ferrer Beltrán (2022), la carga de la prueba —o las reglas que la regulan— tiene dos dimensiones: una objetiva (también llamada material o directa) y una subjetiva (también llamada formal o indirecta). Precisa que la carga de la prueba en sentido objetivo responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? En este sentido, opera como regla de juicio final, aplicable únicamente si los elementos de juicio aportados al proceso no permiten superar el estándar de prueba previsto para ese tipo de casos; se le considera una institución probatoria residual, que operaría solo ante el fracaso de la actividad probatoria de las partes, a fin de evitar el non liquet. La dimensión subjetiva, en cambio, responde a qué parte debe aportar prueba al procedimiento (pp. 114-115).

Giovanni Tuzet (2021) precisa que «en cualquier caso, lo que interesa en el ámbito del proceso y de la prueba jurídica son las pretensiones fácticas susceptibles de ser empíricamente verificadas o falsadas» (p. 85). En tal sentido, a continuación se aborda de manera referencial las posturas que actualmente se encuentran vigentes a nivel de la Corte Suprema sobre el tema de la probanza del despido, aclarando que una de ellas es la más concurrente en las distintas ejecutorias supremas.

4.1 Primera postura jurisprudencial

Resulta importante señalar que la Corte Suprema de Justicia ha referido que, al producirse la extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador, corresponde determinar si la causa del despido se ajusta a la normatividad invocada; por lo que ello:

«comprende verificar: i) que el despido se haya ajustado al procedimiento formal previsto; y ii) que la falta imputada al trabajador haya sido acreditada objetivamente ya sea en el procedimiento de despido o en el presente proceso judicial. Para ello se requiere que se acredite el hecho del despido, cuya responsabilidad probatoria le asiste a la demandante...» (Casación Laboral N.º 28329-2017 Del Santa).

Esta postura interpretativa y de aplicación para resolver casos concretos se sustenta estrictamente en lo dispuesto por el Artículo 37 del TUO del D. Leg. 728, precisándose que dicha disposición normativa:

(...) debe interpretarse en el siguiente sentido: a) el despido no puede deducirse o presumirse, es decir, no puede concluirse o inferirse a partir de ciertos comportamientos del empleador o del trabajador, ni darse por acreditado a partir de ciertos hechos o comportamientos; b) la carga de la prueba del despido le corresponde a quien alega (al trabajador). Esta situación implica una obligación específica de acreditar razonable y concretamente el hecho del despido (Casación N.º 15624-2022 Lima, F.j. 15).

Como se indicó, tal criterio jurisdiccional es concurrente y aparece adoptado en la mayoría de resoluciones casatorias emitidas sobre dicho tema jurídico. Así, en la Casación Laboral N.º 36471-2022 Tacna, se reitera que:

(...) antes de exigir a su ex empleador la existencia de una causa justa de despido, el trabajador se encontraba en la obligación de probar el despido o el acto unilateral de su empleador que impida la prestación del servicio, mediante la constancia policial o el acta emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo... (f.j. 14); agregándose que «en ese contexto probatorio, al estar comprobado que el demandante no ha acreditado que su despido se realizó de forma arbitraria, resulta inoficioso realizar mayor análisis sobre la acreditación de los elementos esenciales del contrato de trabajo, porque el demandante no pretende el reconocimiento de un vínculo laboral, sino la reposición por despido incausado» (f.j. 15).

Como podrá apreciarse, la Corte Suprema exige al demandante la probanza del hecho mismo del despido, siguiendo en estricto la regulación del Artículo 37 del TUO del D. Leg. 728; por lo que, siendo ello así y teniendo como línea directriz este criterio, resulta necesario que quien alegue haber sido despedido y pretenda una reposición al empleo deba acreditar la ocurrencia del hecho mismo del despido; pues, lo contrario conllevaría a desestimarse el pedido de reposición, por cuanto se descarta incluso el razonamiento presuntivo.

4.2 Segunda postura jurisprudencial

Si bien este segundo criterio es de menor incidencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema, aborda el tema de la probanza del despido desde una perspectiva distinta a la anterior; esto es, teniendo como fuente normativa el Artículo 23 de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497. En la Casación N.º 16051-2021 Arequipa se indica con claridad lo siguiente:

(...) en el supuesto de que el trabajador demandante alegue su despido y no existan pruebas de que su vínculo laboral se ha extinguido, le corresponderá al empleador demandado acreditar en qué estado se encuentra el vínculo laboral de su trabajador, es decir si está vigente, extinto o suspendido; caso contrario, se aplicará la presunción correspondiente (f.j. 4).

Esta postura jurisdiccional se sustenta en los siguientes argumentos, contenidos en la casación señalada anteriormente. Se indica que «es razonable que quien deba demostrar tal hecho sea el empleador demandado, por ser quien ejerce la potestad directriz y, en consecuencia, por ser quien determina la situación laboral del trabajador, y en tal virtud, tiene la capacidad de producir la prueba correspondiente» (f.j. 4); es decir, tiene como fundamento el principio de facilitación probatoria.

Se precisa que «la Ley N.º 29497 no impone al trabajador demandante la carga de la prueba del despido alegado, mucho menos prohíbe que tal hecho sea presumido o deducido, haciendo alusión a presunciones e indicios a los que se puede recurrir cuando el despliegue probatorio sea insuficiente. Por el contrario, impone la carga de la prueba al empleador demandado respecto al estado del vínculo laboral y la causa del despido» (f.j. 5).

Si bien el Artículo 37 del TUO del D. Leg. 728 establece que «ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos», se alega que la Tercera Disposición Derogatoria de la Ley N.º 29497 establece: «Deróguense todas las demás normas legales que se opongan a la presente Ley»; por lo que se concluye que «respecto a las actuaciones procesales y, en específico, respecto a la actividad probatoria, corresponde aplicar lo establecido en la Ley N.º 29497, encontrándose derogado por tanto el Artículo 37 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728 (...), aun cuando ello no se haya estipulado expresamente» (f.j. 4). Asimismo, se indica que «...en aplicación del Artículo 23 de la Ley N.º 29497, es posible aplicar presunciones cuando no exista prueba directa del despido» (f.j. 4); señala la Corte Suprema lo siguiente: «Nótese que la Ley N.º 29497 no impone al trabajador demandante la carga de la prueba del despido alegado, mucho menos prohíbe que tal hecho sea presumido o deducido, haciendo alusión a presunciones e indicios a los que se puede recurrir cuando el despliegue probatorio sea insuficiente. Por el contrario, impone la carga de la prueba al empleador demandado respecto al estado del vínculo laboral y la causa del despido» (f.j. 6).

El Artículo 19 de la Ley N.º 29497, Ley Procesal del Trabajo, establece que «...la contestación contiene todas las defensas procesales y de fondo que el demandado estime convenientes. Si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos...»; por lo que, si hay admisión de los hechos alegados por el demandante, el despido alegado no merece probanza; en consecuencia, «...los hechos admitidos son aquellos en los que existe conformidad de las partes, por cuanto éstas consideran el mismo hecho dentro de los fundamentos de la demanda y de la contestación de la demanda, no teniendo carácter obligatorio el despliegue de actividad probatoria respecto de los mismos, al no constituir aspectos controvertidos» (f.j. 4).

En consecuencia, es evidente que esta postura jurisprudencial efectúa un análisis de la nueva Ley Procesal del Trabajo y su correspondiente contrastación con el artículo 37 del TUO del D. Leg. 728, con la finalidad de flexibilizar la probanza del despido, generando mayor posibilidad para el demandante en cuanto a su pretensión de reposición.

V. Conclusión

La aplicación de las distintas categorías normativas que resultan pertinentes para resolver los casos concretos requiere de un procedimiento previo de interpretación por parte del juzgador, situación que conlleva —no en pocas ocasiones— a brindar respuestas distintas a supuestos de hecho similares, lo cual afecta la predictibilidad y la seguridad jurídica. No obstante, existe un mecanismo procesal que permite que la máxima instancia judicial cumpla su función nomofiláctica y de uniformidad de la jurisprudencia, esto es, a través del recurso de casación; pero sucede también que en dicha instancia pueden generarse desacuerdos interpretativos y de aplicación, como sucede en el caso de la probanza del despido.

En tal sentido, en la jurisprudencia de la Corte Suprema concurren dos posturas jurisdiccionales sobre ello: una mayoritaria, que considera que quien alega haber sido objeto de un despido debe probar tal hecho; pues, de lo contrario, se hace inviable la reposición, dado que el Artículo 37 del TUO del D. Leg. 728 prevé que el despido no se presume. Por el contrario, una postura minoritaria, pero también vigente actualmente, considera que la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497, no exige tal probanza; y que, por el contrario, es el empleador quien debe probar el estado de la relación laboral, motivo por el cual —incluso— cabe recurrirse a presunciones, situación que flexibiliza dicha carga probatoria a favor del trabajador despedido, bajo el sustento del principio de facilitación probatoria, y también asume la posibilidad de que el despido pueda ser acreditado utilizando un razonamiento deductivo.



— VI. Lista de Referencias

Constitución Política del Perú. En: <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>

Coaguila Valdivia, Jaime Francisco (2025). *El Modelo de Juez complejo en el Estado Constitucional de Derecho*. México: UNAM.

Código Procesal Civil. En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf>

Corte Suprema del Perú: Expediente N.º 1618-2016-Lima Norte · Casación N.º 4781-2011-Moquegua · Casación Laboral N.º 9844-2012-Junín · Casación N.º 5749-2017 Lima · Casación Laboral N.º 28329-2017 Del Santa · Casación N.º 4200-2019 Ayacucho · Casación N.º 16051-2021 Arequipa · Casación N.º 15624-2022 Lima · Casación Laboral N.º 36471-2022 Tacna · Casación Laboral N.º 13436-2023 Lima Este · Casación Laboral N.º 5779-2023 La Libertad.

Ferrer Beltrán, Jordi (2022). *Manual de Razonamiento Probatorio*.

Gascón Abellán, Marina (2010). *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Barcelona, España: Marcial Pons.

Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497. En: https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2024/03/LEY_29497.pdf

Tuzet, Giovanni (2021). *Filosofía de la Prueba Jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencias en: Expediente N.º 0047-2004-AI/TC · Expediente N.º 04811-2009-PA/TC · Expediente N.º 03191-2011-PA/TC · Expediente N.º 3238-2013-PA/TC.

TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR. En: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

LICENCIA CC BY-NC-SA 4.0 — Este artículo se distribuye bajo los términos de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

La fijación del objeto litigioso del proceso judicial: una mirada crítica

Defining the subject matter of the judicial process: a critical look

COLORADO HUAMÁN, William*

RESUMEN

El artículo expone el desarrollo histórico y jurídico del proceso judicial como un mecanismo creado para sustituir la violencia en la resolución de conflictos, analizando su tránsito desde la autotutela hasta la heterocomposición institucionalizada. Asimismo, se revisan los elementos esenciales de la etapa postulatoria en el proceso civil peruano, enfatizando el rol de la demanda, la contestación y la configuración de la pretensión.

Posteriormente, se profundiza en la naturaleza y función de los puntos controvertidos, núcleo del debate judicial que orienta tanto la actividad probatoria como el contenido de la sentencia. A partir del análisis del artículo 468 del Código Procesal Civil, se demuestra la importancia de una correcta delimitación del objeto litigioso, advirtiendo errores frecuentes, como la simple transcripción del petitorio.

Palabras clave — Conflicto, proceso judicial, puntos controvertidos.

ABSTRACT

This article outlines the historical and legal development of the judicial process as a mechanism created to replace violence in conflict resolution, analyzing its evolution from self-help to institutionalized third-party dispute resolution. It also reviews the essential elements of the pleading stage in Peruvian civil proceedings.

Subsequently, the nature and function of the points in dispute are explored, as they constitute the core of the judicial debate and guide both the evidentiary process and the judgment. Based on a doctrinal analysis of Article 468 of the Code of Civil Procedure, the importance of correctly defining the subject matter of the litigation is demonstrated.

Keywords — Conflict, legal process, points of contention.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. El proceso judicial y la proscripción de la violencia · IV. Elementos previos a la fijación de los puntos controvertidos · V. El objeto de la controversia (puntos o hechos controvertidos) · VI. Recomendaciones para fijar el objeto litigioso del proceso judicial · VII. Conclusiones · VIII. Lista de Referencias

* Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, UNC, Perú. Ex-Juez Supernumerario del Segundo y Tercer Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctorando en Derecho y Maestro en Ciencias, mención Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador Extrajudicial y con especialidad en Derecho de Familia. Código ORCID: [0000-0001-7487-434X](https://orcid.org/0000-0001-7487-434X). Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe.

I. Introducción

El proceso judicial constituye uno de los mayores avances de la civilización en su lucha por desterrar la violencia como método de resolución de disputas. Desde los tiempos de la autotutela primitiva —caracterizada por la imposición unilateral de la fuerza—, las sociedades han evolucionado hacia mecanismos más racionales y garantistas, entre los cuales el proceso judicial ocupa un rol central. Su consolidación histórica, especialmente desde el derecho romano, revela un tránsito progresivo hacia un modelo institucionalizado de heterocomposición donde un tercero imparcial asume la responsabilidad de resolver los conflictos con sujeción al Derecho.

En el contexto peruano, esta evolución ha adoptado una configuración marcadamente constitucional, expresada en la consagración del debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la independencia judicial, recogidas en el artículo 139 de la Constitución. La reforma procesal civil —especialmente con la incorporación de la oralidad— ha potenciado la intermediación, celeridad y eficiencia del sistema, fortaleciendo la capacidad del juez para dirigir adecuadamente el debate judicial.

En este marco, una de las tareas más relevantes dentro de la etapa postulatoria es la fijación de los puntos controvertidos, mediante la cual se define el objeto litigioso y se delimita aquello que debe ser probado. Pese a su trascendencia, este instituto continúa siendo uno de los más incomprensidos y deficientemente aplicados en la práctica forense. Por ello, se hace imprescindible un análisis sistemático que permita comprender sus elementos, fundamentos y correcta operatividad.

II. Métodos y técnicas

Para la presente investigación se ha recurrido a métodos cualitativos propios de las ciencias jurídicas, tales como la dogmática y la argumentación jurídica. La primera para analizar la normatividad procesal correspondiente y plantear los contenidos interpretativos de las disposiciones normativas en relación con los puntos controvertidos, y el segundo para plantear algunas propuestas en torno a su aplicación procesal. Como técnica, se emplearon la revisión documental en torno a la doctrina jurídica en materia procesal y los documentos normativos.

III. El proceso judicial y la proscripción de la violencia

El proceso judicial nace como una manifestación de la racionalidad del hombre para resolver los conflictos que se dan en las sociedades (Sevilla, 2022); en un inicio, las comunidades primitivas resolvían sus disputas mediante la autotutela; es decir, una de las partes utilizando la fuerza por mano propia imponía la solución del caso a la otra parte, originando con ello muchas injusticias.

Este sistema representaba la violencia y el caos en sociedad; por ello, surgen otras formas más civilizadas de solución, como es la autocomposición, donde «las partes en conflicto ofrecen una solución, sin que se imponga una voluntad frente a la otra, permitiendo incluso la intervención de un tercero, quien ayuda en buscar una solución al conflicto» (Montero, 2012, citado en Sevilla, 2022).

No obstante, los intervinientes muchas veces no desean o no pueden concretizar algún convenio que atienda sus problemas; contexto que permitió la participación de un tercero imparcial, quien actuando de forma desinteresada se encarga de resolver el conflicto de intereses; surgiendo de esta manera el mecanismo heterocompositivo cuya herramienta por excelencia es el «proceso judicial».

Con la evolución de las civilizaciones se van consolidando las bases del proceso; muestra de ello es Roma, donde se desarrollan las etapas, fórmulas, principios y roles que han influido en los sistemas procesales actuales; como ejemplo de ello, tenemos al proceso conocido como la *cognitio extraordinaria*, cuya principal característica es reconocer que el Estado debe asumir completamente el rol de administrador de justicia.

En la actualidad, el proceso judicial ya no es una simple herramienta, sino una garantía constitucional; muestra de ello es el artículo 139 del texto constitucional, donde se reconoce el debido proceso, la defensa, la motivación de las resoluciones judiciales y la independencia del ente judicial como bases irrenunciables de toda actuación jurisdiccional.

De esta manera, podemos afirmar que el proceso judicial alberga en su interior una relación jurídica trilateral donde interactúan el juez, el demandante y el demandado con roles claramente establecidos, a través de actos secuenciales debidamente ordenados, desde la presentación de la demanda, su calificación, la contestación de la demandada, la reconvencción, el desarrollo de la audiencia preliminar, la audiencia de pruebas, los alegatos de cierre y la sentencia; todo ello tiene como propósito resolver el conflicto de intereses (fin concreto) y lograr la paz social en justicia (fin abstracto).

En los últimos años, el retorno de la oralidad en el proceso judicial peruano ha permitido que otros principios, como la inmediación, la celeridad y el acceso a la justicia, se concreticen; convirtiéndose en un mecanismo más eficiente, humano y accesible a la población, sin perder de vista que viene a garantizar a cada individuo el espacio legítimo para exponer su versión, ofrecer sus pruebas y recibir una decisión imparcial.

— IV. Elementos previos a la fijación de los puntos controvertidos

De acuerdo con nuestro Código Procesal Civil, la primera instancia del proceso judicial está conformada por tres momentos o fases: una postulatoria, otra probatoria y una decisoria; en la primera etapa, los contendientes (demandante y demandado) presentan ante el órgano jurisdiccional (juez) sus posiciones que van a ser materia de argumentación, prueba y persuasión durante el desarrollo del proceso, ya sea porque buscan el amparo de su pretensión (accionante) o el rechazo de ella a través de la defensa o contestación (Monroy Gálvez, 1992).

En dicho contexto, se busca la tutela jurisdiccional efectiva por parte del Estado, advirtiéndose que el derecho de acción se materializa a través de la demanda; acto jurídico procesal por excelencia, que da inicio a la relación jurídico procesal; pues, a través de ella «se encamina la petición de las partes ante el juez con el objetivo de obtener la satisfacción de un interés» (Alsina, 1961, citado en Morales, 2020); asimismo, representa la puesta en movimiento de la actividad judicial, para la obtención de un pronunciamiento (sentencia).

De esta manera, la demanda es el vehículo a través del cual el actor plantea sus pretensiones, que viene a representar la declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario; buscando que el órgano jurisdiccional reconozca algo con respecto a cierta situación jurídica. Dentro de lo señalado, la pretensión tiene un elemento subjetivo (conformado por las partes) y dos elementos objetivos (la causa de pedir y el pedido).

La causa de pedir viene a representar la razón por la cual se llegó al extremo de solicitar tutela jurídica, estando conformada por los hechos o material fáctico que ocurrió en el pasado, los cuales deben tener trascendencia jurídica (supuesto de hecho de una norma jurídica que genera consecuencias jurídicas); tanto depende la pretensión de los hechos que, para recibir una sentencia favorable (estimatoria), éstos deben ser probados por el pretensor; de lo contrario, la pretensión obtendrá un pronunciamiento negativo (sentencia desestimatoria) (Hurtado Reyes, 2009).

Para el profesor Cavani (2016), dentro de la narrativa fáctica que el demandante ofrece al juez, existen hechos esenciales (principales o jurídicos) y hechos secundarios. Los primeros son aquellos que tienen aptitud para conducir directamente a una declaración de fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. Los segundos son aquellos que contemplan o esclarecen a los primeros, sirviendo, inclusive, como indicios.

Por su parte, el pedido es la manifestación concreta de lo que se requiere al órgano jurisdiccional (Cavani, 2016), y su formulación debe ser clara y concreta (tal como lo exige el artículo 424 inciso 5); su incumplimiento puede generar la propuesta, por parte del demandado, de la excepción de oscuridad o ambigüedad del pedido; asimismo, debe ser física y jurídicamente posible, de lo contrario la demanda puede ser declarada improcedente (artículo 427 inciso 6).

La doctrina nos precisa que existen dos tipos de pedido: el pedido inmediato y el pedido mediato; el primero busca un resultado en el plano del derecho procesal, donde el órgano jurisdiccional emita pronunciamiento (sentencia declarativa, constitutiva o de condena); mientras que el segundo busca un resultado en el plano del derecho sustantivo o material.

En virtud de lo expuesto, no se debe confundir causa de pedir con fundamentos de hecho, ni pedido con petitorio; pues, causa de pedir y pedido son elementos de la pretensión; mientras que los rubros «fundamentos de hecho» y «petitorio» son parte o fragmentos del documento denominado «demanda».

Una vez interpuesta la demanda, ésta es calificada por el órgano jurisdiccional, donde evalúa si el acto introductorio cumple los requisitos formales y materiales que el ordenamiento jurídico exige para iniciar válidamente el proceso judicial; pues, de acuerdo con el artículo 424 del Código Procesal Civil, el escrito debe contener la designación del juez, la identidad del demandante y demandado, el petitorio (claro y concreto), los fundamentos de hecho y de derecho, además de los medios de prueba que lo sustenten.

Cuando la demanda no cumple con estos requisitos, el juez debe emitir una resolución de «inadmisibilidad», concediendo un plazo para subsanar los defectos advertidos (artículo 426 del CPC); sin embargo, cuando ésta presenta vicios insubsanables, concernientes a los supuestos de falta de legitimidad e interés para obrar, la presencia de la caducidad en el derecho invocado, la inexistencia de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, o cuando éste es física o jurídicamente imposible, se procederá a declarar su «improcedencia» (artículo 427 del CPC).

En caso de cumplirse con los requisitos formales se expide el auto admisorio, ordenándose emplazar al demandado para que, dentro del término legal y de acuerdo con cada vía procedimental (conocimiento, abreviado o sumarisimo), éste pueda materializar su derecho de contradicción mediante su escrito de contestación de la demanda, el cual se sujeta al mismo formato y requisitos de la demanda en lo que fuera aplicable (artículos 442 y 444 del Código Procesal Civil); quedando la controversia lista para ingresar a la respectiva audiencia preliminar.

— V. El objeto de la controversia (puntos o hechos controvertidos)

Con la incorporación de la reforma del sistema de audiencias en el proceso civil, dentro de la etapa postulatoria se ha introducido la llamada «audiencia preliminar», donde se van a realizar diversos actos procesales que concretizan los principios de economía, celeridad, intermediación y dirección del proceso (Villarreal, et al., 2021).

Esta diligencia no es una simple formalidad, ni un trámite accesorio; por el contrario, se trata de un espacio donde se oralizan los alegatos de apertura, se desarrolla la fase de conciliación, se procede a sanear el proceso, estableciéndose los puntos controvertidos y no controvertidos; pasando a sincerar el material probatorio: en caso de admitirse sólo documentales, se procede al juzgamiento anticipado, expresándose los alegatos de cierre y quedando la controversia lista para sentencia; en caso de necesitarse actuar algún elemento de prueba, se fija fecha y hora para la instalación de la audiencia de pruebas.

Teniendo en cuenta lo esbozado, ingresaremos a reflexionar sobre uno de los momentos más determinantes del proceso civil; pero, a la vez, uno de los menos comprendidos y trabajados en la práctica forense; para lo cual es necesario identificar su fundamento normativo. Así, el artículo 468 del Código Procesal Civil¹, señala:



CÓDIGO PROCESAL CIVIL · ARTÍCULO 468

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo, con o sin la propuesta de las partes, el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia, el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.

¹ En el texto original de los artículos 468 al 470 de nuestro Código Procesal Civil, se establecía que en los procesos abreviados el saneamiento procesal y la fijación de los puntos controvertidos se producía en el despacho del juez; mientras que en los procesos de conocimiento se realizaba en una audiencia denominada audiencia de conciliación o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio; posteriormente, con la dación del Decreto Legislativo N.° 1070 se suprimió la citada audiencia, de modo que la fijación de los puntos controvertidos ahora se realiza en el despacho del juez, precedido de la propuesta de las partes procesales.

El precepto legal establece que, luego de saneado el proceso, se habilitará a las partes para que sinceren la esencia de la controversia a través de los puntos controvertidos; pero ¿qué representa esta institución jurídica? Para el profesor Hinostroza (2010), «los puntos controvertidos son aquellas cuestiones afirmadas y negadas por los sujetos procesales, relevantes para la solución de la causa, respecto de las cuales no han coincidido; sino más bien existe discrepancia» (p. 83).

En el mismo sentido, Cama Quispe (2014) nos recuerda que la fijación de los puntos controvertidos permite identificar los hechos postulados por las partes vinculados a la pretensión de la demanda y respecto de los cuales se discrepa, y que por esa causa requieren ser probados afirmativa o negativamente en el proceso; a partir de ello se va delimitando el *thema probandum* (el objeto de la prueba).

En términos sencillos, los puntos controvertidos vienen a representar los hechos discutidos, negados o rechazados por las partes, y que requieren ser acreditados a través de la prueba; por lo que podemos considerarlos como el núcleo del debate y la guía que el juez debe investigar.

Por otra parte, también tenemos a los hechos no controvertidos, que vienen a ser aquellos hechos admitidos expresa o tácitamente por los sujetos procesales, sea porque el demandado los acepta en su contestación o porque no se ha formulado oposición. Estos hechos no requieren prueba y se consideran incorporados al proceso como verdades procesales.

Ahora, según se colige del artículo 468, será el juez quien finalmente los establezca; en dicho contexto, el profesor Cavani (2016) nos detalla que la práctica judicial peruana, cuando se trata de sincerar el objeto de la controversia, realiza una mera transcripción de las pretensiones de la demanda y/o reconvención, poniéndonos como ejemplo:

Si se demanda la nulidad del contrato, la cancelación del asiento registral y una indemnización, el auto que fija los puntos controvertidos detalla lo siguiente: a) determinar si se debe declarar la nulidad del contrato; b) determinar si se debe cancelar el asiento registral en la partida electrónica X; y, c) determinar si el demandado debe pagar X soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Por su parte, Cama Quispe (2014) nos detalla que, efectivamente, en la praxis judicial se suele desaprovechar este valioso instrumento procesal, pues los puntos controvertidos se fijan de modo genérico; por ejemplo, si se invoca una acción indemnizatoria se suele fijar como controversia «que se acredite la conducta antijurídica, el daño, la relación causal entre ambos y se identifique el factor de atribución de responsabilidad»; o si se trata de una demanda de desalojo por ocupación precaria se fija «que se acredite que el demandante ostenta derecho de propiedad sobre el predio sub litis y que el demandado carece de título válido y vigente para poseer».

Existe una seria confusión de los puntos controvertidos con la formulación de las líneas directrices probatorias; sin perjuicio de ello, la profesora Ledesma Narváez (2008) reflexiona que existe un erróneo proceder en la vieja práctica judicial, que desnaturaliza los puntos controvertidos al reproducir como tal el petitorio de la demanda, a pesar de que la contestación cuestiona y contradice varios hechos de ésta.

Sin embargo, la fijación de la controversia no puede quedar en una simple narración de la pretensión; sino en detallar las causas o circunstancias en que los hechos se produjeron; es decir: se negoció el contrato, éste contenía cláusulas que obligaban a ambas partes y condicionaban su vigencia; los contratantes cumplieron con las obligaciones pactadas; lo que pretende el accionante es un pedido arbitrario que afecta el vínculo formado.

Como se aprecia, la controversia radica no en la relación de los acontecimientos producidos, sino en la forma en que éstos se originan por la actuación de las partes (Salas Villalobos, 2013); a partir de ello, la práctica debe ir más allá de la delimitación de los puntos controvertidos, para pasar a desempeñar una completa actividad de organización del proceso, que conlleva: i) delimitar el objeto de la litis; ii) sincerar los medios de prueba que serán utilizados para resolver el conflicto de intereses; y, iii) determinar los argumentos fácticos y jurídicos del caso en concreto.

— VI. Recomendaciones para fijar el objeto litigioso del proceso judicial

Debemos tener presente que la primera oportunidad que tiene el juez para develar el conflicto, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, es con la presentación de la contestación de la demanda; pues, para ese momento se tiene en claro lo postulado por las partes, contándose con una mayor claridad y logicidad en la pretensión, la concurrencia de los presupuestos procesales (forma y fondo), la participación de todos los sujetos que deben compartir la relación jurídica procesal, así como la identificación de la base normativa que deberá aplicarse para la resolución del conflicto (Cama Quispe, 2014).

Sin perjuicio de ello, el profesor Cavani (2016) reflexiona que la fijación del objeto litigioso del proceso deviene del estudio de la demanda y contestación (y, eventualmente, la reconvencción y su contestación) con el objetivo de identificar cuáles son los hechos alegados por las partes; posteriormente, es necesario identificar los hechos esenciales, pues éstos tienen la aptitud de conducir directamente a un pronunciamiento de fundabilidad o infundabilidad, mientras que los hechos no esenciales sólo servirán como indicios que ayuden a los primeros.

Por su parte, Cama Quispe (2014) nos recuerda que la fijación de los puntos controvertidos no se reduce a una simple comparación entre los hechos que una parte afirma y lo que la otra niega, sino a los que introduce el magistrado al examen íntegro del conflicto; en tal virtud, se debe identificar, en primer lugar, la pretensión de la demanda; luego, establecer la norma jurídica que contempla dicha pretensión como efecto jurídico; posteriormente, examinar la fundamentación fáctica de la demanda y su contestación, y de ellas seleccionar los hechos pertinentes al supuesto fáctico de la norma jurídica que tiene como consecuencia aquello que es pretendido en la demanda; y, si aquí se advierte contradicción entre tales hechos (hechos controvertidos), entonces deberán ser resaltados para que sean objeto de prueba, siendo éstos los puntos controvertidos.

Bajo la misma perspectiva, el profesor Salas Villalobos (2013) nos precisa que, antes de determinar la forma en que se debe plantear la controversia, el juez deberá identificar ciertos elementos, como: i) la discusión resultante de las opiniones contrapuestas entre dos o más sujetos de derecho; ii) el contenido jurídico del objeto de discusión; iii) la identificación de los hechos expuestos por las partes y su relación con el objeto jurídico de discusión; iv) la interpretación de los efectos o naturaleza de tales hechos, para ver cuáles deben ser probados; y, v) la identificación de los intereses jurídicos en conflicto para orientar el tratamiento probatorio a una solución jurídicamente sostenida en Derecho.

Una vez expuestas las opiniones, surge la interrogante: ¿cómo debe ser la forma para fijar la controversia? En este caso, el órgano jurisdiccional debe tener especial cuidado de no confundir la tendencia jurisprudencial de casos similares que podrían incentivar una línea de opinión predeterminada a manera de prejuzgamiento; pues la controversia posee cualidades únicas y exclusivas, mereciendo un trato exclusivo.

A partir de lo expuesto, podemos colegir que se debe estudiar los hechos expuestos por las partes, para establecer cuáles son esenciales o no; una vez realizado ello, se debe ingresar a su discusión y probanza, atendiendo a su contenido jurídico, para finalmente pasar a filtrar los medios de prueba pertinentes.

Por lo que la fijación de los puntos controvertidos viene a representar una herramienta fundamental para que el juez pueda definir sobre los hechos materia de pronunciamiento en la sentencia; a la vez, permite que las partes puedan verificar si la sentencia se ha pronunciado sobre los hechos controvertidos.

Finalmente, los puntos controvertidos son muy importantes porque en relación con ellos se guía la actuación de la prueba; de esta manera, lo que no es materia de controversia (hecho no controvertido) no tiene mérito o razón para una futura actuación probatoria; es así que «no hay forma de realizar una calificación de los medios de prueba si es que no se han delimitado los hechos respecto de los cuales el juez se pronunciará. Sin el *tema decidendum* no hay *thema probandum*» (Cavani, 2016, p. 188).

— VII. Conclusiones

La fijación de los puntos controvertidos constituye el eje estructural del proceso civil y la herramienta esencial para garantizar una actividad probatoria pertinente, racional y orientada a resolver la controversia; sin una adecuada delimitación del objeto litigioso, el proceso carece de dirección, se afecta la economía procesal y se corre el riesgo de obtener sentencias incongruentes o apoyadas en hechos no debatidos; por lo que la controversia debe construirse sobre hechos esenciales alegados por las partes, vinculados directamente a la norma jurídica aplicable y que resultan determinantes para la decisión final.

La práctica judicial peruana evidencia deficiencias recurrentes en la fijación de los puntos controvertidos, tales como la reproducción del petitorio, lo cual desnaturaliza la función delimitadora de esta institución; develando una comprensión insuficiente del instituto y una falta de integración entre la teoría de la pretensión, los hechos esenciales y el análisis normativo del caso; proyectándose a generar procesos desordenados, actividad probatoria excesiva y decisiones que no reflejan el verdadero conflicto jurídico.

La correcta fijación del objeto litigioso exige un estudio juicioso de la demanda, contestación y eventuales recon convenciones, identificando hechos esenciales, verificando su contradicción y relacionándolos con el supuesto de hecho de la norma aplicable; contexto que debe ser liderado por el juez como director del proceso, como garantía para las partes, pues orienta la actuación probatoria, evita arbitrariedades y asegura que la sentencia se pronuncie sobre aquello que realmente ha sido materia de debate. En ese sentido, sin un adecuado *thema decidendum* no puede construirse un válido *thema probandum*, tal como lo advierte la doctrina contemporánea.



VIII. Lista de Referencias

- Cavani, R. (2016). *Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros*. Revista de Maestría en Derecho Procesal. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/16422>
- Hinostroza, A. (2010). *Derecho Procesal civil VII: procesos de conocimiento*. Juristas editores.
- Hurtado Reyes, M. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Idemsa.
- Ledesma Narváez, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil – tomo II*. Gaceta jurídica.
- Monroy Gálvez, J. (1992). *La postulación del proceso en el Código Procesal Civil*.
- Morales Godo, J. (2020). *La postulación del proceso*. Instituto Pacífico.
- Salas Villalobos, S. (2013). Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11943>
- Sevilla Agurto, P. (2022). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Instituto Pacífico.
- Villarreal, V., Millones, C., & Rioja, A. (2021). *Derecho Procesal Civil – oralidad, doctrina y análisis jurisprudencial*. Jurista editores.

LICENCIA

CC BY-NC-SA 4.0 — Este artículo se distribuye bajo los términos de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Propuesta de modificación en el rol del juzgador para la aplicación de las convenciones probatorias

Proposal for modification in the role of the judge for the application of evidence conventions

PINGLO CAPUÑAY, Luis Felipe*

RESUMEN

En el presente artículo, se analiza el estado actual del proceso penal peruano frente a la aplicación de los acuerdos probatorios, encontrando como problema en su aplicación práctica que el proceso penal carece de celeridad y economía procesal, debido a que los operadores del derecho no utilizan este mecanismo procesal.

En ese sentido, este trabajo propone una modificación del artículo 350, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Penal, a fin de que sea el juzgador quien tome un papel activo en la etapa intermedia y promueva la aplicación de convenciones probatorias entre las partes procesales.

Palabras clave — Convenciones probatorias, rol del juez, celeridad y economía procesal.

ABSTRACT

This article analyzes the current state of the Peruvian criminal process regarding the application of evidentiary agreements. It identifies a problem in their practical application: the criminal process lacks speed and procedural economy because legal professionals do not utilize this procedural mechanism effectively.

Therefore, this paper proposes a modification to Article 350, paragraph 2, of the New Criminal Procedure Code so that the judge takes an active role in the preliminary hearing stage and promotes the application of evidentiary agreements between the parties.

Keywords — Evidence conventions, role of the judge, speed and procedural economy.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Realidad problemática · IV. Las convenciones probatorias en el Código Procesal Penal · V. Ámbito de aplicación de las convenciones probatorias · VI. Hechos sobre los cuales se puede aplicar convenciones probatorias · VII. Etapa para celebrar convenciones probatorias · VIII. Efectos de las convenciones probatorias · IX. Motivos de la escasa aplicación de las convenciones · X. Propuesta normativa · XI. Conclusiones · XII. Lista de Referencias

* Abogado. Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Particular Señor de Sipán. Investigador en materia procesal penal, con énfasis en mecanismos de simplificación procesal y justicia penal negociada.

I. Introducción

Las también denominadas estipulaciones probatorias, es una de las novedades procesales que ha traído consigo la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, en adelante NCPP, ello como parte de la reestructuración procesal en todo América Latina. Así, se dice, que las convenciones probatorias son una expresión de las técnicas de negociación penal que permite a las partes, jugar un papel mucho más dinámico dentro del proceso penal. En ese sentido, podemos explicar que, las convenciones probatorias son un acuerdo entre la parte acusadora y acusada, sobre hechos o circunstancias, que, al darse por acreditados, no necesitan ser actuados en el juzgamiento, a consecuencia, de que sobre ellos no versa controversia alguna que deba ser dilucidada en el plenario.

Este instrumento procesal trae consigo una serie de beneficios que se encontraban ausentes durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, así, por ejemplo, con la aplicación de las convenciones probatorias, son las partes procesales, las que de manera consensuada pueden resolver qué puntos controvertidos se discutirán en la etapa de juzgamiento, depurando así el juicio oral de debates innecesarios, dotando al proceso de celeridad y economía procesal.

Sin embargo, a pesar que las convenciones son un mecanismo de simplificación, implementado para hacer más célere el proceso penal, Sucari (2021) ha identificado que:

Este instituto procesal tiene un bajo índice de aplicación comparado con otros mecanismos de simplificación procesal como la conclusión y terminación anticipada, es más, ni siquiera es considerado en las estadísticas de Gestión de Indicadores del Ministerio Público a nivel nacional, como tampoco ha sido considerado en el Sistema de Gestión del Poder Judicial (p.3).

SUCARI, 2021, P. 3

Bajo ese contexto, este trabajo explicará las principales razones por las cuales los operadores de derecho, optan por no aplicar convenciones probatorias en el proceso penal, así mismo, dará a entender los beneficios que trae consigo este instrumento procesal, y el papel del juez en su aplicación, para de esta manera extraer conclusiones y proponer recomendaciones que justifiquen una propuesta de modificación del Artículo 350° inciso 2 del NCPP, a fin de plantear un rol más activo del Juez de Investigación Preparatoria, en la aplicación de los acuerdos probatorios, lo que contribuirá a agilizar el proceso penal actual.

II. Métodos y técnicas

El presente artículo se ha desarrollado bajo la metodología cualitativa, en ese sentido he utilizado el análisis de conceptos y significados del proceso penal peruano. Así como he acudido a la interpretación de las normas del proceso penal, específicamente la normatividad que rige las convenciones probatorias, acudiendo al análisis del Nuevo Código Procesal y Penal y al desarrollo del argumento para elaborar la propuesta modificatoria. Como técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental, tanto de la normatividad y la doctrina sobre la materia.

III. Realidad Problemática

Resulta claro, que las estipulaciones probatorias funcionan como una herramienta de simplificación procesal propio de un sistema de resolución de conflictos, mediante el cual se depura el juicio oral de la actuación de pruebas innecesarias y sobreabundantes, al haber, las partes procesales, establecido que respecto a ellos no existe controversia, dándose los hechos (materia de acuerdo) por acreditados.

Sobre sus implicancias en el proceso penal actual, en cuanto a celeridad y economía procesal, Herrera y Villegas (2017) han indicado que “los acuerdos probatorios en nuestro sistema de justicia, se encuadran en lo que denominamos la justicia penal negociada y nace ante la necesidad de simplificar el proceso penal” (p.89). En esa misma línea de pensamiento Espinoza (2017) ha referido que:

Los acuerdos probatorios, tiene como objetivo, aportar a la agilidad y dinamicidad del proceso, especialmente al desarrollo del juicio, haciéndolo más célere y económico, debido a que evita debates respecto a hechos o medios de prueba sobre los cuales ya no existe confrontación, debido a que las partes así lo han acordado (p.57).

Como se puede advertir, los beneficios de aplicar acuerdos probatorios consisten en tener un juicio más célere, más descargado, menos complicado, y depurado de debates innecesarios. Sin embargo, como ya se ha mencionado líneas arriba, el problema que se ha podido identificar es que, pese a que contamos con una herramienta sencilla e idónea para la dirimir los conflictos penales, los operadores de justicia, dígame, fiscales, abogados y jueces, no aplican los acuerdos probatorios en el proceso penal y ello se debe a diferentes motivos como: la falta de conocimiento sobre sus alcances, cultura confrontacional de las partes procesales, y el papel inactivo del Juez de Investigación Probatoria para promover su aplicación.

Así, por ejemplo, en el estudio realizado por Aguirre (2014) se ha podido determinar:

En una encuesta aplicada a 06 Jueces, 07 Fiscales y 05 Abogados – no representativa – que la escasa aplicación de las convenciones probatorias se debe, al desconocimiento de este instrumento procesal por parte de los operadores de justicia, deficiencias normativas, poco desarrollo normativo, momento equivocado para su aplicación, costumbre confrontacional entre Fiscales y Abogados, y rol pasivo del juzgador en la etapa intermedia (p.11).

AGUIRRE, 2014, P. 11

De ello se extrae que, las causas del problema investigado son:

- Normativas: Comprende el Artículo 350° inciso 2 del NCPP, debido a que las convenciones probatorias no son aplicadas eficazmente debido a que actualmente su empleo es facultativo para las partes, no vinculando al juez para promover su aplicación, por lo que tiene un rol pasivo frente a su uso.
- Prácticas: La no aplicación de las convenciones trae como consecuencia juicios engorrosos, complejos y cargados de material probatorio sobreabundante, lo que a todas luces no contribuye a la celeridad y economía procesal.

— IV. Las convenciones probatorias en el Código Procesal Penal

Para partir en este trabajo, resulta necesario, en primer lugar, explicar dónde se encuentra regulado este mecanismo procesal pues de la explicación del problema, como se ha podido advertir, uno de los problemas que justifica la poca aplicación de este instrumento, es su desconocimiento. Así, respecto a ello, podemos decir que, los acuerdos probatorios se encuentran regulados específicamente en los Artículos 156 inciso 3, 350 inciso 2, 352 inciso 6 y 353 inciso 2 del NCPP. El Artículo 156 inciso 3 establece que “las partes procesales pueden acordar que cierta circunstancia no requiere ser probada, en ese caso se tomará como un hecho notorio, debiéndose plasmar dicha manifestación de voluntad en el acta”. (Código Procesal Penal, 2004).

De manera similar en los Artículos 350, 352 y 353 indican que, las convenciones probatorias son celebradas dentro de la etapa intermedia en el lapso de 10 días después de notificada la acusación fiscal, ello debido a que según Talavera (2017) “una vez conocida la acusación y las pruebas presentadas por la parte acusadora, la defensa podrá determinar qué hechos o medios de prueba podrían estar sujetas a convención probatoria de acuerdo a la teoría del caso que ha adoptado” (p.75).

Así, las partes procesales tienen la posibilidad, bajo el principio de igualdad en el proceso, acordar qué circunstancias o medios de prueba, no requerirán ser debatidos en el plenario, este acuerdo debe ser plasmado en el auto de enjuiciamiento, con la finalidad de poder dar a conocer al Juez Penal Unipersonal o Colegiado, sobre los acuerdos tomado por ambas partes y el modo de la valoración de los mismos.

De lo explicado hasta aquí, podemos advertir que la regulación de las convenciones probatorias se encuentra dispersa, y sobre el estudio del tema existe muy muy poco desarrollo normativo, como explica Aguirre (2014):

Nuestro Código Procesal Penal, no trata a este instrumento procesal de manera especial, no lo desarrolla en un título, capítulo, sección o artículo independiente, tal como lo ha hecho por ejemplo con figuras como el principio de oportunidad, terminación anticipada o la conclusión anticipada, lo que dificulta su rápida identificación (p.11).

AGUIRRE, 2014, P. 11

Estas dificultades, ha motivado que este instituto procesal sea muy poco conocido en el país, ya que muchos de los operadores del derecho, desconocen sus alcances, así como sus beneficios.

— V. Ámbito de aplicación de las convenciones probatorias

Convención sobre hechos

La convención probatoria, de conformidad con los Artículos 156 y 352 del NCPP, es un acuerdo que recae sobre hechos, circunstancias o enunciados fácticos. En ese sentido, la convención probatoria se convierte en un instrumento beneficioso para las partes procesales (Fiscal y Acusado) donde ambos acuerdan, que determinados hechos o acontecimientos no necesitan ser probados en juicio oral, debido a que sobre ellos no hay duda sobre su existencia o sobre su ocurrencia, así el Juez de Juicio limitará en debate solo sobre aquellos hechos donde exista controversia o discusión entre las partes. De esta manera, como explica Santos (2019):

Ese tipo de convenciones recae sobre un hecho o una circunstancia no controvertida, en el cual las partes procesales coinciden en que el hecho se produjo o tuvo lugar en la realidad, por lo tanto, en el juicio oral, el Juez, previo conocimiento de los acuerdos adoptados por los intervinientes, limita el debate solo sobre aquellos hechos donde existe duda sobre su ocurrencia (p.18).

Ejemplo de convenciones sobre hechos: se puede dar el caso que unas de las partes procesales (Fiscalía) afirma la ocurrencia de un hecho y la otra parte (Defensa) coincide en que dicho suceso se dio en la realidad, existiendo un consenso respecto de ello, por lo tanto, optan por llegar a una Convención Probatoria respecto a este hecho, el cual ya no será necesario probarlo en el Juicio, siendo importante que sobre ese hecho lógicamente exista una prueba que así lo acredite. Supongamos un caso de Agresiones contra la Mujer o Integrantes del Grupo Familiar, donde Fiscalía afirma lo siguiente:

- Hecho 1: Juan Castillo el día 28.06.2021 a horas 16:00 llegó ebrio a su domicilio, existiendo el dosaje respectivo.
- Hecho 2: Juan Castillo al no encontrar almuerzo procedió a agredir con patadas a su conviviente Marta Guevara, a quien le causó lesiones que han sido plasmados en el Certificado Médico Legal.
- Hecho 3: Posterior a la agresión Juan Castillo, salió del domicilio a horas 16:30 y no regresó hasta el día siguiente en horas de la mañana.

Según la teoría del caso de la Defensa del Acusado, reconoce el hecho 1 y 3, los cuales, para él, tuvieron lugar, sin embargo, no coincide con el hecho 2, en el sentido, que afirma que si bien su patrocinado el día 28.06.2021 a horas 16:00 llegó ebrio a su domicilio, salió del mismo a horas 16:30 sin causar ninguna lesión, en razón de que la agraviada lo echó de la casa al descubrirle mensajes de infidelidad, y que las lesiones que presenta no se condicen con la data de los hechos. En ese caso, ambas partes coinciden con la ocurrencia del hecho 1 y 3 respecto del cual pueden llegar a una convención probatoria, omitiendo su probanza en el plenario, quedando para discusión sólo el hecho 2.

Convención sobre medios de prueba

De acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, el Artículo 350 inciso 2 del NCPP, establece que respecto a los medios de pruebas se podrá proponer acuerdos, los mismos que serán necesarios para poder determinar los hechos que se estimen probados, es decir, como explica Ariano (2016) “se acuerda que un medio de prueba en específico, dará por acreditado un hecho en específico, obviando por lo tanto las demás pruebas presentadas, omitiendo su actuación en el juzgamiento” (p.57).

En ese sentido, Aniceto (2019) explica que, en el acuerdo sobre medios de prueba son “los sujetos procesales quienes optan por acordar que una sola prueba, de todas las que han sido ofrecidas, dará por acreditado un determinado hecho o circunstancia, el cual debe ser valorado por el órgano jurisdiccional” (p.40).

Así, las partes deben escoger el medio de prueba más idóneo que permita acreditar un hecho y que aporte a su teoría del caso, debiendo el juez en esta situación obviar la actuación o debate en el Juicio de aquellos medios de prueba que han sido desechados por las partes procesales, no pudiendo valorarlos.

En este punto, soy de la opinión que, si bien algunos autores indican que existe convención probatoria sobre hechos y convenciones probatorias sobre medios de prueba, es importante resaltar que no se trata de dos tipos de acuerdos diferentes, si analizamos con detenimiento, podemos decir que, cuando las partes llegan a acuerdos sobre medios de pruebas, tienen que establecer qué hechos se tienen por probados con dicha prueba, en el mismo sentido, cuando se llega a acuerdos sobre hechos, se tiene que dejar establecido qué medio de prueba acredita tal hecho, entonces no estamos ante dos situaciones diferentes, porque para probar hechos necesitamos del medio de prueba y para convenir un medio de prueba se necesita del hecho, de lo contrario simplemente al acuerdo no se podría dar.

VI. Hechos sobre los cuales se puede aplicar convenciones probatorias

Otro de los problemas que se ha suscitado en relación a la aplicación de las convenciones probatorias, es respecto a qué extremo de la teoría del caso se pueden llegar a aplicar, es decir ¿la convención probatoria se aplica sobre el hecho principal o sobre el hecho secundario? Esta interrogante, trataremos de resolverla sin confundir al lector, es por ello, que resulta importante diferenciar en primer orden, cuál es el hecho principal y cuál el secundario.

Hecho Principal: Sucari (2021) citando a Taruffo, indica que: “el hecho principal es el centro de la imputación, la norma lo etiqueta como, relevantes, constitutivos, extintivos, modificativos o impeditivos, en otras palabras, es el punto neurálgico de las consecuencias jurídicas” (p.8).

Así, se dice que el hecho principal, es la descripción de la conducta como delito, es decir, el hecho principal se refiere a los hechos que configuran el tipo penal y es lo que va a ser objeto de probanza en el proceso penal. Me explico, imaginense que A atropella a B, debido a que el conductor ha inobservando las reglas de tránsito (se pasó la luz roja) cometiendo el delito de Lesiones Culposas Graves, en este caso, el hecho principal y objeto de prueba será, probar que A atropelló a B por inobservar las reglas de tránsito.

Hecho Secundario: Son también denominados hechos accesorios, tal como explica Espinoza (2018) “quien postula un hecho, debe acreditarlo, pero no siempre un hecho puede demostrarse de manera directa, es aquí donde entra a tallar el hecho secundario, el mismo que al tener relación con el principal, puede potenciar o consolidar una afirmación” (p. 34). Entonces el hecho secundario, es lo que no tiene que ver con el centro de la imputación, si no más bien con cuestiones periféricas a este.

Por ejemplo, A dentro de un bus que se dirige en la ruta de Chiclayo a Jaén, tocó las partes íntimas de B, aquí el hecho principal es la acción del tocamiento indevido realizado por A, y un hecho secundario sería acreditar que tal día A y B abordaron el mismo bus, a fin de acreditar el espacio personal y temporal del hecho, lo cual se puede acreditar por ejemplo con la compra de los boletos de abordaje, siendo este el hecho secundario, periférico que ayudará a acreditar el hecho principal.

Teniendo clara ambas diferencias, en doctrina se ha dicho que no existe impedimento legal para que las convenciones probatorias sean aplicadas también sobre los hechos principales, así algunos han sostenido que los acuerdos probatorios perfectamente pueden versar sobre hechos principales, es decir, sobre aquellos hechos vinculados a la fórmula típica del ilícito penal.

Sobre este extremo, se debe tener en consideración que las convenciones probatorias no tienen como finalidad matar el proceso, es decir, ponerle fin, con las convenciones probatorias, de todas maneras habrá proceso pero la convención probatoria quiere que este debate se centre únicamente en el hecho principal, que el debate este dirigido a si hubo o no delito, es por este motivo que las convenciones probatorias únicamente pueden versar sobre hechos secundarios, hechos periféricos, que tienen por finalidad, descargar el juicio de debates innecesarios, accesorios, que no trastocan la responsabilidad del acusado, pues razonar en contrario, es decir, admitir que las convenciones probatorias, pueden aplicarse sobre hechos principales, sería admitir que su finalidad es acabar con el proceso, dándole los mismos efectos que una terminación anticipada o una conclusión anticipada, lo que no es correcto, pues cada institución procesal cumple finalidades distintas.

VII. Etapa para celebrar convenciones probatorias

La celebración de los acuerdos probatorios de conformidad a lo normado por el Código Procesal Penal, se aplica en la etapa intermedia, así se encuentra regulado en el Artículo 350 inciso 2 (notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales) así esta norma, establece que:

La acusación será notificada a las demás partes, quienes en el plazo de 10 días podrán: proponer hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Así mismo podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. (Código Procesal Penal, 2004).

CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004, ART. 350.2

De esta manera, todo acuerdo consentido por las partes respecto a las Convenciones Probatorias deberá constar en el auto de enjuiciamiento (conforme a lo establecido en el Artículo 353 inciso 2 apartado c) del NCPP), ello con el objetivo de que el Juez de Juzgamiento tenga conocimiento respecto al consenso arribado por las partes, y actuar en Juicio Oral únicamente lo controvertido.

En doctrina se ha dicho, que, si bien nuestro Código Procesal Penal ha establecido que las convenciones probatorias se lleven a cabo en la etapa intermedia, también es cierto que no existe impedimento legal, para que ellas se lleven a cabo en la etapa de juzgamiento, específicamente en el momento de los alegatos de apertura (Oré, 2016, p.444).

Respecto a este extremo, soy de la opinión de que las etapas procesales han sido diseñadas para cumplir un rol en específico dentro del proceso penal y tienen efecto preclusorio, el mismo, que los operadores del derecho debemos respetar, a fin de aportar al buen funcionamiento de la administración de justicia, si bien se ha dicho que no existe norma que impida la aplicación de las convenciones probatorias en el juicio oral, no es menos cierto, que el mismo código, está dejando establecido que la oportunidad pertinente es en la etapa intermedia, y tiene mucho sentido, pues esta etapa, es la que funciona como filtro para las pruebas que se admitirán y posteriormente se debatirán en el plenario, función que no es propia del juzgamiento, donde se discute culpabilidad o inocencia del acusado, en este contexto, no podemos hacer lo que nos resulte más conveniente, desnaturalizando de esta manera las funciones establecidas para cada estadio procesal.

VIII. Efectos de las convenciones probatorias

Conforme a lo establecido en el Artículo 350.2 del NCPP, el efecto que tiene las Convenciones Probatorias, es que los hechos o acontecimientos, donde las partes acuerdan convenir sobre ellos, estos se darán por probados, suprimiendo su acreditación en Juicio Oral, en otras palabras el efecto que despliega, es que el Juez dará por acreditado un determinado hecho o acontecimiento, siempre y cuando, existe un medio de prueba que dé cuenta sobre su existencia, pues el juzgador no podría dar por acreditado un hecho obviando la existencia de la prueba, esto sería un contrasentido a la naturaleza misma de un proceso judicial.

IX. Motivos de la escasa aplicación de las convenciones

Desconocimiento de la figura procesal: Como hemos explicado anteriormente, el NCPP ha dejado reservado para la segunda etapa del proceso (etapa intermedia) la aplicación de las convenciones probatorias, ello con la finalidad de simplificar la etapa de juicio. Sin embargo, los índices de su aplicación son escasos, y esto se debe a diferentes motivos, siendo uno de ellos, el desconocimiento de este instituto procesal por parte de los operadores del derecho, dígame, Abogados, Fiscales y Jueces. Así, conforme al estudio – no probabilístico – realizado por el autor – en la tesis denominada “Modificación del artículo 350.2 del nuevo código procesal penal para plantear el uso obligatorio de las convenciones probatorias”, en una población de 50 especialistas en derecho penal del Distrito Judicial de Lambayeque en el 2023, a la pregunta formulada ¿Cree usted que la falta de conocimiento de los jueces, fiscales y abogados, es la causa de la no aplicación de las convenciones probatorias? Se obtuvo que el 62% de los encuestados afirmó que la falta de su aplicación es por desconocimiento de este mecanismo procesal, el 24% afirmó que este no es un motivo de su no aplicación, mientras que el 14% no opinó sobre el tema.

Esta encuesta, deja entrever, que pese a los años que han pasado del estudio realizado por Aguirre (2014), las cosas, respecto al conocimiento de este mecanismo procesal, no han cambiado, pues existe un gran porcentaje de especialistas en derecho penal, que aún desconocen esta figura procesal, sus alcances y beneficios, lo que se ve traducido en su casi nula aplicación.

Falta de desarrollo normativo: Otro de los motivos que contribuye al desconocimiento de las convenciones probatorias, es también su poco desarrollo normativo, pues nuestra norma procesal penal, le ha dado muy poca importancia a comparación con otros mecanismos procesales propios de la justicia penal negociada, como el principio de oportunidad, terminación anticipada y conclusión anticipada, no teniendo este instituto un desarrollo independiente, de la misma manera, se advierte que su regulación se encuentra dispersa, así lo encontramos subsumido en los Artículos 156 inciso 3, 350 inciso 2, 352 inciso 6 y 353 inciso 2 del NCPP, hecho que dificulta su identificación. Aunado a ello, se aprecia de las normas antes mencionadas, que actualmente, la aplicación de las convenciones probatorias, es facultativa para las partes, es decir no es una norma imperativa, que los obligue a llegar a este tipo de acuerdos, es por ello que los operadores de justicia le restan importancia. Así, en la práctica, podemos observar que las convenciones probatorias, no son propuestas por la defensa del acusado ni tampoco mencionadas por el Fiscal, lo que no permite su desarrollo y aplicación dentro de la etapa intermedia, es por ello, que consideramos que en este extremo, el papel del Juez como director del proceso, cumple un rol fundamental.

Cultura confrontacional en los procesos: Una de las obligaciones principales que debe procurar todo Estado, es promover la resolución de conflictos entre sus habitantes. Sin embargo, en la comunidad actual, este tópico no funciona correctamente, y esto se debe en gran medida, a la poca capacidad de los operadores jurídicos para promover soluciones alternativas, y es que, la mayoría de los profesionales en el derecho, desde las aulas universitarias, somos formados para el debate, para la discusión, para poner en tela de juicio los argumentos de nuestra contraparte, y esta idiosincrasia, es la que dificulta o no permite que las partes que se encuentran enfrentadas en un juicio, empleen mecanismos propios de la justicia penal negociada. Comúnmente, pensamos que nuestra contraparte no tiene nada bueno que ofrecernos, y, por lo tanto, todo acuerdo asumido y propuesto por el adversario, es aceptar su posición y debilitar la nuestra.

El rol del juez de garantías: El rol que cumple todo Juez en las audiencias, resulta fundamental para que el sistema acusatorio – adversarial, implementado en nuestro sistema procesal, funcione. El Juez como director del proceso, debe emplear sus destrezas, técnicas, así como su conocimiento en la materia, para guiar a las partes y que las audiencias programadas se lleven en los términos diseñados por nuestro código procesal penal, así la dinámica que se emplea en las audiencias orales, depende mucho del rol que desempeñe su director. Rua y Gonzales (2018) han referido “en las audiencias que se lleven a cabo durante la etapa intermedia, el Juez de Investigación Preparatoria, debe examinar la posibilidad de que las partes procesales, puedan llegar a consensos, que signifiquen la resolución del conflicto” (p.7) y mencionan esto, en razón a que el nuevo proceso penal, implementado en América Latina, tiene como uno de sus objetivos, la solución de las controversias, por medio de la aplicación de salidas alternativas o acuerdos entre las partes, es por ello que el juzgador debe procurar fortalecer el entendimiento de lo que sucede en la audiencia, para las partes involucradas en él.

En la realidad concreta, y en lo que respecta al tema que se trata en el presente trabajo, se advierte en la mayoría de casos, un papel inactivo del Juez de Investigación Preparatoria frente a la aplicación de las convenciones probatorias. Es observable en la práctica judicial, que contamos con muy pocos Jueces que deciden tomar un papel activo o dinámico dentro del proceso penal, así mucho de ellos no promueven o no incentivan a las partes procesales a llegar a acuerdos, obteniendo como resultado, juicios largos y cargados de material probatorio por actuar, y esto se debe en gran medida a que contamos con una norma procesal (Artículo 350.2 NCPP) que no le da ese encargo obligatorio al Juez de promover el acuerdo probatorio entre las partes, y al ser una norma facultativa, queda únicamente en letra muerta su uso. Este extremo ha quedado corroborado con el estudio realizado por el autor en la tesis antes precisada donde en la encuesta aplicado a 50 especialistas en derecho penal, ante la pregunta: Considera usted que la falta de práctica judicial, contribuye a la no aplicación de las convenciones probatorias? El 94% de los encuestados ha respondido que la falta de práctica judicial contribuye a la no aplicación de este mecanismo procesal, el 4% ha referido que esta no es una causa de su no aplicación, mientras que el 2% no opina sobre el tema.

Ante estas deficiencias, resultaría una muy buena práctica judicial, que sea el Juez de Investigación Preparatoria, quien, de manera obligatoria, promueva entre las partes procesales, el arribo de acuerdos probatorios, para ello nuestra norma procesal, debe sufrir una modificación en su contenido (Artículo 350.2 del NCPP) de esta manera se estaría promoviendo la simplificación del juicio oral, dotando al proceso de celeridad y economía procesal. Debe precisarse, que esta nueva tarea asignada al Juez de Garantías, no debe ser entendida en contravención a rol neutral dentro del proceso, si no, que debe ser entendida como el efectivo desarrollo de su función como Juez de etapa intermedia, es decir, debe utilizar los mecanismos procesales regulados en el código procesal penal, para depurar la contienda, y que solo pase a juicio lo realmente necesario, lo relevante, limpiándolo por decirlo así, de hechos y pruebas sobre los cuales las partes no tienen controversia, coadyuvando a una mejor administración de justicia. Es lógico que esta modificatoria, con el transcurso del tiempo y la práctica, irá perfeccionándose, sin embargo, la finalidad es clara, dotar de celeridad el proceso penal y otorgar a las partes una justicia más pronta. Esto se asemeja a los que ocurrió hace unos años atrás con el Proceso Inmediato, es decir, el desconocimiento de este Instituto Procesal, provocó que delitos como la omisión a la asistencia familiar o el delito de conducción en estado de ebriedad se convirtieran en investigaciones fiscales que tomaban mucho tiempo para resolver, generando carga en los despachos, sin embargo, con la modificatoria del Artículo 446 inciso 4 del NCPP, se impulsó el uso obligatorio de esta institución procesal, promoviendo la resolución de casos de manera inmediata, similar situación, ocurre actualmente con las convenciones probatorias, el mismo que debido al desconocimiento de una parte considerable de los operadores del derecho, respecto a sus beneficios y alcances, es que aún no se ha promovido su constante aplicación, además que no contamos con una norma que estimule su uso.

X. Propuesta normativa

Dado que se ha identificado, un rol pasivo del Juez de Investigación preparatoria en cuanto a la aplicación de las convenciones probatorias, siendo esta una de las principales razones de su bajo índice de aplicación, he considerado conveniente que el Artículo 350° inciso 2 del Código Procesal Penal, quede modificado de la siguiente manera, ello con la finalidad de vincular al juez y promover su uso.

Artículo 350.- Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales. (...) 2. Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio, dejando constancia de la prueba que acreditan estos hechos. El Juez, cuando haya advertido la posibilidad de arribar a convenciones probatorias, dispondrá que las partes celebren las mismas. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN — ART. 350.2 NCPP

Análisis costo – beneficio de la futura norma legal. La presente iniciativa legislativa no generará costos al erario del Estado, con la modificatoria se logrará promover la simplificación y celeridad procesal, el mismo que resulta beneficioso para el correcto funcionamiento de la administración de justicia, además, la sociedad se verá beneficiada con un proceso mas célere.

— XI. Conclusiones

Durante el desarrollo de la investigación, se ha logrado detectar y caracterizar que el estado actual del proceso penal peruano frente a la aplicación de las convenciones probatorias, es deficiente, pues su bajo índice de aplicación, se debe a diferentes factores como: el desconocimiento este mecanismo procesal, desconocimiento de sus alcances y beneficios, deficiencias normativas en cuanto a su regulación, cultura confrontacional entre las partes procesales y el rol pasivo del Juez de Investigación Preparatoria frente al uso de los acuerdos probatorios.

La finalidad principal de las convenciones probatorias, es simplificar la etapa del juicio oral, descargándolos de hechos y material probatorio sobreabundante e innecesario, que muchas veces trae como consecuencia que los juicios se programen hasta en varias sesiones. Los acuerdos probatorios, constituyen una herramienta idónea que contribuye a dirimir los conflictos penales, dotando al proceso además de celeridad y economía procesal.

Se ha establecido que las estipulaciones probatorias, únicamente pueden aplicarse con hechos secundarios, que no se refieran a la responsabilidad penal del acusado, pues de aplicarlo a hechos principales, se le estaría otorgando funciones ajenas a esta figura y propias de otras, como la terminación anticipada o conclusión anticipada, lo que no resulta correcto, pues la finalidad de este mecanismos procesal, no es acabar con el proceso, por el contrario, su objetivo es simplificar el debate para el juicio.

Conforme a los conocimientos expuestos, se ha podido determinar que la etapa procesal para aplicar convenciones probatorias es la intermedia, y no la del juicio oral como algunos juristas sostienen, si bien no existe norma procesal que prohíba su uso en la etapa de juicio, no es menos cierto, que cada estadio procesal tiene una finalidad marcada en nuestro código procesal penal, debiendo los operadores del derecho evitar desnaturalizar cada una de ellas.

Una de las principales causas de la falta de aplicación de las estipulaciones probatorias, se debe al rol pasivo del Juez de Investigación Preparatoria, quien como director del proceso, no promueve la aplicación de estos, y esto se debe a que contamos con una norma facultativa para las partes (Artículo 350 inciso 2 del NCPP) y no vinculante para el Juez en cuanto a su uso, resultando importante que esta norma sufra una modificación en su contenido a fin de impulsar el uso de este mecanismos procesal.

— XII. Lista de Referencias

Aniceto Llanos, M. E. (2019). Las convenciones probatorias y su incidencia en la celeridad procesal en la etapa de juzgamiento, en el juzgado penal colegiado del distrito judicial de Huánuco – 2018. (Tesis para optar el Título profesional de Abogado), Universidad de Huánuco – Huánuco, Perú. Recuperado de:
<http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2060/ANICETO%20LLANOS%2c%20Milagros%20Evelin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ariano Deho, E. (2016). Prueba del derecho y tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Editorial Instituto Pacífico.

Aguirre Chumbimuni, J. A. (2014). Convenciones o estipulaciones probatorias su aplicación en el Perú, Un estudio dogmático – empírico. Foro Jurídico. Recuperado de: <file:///D:/Users/FN/Downloads/13786-Texto%20del%20art%C3%ADculo-54894-1-10-20150831.pdf>

Código Procesal Penal. Decreto Legislativo 957, 22 de julio del 2004. Lima: Jurista Editores.



Espinoza, Espinoza, J. (2017). "Acto Jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial". 4ª edición. Lima - Perú: Editorial Instituto Pacífico.

Espinoza Ramos, B. (2018). Litigación Penal – Manual de Aplicación del Proceso Común. Lima: Ediciones Olejnik

Hualpá Macedo, M. (2020). Análisis jurídico de la aplicación de las convenciones probatorias en la etapa intermedia en los juzgados penales de la Corte Superior De Puno año 2016 y 2017, (Tesis para optar el grado académico de Maestro en ciencias: Derecho con mención en Derecho Penal y Procesal Penal), Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa – Arequipa, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12773/12847/UPhumam.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Herrera Guerrero, M y Villegas E. (2017). La Prueba en el Proceso Penal. Lima: Editorial Instituto Pacífico. Actualidad Penal.

Oré Guardia, A. (2016). Derecho Procesal Penal Peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Pinglo Capuñay, L.F. (2023). Modificación del artículo 350.2 del nuevo código procesal penal para plantear el uso obligatorio de las convenciones probatorias. (Tesis para obtener el grado académico de maestro en derecho penal y procesal penal), Universidad Particular Señor de Sipán. Recuperado de <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/11524/Pinglo%20Capu%C3%B1ay%20Luis%20Felipe.pdf?sequence=12&isAllowed=y>

Rua, G. Y Gonzales, L. (2018). El Rol del Juez en un Sistema Adversarial. Fundamentos y Técnicas de Conducción de Audiencias. Reflexiones – Litigación y Sistemas por Audiencias. Recuperado de: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/05/reflexiones_ruaygonzalez-1.pdf

Sucari Cruz, R. (2021). Las Convenciones Probatorias en el Código Procesal Penal: dificultades para su aplicación en el sistema procesal penal peruano. Revista de Derecho. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/journal/6718/671870939003/671870939003.pdf>

Santos Mercedes, G. E. (2019). Criterios jurídicos que garantizan la correcta aplicación de las convenciones probatorias en el proceso penal peruano. (Tesis para obtener el título profesional de Abogado), Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Recuperado de: https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5867/1/REP_DERE_GIULIANA.SANTOS_CRITERIOS.JUR%C3%8DDICOS.GARANTIZA%20N.CORRECTA.APLICACI%C3%93N.CONVENCIONES.PROBATORIAS.PROCESO.PENAL.PERUANO.pdf

Talavera Elguera, P. (2017). La prueba Penal. Edición junio 2017. Lima: Editorial Instituto Pacífico.



● ARTÍCULO 6 · ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Fundamentos que justifican la inconstitucionalidad de la causa de justificación en el ejercicio de la fuerza por la Policía Nacional y Fuerzas Armadas

Grounds justifying the unconstitutionality of the justification for the use of force by the National Police and Armed Forces

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio*

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrolló los fundamentos que justifican la inconstitucionalidad de la causa de justificación en el ejercicio de la fuerza por la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, para ello se ha planteado como problemática que la incorporación y posterior modificación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal peruano enfrenta por un lado el bien jurídico vida e integridad personal con la función constitucional de causar lesiones o la muerte. Para dar respuesta a esta problemática primero se abordó el tema desde un enfoque ius filosófico, otorgándole un sentido al Derecho, por eso se tomó la corriente pospositivista que incorpora garantías constitucionales, encontrando sustento en la rigidez constitucional, el Derecho ya no entendido solamente como un conjunto normativo, sino que, debe considerarse principio, reglas y el respeto a la dignidad humana.

Por último, se determinó el elemento de antijuridicidad y la causa de justificación, analizando los elementos formales y materiales de la antijuridicidad como componente de la teoría del delito, entendiendo que el injusto penal debe ser abordado desde la conducta humana típica y antijurídica; y, en ese sentido la causa de justificación encuentra sustento en el ordenamiento jurídico al estudiar cuando el injusto penal amerita culpabilidad y en qué momento el injusto se justifica.

Palabras Claves — Derecho, pospositivismo, dignidad humana, bien jurídico protegido, vida e integridad personal, antijuridicidad, causas de justificación.

ABSTRACT

In this work, the foundations that justify the unconstitutionality of the cause of justification in the exercise of force in the National Police and Armed Forces have been developed, for this purpose it has been raised as a problem that the incorporation and subsequent modification of subsection 11 of article 20 of the Peruvian Penal Code confronts on the one hand the legal good of life and personal integrity with the constitutional function of causing injuries or death. To address this issue, the paper first approached the topic from a legal-philosophical perspective, giving meaning to Law.

Finally, the element of unlawfulness and the justification were determined, analyzing the formal and material elements of unlawfulness as a component of the theory of crime. Finally, conclusions were presented, and the list of references was provided.

Key words — Law, post-positivism, human dignity, protected legal right, life and personal integrity, unlawfulness, justifications.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Problematicación · IV. Enfoque ius filosófico · V. Finalidad del Derecho Penal · VI. Antijuridicidad y causas de justificación · VII. Conclusiones · VIII. Lista de Referencias.

* Abogado y Maestro en Ciencias, mención Derecho Penal y Criminología, por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Ponente en eventos académicos, abogado litigante del Estudio Jurídico Wille Zur Macht. Código ORCID: [0000-0002-3844-8535](https://orcid.org/0000-0002-3844-8535). Correo electrónico: bemunozo@unc.edu.pe.

I. Introducción

Este trabajo se desarrolló en el campo del derecho penal general, para ello nos hemos concentrado en el elemento de antijuridicidad, analizando de manera específica las causas que justificarían el comportamiento antijurídico en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la misma que se encuentra regulada en el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal peruano, en adelante CP.

Con ello se gesta una incongruencia entre los cimientos de un Estado Constitucional de Derecho y el ordenamiento jurídico, entendiéndose que por un extremo el Estado Constitucional de Derecho protege al ser humano y su dignidad, mientras que el ordenamiento jurídico sustenta su funcionamiento en el respeto irrestricto a las normas vigentes y aplicables en este Estado Constitucional de derecho.

El Estado a través del Derecho Penal castiga con penas las conductas que no se adecuan al ordenamiento jurídico; el presente trabajo se desarrolla a partir del método dogmático, y explica las causas que justifican la conducta antijurídica cuando el fin es causar lesiones o muerte por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, atendiendo a la implementación y posterior modificación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal.

El Estado a través del Decreto Legislativo N.º 982¹ incorpora al CP el inciso 11 en el Artículo 20, estableciendo justificación al comportamiento de los efectivos policiales y militares cuando lesionan bienes jurídicos como la vida y la salud de los ciudadanos, entregando una apariencia de legalidad; sin embargo, tal apariencia debería desvanecerse al someterlo al principio de proporcionalidad; introduciendo al debate la protección de bienes jurídicos y la legalidad de justificar su vulneración.

Ya la Defensoría del Pueblo adelantaba esta línea de análisis al describir que tal Decreto excedía las facultades legislativas que recibió el Poder Ejecutivo y por lo tanto era inconstitucional por forma; sin embargo, el Tribunal Constitucional estableció que dicho inciso 11 del Artículo 20 del CP no es inconstitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 0012-2008; ya que, el mismo Tribunal aclara que una mala técnica legislativa no es causa para la inconstitucionalidad.

Es así como el lunes 13 de enero de 2014 se publica en el Diario Oficial El Peruano la Ley N.º 30151, Ley que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, referido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. De la misma forma el 26 de marzo de 2020 se modificó nuevamente el inciso 11 de Artículo 20.

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha resuelto que no habría material de inconstitucionalidad en el inciso 11 del Artículo 20 del CP; con este trabajo proponemos y desarrollamos tres fundamentos por los cuales se considera que debería atenderse la inconstitucionalidad: primero desde un aspecto ius filosófico, segundo desde el análisis del fin del derecho penal y tercero desde el estudio de las categorías jurídicas de antijuridicidad y causas de justificación.

II. Métodos y técnicas

Para el desarrollo de este artículo se acudió a los métodos cualitativos de investigación y propios del derecho, tales como la hermenéutica jurídica para analizar e interpretar los contenidos de las modificatorias de la ley penal, asimismo se acudió a la dogmática jurídica para analizar y darle contenido a los conceptos, instituciones y principios que regulan el derecho penal, tanto sustantivo como procesal. Se utilizó la argumentación para construir los argumentos jurídicos doctrinarios sobre los límites del uso de las fuerzas por parte de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas. Finalmente, como técnicas de investigación se acudió al análisis documental tanto de las fuentes doctrinales como legislativas del Derecho penal, sustantivo y procesal.

¹ Si bien es cierto que el poder encargado para promulgar leyes es el Legislativo; sin embargo, mediante la Ley N.º 29009, el Poder Legislativo delega facultades al Poder Ejecutivo, para que legisle en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, crimen organizado y pandillaje pernicioso, por un plazo de 60 días hábiles, en aras de implementar la estrategia para combatir el crimen organizado se incorporó el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal como una causal de justificación.

III. Problematización

El inciso 11 del Artículo 20 del Código Penal ha sido modificado dos veces desde su incorporación en el año 2007; se tiene que mediante el Decreto Legislativo N.º 982, el 22 de julio de 2007 se introduce como causa de justificación que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

Para el año 2014 se promulga la Ley N.º 30151 el 13 de enero, que modifica por primera vez el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal en los siguientes términos: el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

Posteriormente, para el año 2020 se promulgó la Ley N.º 31012 el 28 de marzo, que vuelve a modificar el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal prescribiendo que: el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en el uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

Como podemos advertir la última modificatoria del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal otorga protección a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para causar lesiones o muerte en el ejercicio de la función constitucional, de tal suerte que la conducta desprendida por el sujeto agente aun cuando devenga en antijurídica exista una causa que la justifique.

En este contexto, la problemática se suscita al confrontarse dos intereses con relevancia jurídico penal: el derecho a la vida y la integridad personal en colisión con la facultad de causar lesiones o la muerte en el ejercicio de la función constitucional. Esta problemática lleva a replantear si esta causa de justificación de un comportamiento antijurídico es o no constitucional.

IV. Enfoque ius filosófico

El entendimiento del derecho parte por comprender su objeto de estudio y los métodos y técnicas que se utilizan para su análisis. Para lograr tal finalidad se han desarrollado una serie de corrientes ius filosóficas.

En esta línea de exposición el Derecho es, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas (Atienza, p.19). Por ende, para definir qué es el Derecho, se han especificado corrientes iusfilosóficas habiendo básicamente tres concepciones que han jugado un papel central y otras dos que se las puede considerar laterales.

En esa línea de ideas la columna vertebral iusfilosófica que sustenta el análisis de la problemática suscitada a raíz de la incorporación de causas que justifican el comportamiento antijurídico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encajona en la corriente filosófica post positivista²; toda vez que las concepciones de derecho clásicas a partir de las últimas décadas del siglo XX parecen haber entrado en crisis, por lo que el constitucionalismo irrumpe con mayor fuerza a partir de la segunda guerra mundial como consecuencia de la existencia de constituciones rígidas, implicando asumir lo que Atienza (2013) describe: «entender que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral» (p. 29); tal es así que se introduce en la definición del derecho la discusión no solo de las normas reglas sino también de las normas principio.

Por lo antes expuesto, el tema que se aborda tiene su fundamento en la necesidad de construir el contenido del principio de dignidad humana como sustento de las causas que justifican el comportamiento de las Fuerzas Policiales y Militares que lesionan la salud y la vida de los ciudadanos en el cumplimiento de un deber constitucional; regulado en el artículo primero de la Constitución Política del Perú en concordancia con el artículo 44 del mismo cuerpo normativo que prescribe: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

El respeto a la dignidad de la persona humana son el fin supremo de la sociedad y del Estado, con ello las fuerzas policiales y militares que causen lesiones o muerte despliegan un comportamiento antijurídico que debería ser sancionado penalmente; sin embargo, al existir en el Código Penal una causa que justifique tal comportamiento antijurídico vendría en atentatorio a la dignidad humana. «Al hablar de dignidad supone necesariamente referirse a Kant» (Atienza, 2022), esta idea nos lleva a considerar la formulación del imperativo categórico: el deber de tratar a los demás y de tratarnos a nosotros mismos como fines en sí mismos y no meramente como instrumentos.

² El positivismo establece de manera clara cómo definir el derecho en relación con elementos descriptivos o empíricos y sin hacer valoraciones sobre el contenido sustantivo de la norma.

La dignidad humana responde a la protección de la vida del ser humano, ésta no puede ser vulnerada de manera arbitraria, así lo establece la Convención Americana de los Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», que en su Artículo 4 refiere la protección al derecho a la vida y la no privación de éste de manera arbitraria.

Tales derechos fundamentales encuentran su sustento en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, que tiene como base iusfilosófica la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, parafraseando a Ferrajoli, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno jurídico.

Esta corriente de constitucionalización del ordenamiento jurídico encuentra sustento en la dignidad humana, toda vez que se considera al ser humano un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar una finalidad. Para esta corriente iusfilosófica la función del Estado se orienta a la protección de los derechos al margen de la ley; por el contrario, se evidencia la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.

Entonces si la sociedad y por ende el Estado tienen como fin supremo la defensa de la persona humana y su dignidad, ésta no se fundamenta en un derecho meramente normativo y legalista como proponía la escuela iuspositivista clásica con su máximo representante Hans Kelsen (1934), que manifestaba: «la teoría pura del Derecho es una teoría de Derecho positivo. Del Derecho positivo, a secas, no de un orden jurídico especial»; es decir, quiere separar a la Ciencia Jurídica de todos los elementos extraños; ya que, por su parte, el iuspositivismo niega una conexión entre derecho y moral.

Al introducir a la esfera de debate la defensa de la persona humana y su dignidad, esta categoría jurídica encuentra sustento en la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución, incluyendo a los principios implícitos que de ella se derivan, bajo el respeto irrestricto a las garantías constitucionales que el pospositivismo incorpora a la manera de observar el derecho y cómo esta influye, ya no en una rama especial del derecho, sino en todo el orden jurídico en general.

Entonces, el reconocimiento de los derechos fundamentales se encuentra vinculado a una concepción normativa de la persona como agente moral, responsable y libre, por ende, el reconocimiento de estos derechos responde a la capacidad de actuar legítimamente dentro del marco constitucional, respetando la dignidad y la vida humana de los ciudadanos, legitimando así el Estado constitucional y democrático de derecho.

En la esfera del derecho penal la vida de la persona humana ha sido elevada a categoría de bien jurídico protegido, entendiendo a la vida no solo como un ente abstracto sino, por el contrario, como un derecho con sustento constitucional, siendo la base de todo Estado que se defina como constitucional y de derecho; para ello el derecho penal no se encuentra aislado de los cambios y transformaciones de los contenidos de los textos constitucionales.

El derecho penal sanciona con penas las conductas antijurídicas, el quitarle la vida a un ciudadano viene a ser una conducta antijurídica que se tipifica como homicidio en su tipo base; empero, el derecho penal también ha incluido causas que justifican la muerte de un ciudadano; sin embargo, una de estas causas tiene un sustento apartado de los alcances constitucionales: la facultad de causar lesiones o muerte en el ejercicio de la función constitucional.

Al haber incorporado una causa que justifica la muerte de una persona por accionar de las fuerzas policiales o militares no deviene en absoluto en constitucional; viceversa, la vida y la dignidad de la persona humana estrictamente hablando encuentran su fundamento en los parámetros de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, en principios que garantizan que la dignidad humana sea transversal en el análisis del ordenamiento jurídico.

Tal es así que sustentar la justificación de la muerte de una persona por el solo hecho de encontrarse en el ejercicio de un deber significaría aceptar la violación a la dignidad humana, y ésta es, o al menos debería ser, inviolable. Para ser lógicos con el razonamiento, el pospositivismo jurídico es la corriente que respalda con mayor criterio las ideas de este trabajo, toda vez que se entiende que el Derecho no solamente viene a ser un conjunto de reglas, sino que también lo integran principios; la dignidad humana y el respeto a la vida no deberán ser puestos en contraposición con el ejercicio constitucional de las Fuerzas Policiales y Militares.

V. Finalidad del Derecho Penal

De esta perspectiva es necesario resaltar el fin del derecho penal desde un sentido dogmático jurídico, para ello Ferrajoli (1995) explica: «la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza», en un entender general la limitante del ciudadano en el ejercicio de la venganza se concentra en la confianza de que el Estado, a través del derecho penal, pueda cumplir en alguna medida con una sanción.

Existe una estrecha vinculación entre el derecho penal y la pena, es sabido que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada (Ferrajoli, 1995). La finalidad del derecho penal la relacionamos con el fin del castigo punitivo, entre las varias teorías que se han desarrollado encontramos a dos que a lo largo de la historia se encuentran en contraposición: la teoría absoluta de la pena y la teoría de la prevención, las mismas que le dan contenido a la sanción penal.

Ahora, el fin del derecho penal lo podemos encontrar en la protección de bienes jurídicos: «el concepto —bien jurídico— se atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum» (Abanto, 2014, p. 27). En la misma línea de ideas, Abanto (2014) sustenta que:

(...) durante la primera mitad del siglo XX, quería oponerse así a la concepción individualista de la lesión de derechos de Paul Johann Anselm Feuerbach y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea, uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de Feuerbach, que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, Birnbaum quería resaltar aquello que sería realmente lesionado por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea, sobre el interés de toda la colectividad (p. 28).

Entonces, si consideramos que el derecho penal protege «bienes jurídicos», la pregunta se manifiesta de manera rauda: ¿Qué es un bien jurídico? Abanto Vásquez nos dice que «ha resultado infructuosa la idea de pretender proporcionar un concepto exacto del bien jurídico»; en la actualidad se propone un concepto con un mínimo de contenido, referido a «algo» sobre el cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista: interés social, valores, relaciones reales de la persona con unidades sociales de función.

En la misma línea de pensamiento, el profesor de Zaragoza Gracia Martín (2004) considera que: «la misión del derecho penal, como está universalmente reconocido en nuestro ámbito jurídico, es la protección de los bienes jurídicos que configuran el orden valioso de la vida social» (p. 212). De la misma manera se tiene que el «bien jurídico es la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos» (Roxin, 2007, p. 91).

En este sentido, encontramos que, si la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en la problemática planteada se encuentran en colisión, por una parte, bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, y, en contrasentido, la facultad de causar lesiones o muerte en miras del cumplimiento de la función constitucional, encerrada en una causa de justificación.

Las causas de justificación en nuestro ordenamiento jurídico penal se regulan en el Artículo 20 del Código Penal, refiriendo que previamente se cumpla con analizar la conducta humana desprendida por una acción que la desarrolla el efectivo policial o militar, que a la vez deberá ser típica y antijurídica: la tipicidad cumplirá con los elementos objetivos y subjetivos, y seguidamente la antijuridicidad analizará el comportamiento contrario al orden jurídico y la vulneración al bien jurídico vida o integridad personal.

Estas concepciones muestran una inconsistencia entre los cánones que constitucionalmente protege el derecho penal como bienes jurídicos y lo que políticamente el Estado puede considerar como una causa que justifica el comportamiento antijurídico. Desde esta perspectiva consideramos que la finalidad de mostrar a nivel social que otorgar facultades de causar la muerte o lesionar a las Fuerzas Policiales o Militares reduce los índices de criminalidad ha llevado a un contrasentido en la finalidad del derecho penal y en los mecanismos para justificar un comportamiento antijurídico.

VI. Antijuridicidad y causas de justificación

En el trabajo que se presenta se desarrolla la antijuridicidad de la conducta que ejercen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional al causar lesiones o muerte en el ejercicio de sus funciones, y la legitimación para realizarla nos hace pensar que los problemas de la delincuencia en el país se solucionarán. El Poder Ejecutivo, con el afán de combatir la delincuencia, regula como causas de justificación el causar lesiones o muerte como estrategia de lucha contra la inseguridad.

La conducta que despliegan al causar lesiones o muerte las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional es antijurídica, respondiendo ésta a un hecho típico y a la vez contrario al ordenamiento jurídico; sin embargo, la conducta que es considerada típica, si se la regula como causa de justificación en el ejercicio de un deber, se convierte en atípica.

En consecuencia, las causas de justificación juegan un rol importante entendiendo que una conducta pueda pasar de ser típica a ser no antijurídica; ello se relaciona con el concepto de antijuridicidad: Kelsen (2007) establece que «lo determinante para el concepto de lo antijurídico no es el motivo del legislador» (p. 33), sino «la posición del hecho cuestionado en la proposición jurídica» (p. 33).

Entonces, antijuridicidad se define como lo contrario a derecho, donde la conducta atenta contra las normas jurídicas legalmente establecidas: «el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que el juicio sería la conducta humana desvalorada» (Zaffaroni, 1981, p. 561). El profesor Zaffaroni (1981) añade que «la contrariedad que existe de la conducta humana con el orden jurídico no se establece con la mera anti normatividad de la conducta, sino con la falta de preceptos permisivos llamados causas de justificación» (p. 562).

Los aspectos de antijuridicidad los encontramos en todo el ordenamiento jurídico, por lo que no podemos afirmar que es un elemento propio del Derecho penal, es así como el profesor Bacigalupo (1999) manifiesta que:

La antijuridicidad establece en qué condiciones la realización de un tipo penal no corresponde a derecho; es decir, el hecho realizado no merece una desaprobación del orden jurídico. En este orden de ideas se puede establecer que la antijuridicidad es una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico, ello equivale a decir que un comportamiento es la acción desplegada por el autor con el permiso del ordenamiento jurídico para obrar como obró (p. 351).

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa de fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad, cuya verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad (Bacigalupo, 1999, p. 351).

Amerita establecer que, para dar mayor facilidad a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la voluntad del legislador al incluir en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal una forma de excluir de responsabilidad penal a las fuerzas del orden fue incluir una causa de justificación para que la conducta típica se convierta en atípica. Entendamos que «la realización de la acción típica y su materialización en una lesión o peligro de un bien jurídico constituye un indicio de la antijuridicidad, pudiendo quedar excluida por las causas de justificación» (Welzel, 2004, p. 124).

De acuerdo con la graduación de valores de la antijuridicidad se define si el hecho es antijurídico o conforme al ordenamiento jurídico. Por ello la antijuridicidad no es calificable: «un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico» (Bacigalupo, 1999, p. 352). Por el contrario, «la antijuridicidad es un juicio negativo de valor de una conducta humana frente a la norma, la acción es contraria al ordenamiento jurídico cuando desconoce un mandato legal» (Von, 2002, p. 48).

Se debe entender que la antijuridicidad tiene un concepto formal y otro material (Villavicencio, 2006, p. 529). **La antijuridicidad formal** viene a ser la contradicción que existe entre la conducta y el ordenamiento jurídico, la oposición al mandato normativo (Plasencia Villanueva, 2004, p.135). **La antijuridicidad material** está enfocada en la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger, sea una lesión o una puesta en peligro (Villavicencio Terreros, 2006, p. 529).

Injusto y espacio fuera del derecho. La teoría predominante establece que una conducta típica es, o conforme a Derecho, o antijurídica; una posición minoritaria opina que existiría una tercera categoría, «un espacio fuera del Derecho (o jurídicamente libre o exento)» (Roxin, 1997, p. 567). Bajo este contexto sería ilógico aceptar en absoluto la construcción de tal espacio: una vez que la conducta se valora como típica y vulnera un bien jurídico, «el Derecho ya no podría retroceder en una valoración por el sistema de retirar sus normas, ni siquiera para determinados casos» (Roxin, 1997, p. 568). Bajo este contexto, al lesionar o causar la muerte, estas acciones no serían una agresión antijurídica como lo establece el artículo 106 del Código Penal y, por tanto, no podrían dar lugar a un derecho del cumplimiento de un deber.

Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico. Corresponde determinar si la juridicidad o antijuridicidad de una acción ha de determinarse unitariamente para todo el ordenamiento jurídico o si, por el contrario, puede enjuiciarse de modo diferente según las materias jurídicas concretas (Roxin, 1997, p. 570). El profesor Roxin responde que las autorizaciones del Derecho civil o público sí excluyen la antijuridicidad penal de una conducta típica, «pues de lo contrario estaríamos frente a una contradicción axiológica insoportable» (p. 570); pero no toda prohibición civil o administrativa exige necesariamente sanción penal, pues el Derecho penal no tiene que adherirse incondicionalmente a consecuencias jurídicas de otros campos (Roxin, 1997, p. 570).

En el campo de las causas de justificación no se ha podido establecer una «sistematización fructífera y al parecer tampoco se podría lograr de modo cerrado y definitivo» (Roxin, 1997, p. 570); a través de ellas penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito, por lo que las teorías monistas que reconducen la justificación a una idea rectora omnicompreensiva quedan en un plano abstracto, mientras que las teorías pluralistas la reconducen a dos principios: el interés preponderante y la ausencia de interés (Roxin, 1997, p. 574).

Todas las causas de justificación rigen cumulativamente: cuando las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en el ejercicio de sus funciones, realizan acciones que atentarían bienes jurídicos legalmente tutelados, éstas tendrían una justificación que los exime de responsabilidad (Roxin, 1997, p. 577). Sin embargo, esto no debe suponer rellenar simplemente marcos valorativos sin práctica; el número de causas de justificación es amplio y sometido a necesidades cambiantes, por lo que enfatizamos en la determinación de la acción punible y su antijuridicidad, no en aristas ajenas al comportamiento.

— VII. Conclusiones

Desde el pospositivismo, el causar lesiones o la muerte por parte de las fuerzas policiales o militares cumpliendo una función constitucional contradice la rigidez constitucional del ordenamiento jurídico, principios y garantías como la dignidad humana. Otorgar facultades de causar la muerte o lesionar a las Fuerzas Policiales o Militares en miras de una función constitucional contradice el fin del derecho penal que protege bienes jurídicos.

El análisis del elemento del delito antijuridicidad no amerita culpabilidad en caso exista una causa de justificación; sin embargo, otorgar facultades de causar lesiones o la muerte en cumplimiento de la función constitucional contradice los cimientos de un ordenamiento jurídico constitucionalizado. La causa de justificación regulada en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal deviene en inconstitucional, toda vez que la Constitución en su artículo primero refiere que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

— VIII. Lista de Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2022). *Dogmática penal delitos económico y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gracia Martín, L. (2004). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1934). *La teoría pura del Derecho*. Tribuna Abierta.
- Plasencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. México: Instituto de Investigación Jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley.
- Von Beling, E. (2002). *Esquema de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: El Foro.
- Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.



● ARTÍCULO DE REVISIÓN

Entre víctimas y victimarias: revisión bibliográfica sobre la legítima defensa de mujeres frente a violencia de género en escenarios de pareja o expareja*

Between victims and perpetrators: a literature review on the legitimate defense of women against gender violence in current or ex-current relationship scenarios

HUERTAS DÍAZ, Omar** · LÓPEZ GÓMEZ, Daniela*** · CABALLERO

CARRASCAL, Simón Federico****

DÍAZ NIVIA, Sara Valentina***** · SARMIENTO PRECIADO, María

Salomé*****

RESUMEN

El artículo presenta un estado del arte sobre la legítima defensa de mujeres que lesionan o matan a sus agresores en contextos de violencia de género en relaciones de pareja o expareja. Sostiene que las categorías clásicas del derecho penal —inminencia de la agresión, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de la defensa— fueron construidas desde una experiencia masculina de confrontación puntual entre sujetos físicamente simétricos, por lo que resultan insuficientes para comprender respuestas defensivas en escenarios de violencia prolongada, control y amenaza constante.

La revisión organiza la literatura en varias líneas: trabajos que muestran la construcción androcéntrica del derecho penal; estudios que critican la idea rígida de inminencia y proponen entender el peligro como proceso acumulativo; investigaciones sobre proporcionalidad y medios «menos lesivos»; y debates en torno al «síndrome de la mujer maltratada».

Palabras clave — Legítima defensa, violencia de género, víctima-victimaria, feminicidio.

ABSTRACT

This article offers a state-of-the-art review on self-defense claims by women who injure or kill their abusers in intimate partner gender-based violence contexts. It argues that traditional criminal law categories were developed from a male-centered experience of punctual confrontations between physically symmetrical subjects.

The literature is organized into strands exposing the androcentric construction of criminal law, criticism of a strict notion of imminence, questions on proportionality and «less harmful means», and debates around the «battered woman syndrome».

Keywords — Self-defense, gender-based violence, victim-offender, femicide.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. De víctimas a victimarias. Revisión de los estudios sobre mujeres que han asesinado a sus agresores · IV. Conclusiones · V. Lista de Referencias

* Este artículo es producto del proyecto-semillero «La Muerte del Tirano de la casa: Perspectiva innovadora en la interpretación del derecho con enfoque de género» (Código 65217), Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica «Extrema Ratio» UNAL, Clasificado A Minciencias 2024. ** Profesor Titular, Investigador Senior, Universidad Nacional de Colombia, Director del Grupo «Extrema Ratio» UNAL. ohuertasd@unal.edu.co
*** Historiadora, Universidad Javeriana; magíster en Ciencia Política, Universidad de los Andes; docente Uniminuto/UNAD. paulin.lopez.g@uniminuto.edu.co **** Estudiante de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. sicaballeroc@unal.edu.co ***** Estudiante de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. sdiazn@unal.edu.co ***** Estudiante de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. masarmientop@unal.edu.co

I. Introducción

La discusión jurídica sobre la legítima defensa en contextos de violencia de género constituye hoy uno de los escenarios más complejos y urgentes para la teoría y la práctica del derecho penal. Ello se debe a que las categorías dogmáticas tradicionales, construidas históricamente bajo presupuestos de neutralidad, universalidad y abstracción, han mostrado ser insuficientes para comprender las condiciones específicas en las que muchas mujeres responden a agresiones sistemáticas dentro del ámbito doméstico. En lugar de ofrecer una respuesta adecuada a la violencia sostenida, dichas categorías han operado frecuentemente como mecanismos de exclusión interpretativa, pues valoran la conducta defensiva femenina a partir de parámetros diseñados para confrontaciones episódicas, inmediatas y físicamente simétricas, sin atender a la desigualdad estructural que atraviesa las relaciones violentas entre hombres agresores y mujeres víctimas.

En este contexto, el presente estado del arte se ocupa de revisar críticamente la producción académica que ha analizado la legítima defensa de mujeres que lesionan o causan la muerte de sus agresores en escenarios de violencia de género, especialmente cuando la respuesta no ocurre en un momento de confrontación directa. La relevancia de este problema radica en que cuestiona uno de los núcleos más arraigados del derecho penal clásico: la idea de que la agresión ilegítima debe ser actual o inminente, y la defensa, proporcional, necesaria y racional conforme a un estándar abstracto de comportamiento. La literatura examinada muestra que, al aplicar estos requisitos sin enfoque de género, muchos operadores judiciales terminan descontextualizando la experiencia de la violencia, reduciendo la acción defensiva de la mujer a una agresión equivalente o a una conducta excesiva, vengativa o irracional.

Así, el debate no gira únicamente en torno a la correcta aplicación de una causal de justificación, sino alrededor del modo en que el derecho construye sujetos, distribuye credibilidad, define la violencia y legítima determinadas formas de autoprotección. El análisis de la bibliografía disponible revela que el problema trasciende el ámbito técnico del derecho penal y se inscribe en una crítica más amplia a la configuración androcéntrica del orden jurídico, en la medida en que las nociones de razonabilidad, peligro, necesidad y proporcionalidad han sido moldeadas a partir de experiencias masculinas de confrontación. Por ello, estudiar la legítima defensa de mujeres en contextos de violencia prolongada exige incorporar herramientas provenientes de la teoría feminista del derecho, de los estudios críticos sobre violencia doméstica y de las discusiones contemporáneas sobre acceso a la justicia y discriminación estructural.

Una de las primeras constataciones que se derivan del material revisado es que existe una línea robusta de trabajos orientados a mostrar la construcción masculina del derecho penal y sus efectos en la criminalización de las mujeres. Autoras como Maeve O'Brien, Mariela del Valle Ibieta y María Camila Correa Flórez, entre otras, han puesto de relieve que la supuesta neutralidad del sistema jurídico encubre un patrón interpretativo que invisibiliza las condiciones particulares de subordinación y vulnerabilidad en las que se desarrollan muchas respuestas defensivas femeninas. A ello se suman investigaciones empíricas realizadas en países como Perú y Chile, donde se evidencia que fiscales y jueces, al analizar este tipo de casos, suelen equiparar la conducta de defensa con la agresión del victimario, criminalizando a la mujer por actuar fuera del rol pasivo que históricamente se le ha asignado.

En paralelo, el estado del arte identifica una segunda línea de investigación centrada en la crítica al requisito de inminencia, entendido en su formulación más tradicional. Buena parte de la literatura sostiene que dicha exigencia responde a una concepción puntual y fragmentaria de la violencia, incapaz de explicar relaciones marcadas por el control, la intimidación, las amenazas, las agresiones reiteradas y la imposibilidad real de escapar. En estos estudios, la violencia de género no aparece como una secuencia de eventos desconectados, sino como una dinámica de dominación continua que transforma la percepción del riesgo y las posibilidades de reacción de la víctima. Por esa razón, varias autoras proponen una noción contextual de inminencia, capaz de reconocer que el peligro puede ser constante, acumulativo y estructural, aun cuando no exista un ataque físico instantáneo en el momento exacto de la respuesta defensiva.

Esta discusión se articula con una tercera línea de literatura que cuestiona la forma en que se evalúan la proporcionalidad, la necesidad del medio empleado y la razonabilidad de la defensa. Los estudios revisados muestran que el derecho penal ha tendido a exigir de las mujeres una conducta casi imposible: reaccionar sin excederse, protegerse sin matar, huir, aunque ello incremente el riesgo y acudir a instituciones que con frecuencia han sido ineficaces para prevenir o contener la violencia. De ese modo, la dogmática penal tradicional suele juzgar la defensa femenina con criterios abstractos que desconocen el desequilibrio real de fuerza entre agresor y víctima, así como la precariedad material, emocional e institucional en la que se produce la decisión de resistir. En este punto, la literatura comparada aporta elementos decisivos para sostener que la valoración jurídica de estos casos debe desplazarse desde un estándar abstracto de reacción ideal hacia un análisis situado de supervivencia.

A su vez, el presente artículo da cuenta de una discusión particularmente sensible en torno al síndrome de la mujer maltratada. Esta categoría ha sido utilizada en distintos ordenamientos para explicar las consecuencias psicológicas de la violencia prolongada y para contextualizar ciertas respuestas defensivas; sin embargo, también ha recibido críticas importantes por el riesgo de patologizar a las mujeres y reducir su actuación a un estado de incapacidad o irracionalidad. Frente a ello, varias investigadoras resaltan que las mujeres no solo padecen la violencia, sino que también desarrollan formas activas de resistencia, cálculo y autoprotección, lo que exige superar lecturas simplistas que las encasillen exclusivamente como víctimas pasivas. Este debate es especialmente relevante porque pone de presente que una aproximación con enfoque de género no debe traducirse en una sustitución de estereotipos por otros, sino en una comprensión más compleja de la agencia femenina en contextos de opresión.

Desde una perspectiva más amplia, el estado del arte permite advertir que la discusión sobre la legítima defensa en contextos de violencia de género se encuentra en un punto de transición entre la denuncia crítica y la formulación de propuestas interpretativas más precisas. La producción académica reseñada ha sido eficaz en mostrar las insuficiencias del modelo penal clásico y en señalar la necesidad de incorporar el contexto de violencia como elemento central del análisis jurídico. No obstante, también se identifica un vacío importante en relación con el desarrollo de alternativas doctrinales, jurisprudenciales y normativas que permitan ofrecer respuestas más consistentes desde la justicia penal. En otras palabras, existe un diagnóstico cada vez más refinado sobre el problema, pero aún son limitados los estudios que avanzan hacia criterios operativos de decisión judicial o hacia reformas explícitas de las categorías legales aplicables.

Este vacío se hace aún más visible cuando se observa la distribución geográfica de la literatura consultada. Si bien el tema ha sido trabajado con cierto detalle en países como Perú, Chile y España, el documento destaca la escasez de investigaciones específicas en Colombia y México, tanto en clave empírica como dogmática. Esta ausencia no es menor, pues limita la comprensión de cómo se están resolviendo concretamente estos casos en escenarios nacionales marcados por altos índices de violencia contra las mujeres, por profundas desigualdades institucionales y por persistentes sesgos en el acceso a la justicia. En consecuencia, el presente estado del arte no solo organiza y sintetiza el conocimiento disponible, sino que delimita un campo de investigación necesario para repensar la interpretación penal desde una perspectiva más situada y transformadora.

Bajo estas consideraciones, la finalidad de esta revisión consiste en identificar las principales líneas teóricas, críticas y empíricas desde las cuales se ha problematizado la legítima defensa de las mujeres que responden a la violencia de género en el ámbito doméstico, así como los vacíos y tensiones que persisten en el debate. La hipótesis que subyace al recorrido bibliográfico es que las categorías tradicionales del derecho penal resultan insuficientes para resolver de manera justa estos casos cuando son aplicadas sin enfoque de género y sin atención al contexto estructural de dominación. Por ello, este estado del arte busca ofrecer una base analítica para futuros desarrollos investigativos y normativos orientados a revisar críticamente los códigos penales, los criterios judiciales y los marcos de interpretación existentes, con el propósito de evitar que el sistema penal continúe castigando conductas de supervivencia femenina bajo esquemas conceptuales que desconocen la realidad de la violencia sostenida.

En suma, la importancia de esta introducción reside en situar el problema en toda su densidad jurídica, política y social. La cuestión no es únicamente si una mujer puede alegar legítima defensa cuando actúa fuera del instante exacto de la agresión, sino si el derecho está dispuesto a reconocer que la violencia de género altera de manera radical las condiciones en que se percibe el peligro, se eligen los medios de defensa y se define lo razonable. Al revisar la literatura existente, este trabajo parte de la convicción de que interpretar el derecho penal con enfoque de género no supone debilitar sus garantías, sino fortalecer su capacidad de responder a contextos reales de opresión y evitar decisiones que reproduzcan la revictimización de quienes ya han sido sometidas a relaciones prolongadas de dominio y violencia.

— II. Métodos y técnicas

El presente artículo se ha desarrollado bajo enfoque cualitativo. En ese sentido, hemos utilizado la revisión y el análisis argumentativo y dogmático con enfoque de género de la literatura sobre la legítima defensa de mujeres que lesionan o matan a sus agresores en contextos de violencia de género. Se ha sistematizado a esta literatura en líneas o enfoques específicos: trabajos que muestran la construcción androcéntrica del derecho penal criminalizando a mujeres que se defienden; estudios que critican la idea rígida de inminencia y proponen entender el peligro como proceso acumulativo; investigaciones que cuestionan la exigencia de proporcionalidad y medios “menos lesivos” cuando las salidas institucionales son ineficaces o incrementan el riesgo; y debates en torno al uso del “síndrome de la mujer maltratada”. Como técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental de la literatura o doctrina indicada.

— III. De víctimas a victimarias. Revisión de los estudios sobre mujeres que han asesinado a sus agresores

Frente al tema que se está tratando hay diversa literatura, la cual se ha podido clasificar en diferentes líneas. Por un lado está la construcción masculina del derecho penal, aspecto que ha sido una de las principales preocupaciones toda vez que, se identifica que parte de la deficiencia en términos de respuestas jurídicas para los diversos problemas sociales que presenta la mujer, están basados en un sistema jurídico que carece del enfoque de género, tal como lo explica Maeve O'Brien (2020) al mencionar el origen del derecho penal, las leyes de autodefensa a través de la historia y como aun hoy en día se mantienen estructuras pensadas desde una mirada masculina que resultan discriminatorias hacia las mujeres. Junto con O'Brien (2020) están los estudios de Mariela del Valle Ibieta (2022) y de María Camila Correa Flórez (2017) quienes también analizan la ausencia del enfoque de género por parte de la justicia para analizar este tipo de casos que por el contrario terminan de alguna manera legitimados.

Están también los trabajos de Katherine Lizeth Ramírez Prado y Edgar Salazar Torres (2020) quienes analizan este tipo de casos en Perú, a través de entrevistas realizadas a funcionarios de la Fiscalía de Piura-Perú; el punto central del trabajo es la criminalización de la mujer bajo la figura de las lesiones recíprocas prevista en el artículo 122-B del Código Penal peruano, así como los agravantes que se tienen por el hecho de ser mujeres producto de la desigualdad estructural, reduciendo la conducta defensiva de la mujer a una agresión más y la coloca en el mismo plano que su agresor. Así el sistema penal convierte a la víctima en victimaria no porque ésta haya iniciado la violencia sino porque de alguna manera intentó detenerla. El trabajo de Defensoría Penal Pública de Chile (2011), por otra parte, analiza el código penal de dicho país y evidencia una justicia que no solo la penaliza por el homicidio, sino que implícitamente envía un mensaje que busca reprender a las mujeres por salirse de los márgenes de conducta que están enmarcados con base en el género —por medio del cual se distingue el rol esperado de una mujer— por parte de una sociedad que tiene unas estructuras profundamente machistas.

Por otro lado, se identifica una segunda línea la cual se desarrolla a partir de la postura crítica frente al requisito para acceder a la legítima defensa sobre la inminencia. En este sentido, las investigadoras y los investigadores que han estudiado este problema, afirman que no es posible limitar la violencia de género a los entornos intrafamiliares en un único y determinado momento, como se establece en la figura tradicional de legítima defensa.

Aquí es muy importante, entonces, definir la violencia de género en entornos familiares y con base en esta definición analizar la figura de legítima defensa. Como lo ha explicado Moyano García (2020), en este caso, la violencia de género tiene una larga duración, una permanencia en el tiempo, un escalamiento y una integración de diversos actos violentos tales como amenazas, violación, agresión física y psicológica que permiten el dominio del agresor, campo que han estudiado detalladamente Esperanza Bosch y Victoria Ferrer (2002) quienes introducen el término de terrorismo misógino dentro de las relaciones de pareja o expareja, y que, de entrada, proponen una distancia frente a términos de violencia intrafamiliar por considerarla una categoría muy general que incluye otras personas diferentes a las parejas o exparejas y porque relega este tipo de violencia a la vida privada, y no la resalta como un delito (p. 21).

Ahora bien, sobre este primer elemento, «la inminencia requerida» para acceder a la legítima defensa, varios autores han planteado diferentes perspectivas a las tradicionales con el fin de responder a las problemáticas que las mujeres enfrentan en el marco de la violencia de género dentro de escenario intrafamiliar. Cepeda Hidalgo (2022), por ejemplo, argumenta que, si bien la inminencia de la vulneración es necesaria para la aplicación de la legítima defensa, ésta debe ser entendida teniendo en cuenta el contexto de la violencia que sufre la mujer a manos de su pareja o expareja, es decir una violencia que tiene particularidades y que tiene efectos devastadores en la mujer, y que casi siempre le impiden reaccionar en el momento de la agresión, aun cuando algunas mujeres lo han hecho.

La violencia a la que se ve enfrentada es, por mucho, superior a las posibilidades y capacidades de responder, agresión que incluso la deja indefensa (golpes, puñaladas, quemaduras entre otras), lleva consigo la amenaza de agredir a sus hijos o demás familiares, lo cual no solo tiene implicaciones físicas sino psicológicas (Bosch y Ferrer, 2002, p. 37-73) como el síndrome de la mujer maltratada que condiciona a la víctima a sentirse, en todo momento, bajo el peligro de ser atacada y a no ver estrategias que la puedan sacar de ese círculo de violencia.

Sin embargo, muchas son las críticas frente a esta categoría pues estudios como los propuestos por Silvana Lorena Bedoya Alessi (2020) y María Camila Correa (2023) resaltan también el papel activo y de resistencia de las mujeres, por lo tanto, su papel de victimaria también hace parte de la resistencia frente a este tipo de situaciones y no reduce esta respuesta a una simple patología psicológica.

En la misma línea, Maeve O'Brien (2020) amplía la crítica afirmando que aplicar el requisito de inminencia a las victimarias no responde con la realidad, pues plantea que defenderse de su agresor en el momento de la confrontación implica, con toda seguridad, perder la vida, o ponerse en un riesgo mayor frente al hombre, como lo explica Moyano García (2020). También asegura que la mujer víctima detecta patrones de maltrato sin estar en una confrontación, toda vez que la violencia de género se manifiesta en casi todos los momentos de la relación.

Ahora bien, frente a la inexistencia de una agresión inminente, los tribunales tienden a tildar la defensa como excesiva o vengativa, tal y como lo identifica Moyano García (2020). Esta autora, de la mano de las tesis de Maeve O'Brien (2020), también hace referencia a la teoría del ciclo de violencia, es decir al maltrato sistemático al que se ve enfrentada la mujer y que la ubican, de frente, a una vulneración inminente, continua y permanente, es decir no tiene comparación con un evento aislado y puntual.

Esta perspectiva del peligro permanente se fortalece al comprender la inminencia no como un momento preciso o específico, sino como un proceso de acumulación. Bajo esta premisa, cuando podemos prever de manera lógica una agresión debido a que el maltrato es frecuente, podemos también concluir que el peligro no está desapareciendo, sino que solo se está posponiendo. Por eso mismo, escritoras como Elena Larrauri argumentan que el ataque en la violencia doméstica muchas veces no ha cesado, sino que solamente se ha interrumpido, manteniendo un riesgo elevado de reaparecer que debe ser reconocido jurídicamente como un peligro actual; en este sentido, en palabras de Diana Garcés, una correcta interpretación y aplicación de la perspectiva de género reconocería como una amenaza real e inminente una agresión pasada o un riesgo futuro, de modo que se considere, como se indicó anteriormente, la continuidad de la violencia o de repetición de patrones.

Frente a esta violencia y la respuesta de algunas mujeres, Dennis J. Stevens (1999) desarrolla el argumento de que la razón por la cual las mujeres asesinan a sus agresores tiene que ver con la prevención de lo que ellas perciben como una victimización inminente que podría poner en riesgo su vida, de la cual no pueden escapar ni utilizando medios legales, y que es racionalmente perceptible por cualquier persona. No obstante, críticos de esta explicación mencionan que el asesinato ocurre bajo situaciones futuras, frente a cierto tipo de predicciones que son imposibles de comprobar, a lo que autores como Roa Avella (2012) analizan, no solo desde la agresión como legítima defensa, sino desde la prevención de una posible amenaza que pueda resultar en un ataque. En ese sentido, Roa Avella explica que los elementos que dotan de inminencia a una agresión también se dan cuando el agresor dispone del medio y la intención de agredir, razón por la cual se le puede privar legítimamente de él aun sin una agresión actual.

Ahora bien, una tercera línea de análisis es la que se refiere a la causal de proporcionalidad y necesidad del medio empleado, en la que también se encuentran varios estudios que plantean críticas y posturas frente a las tradicionales. Por ejemplo, Cepeda Hidalgo (2022) parte por rebatir el argumento de la no-racionalidad del asesinato sustentado bajo la existencia de otros medios menos lesivos e institucionales. Cepeda argumenta la ineficacia de los medios institucionales y la condición psicológica de las víctimas que tienden a depositar falsa esperanza en su agresor confiando en que eventualmente sus actitudes violentas cesarán.

Esto quiere decir que la ausencia de canales eficaces de denuncia y atención no solo genera la ocurrencia de feminicidios o tentativas de dicho delito sino también el eventual asesinato del hombre maltratador a manos de una mujer, que no ve otras alternativas, como lo ha explicado Stevens Dennis (1999) en el estudio que realiza a partir de 28 entrevistas a mujeres sentenciadas por asesinar a sus parejas y que se encuentran recluidas en tres centros penitenciarios de Estados Unidos, o lo que el trabajo de Silvana Lorena Bedoya en Lima, Perú (2020) denomina el limbo inducido por la violencia, es decir un estado en el que la mujer transita entre la condición de víctima y victimaria.

A propósito del tema, Felipe Londoño Gómez y Martín Pérez Vargas (2022) han analizado el caso colombiano y han cuestionado la neutralidad del derecho representada en el código penal, asegurando la necesidad de hacer modificaciones con el fin de garantizar los derechos de las mujeres y responder a esta violencia que, como se ha evidenciado, tiene particularidades importantes.

Por su parte, Maeve O'Brien (2020) postula que el requisito de razonabilidad resulta problemático para las mujeres ya que históricamente se ha desarrollado sobre un estándar masculino y para situaciones de confrontación entre varones (refiriéndose al nacimiento de la legítima defensa como herramienta para defenderse de bandidos en siglos pasados), por lo que si el pasado de violencia y contexto estructural se niega, entonces se minimiza y se reduce la situación ante un encuentro entre dos extremos, cosa que lleva a que en la actualidad se ignoren elementos como la personalidad, las capacidades mentales y las diferencias fisiológicas entre la mujer víctima y su esposo victimario, llevando por consiguiente a tildar de excesivos o vengativos los medios y herramientas adicionales a la fuerza física empleados por las mujeres para defenderse de la agresión de su marido que en la mayoría de ocasiones presenta una superioridad física.

Para Diana Patricia Garcés (2023) lo anterior se explica por la existencia de lo que ella denomina como «sujeto activo» quien ejerce la agresión, generalmente violencia física, psicológica o económica frente a un «sujeto pasivo», usualmente mujeres y niños quienes suelen tener menos fuerza física o mayores desventajas estructurales, así que los medios empleados por el sujeto pasivo son el equivalente —aunque a simple vista no lo parezca— a la agresión vivida. La desproporción en muchos casos, como indica Rosabel Medina (2024), se debe al temor de la reincidencia de la violencia por la recuperación del agresor.

Por su parte, Larrauri Elena (1994), siguiendo la línea de O'Brien, argumenta que los tribunales tienden a ignorar la diferencia física existente entre el hombre agresor y la mujer víctima, en razón a ello, cuando se encuentran con casos en los que se utiliza un arma, por lo general, se tilda a la víctima devenida en victimaria, de actuar con la intención de matar o haberse excedido en su fuerza, a diferencia de los casos en que el hombre agresor después de apalear a su mujer por años la asesina, pues en estos se plantea que no existía la intención de asesinato.

Por otro lado, Ludmila Azcue (2019) rescata enfoques doctrinarios tradicionales que obligan la utilización del medio de defensa más benigno en supuestos de estrechas relaciones personales entre los involucrados (bajo el deber de consideración y solidaridad entre los sujetos), para presentar un enfoque distinto; propone que dicho deber no debería aplicarse en los supuestos en que la agresión represente un riesgo a sufrir graves lesiones o cuando se haya sido obligado a soportar malos tratos continuos, es decir, una mujer que ha sido apaleada casi a diario por su marido ya no le debe solidaridad. Roa Avella (2012) también desarrolla un enfoque diferencial frente a esta causal, proponiendo que el análisis de la razonabilidad se aparte del abstracto y se aplique por separado a cada uno de los casos que se presenten, así como rescata el elemento subjetivo de dicha causal, siendo este la efectiva intención de defenderse ante un actuar que se percibe como antijurídico, ilegítimo y que atenta potencialmente contra su integridad.

Finalmente, con referencia a los requisitos del medio empleado y la necesidad de este, Azcue Ludmila (2019) desarrolla una perspectiva crítica en la cual expone que el desequilibrio de las fuerzas debe ser tenido en cuenta a la hora de evaluar dicho criterio, afirma en la misma línea argumentativa que la mujer víctima no tiene por qué correr el riesgo de sufrir graves heridas, y que en su afán de supervivencia emplea el medio más efectivo para evitar futuras agresiones. Adicionalmente, Moyano García (2020) desarrolla también la idea de que los medios menos lesivos (como fuga o separación) usualmente exacerban la violencia del perpetrador y Maeve O'Brien (2020) desarrolla el concepto del «estándar masculino de razonabilidad», argumentando que los criterios sobre los cuales se plantea la razonabilidad de la defensa son pensados para hombres, desconociendo así la condición de diferencia que usualmente se presenta en las relaciones mujer-hombre, donde la primera se encuentra en evidente desventaja física con respecto al segundo, cosa que lleva a que los medios utilizados por esta usualmente se califiquen como irracionales.

Para contrarrestar este sesgo, es fundamental que transitemos hacia una racionalidad situada en la que se tengan en cuenta las situaciones particulares que comprende la mujer, sus emociones y aquello que surge a partir del maltrato. Siguiendo esta línea, la proporcionalidad ya no es una discusión que abarca únicamente las armas, sino las desventajas estructurales de la fuerza y la experiencia en combate por parte de la víctima. Así lo indica María Camila Correa, quien habla sobre los dos aspectos en los que debe ser examinada la necesidad: uno cualitativo, para examinar si en realidad había más opciones disponibles; y otro cuantitativo, considerando que el uso de un arma puede ser el único recurso efectivo para detener una agresión cuando el victimario ha cerrado todas las otras salidas.

— IV. Conclusiones

El estado del arte examinado permite concluir que la discusión sobre la legítima defensa en contextos de violencia de género ha evolucionado desde una lectura estrictamente dogmática del derecho penal hacia una más compleja relacionada con las relaciones de poder, la desigualdad estructural y las condiciones materiales en las que las mujeres responden a agresiones sistemáticas.

En ese tránsito, la literatura revisada coincide en que los criterios tradicionales de análisis penal, especialmente la inminencia de la agresión, la proporcionalidad del medio empleado y la racionalidad de la respuesta defensiva, han sido elaborados, históricamente, desde parámetros masculinos que no logran explicar de forma adecuada la situación de las mujeres víctimas de violencia de género dentro del ámbito doméstico.

Una primera conclusión relevante es que el problema no se reduce a una deficiente aplicación judicial de la legítima defensa, sino que se refiere a la configuración androcéntrica del derecho penal. La bibliografía que aquí se presenta muestra que diversas autoras y autores han demostrado cómo las categorías penales clásicas fueron construidas a partir de escenarios de confrontación entre varones, en espacios públicos y bajo esquemas de agresión puntual, inmediata y visible, mientras que la violencia de género ejercida en escenarios de pareja o expareja responde a lógicas distintas: continuidad, dominación, control, amenaza permanente y sometimiento psicológico.

Una segunda conclusión es que la violencia de género en escenarios de pareja o expareja no puede ser entendida como una suma de episodios aislados, sino como un proceso prolongado y escalonado de agresión. Los estudios reseñados permiten reconocer que el fenómeno ha sido descrito mediante categorías como terrorismo misógino, ciclo de violencia y relaciones desiguales de poder. Desde esta perspectiva, la inminencia no debe agotarse en la inmediatez temporal de un ataque físico, sino que debe valorarse a partir de la amenaza constante, la previsibilidad de la agresión y la situación de encierro material, emocional e institucional que condiciona la acción defensiva de la mujer.

De este modo, el estado del arte muestra con claridad que una interpretación rígida de la inminencia termina desconociendo la especificidad de la violencia de género y favoreciendo la criminalización de quien actúa en un escenario prolongado de sometimiento.

En tercer lugar, el balance bibliográfico evidencia que las mujeres que lesionan o matan a su agresor suelen ser ubicadas por el sistema penal en el lugar de victimarias, aun cuando su conducta se produce en un contexto de supervivencia. Los trabajos revisados, especialmente los desarrollados en Perú, Chile y otros escenarios comparados, muestran que fiscales y jueces tienden a descontextualizar la respuesta defensiva, equiparándola a una agresión recíproca o interpretándola como exceso, venganza o desproporción.

Esta lectura desconoce tanto la reiteración de las violencias previas como la ausencia de protección institucional efectiva, y termina por invertir la lógica del daño: la mujer que resiste es juzgada con mayor severidad que el agresor que ha mantenido el dominio violento en el tiempo.

Asimismo, el estado del arte permite concluir que el análisis de la proporcionalidad y de la necesidad del medio empleado debe reformularse a la luz de las asimetrías reales de fuerza y de las limitadas alternativas disponibles para las víctimas. La literatura consultada cuestiona la exigencia de acudir a medios menos lesivos o a canales institucionales ordinarios, cuando múltiples investigaciones demuestran que la denuncia, la huida o la separación no siempre son opciones viables y, en numerosos casos, incluso incrementan el riesgo para la mujer.

En consecuencia, la valoración de la defensa no puede hacerse desde un estándar abstracto de razonabilidad, sino desde las condiciones concretas de vulnerabilidad, miedo, aislamiento, dependencia y riesgo letal en que se encuentra quien actúa.

Otra conclusión importante es que, si bien parte de la doctrina ha recurrido al síndrome de la mujer maltratada para explicar determinadas respuestas defensivas, el propio estado del arte reconoce que esta categoría resulta insuficiente si se la convierte en explicación exclusiva del actuar femenino. La revisión muestra una tensión entre enfoques que destacan las afectaciones psicológicas derivadas de la violencia prolongada y otros que insisten en reconocer la agencia, la resistencia y la racionalidad estratégica de las mujeres.

Este punto es fundamental porque impide que la comprensión jurídica de estos casos derive en una nueva forma de estereotipación: no se trata de absolver a las mujeres por considerarlas patologizadas, sino de reconocer que sus decisiones pueden ser racionales y defensivas dentro de un contexto extremo de dominación.

Del mismo modo, el análisis permite afirmar que existe ya una base teórica sólida para sustentar una reinterpretación de la legítima defensa con enfoque de género. Frente a esto, la literatura revisada ha evidenciado las limitaciones del modelo penal clásico y ha aportado herramientas conceptuales para problematizar la inminencia, la racionalidad, la necesidad y la proporcionalidad.

Por lo tanto, uno de los principales aportes del presente estado del arte es mostrar que el campo de investigación no está agotado en la crítica, sino que evidencia la necesidad de avanzar hacia propuestas interpretativas y normativas más precisas. Adicionalmente, el presente artículo sostiene que cualquier estudio posterior sobre esta materia debe partir de una premisa central: la violencia de género no puede seguir siendo tratada por el derecho penal como una circunstancia accesorio del caso, sino como un elemento estructurante del análisis jurídico. Esto implica abandonar lecturas fragmentadas de los hechos, incorporar el contexto relacional e histórico de la violencia, reconocer las desigualdades de poder entre agresor y víctima y revisar críticamente las categorías dogmáticas cuando estas produzcan resultados discriminatorios.

Finalmente, la conclusión general del estado del arte es que la problemática abordada no se limita a determinar si una mujer que mata o lesiona a su agresor actuó o no en legítima defensa; en realidad, lo que está en juego es el modelo mismo de interpretación del derecho penal frente a la violencia de género. La revisión demuestra que las categorías tradicionales, aplicadas de forma neutral y descontextualizada, resultan insuficientes para responder a violencias continuadas y asimétricas, y que ello ha conducido históricamente a decisiones injustas y revictimizantes.

De ahí que la principal tarea investigativa y jurídica consista en construir criterios de interpretación capaces de articular dogmática penal, enfoque de género y análisis contextual, para que la justicia deje de castigar la supervivencia femenina y avance hacia respuestas más consistentes con la dignidad, la igualdad y la protección efectiva de los derechos de las mujeres.

V. Lista de Referencias

- Azcue, L. (2019). "(Re)pensando la legítima defensa desde una perspectiva de género". *Revista Nueva Crítica Penal*. Universidad Nacional de Mar del Plata.
- Bedoya Alessi, S. L. (2020). *Víctima y victimaria: Estudio de caso sobre mujeres recluidas en un penal de Lima por causar la muerte de su pareja íntima* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Escuela de Posgrado.
- Bosch, E., & Ferrer, V. A. (2002). *La voz de las invisibles: Las víctimas de un mal amor que mata*. Ediciones Cátedra.
- Celeste M; Ascafati L.E. (2019). Legítima defensa en casos de violencia de género. *Revista Intercambios*. No. 18.
- Cepeda Hidalgo, D. (2022). "La legítima defensa como causa de exclusión de la antijuridicidad en el marco de la violencia doméstica en contra de la mujer maltratada en el Ecuador". Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Correa Flórez, M.C. (2017). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del Tirano de la casa*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Correa Flórez, M.C. (2022). La alevosía necesaria. En A. Gómez Méndez et al. (eds.), *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*. Universidad de los Andes, Universidad de Ibagué, Universidad Externado de Colombia.
- Ibieta, M. del V. (2020). *Legítima defensa: Mujeres víctimas devenidas en victimarias. Un análisis del fallo "Lescano" de la Cámara de Apelaciones y Control Tribunal de Alzada en lo Penal de la Provincia de Santiago del Estero (17/06/2020)* [Trabajo final de grado no publicado, Universidad Empresarial Siglo 21].
- Larrauri, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. *Jueces Para La Democracia*, pp. 22-23.
- Garcés Gómez, D.P. (2023). *La legítima defensa como herramienta de protección para las mujeres víctimas de violencia de género*. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana.
- Londoño Gómez, F., & Pérez Vargas, M. (2022). *Estudio de la legítima defensa en los casos de las mujeres maltratadas, agredidas y violentadas a la luz de la perspectiva de género*. Tesis de pregrado en Derecho, Universidad EAFIT.
- O'Brien, M. (2020). *"I Shot Him Because I Feared for My Life": How U.S. Self-Defense Laws Affect Women Who Kill in Self-Defense*. University of Michigan.
- Moyano García, P., & Robles Planas, R. (2020). *¿Defensa propia o sed de venganza?* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- Murillo Ramírez, T. J., Meza Aguilera, N. M., & Medina Brenes, M. A. (2014). *El miedo insuperable y la legítima defensa en casos de violencia intrafamiliar, como eximentes de responsabilidad penal para la mujer víctima-victimaria* (Trabajo de grado, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).
- Olavarria Aranguren, J., et al. (2011). *Estudios y capacitación: los parricidios y homicidios imputados a mujeres*. Defensoría Penal Pública, Chile.
- Ramírez Prado, K., & Salazar Torres, E. (2020). *Análisis de la legítima defensa de la mujer víctima de violencia familiar en el entorno de lesiones recíprocas*. Tesis de pregrado en Derecho, Universidad César Vallejo.
- Roa Avella, M. (2012). "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante". *Nova Et Vetera: Género, Etnia y Violencias*.
- Stevens, D. (1999). "Interviews with women convicted of murder: battered women syndrome revisited". *International Review of Victimology*. University of Massachusetts at Boston.
- Villegas Díaz, M. (2010). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres homicidas y exención de responsabilidad civil. *Revista de Derecho*, Vol. XXII.
- Walker Martínez, A. (2021). Violencia de género permanente y legítima defensa: Consideraciones a partir de la sentencia rol 648-2021 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. *Revista de Estudios de la Justicia*, 35, 143-160.



● ARTÍCULO 9 · ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

La transgresión del principio de legalidad en los tipos infractores abiertos e indeterminados en el Procedimiento Administrativo Disciplinario seguida contra Fiscales

The transgression of the principle of legality in the open and indeterminate types of infractions in the disciplinary administrative procedure related to prosecutorial conducts

RÍOS PASTOR, Raúl*

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la función que desempeña el principio de legalidad en el procedimiento administrativo disciplinario contra fiscales, y como la aplicación de los tipos infractores abiertos o indeterminados contenidos en la Ley N.º 30483 — Ley de la Carrera Fiscal, puede propiciar a interpretaciones discrecionales por parte de la autoridad administrativa, y como consecuencia derivar a la vulneración del principio de legalidad y afectar las garantías propias del debido procedimiento administrativo disciplinario.

Palabras Clave — Legalidad, discrecionalidad, abiertos o indeterminados, autoridad administrativa.

ABSTRACT

This paper analyzes the role played by the principle of legality in disciplinary administrative proceedings against prosecutors, and how the application of open or indeterminate types of infractions contained in Law No. 30483 — Law of the Prosecutorial Career may give rise to discretionary interpretations by the administrative authority, and consequently lead to a violation of the principle of legality and affect the guarantees inherent to due process in disciplinary administrative proceedings.

Key words — Legality, discretion, open or indeterminate, administrative authority.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. El principio de legalidad en la Constitución Política del Perú · IV. El principio de legalidad en el Derecho Administrativo Disciplinario del Ministerio Público · V. Problemática de aplicación de los tipos infractores en el Procedimiento Administrativo Disciplinario contra Fiscales · VI. Conclusiones · VII. Lista de Referencias.

* Abogado y Maestro en Ciencias, mención de Derecho Penal y Criminología por la Universidad Nacional de Cajamarca. Asistente en Función Fiscal de la Autoridad Desconcentrada de Control del Ministerio Público de Cajamarca. Código ORCID: [0009-0000-9530-3714](https://orcid.org/0009-0000-9530-3714). Correo electrónico: rariosp94@gmail.com.

I. Introducción

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, los funcionarios de las entidades públicas se encuentran obligados a adecuar su actuación al ordenamiento constitucional y legal vigente. Esta exigencia responde a la necesidad de establecer límites al ejercicio de la potestad discrecional con la que cuentan los funcionarios públicos, a fin de garantizar una actuación estatal conforme a criterios de justicia, idoneidad y eficacia. En este contexto, el derecho administrativo disciplinario se inserta como una manifestación del *ius puniendi* del Estado, por lo que no se encuentra exento de tales exigencias.

En esa línea, los funcionarios encargados de la aplicación del derecho administrativo disciplinario en la investigación de presuntas inconductas funcionales atribuidas a fiscales deben orientar su actuación conforme al principio de legalidad, el cual constituye una garantía esencial frente al ejercicio del poder sancionador de las entidades públicas.

Siendo ello así, dicho principio admite una doble dimensión: de un lado, sólo por norma con rango de ley se les otorga potestad sancionadora a las entidades públicas; y, de otro, que sólo por norma con rango de ley se establecen los tipos infractores y las posibles sanciones a imponerse.

Bajo estas consideraciones, la aplicación del derecho administrativo disciplinario a fiscales evidencia, en la práctica, diversas problemáticas vinculadas a la determinación de las infracciones administrativas previstas en la Ley N.º 30483 — Ley de la Carrera Fiscal; en particular, la existencia de tipos infractores abiertos e indeterminados plantean dificultades en su adecuada subsunción a los hechos concretos, lo que puede propiciar márgenes de interpretación discrecional por parte de la autoridad administrativa, con potencial afectación al principio de legalidad.

II. Métodos y técnicas

El presente artículo se ha desarrollado bajo enfoque cualitativo, en ese sentido se utilizó el análisis de conceptos y significados del principio de legalidad, priorizando su aplicación en el ámbito administrativo disciplinario. Así como se acudió a la interpretación de las normas constitucionales, la normatividad que rige el aspecto administrativo disciplinario aplicado a los fiscales del Ministerio Público peruano, acudiendo al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y al desarrollo del argumento. Como técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental, tanto de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia.

III. El principio de legalidad en la Constitución Política del Perú

Nótese que el literal d del inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú respecto al principio de legalidad establece que: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley»; por lo que, dicho principio es una garantía conforme a la cual toda actuación de la administración pública debe encontrarse previamente establecida en la ley de manera clara y precisa, puesto que ninguna autoridad puede actuar al margen de lo que está establecido por ley.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador. Y el principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*) (Sentencia recaída en el EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC, de fecha 08-08-2012).

Por otro lado, Santy (2024) afirma:

El principio de legalidad es definido como la sumisión de la administración al derecho, ya que el término legalidad indica que la ley es la norma superior esencial a respetar por la administración. El principio de legalidad es una regla fundamental en el derecho; esto quiere decir, que todo acto sea fundado sobre una base legal, situación que implica que haya un fundamento jurídico en el orden jurídico existente (p. 90).

En tal sentido, el principio de legalidad puede ser entendido como aquella garantía fundamental que exige que toda actuación de la administración pública se encuentre previamente establecida en una norma con rango de ley, la cual debe describir de manera clara, expresa y precisa la conducta, así como las consecuencias jurídicas aplicables, constituyéndose en un límite a la discrecionalidad estatal y en una garantía de seguridad jurídica para los ciudadanos.

— IV. El principio de legalidad en el Derecho Administrativo Disciplinario del Ministerio Público

La Ley N.º 30944, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público, en su Artículo 51.A.1 literal a) reconoce que: «Son funciones de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público investigar, en el marco del procedimiento administrativo-disciplinario, los hechos, acciones u omisiones que constituyan infracciones disciplinarias por parte de todos los fiscales de todos los niveles del Ministerio Público, salvo en el caso de los fiscales supremos cuyo expediente debe ser remitido a la Junta Nacional de Justicia (...)».

En ese contexto, los funcionarios de dicha entidad deben desarrollar sus competencias otorgadas por ley conforme a las exigencias del principio de legalidad, toda vez que dicho principio constituye un límite esencial al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Pacori (2023) afirma:

El principio de legalidad se manifiesta entendiéndose que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. El principio de legalidad, junto con el principio de interés público, es la base del Derecho Administrativo, desde que la autoridad administrativa puede y debe hacer sólo aquello que le permite la ley, no puede ni debe hacer aquello que le prohíbe la ley sin perjuicio de la facultad discrecional permitida por ley (p. 56).

Asimismo, se debe tomar en cuenta que el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el numeral 1 del Artículo 248 ha establecido que el principio de legalidad debe ser entendido como: «Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...)»; cuyo cuerpo normativo es de aplicación supletoria al procedimiento administrativo disciplinario seguido contra fiscales a la luz de lo señalado en la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público, aprobado con Resolución Jefatural N.º 212-2025-ANC-MP-J de fecha 04 de junio de 2025.

— V. Problemática de aplicación de los tipos infractores en el Procedimiento Administrativo Disciplinario contra Fiscales

La aplicación de las infracciones administrativas dentro de un procedimiento administrativo disciplinario seguido contra fiscales se sustenta en la Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal, cuyo cuerpo normativo ha establecido 3 tipos de faltas —leves, graves y muy graves— contenidas en los Artículos 45, 46 y 47, respectivamente.

De lo antes planteado, si bien la ley ha establecido los tipos infractores aplicables ante la comisión de inconductas funcionales por parte de fiscales, es de advertir que algunos de los tipos infractores son abiertos o indeterminados, como los siguientes:

Artículo 45. Faltas leves

(...)

9. Incurrir en negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo, establecidos en esta Ley, cuando no constituyan falta grave o muy grave.

Artículo 46. Faltas graves

(...)

3. Causar grave perjuicio al desarrollo de las incidencias y diligencias del proceso, frustrando o retrasando injustificadamente la realización de los actos procesales.

Artículo 47. Faltas muy graves

(...)

13. Incurrir en acto u omisión que, sin ser delito, comprometa gravemente los deberes del cargo.

En relación con lo establecido en el numeral 9 del Artículo 45, se evidencia que se trata de un tipo infractor abierto, puesto que si un fiscal incurre en negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo se considera como una falta leve, pero el mismo tipo infractor nos remite o redirige nuevamente a un catálogo de 22 deberes que debe cumplir el fiscal en el desempeño de sus funciones como representante del Ministerio Público; sin embargo, el artículo 33 de la Ley de la Carrera Fiscal contiene un deber de contenido abierto, como el numeral 20) que señala que: «Es deber de los fiscales guardar en todo

momento conducta intachable», sin señalar de forma expresa si dicha acción está relacionada exclusivamente al desempeño de la función en el cargo dentro del horario laboral o también se extiende al ámbito fuera del horario de trabajo; es decir, en la vida privada; lo que conlleva a todas luces que dicho tipo infractor (falta leve) contraviene el principio de legalidad.

Respecto a lo señalado en el numeral 3 del Artículo 46, se advierte que se trata de un tipo infractor indeterminado, en razón que señala que en el desempeño de sus funciones el fiscal puede causar grave perjuicio al desarrollo de las incidencias y diligencias del proceso; empero, no precisa cuáles serían las incidencias y diligencias en las que frustró o retrasó injustificadamente los actos procesales con su acción u omisión, aún más si se tiene una multitud de actos que desarrolla el fiscal durante la investigación, como por ejemplo la declaración de los investigados, testigos, constataciones fiscales, participación en una entrevista en Cámara Gesell, su participación en audiencias judiciales y más; llegando a la conclusión que dicho tipo infractor (falta grave) vulnera el principio de legalidad.

Con relación a lo estipulado en el numeral 13 del Artículo 47, se evidencia que se trata nuevamente de un tipo infractor abierto, puesto que si un fiscal incurre en un acto u omisión que comprometa gravemente los deberes propios de su cargo en el desempeño de sus funciones como representante del Ministerio Público se considera como una falta muy grave, pero el mismo tipo infractor nos remite o redirige una vez más a un catálogo de 22 deberes contenidos en el Artículo 33 de la Ley de la Carrera Fiscal; aunado a ello, se agrega que dicha acción u omisión no debe ser un delito; sin embargo, no delimita o diferencia con exactitud cuándo se incurre en delito, puesto que muchas acciones u omisiones administrativas también pueden ser consideradas como delitos perseguibles penalmente; por lo que dicho tipo infractor (falta muy grave) contraviene el principio de legalidad.

Siendo ello así, los tipos infractores en análisis no cumplen con los preceptos delimitados por el principio de legalidad, en el entendido que exige que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, sean descritos de forma clara e inequívoca, de manera que no se genere inseguridad jurídica en los administrados, y, por ende, que sea posible prever las consecuencias sancionadoras de una determinada conducta de los fiscales.

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido en más de una oportunidad que:

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal d del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa a la ilicitud sea expresa e inequívoca (*lex certa*) (Sentencia recaída en el EXP. N.º 0010-2002-AI/TC, de fecha 03-01-2003).

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que:

El principio de legalidad comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la ajena responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango (Sentencia recaída en el EXP. N.º 061-1990-ES-TC, de fecha 29-03-1990).

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

Por medio del principio de libre configuración de la ley por el legislador, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social, sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales (Sentencia recaída en el EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, de fecha 08-07-2005).

Por lo tanto, si bien el legislador cuenta con la reserva de ley otorgada por el Poder Constituyente, dichas facultades deben dictarse dentro de parámetros y límites de un Estado Constitucional de Derecho, sin que la dación de leyes conlleve a la vulneración del principio de legalidad y el derecho de defensa consagrado en el numeral 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, dentro del procedimiento administrativo disciplinario aplicable a fiscales, regulado por la Ley N.º 30483, se advierte que, si bien el legislador ha establecido un catálogo de faltas leves, graves y muy graves, varios de estos tipos infractores presentan una estructura abierta o indeterminada, lo que resulta incompatible con las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora. Las disposiciones como el numeral 9 del artículo 45, numeral 3 del artículo 46 y numeral 13 del artículo 47 no delimitan de manera clara, precisa e inequívoca las conductas sancionables, sino que recurren a fórmulas amplias como «negligencia en el cumplimiento de deberes», «grave perjuicio al desarrollo del proceso» o «acto u omisión que comprometa gravemente los deberes del cargo». Estas expresiones, además de remitir a catálogos de deberes también amplios o indeterminados —como el deber de mantener «conducta intachable»—, generan un margen excesivo de discrecionalidad en la autoridad administrativa, permitiendo que la infracción sea construida *ex post* a partir de valoraciones subjetivas. Ello vulnera directamente el principio de tipicidad o *lex certa*, que constituye una garantía esencial del debido procedimiento administrativo sancionador, en tanto exige que las conductas prohibidas y las sanciones estén predeterminadas con un grado suficiente de certeza, de modo que los administrados —en este caso, los fiscales— puedan prever razonablemente las consecuencias jurídicas de su actuación.

Si bien el legislador cuenta con un margen de configuración normativa, este no es absoluto, pues se encuentra limitado por el respeto a los derechos fundamentales y a los principios estructurales del Estado Constitucional de Derecho, entre ellos la seguridad jurídica y el derecho de defensa. En consecuencia, la incorporación de tipos infractores administrativos con un alto grado de indeterminación afecta la previsibilidad de las sanciones y debilita las garantías del debido procedimiento, al impedir una adecuada defensa frente a imputaciones vagas o genéricas.

— VI. Conclusiones

El principio de legalidad es un límite esencial al poder sancionador del Estado, aplicable también al procedimiento administrativo disciplinario contra fiscales, exigiendo que los tipos infractores sean precisos y claros en la ley.

La Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal, contiene tipos infractores abiertos o indeterminados, que no describen de manera clara, expresa e inequívoca las conductas sancionables, incumpliendo el estándar de certeza exigido por el principio de legalidad (*lex certa*), lo que dificulta su aplicación objetiva y adecuada a los casos concretos.

La indeterminación normativa genera un amplio margen de discrecionalidad administrativa, permitiendo interpretaciones subjetivas por parte de la autoridad administrativa, cuya discrecionalidad puede vulnerar derechos fundamentales, especialmente el debido procedimiento, la seguridad jurídica y el derecho de defensa de los fiscales investigados.

Los tipos infractores abiertos afectan la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, impidiendo que los fiscales conozcan con claridad y certeza qué conductas son sancionables administrativamente.

El legislador, aunque tiene libertad de configuración normativa, está limitado por la Constitución, por lo que no puede establecer normas sancionadoras vagas o ambiguas; y los tipos infractores analizados son materialmente incompatibles con el principio de legalidad, pudiendo cuestionarse su validez o, en su defecto, debiendo aplicarse de forma restrictiva.

— VII. Lista de Referencias

Constitución Política del Perú de 1993. En: gob.pe.

Ley N.º 30944, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público. En: gob.pe.

Ley N.º 30483, Ley de la Carrera Fiscal. En: gob.pe.

Ley N.º 27444, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: gob.pe.

Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público. En: gob.pe.

Tribunal Constitucional: Sentencia recaída en el EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC; Sentencia recaída en el EXP. N.º 0010-2002-AI/TC; Sentencia recaída en el EXP. N.º 1417-2005-AA/TC; Sentencia recaída en el EXP. N.º 061-1990-ES-TC.

Pacori, J. (2023). *Manual de Derecho Administrativo Disciplinario y Procedimiento Administrativo Sancionador*. Lima: Editorial Ubi Lex Asesores SAC.

Santy, L. (2024). *Derecho Administrativo Sancionador*. Lima: Editorial Instituto Pacífico SAC.



● ARTÍCULO 10 · ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Importancia de las fuentes del derecho para el ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico

Importance of the sources of law for natural law, legal positivism and legal realism

MARÍN ABANTO, Diana*

RESUMEN

El objetivo fue determinar la importancia de las fuentes del derecho para el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el realismo jurídico. Para ello, se usó una metodología dogmática jurídica con enfoque cualitativo. Se prescindió de muestra y se trabajó con fuentes documentales y la técnica de análisis documental. Se analizaron dichas corrientes filosóficas, mediante los paradigmas establecidos en las obras documentales de Aristóteles y Sófocles, la «Teoría pura» de Hans Kelsen y «Realismo» de Holmes, Pound y Hägerström, entre otros, complementadas con doctrina actual. Pues, estas sirvieron como base para el desarrollo de lo que hoy se conoce como ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico. Así, se intentó compararlos y establecer qué fuente del derecho tiene mayor peso en cada una de ellas, a fin de entender sus implicancias en los ordenamientos jurídicos. Se concluyó que los principios generales del derecho son clave para el iusnaturalismo; la ley, para el iuspositivismo; y, la jurisprudencia para el realismo jurídico. De ahí que, cada una tenga un desenvolvimiento distinto en los ordenamientos jurídicos de cara a la protección de los derechos.

Palabras Claves — ius naturalismo, ius positivismo, realismo jurídico, derecho.

ABSTRACT

The objective was to determine the importance of legal sources for natural law, legal positivism, and legal realism. To this end, a dogmatic legal methodology with a qualitative approach was used. No sample was used, and the research relied on documentary sources and documentary analysis techniques. These philosophical currents were analyzed through the paradigms established in the works of Aristotle and Sophocles, Hans Kelsen's "Pure Theory," and the "Realism" of Holmes, Pound, and Hägerström, among others, complemented by current legal doctrine. These served as the basis for the development of what is now known as natural law, legal positivism, and legal realism. Thus, an attempt was made to compare them and establish which source of law carries the most weight in each, in order to understand their implications for legal systems. It was concluded that the general principles of law are key to natural law; the law, according to legal positivism; and jurisprudence, according to legal realism. Therefore, each develops differently within legal systems with regard to the protection of rights.

Key words — natural law, legal positivism, legal realism, law.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Análisis del iusnaturalismo bajo la filosofía del derecho · IV. Análisis del iuspositivismo desde la filosofía del derecho · V. Análisis del realismo jurídico desde la filosofía del derecho · VI. Implicancias del Iusnaturalismo, Iuspositivismo y Realismo jurídico en los ordenamientos jurídicos · VII. Conclusiones · VIII. Lista de Referencias.

* Abogada por la Universidad Privada del Norte. Magíster en Derecho Civil Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Litigante en materia de derecho civil. Especialista en metodología de la investigación y asesoría de tesis. Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Privada del Norte. Ganadora de concursos de investigación, escritora de artículos científicos y ponente en eventos académicos. Exasesora académica del Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED) de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Miembro de «Derecho & Empresa» y «Ius Civilis». Código ORCID: 0009-0004-6221-9953. Correo electrónico: dianamarinabogada@gmail.com.

I. Introducción

A lo largo de la historia del Derecho, es sabido que la filosofía jurídica ha sido la primera que ha buscado encontrar una concepción teórica que explique la naturaleza del Derecho, con el fin de saber cómo fundar y entender las instituciones jurídicas y normas necesarias en una sociedad. En ese entendido, la filosofía ha dado pie a corrientes como el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, las primeras en explicar al Derecho y por consecuencia, las primeras en estar presentes en muchos de los ordenamientos jurídicos actuales. Sin embargo, frente a estas, en la filosofía jurídica ha venido surgiendo otra corriente jurídica como es el Realismo jurídico.

Si bien, muchos juristas se han dirigido hacia todas estas para encontrar una explicación sobre la esencia del Derecho, pocos lo han hecho para responder a la pregunta: ¿Cuál es la importancia de las fuentes del derecho para el ius naturalismo, ius positivismo y realismo jurídico?, a fin de comprender los paradigmas que presentan de cara a la protección de los derechos de las personas. Así, la metodología usada es el enfoque dogmático – jurídico, nivel descriptivo, aplicando la técnica del análisis documental y el método de análisis deductivo. En tal sentido, en la presente se busca responder a dicha pregunta al tomar como unidades de análisis a los postulados de dichas corrientes, a partir de sus principales pensadores y el contenido de obras de la filosofía del Derecho, como se verá. Para ello, se empezará desarrollando las ideas clave de cada corriente, por medio de las obras de Aristóteles, Sófocles, Von Jhering, etc., luego se emprenderá su análisis a partir de doctrina y así arribar a conclusiones.

II. Métodos y técnicas

La presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, el cual parte de la apreciación subjetiva de la realidad vinculada al problema, siendo la unidad de análisis la cualidad detectada en dicha realidad, de la cual se extrae categorías y se reconoce la existencia de una relación sistémica y estructural entre sus partes y al confrontar sus categorías conceptuales.

En tanto, el método de análisis fue el deductivo, mediante la revisión de obras filosóficas donde yacen paradigmas aceptados en la construcción de las corrientes abordadas (iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico), con el cual se pudo arribar a un análisis y conclusiones en relación a sus implicancias en los ordenamientos jurídicos actuales, es decir en cuanto a su uso, funcionamiento y utilidad en la comprensión del Derecho y su desenvolvimiento en los marcos normativos para proteger los derechos de las personas.

Asimismo, se usó el método argumentativo y dogmático jurídico que consiste en elaborar un razonamiento estructurado y coherente que permita sustentar o impugnar una postura bajo fundamentos normativos y racionales, con el fin de persuadir acerca de la validez de una determinada interpretación o de la pertinencia de una solución frente a un conflicto jurídico, sea teórico o práctico.

La técnica de recolección de datos que se utilizó fue el análisis documental y la sistematización de información, a partir del examen de literatura doctrinaria nacional e internacional sobre las teorías filosóficas indicadas. El instrumento fue una ficha de análisis y sistematización documental para organizar y clasificar la información obtenida.

III. Análisis del iusnaturalismo bajo la filosofía del derecho

Respecto a esta, a la luz de clásicos filósofos que desarrollaron la idea de un Derecho natural, como un concepto diferente al de Derecho positivo, es preciso comentar que esta aparece por primera vez en la obra «Ética a Nicómaco», escrita por Aristóteles en el siglo IV a.C. y en virtud a la cual este es conocido como el padre del Derecho natural, a continuación su análisis.

Análisis de la obra «La ética a Nicómaco» de Aristóteles

Para adentrarse en el estudio de la citada obra, es preciso dar algunos datos sobre el mismo. Así, según algunos investigadores, como Meléndez (2013), la «Ética a Nicómaco», obra escrita por Aristóteles, se trata de uno de los primeros tratados conservados sobre ética y moral de la filosofía occidental. Es el más importante en el desarrollo de una definición de la ética aristotélica, el cual consiste en diez libros, originalmente pergaminos, basados en las notas de los discursos del citado filósofo en el Liceo. Dicha obra se refiere al hijo de Aristóteles; sin embargo, no desarrolla diversos temas de la ética aristotélica y los primeros atisbos del Derecho natural.

En ese sentido, en su capítulo VII dicho filósofo planteó al Derecho natural por primera vez, que traducido al español por Pallí (1993) refiere que la justicia política puede distinguirse en dos tipos: la natural, que emana de principios universales e inmutables y mantiene su validez sin depender de la voluntad humana; y la legal o convencional, que responde a acuerdos específicos y cuya fuerza varía según las costumbres de cada sociedad. Aunque algunos sostienen que toda justicia es convencional porque las normas humanas cambian, existe una justicia natural que, pese a ser mutable en su interpretación, se basa en criterios intrínsecos (al igual que la mano derecha es normalmente más diestra por naturaleza), mientras que la justicia legal refleja acuerdos humanos y, al igual que los sistemas políticos, difiere de un lugar a otro.

A partir de este pasaje, se puede ver que Aristóteles establece una distinción en el interior de la justicia política entre dos especies de justicia; de un lado, una natural; y, de otro lado, una legal. Así, explica que es natural la justicia que tiene la misma fuerza en todos los lugares y que no depende de esta o de aquella opinión; en tanto que, la justicia legal es la que puede originarse indiferentemente aquí o allí, pero que, una vez establecida, se impone. En ese tenor, Aristóteles establece importantes consideraciones al respecto, las cuales son:

- Que, en el parecer de algunos, toda prescripción de orden jurídico pertenece a la llamada justicia legal.
- Que, pertenece a la justicia legal por el simple hecho de que la propia idea de lo natural remite a un carácter necesariamente inmutable y posee, en todos los lugares, la misma fuerza.
- Que, eso deriva del hecho comúnmente admitido de que el derecho [positivo] es susceptible de sufrir variaciones.
- Pero, para Aristóteles, tales afirmaciones no son del todo verdaderas; el derecho no es esencialmente variable, pues entre los dioses, por ejemplo, la justicia es, en sí misma, inmutable.
- Que, entre nosotros, en nuestro mundo sublunar, hay espacio para algo así como lo justo «natural», aunque susceptible de sufrir cambios.
- Sin embargo, es posible distinguir entre lo que es natural y lo que no lo es, y entre las cosas que están sujetas a variación se puede observar cuáles de ellas son naturales y cuáles son por ley o convención. Que, por ello, tanto unas como otras son susceptibles de sufrir variaciones.
- Ni las reglas de derecho que descansan en la convención y en la conveniencia, ni las que no se fundan en la naturaleza pero dependen de los hombres, son las mismas en todos los lugares, en la medida en que la propia constitución tampoco existe por naturaleza.
- Y que, para que exista solo una constitución, esta es, en todos los lugares, la mejor.

Aristóteles no distingue dos tipos de justicia en términos de su mutabilidad, debido a que, aunque las leyes positivas (la justicia legal) sean cambiantes, las leyes naturales no están totalmente libres de cambio o pueden variar.

Es más, citando a autores que comentan la obra, como Buckle (1995), indican que Aristóteles expresa sus ideas sobre el derecho natural con algunos ejemplos en este pasaje, que refiere que algunos creen que la justicia solo proviene de acuerdos humanos porque lo natural es inmutable y constante, pero es cierta en parte, pues aunque todo puede cambiar hay principios de origen natural que inspiran ciertas normas, mientras que otras dependen de convenciones sociales, susceptibles de variación. Esta distinción se refleja también en fenómenos como la fuerza de la mano derecha, natural pero entrenable para alcanzar destrezas ambidexas (Pallí, 1993).

Análisis de la obra «La física» y «La Retórica» de Aristóteles

Seguidamente, en otra de sus obras, «La física», se evidencia su interés por los fenómenos biológicos y por un modelo biológico de explicación de los procesos naturales. Así, para Aristóteles, la naturaleza de una cosa es su principio interior de cambio y un cambio será natural si es obra o creación de este principio interior. En ese sentido, trata de explicarlo con un ejemplo: el caso del crecimiento orgánico de una planta que cambia con el tiempo desde la semilla al plantón y a la planta madura, antes de secarse. Bajo la filosofía de Aristóteles, estos cambios serían naturales, al ser obra de principios internos que rigen su desarrollo y eventual degeneración, los que se distinguirían de otros cambios resultantes de factores externos, como los posibles efectos de una intervención humana, tanto beneficiosos como perjudiciales.

Bajo ello, se puede reflexionar que lo natural o real no implica que sea inmutable; solo requiere que los cambios tengan lugar luego de la dinámica interior natural de un ser. Se puede distinguir entre lo natural y lo que no es natural, siendo que, de las cosas que están sujetas a variación, se puede observar cuáles de ellas son naturales y cuáles son ley o convención, lo cual se ilustra mediante el ejemplo de la capacidad de ser ambidiestro que nos pone Aristóteles. Sin embargo, las reflexiones a las que nos hace llegar Aristóteles sobre el Derecho natural, en su obra «Ética a Nicómaco», no son más que una pequeña anticipación del tratamiento más expreso que realiza del mismo en otra de sus obras, «La Retórica», tal como se verá a continuación.

De los pasajes de la indicada obra, los esfuerzos de Aristóteles por diferenciar el Derecho natural del legal parten de la premisa de justicia. Así, de una traducción se refiere que la injusticia es la realización intencional de un daño en violación de una norma. A su vez, las normas se clasifican en particulares, las escritas que rigen en cada ciudad, y comunes, los preceptos no codificados que cuentan con aceptación unánime entre los diversos pueblos (Racionero, 1990).

Ello permite reflexionar sobre la existencia de leyes que dirigían el actuar humano de ese entonces, hasta el punto de establecer cuándo se está haciendo daño y cuándo no; y, a la vez, los tipos de leyes existentes. Por un lado, leyes particulares y, por el otro, las comunes. A la primera le otorga una significación relacionada con el Derecho positivo; pero no del todo cierta, pues es sabido que esta otra teoría va más allá de si la norma está escrita o no, y tiene que ver más con la validez de la misma. En tanto, la ley común es identificada como la que no está escrita y que es concertada por todos los pueblos, sin mencionar un lugar en específico.

Análisis del mito «La tragedia de Antígona» de Sófocles

Finalmente, para encontrar qué tipo de leyes refiere Aristóteles, al tratar el tema de la ley común y particular, es preciso complementar con pasajes de un mito de Sófocles, «La tragedia de Antígona», que cuenta el mito de Antígona, hija de Edipo y Yocasta, que tras el enfrentamiento de Eteocles y Polinices, sus hermanos, este último muere y, obedeciendo a sus sentimientos de amor fraternal, Antígona va a sepultarlo contradiciendo el decreto del rey Creonte que lo prohibía, siendo condenada a muerte, ante lo cual mejor se suicida (Sófocles, 2001).

Dicha obra ha sido comentada por muchos filósofos, como Friedrich Hegel, quien, explicado por Cruz (2012), indica que Antígona es el paradigma de la piedad y del culto a la unidad de la familia, lo cual se evidencia cuando esta siente la necesidad de dar sepultura a su hermano fallecido, pues el acto de enterramiento era visto como el modo de devolver al muerto a los ancestros o al ámbito de su familia.

Así, para Friedrich Hegel, la única razón que Antígona aduce en su favor para defenderse es la inviolabilidad de las leyes divinas, las cuales cimientan el sentido del individuo en comunidad; es más, se establece que la validez de tales leyes es universal, que se extiende desde el ámbito de los dioses olímpicos (con Zeus a la cabeza) hasta la región del Hades, no habiendo sitio en el universo donde pueda darse una excepción a tales leyes no escritas. Es más, este cita algunos pasajes de la indicada obra para explicar mejor su posición, como cuando Antígona rechaza la autoridad de Creonte al afirmar que ni Zeus ni ningún otro dios, y mucho menos un mortal, pueden imponer leyes que contradigan las normas divinas, eternas e inmutables, y por ello no teme sufrir castigo por desobedecer decretos humanos que entran en conflicto con esas leyes superiores (Sófocles, 2001).

A partir de ello, sobre la naturaleza de las leyes no escritas, al parecer del Derecho natural se puede asumir que ellas son reglas universales del obrar moral, impresas por la naturaleza en la conciencia humana. De manera que, en la obra se llega a ver una gran individualidad moral de Antígona por las leyes no escritas, divinas y grabadas en el corazón humano. De esa forma, se ve cómo los grandes autores griegos creyeron siempre que estas leyes no eran dadas por los hombres.

Se puede concluir que una de las fuerzas que empujaba al rey Creonte no es totalmente legítima; y que, aunque la ley civil era necesaria en el orbe ético, se hallaba en un rango inferior al de la ley natural de la familia, por la que se movía y actuaba Antígona en el mito. De esa manera, Sófocles trazó un combate de ideas entre las leyes divinas, que son santas e inviolables, y las leyes civiles, que son útiles y oportunas. Las primeras, obedecidas por Antígona, quien paga con su vida por ello. Las segundas, establecidas por hombres que, como el rey Creonte, las imponen autoritariamente, aunque lleven la ruina moral a su propia casa; es decir, el drama plantea si deben obedecerse las leyes humanas o las divinas, si son más importantes las leyes escritas que las no escritas; llegándose a establecer que solo las divinas han de ser obedecidas por razón de la naturaleza del ser humano, correlacionada con la divinidad que las imparte. Por ende, bajo dicha teoría, las leyes deben adecuarse al orden ideal o de la naturaleza, de tal manera que para su corrección se debe recurrir a los criterios de justicia que son inherentes al Derecho natural.

Es decir, desde los discursos de Aristóteles en sus distintas obras, se introduce la distinción entre ley particular y ley común: se entiende por ley particular a la ley definida en cada pueblo tomando su especificidad, escrita o no, y la común es la ley concertada por todos los hombres en todos los pueblos, que no está escrita y es universal; hasta el mito de Antígona de Sófocles, que plantea si deben obedecerse las leyes humanas o las divinas, cada una con características propias, donde esta última es la superior. Se puede decir que el Iusnaturalismo, en su forma primitiva y clásica, propugnaba una doctrina jurídica basada en que el Derecho está compuesto por el conjunto de leyes o principios universales morales que debían regir por sobre cualquier otra, en tanto aquellas devenían de la propia naturaleza del ser humano.

Por tanto, bajo nuestra consideración, la fuente del derecho que se acerca más a los postulados de la teoría filosófica jurídica del Iusnaturalismo, con un grado de importancia superior, son los principios generales del Derecho, pues estos se originan en principios morales universales, aunque hoy deben entenderse como aquellos que, si bien tienen sentido moral, solo serán Principios Generales del Derecho en la medida en que sean necesarios para el Derecho.

En ese sentido, son postulados de orden moral, de relevancia para el Derecho, con los que se han de dirigir el actuar de los operadores del Derecho en su aplicación de las normas; y que, bajo la doctrina del Iusnaturalismo, aparecen como una de las fuentes de Derecho de mayor importancia, al tener su origen moral, así como su existencia universal más allá de un territorio específico; pero, sobre todo, por el hecho de que devienen de la naturaleza del ser humano y del orden de las cosas en la naturaleza, bajo las cuales se imponen a otras normas.

— IV. Análisis del iuspositivismo desde la filosofía del derecho

Si bien en el apartado sobre el Iusnaturalismo no se indicó que esta corriente de pensamiento tiene deficiencias, es preciso precisar ello para entender el origen del Iuspositivismo en las falencias del iusnaturalismo. Así, es sabido, a partir de diversos autores críticos del Iusnaturalismo, que esta presenta como principal deficiencia el hecho de ser poco objetiva, lo cual deviene del hecho mismo de su esencia, es decir, por originarse por orden de la naturaleza humana; pero, sobre todo, por considerar al derecho como el conjunto de principios morales de corte universal, lo cual evidencia un grave problema en el ámbito jurídico, en el sentido de que hace que el derecho se convierta en poco objetivo y más abstracto, e incluso subjetivo. Lo cual se da porque, al considerar a la moral como base de su construcción del Derecho, se cae en la falacia de creer que hay principios aceptados en toda sociedad, conocidos por todos y que son los mismos en todo lugar, pues ello solo genera que no se sepa cuándo está siendo infringido el ordenamiento jurídico. Así, el Iusnaturalismo se presenta como una corriente filosófica de carácter gaseoso, al ser sus postulados abstractos, que pueden cambiar de un momento a otro, según la concepción de su aplicador y/o de las situaciones fácticas del caso; generándose, así, que con el afán de buscar impartir justicia bajo sus principios y razonamientos, se termine concediendo una «justicia» no tan justa. En ese contexto es que debe entenderse la aparición de esta corriente filosófica que busca abordar el problema advertido en el Iusnaturalismo, sobre lo abstracto y poco objetivo que este puede ser.

Con el Iuspositivismo, se plantea un enfrentamiento entre la metafísica (en la que se basan los iusnaturalistas) y la validez formal de las normas —la ciencia (en la que se basan los positivistas puros)—, a fin de separar del Derecho lo especulativo (la moral) y poder desplazarse hacia lo objetivo, o del deber hacia el plano del ser. Esto lo plantean muchos pensadores de data antigua, moderna y contemporánea, dentro de los cuales destaca Hans Kelsen, quien planteaba la idea de que, para estructurar una ciencia autónoma del Derecho, alejada de toda especulación que la haga injusta, se debía separar todo lo perteneciente a otras ciencias, como son los valores, conductas, principios abstractos, etc., es decir, todo lo que sea más propio de la moral, la religión, la sociología o la política.

En ese entender, estableció una teoría pura del Derecho basada en la norma jurídica; pero no en cualquier norma jurídica, sino en aquella que dota de cierta validez, así también, en un sistema eficaz que regule efectivamente las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto. De esa manera, el citado autor consideró que el Derecho, como sistema para regir, no tenía que ostentar un cumplimiento rígido de algún principio universal, de orden superior, divino y ligado a la moral, como lo propugnaba el Iusnaturalismo. Por el contrario, para el citado pensador bastaba con que todos o un gran número de sujetos acaten las normas jurídicas válidas, dentro de un sistema jurídico ordenado en forma coherente, ya que así serían efectivamente eficaces y, por tanto, propias de un orden jurídico propiamente dicho.

Análisis de los aportes de Hans Kelsen a la teoría pura del iuspositivismo

Asimismo, es preciso exponer, en forma breve, los principales aportes de Hans Kelsen al desarrollo de una teoría pura del Iuspositivismo, a fin de identificar aquella o aquellas fuentes del Derecho de suma importancia para esta. En primer lugar, se tiene la validez de la norma jurídica como el fundamento clave que la diferencia del Iusnaturalismo; así, para el citado autor, la validez de la norma tenía que ver con que las prescripciones devengan o sean emitidas por una entidad o autoridad aceptada y legitimada por los demás, de manera tal que solo así podía ser de obligatorio cumplimiento, más no tiene relación con que se encuentre escrita en un cuerpo normativo o código para ser válida, como tradicionalmente se la ha identificado. El segundo tema, con el que se complementa el primero, está referido a la forma de organizar un sistema jurídico ordenado, coherente, unitario y en forma piramidal, con el que puede posibilitarse generar normas jurídicas válidas. Sobre este, dicho pensador estableció que el Derecho debía ser visto como una pirámide, en cuyo vértice existe una norma que lo sostiene como conjunto, la cual no es un texto legislativo ni nada semejante; es, más bien, una hipótesis sobre su eficacia: si el orden jurídico en su conjunto es acatado por la generalidad de los sujetos de la sociedad correspondiente, entonces ese es su orden jurídico. Dicha norma constituye el primer nivel de las normas positivas dentro del Derecho, hoy conocida como Constitución Política.

Como vemos, para el Iuspositivismo jurídico el Derecho se desdobra en dos ideas básicas: la primera, en la pluralidad de normas; la segunda, en la reducción de esta pluralidad a una unidad válida y objetiva, tal como lo ha expresado también Rubio Correa (2015); de manera tal que el fundamento de la tan ansiada unidad del sistema normativo reposa en la validez del conjunto de sus normas, la cual, a su vez, deviene de la autoridad legitimada que las emite, bajo el citado esquema piramidal. Así, se puede ver al Iuspositivismo como aquella teoría de la filosofía del Derecho que considera que aquel está conformado por un conjunto de normas dictadas por los seres humanos, por medio del Estado y mediante un procedimiento válido, por el fondo y por la forma, e impuesto por su norma suprema en la organización jurídica piramidal, de la cual deviene la validez de las demás normas; de tal manera que se separa la moral del Derecho.

Por tanto, bajo el razonamiento expuesto se puede indicar que la fuente de Derecho más importante para el Iuspositivismo es la Ley y, dentro de ella, la diversidad de normas jurídicas válidas que componen el sistema jurídico en forma ordenada, unitaria, coherente y estructurada en forma de pirámide; es decir, conformada exactamente por la Constitución Política, las leyes propiamente dichas, las leyes con rango legal y las normas de rango infralegal. Donde la Constitución se encuentra a la cabeza, en cuyas prescripciones las normas inferiores a ella encuentran su validez, por tener la primera una serie de disposiciones que rigen el procedimiento para su validez, por el fondo y por la forma; y, además, por establecer la forma de organización del Estado, sus autoridades y funciones.

— V. Análisis del realismo jurídico desde la filosofía del derecho

En cuanto a la corriente de la filosofía del Derecho del Realismo Jurídico, es preciso indicar que esta nace bajo postulados nuevos y totalmente alejados de lo propugnado por las anteriores corrientes, aunque algunos consideren lo contrario. Así, para esta corriente, la esencia del Derecho se encuentra en los hechos, la experiencia y las actuaciones de los operadores jurídicos. Asimismo, cabe resaltar que el desarrollo de esta corriente no ha estado en manos de un único pensador o de algunos pocos; por el contrario, ha sido desarrollado en forma amplia, de tal manera que, incluso, se han generado varias facciones de pensadores al interior de ella, pero todas bajo la misma idea antes indicada.

Por lo que, a fin de establecer cuál de las fuentes del Derecho tiene mayor importancia para esta corriente, se expondrá en forma breve lo desarrollado por cada una de las facciones del Realismo Jurídico, siendo las más representativas el Realismo alemán, estadounidense y escandinavo.

Análisis de los postulados del Realismo Jurídico alemán

En cuanto al primero, se tiene como mayor exponente a Rudolf Von Jhering, en virtud del cual la naturaleza y origen del Derecho reposa en su efectiva realización, en tanto que aquello que no sucede en la realidad y se encuentra solo en el papel es una sola apariencia del Derecho, que requiere manifestarse en un caso particular para que aquel se origine como tal. Por tanto, para dicho autor, el Derecho es un trabajo práctico construido, no solamente por los poderes públicos, sino también por todo un pueblo. Es decir, bajo la postura de este, el Realismo propugna una idea basada en la materialización de las normas en la realidad, siendo que, una vez visto ello, es que se crea el Derecho; en ese sentido, se considera que todo hombre toma parte en la creación y contribución de la realización del Derecho, al lado de los operadores del mismo.

Ahora bien, sobre este último punto, esto es, el papel de los operadores del Derecho, se tiene a otro exponente importante de esta facción del Realismo Jurídico, como es Oskar Von Bülow, para quien la ley es muy limitada para posibilitar la creación como tal del Derecho, siendo entonces la actuación de los jueces la que juega un papel central en la construcción del Derecho, es decir, es en la judicatura donde el texto legal adquiere su forma definitiva o realización máxima. En ese tenor, la ley no es Derecho vigente, sino solo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar. Así, son los jueces los que, al final, consideran y determinan lo que es el Derecho para el caso concreto y, a su vez, la esencia de la judicatura descansa en las sentencias.

Análisis de los postulados del Realismo Jurídico estadounidense

En cuanto al segundo, su más importante pensador es Oliver Wendell Holmes, para quien el Derecho no se basa en sobremanera en la lógica, sino en la experiencia; es decir, el estudio de esa experiencia es lo que conduce a la esencia del Derecho y su aplicación a los casos concretos. Así, en resumen, se puede ver que, para este autor, el Derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán en un caso en concreto, de manera tal que eso constituye Derecho.

Aunado a ello, se tiene a otro importante autor del Realismo norteamericano, como es Roscoe Pound, para quien, en el ámbito, debe partirse previamente, por parte de sus operadores, de una investigación sociológica-realista de lo jurídico, es decir, de un análisis de los factores preceptivos (reglas, principios, doctrinas, etc.) y un análisis de los intereses (individuales, públicos, sociales, etc.), así como de un estudio de los efectos sociales concretos de las instituciones y de las doctrinas jurídicas. Así, se busca que, de algún modo, se tenga un jurista sociólogo, porque solo así se tendrán los medios suficientes para convertir efectivamente en operativas las normas jurídicas. Una vez que se realiza un estudio sociológico como actividad o fase preparatoria a la promulgación de la legislación, se analiza la metodología jurídica, se elabora un historial sociológico del Derecho y se reconoce la importancia de que ella otorgue una solución razonable y equitativa en los casos concretos, se dice que ha generado Derecho.

Análisis de los postulados del Realismo Jurídico escandinavo

Uno de sus pensadores más importantes es Axel Anders Hägerström, quien se centra en hacer una crítica a los conceptos jurídicos tradicionales del Derecho, al considerarlos irreales, o que las normas jurídicas expresan antecedentes y consecuencias, pero no existen los conceptos intermedios que la primera desarrolla, tales como el «deber jurídico», los cuales solo cumplen funciones de sistematización y representación abreviada de las relaciones jurídicas o de una pluralidad de funciones. En síntesis, para los realistas escandinavos la naturaleza del Derecho está en el conjunto de hechos, en vez de un conjunto de normas: el Derecho son los hechos sociales. El papel del Derecho es ser la maquinaria creada para proteger a la sociedad. Así, el Derecho no es un conjunto de entidades abstractas, puesto que estas no se correlacionan con la realidad; es decir, no se representa la esencia del Derecho, sino que se representa con un conjunto de hechos sociales de un tipo, al cual se materializan las prescripciones normativas, con lo cual se crea Derecho o adquiere su razón, aterrizando en hechos que se convierten en realidad, y la experiencia de ello es el Derecho en sí.

Por lo que, la fuente del Derecho más importante es la jurisprudencia, puesto que, como lo indica el propio Holmes, las normas no son declaraciones teóricas, sino prácticas. Así, las decisiones de los jueces, o la forma en que decidirán en un caso, determinan lo que es Derecho, es decir, su esencia o naturaleza, puesto que ahí el juez no solo tomará en cuenta la ley, sino que, al tener que convertirse en un sociólogo de algún modo, deberá realizar también trabajos o análisis preparatorios, usar métodos como el teleológico y demás existentes, para poder hacer aterrizar las normas en la realidad y generar que estas tengan cierta funcionalidad, la cual no radica en la comunicación de verdad alguna de las normas, sino en dirigir el comportamiento de los hombres. Dicho de otro modo, el Derecho es la base o el marco a partir del cual trabajará el juez, y siendo que al interpretarlo le dará vida y hará que la norma surta sus verdaderos efectos.

— VI. Implicancias en los ordenamientos jurídicos

El examen comparado de estas tres corrientes filosóficas del derecho permite advertir que cada una ofrece una concepción distinta sobre las fuentes jurídicas y, en consecuencia, sobre la forma de estructurar los ordenamientos jurídicos.

6.1. Implicancias del iusnaturalismo

El iusnaturalismo coloca en el centro los principios generales del derecho, entendidos como postulados morales universales, anteriores y superiores a cualquier ley escrita. La consecuencia jurídica de esta visión es que una norma positiva solo puede ser considerada válida si es coherente con principios generales basados en la justicia y la equidad, de los cuales se deriva la dignidad, entre otros, que fundamenta a los derechos humanos. Así, se abre la posibilidad de controlar las leyes desde parámetros éticos universales. Por ejemplo, en la obra «El Mito de Antígona» de Sófocles, donde la obediencia a leyes divinas y no escritas primó frente al mandato positivo del rey Creonte, este paradigma inspira en la actualidad la idea de que los derechos humanos son inderogables y deben prevalecer incluso cuando una norma interna los contradice. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ello se traduce en la incorporación de cláusulas como el principio de buena fe (*pacta sunt servanda*), que obliga a respetar los acuerdos no solo por mandato legal, sino por su origen moral y universal. Es decir, esta corriente genera estas implicancias institucionales:

- **Constitucionalización de principios:** la arquitectura constitucional incorpora cláusulas abiertas y principios como estándares de corrección del ordenamiento, permitiendo al intérprete invalidar o corregir normas cuando contravienen la justicia natural.
- **Función judicial principialista:** ante lagunas o antinomias, el juez puede acudir a principios universales para orientar la solución, especialmente cuando la ley escrita deviene injusta o insuficiente.
- **Límites al legislador:** el poder normativo no agota la juridicidad; hay límites éticos superiores que pueden desautorizar la voluntad legislativa si lesiona la justicia natural.

En suma, el iusnaturalismo fundamenta el reconocimiento de que existen límites éticos al poder del legislador y que los jueces pueden apelar a principios supraleales cuando el derecho positivo resulta injusto o insuficiente.

6.2. Implicancias del iuspositivismo

El iuspositivismo surge como reacción frente a la vaguedad y subjetividad del derecho natural, proponiendo la ley como la fuente suprema del derecho dentro de un sistema jerárquico y coherente. En este modelo, la validez de una norma se determina no por su contenido moral, sino por su creación conforme a los procedimientos y autoridades previstas en la Constitución. Así, en la «Teoría pura del Derecho» de Hans Kelsen, se muestra cómo esta corriente consolidó la idea de un sistema piramidal, en el que la Constitución es la norma fundamental que otorga validez a todas las demás. Esta visión tiene consecuencias prácticas, como por ejemplo en el control de constitucionalidad, donde los tribunales anulan leyes incompatibles con la norma suprema, no por razones morales, sino por razones de jerarquía normativa. Es decir, esta corriente genera estas implicancias institucionales:

- **Supremacía constitucional y control de validez:** la compatibilidad vertical (Constitución, ley y reglamento) deviene criterio objetivo para depurar el ordenamiento; la corrección de las normas es asunto de validez formal y competencia, no de moral.
- **Seguridad jurídica y previsibilidad:** la centralidad de la ley válida limita la discrecionalidad judicial y ofrece certeza a los destinatarios: «saber de antemano qué rige» es un valor estructural del orden jurídico.
- **Codificación y técnica legislativa:** la aspiración es tipificar los supuestos relevantes en textos generales y abstractos que minimicen vacíos y contradicciones.

Es decir, el positivismo jurídico aporta seguridad y certeza, en el sentido de que los ciudadanos saben con antelación cuáles son las reglas que rigen su conducta y los jueces limitan su actuación a la aplicación objetiva de normas válidas. Por ello, el ejemplo más claro es la codificación legal moderna, donde se busca que cada supuesto social tenga una respuesta normativa precisa, reduciendo el margen de discrecionalidad judicial.

6.3. Implicancias del Realismo jurídico

El realismo se distancia tanto del iusnaturalismo como del positivismo, al considerar que el derecho no es un conjunto de principios morales ni un sistema cerrado de normas, sino la realidad vivida a través de la práctica judicial. En esta corriente, la fuente esencial del derecho es la jurisprudencia, porque es en las decisiones de los jueces donde la norma cobra vida y se materializa.

Así, regresando a Von Jhering, el derecho solo existe cuando se realiza efectivamente en la práctica; para Holmes, el derecho son «profecías» sobre lo que los tribunales decidirán en casos concretos; y para Pound, la labor del jurista debe ser también sociológica, evaluando intereses sociales y efectos de las normas. Estas posturas muestran que el derecho se concibe como un fenómeno dinámico, que se construye día a día mediante la interpretación judicial.

Una implicancia muy importante es que el realismo reconoce el papel del juez como un agente interpretativo de la norma y creador de Derecho, es decir, que la ley deja de ser vista como un mandato definitivo y se convierte en un proyecto que se concreta en la sentencia. Por ejemplo, cuando un tribunal aplica métodos de ponderación para adaptar la norma a un caso nuevo y hacer prevalecer derechos o principios encima de otros, no se limita a aplicar mecánicamente la ley, sino que genera derecho vivo. En la práctica jurídica, esto se refleja en la consolidación del precedente judicial, sobre todo en sistemas jurídicos donde la jurisprudencia tiene fuerza vinculante. Con todo ello, se puede decir que esta corriente genera estas implicancias institucionales:

- **Subjetividad judicial y precedente:** la decisión concreta del juez también construye derecho; por lo que la jurisprudencia tiene fuerza normativa e incluso vinculante, porque crea derecho, actualiza la ley al caso y a sus efectos sociales.
- **Metodología teleológica y análisis de intereses:** el juez no aplica mecánicamente las normas; sino que pondera fines, evalúa impactos y justifica cómo la norma dirige conductas en contextos reales.
- **Funcionalización del sistema:** el derecho se legitima por su capacidad de operar en la realidad («dirigir comportamientos»), no solo por su sentido estrictamente legal y su sintonía moral de forma abstracta.

Es decir, en el realismo jurídico, los principios tendrán el alcance que la jurisprudencia le conceda en cada caso, en función de sus efectos y el contexto. A partir de todo lo expuesto, se puede concluir de forma parcial que el iusnaturalismo legitima el recurso a principios universales como la justicia, igualdad, buena fe, dignidad humana, etc., que corrigen y limitan al derecho positivo. En tanto, el iuspositivismo prioriza la ley como fuente principal, garantizando certeza y objetividad, y asegurando que la validez se derive de la autoridad legítima y no de consideraciones morales. Y el realismo jurídico coloca en el centro a la jurisprudencia, destacando que es en la experiencia judicial donde el derecho se realiza y adquiere eficacia social. Por lo que, en conjunto, estas corrientes filosóficas evidencian que los ordenamientos jurídicos modernos no pueden fundarse exclusivamente en una de ellas, sino que de cada una es necesario recoger elementos esenciales: del iusnaturalismo, los principios superiores para legitimar el Derecho; del iuspositivismo, las normas bajo un orden jerárquico para tener un sistema jurídico con una estructura ordenada; y del realismo jurídico, la jurisprudencia para adaptar el derecho a la realidad social donde se aplica.

— VII. Conclusiones

Respecto a la pregunta planteada al inicio de este trabajo de investigación, se pudo advertir que, desde el Iusnaturalismo clásico o puro, el de Aristóteles, la fuente del Derecho más importante para esta corriente son los Principios Generales del Derecho. Pues sus postulados se basan en reglas morales y abstractas, a las cuales debe adecuarse el actuar humano y el Derecho. Un claro ejemplo de Principio General del Derecho es el «Pacta sunt servanda», que significa que los acuerdos deben mantenerse, término latino basado en el principio de buena fe, y de origen en la naturaleza del ser humano y en reglas morales o del deber ser. Es decir, implica una regla universal que sugiere que las personas deben cumplir lo que acuerdan; y, por ende, ello supone el cumplimiento de lo que ordena el Derecho para armonizar la sociedad.

En tanto, desde el Iuspositivismo, se encontró que la fuente de Derecho más importante es la ley o el conjunto de prescripciones como la Constitución, la ley propiamente dicha, y las normas con rango de ley e infralegales, bajo la concepción de unidad de un sistema jurídico ordenado y eficaz del Derecho; pues solo es Derecho aquel conjunto de normas válidas cuando devienen de la autoridad legitimada para expedirlas, y solo cuando se tenga exactitud de las reglas que dirigen la conducta de las personas se eliminará la ausencia de objetividad del Derecho, que era un defecto del Iusnaturalismo.

Finalmente, respecto al Realismo Jurídico, se encontró que la fuente de Derecho más importante es la jurisprudencia, pues su surgimiento supuso que el Derecho deja de ser una mera expectativa y se materializa en la realidad fáctica o en el día a día de las personas, en un caso concreto, es decir, se refleja en la experiencia de un hecho, el cual crea Derecho o le proporciona funcionalidad, con lo cual se resolverían los defectos de las anteriores corrientes.



Las implicancias jurídicas de estas tres corrientes muestran enfoques complementarios en la construcción del ordenamiento. El iusnaturalismo introduce límites éticos y universales al poder normativo, al sostener que la validez de las leyes depende de su coherencia con principios como la justicia, la dignidad o la buena fe, lo que permite al juez corregir el derecho positivo cuando resulta injusto o insuficiente. El iuspositivismo aporta seguridad y objetividad, al priorizar la ley como fuente principal dentro de un sistema jerárquico y coherente en el que la Constitución otorga validez a las normas, garantizando previsibilidad en la aplicación del derecho y limitando la discrecionalidad judicial. Mientras que el realismo jurídico resalta el papel creador de la jurisprudencia, al entender que el derecho se efectiviza en la práctica de los tribunales, donde los jueces, mediante la interpretación y ponderación de intereses, transforman la norma en derecho vivo y funcional, adaptado a las necesidades sociales y a los efectos concretos de su aplicación.

VIII. Lista de Referencias

- Aristóteles. (1988). *La física* (F. García Yebra, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (1990). *La retórica* (Q. Racionero, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (1993). *Ética a Nicómaco* (J. Pallí, Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
- Buckle, S. (1995). Compendio de Ética. En P. Singer, *Compendio de Ética* (pp. 235-252). Editorial Alianza.
- Calduch, R. C. (2010). *Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales*. Universidad Complutense de Madrid.
- Carrillo de la Rosa, Y. (2014). El pensamiento iusnaturalista y la interpretación jurídica. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 6(12), 88-97.
- Churquipa, A. M. C., Coila, M. E., Catunta, D. V., León, J. A. C., Ponce, D. S. P., & Estaña, A. G. T. (2022). Algunos elementos del iusnaturalismo en la Constitución peruana de 1993. *Revista de Derecho: Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 7(2), 85-97.
- Cruz, J. (2012). *Ley Natural*.
- Dei Vecchi, D. (2017). ¿Deepening or falling of legal realism as a descriptive theory of norms? *Isonomía*, 9-38.
- Esteban, N. (2018). *Tipos de investigación*.
- Friedrich Hegel, G. W. (2012). *Ley Natural*.
- García, J. (2024). Elementos de realismo jurídico que aportan a la comprensión de la crisis de la justicia en Bolivia. *Revista Jurídica Derecho*, 13(20), 19-38.
- Guastini, R. (2019). Un ejercicio de realismo jurídico. *Derecho & Sociedad*, (51), 223-232.
- Hägerström, A. A. (1953). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Almqvist & Wiksell.
- Hobuss, J. (2009). Derecho natural y derecho legal en Aristóteles. *Diánoia*, 54(63), 1-30.
- Holmes, O. W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457-478.
- Huerta, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (11), 379-415.
- Kelsen, H. (2008). *Teoría pura del Derecho* (J. M. Seña, Trad., 2.ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lara, A. M., & Chávez, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del Realismo jurídico: Empirismo, Neopositivismo y actos de habla. *Iuris Dictio*, (28), 13-113.
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 1(2), 123-148.
- Meléndez, G. (2013). El método en Ética a Nicómaco I. *Tópicos*, *Revista de Filosofía*, 28(1), 129-157.
- Orellano, J. R. (2008). *Orden, desorden y estabilidad en la Política de Aristóteles*. Universidad Nacional de Cuyo.
- Pallí, J. (1993). *Ética Nicomáquea*. Editorial Gredos.
- Pound, R. (1910). Law in books and law in action. *American Law Review*, 44, 12-36.
- Racionero, Q. (1990). *Aristóteles. La Retórica*. Introducción, traducción y notas. Editorial Gredos.
- Rentería, A. (2020). El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho. *Derechos y Libertades*, 42(1), 167-201.
- Rubio, M. (2015). *El Sistema Jurídico*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Sófocles. (2001). *Antígona*. Editores Puhué.
- Tarrillo, et al. (2024). Metodología de la investigación: una mirada global. Ejemplos prácticos. *Centro de Investigación y Desarrollo*, 62, 24-28.
- Von Bülow, O. (1927). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Editorial Labor.
- Von Jhering, R. (2000). *El fin en el Derecho*. Editorial Civitas.