

ISSN: 2810-8205

REVISTA JUDICIAL DEL SANTA

Año 4 - N° 4, 2021



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

REVISTA JUDICIAL DEL SANTA

Año 4 - N° 4 - 2021



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

REVISTA JUDICIAL DEL SANTA
Año 4 - N° 4 - 2021

© Corte Superior de Justicia del Santa
Av. José Pardo N.º 832, Chimbote, Perú
Teléfono: 043-328654 - Anexo 25078
Web: www.pj.gob.pe/cortesuperiordelsanta;
Correo electrónico: revistacsjsanta@pj.gob.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-17649

ISSN: 2810-8205

Diseño y diagramación: YACHAY LEGAL

Impreso en Noviembre del 2021 por:
Aleph Impresiones SRL
Jr. Risso 580, Lince, Lima-Perú
Tiraje: 250 ejemplares

La Comisión Editorial no se responsabiliza de las opiniones vertida por los autores, sin embargo las respeta.

Esta revista permite la reproducción parcial de sus trabajadores a condición de que se mencione la fuente. Es de carácter gratuito y acepta canges con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



Revista Judicial del Santa
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

La Revista Judicial del Santa tiene como propósito difundir la investigación jurídica de los jueces y servidores judiciales de la Corte Superior de Justicia del Santa, sin perjuicio de la invitación a reconocidos académicos nacionales e internacionales. Los artículos jurídicos están referidos especialmente a los temas relacionados con la actividad judicial.

DR. CARLOS ALBERTO MAYA ESPINOZA
Presidente de la Corte Superior de Justicia del Santa

COMISIÓN EDITORAL

Presidente

Anita Ivonne Alva Vásquez
*Juez Superior de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de
Justicia del Santa*

Coordinadores Académicos

Juan Carlos Díaz Colchado
Profesor de pregrado y posgrado en la UNMSM y PUCP

Hugo Olimpio Carbajal Bazán
*Director Ejecutivo de la Asociación de Consumidores
y Usuarios de la Región Ancash (Acurea)*

Miembros

Oscar Pérez Sánchez
Wilson Chui Pardo
Walter Lomparte Sánchez
Alfredo Cuipa Pinedo
María Graciela Kcomt Kcomt
Eduardo Walter Rengifo Infante
Ericka Briceño Ramírez

Secretario Técnico

Victor Salinas Tume

Año 4 - N° 4 - 2021

ISSN: 2810-8205



Índice



Presentación	15
<i>Dra. Anita I. Alva Vásquez</i>	

Prólogo	19
<i>Prof. Juan Carlos Díaz Colchado</i>	

DERECHOS HUMANOS, DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

Aportes del Sistema Universal y del Sistema Interamericano para la protección de los derechos de las mujeres víctimas de “discriminación múltiple”	23
<i>Liliana Salomé Resurrección</i>	

Historia de la Constitución y la Literatura en el Bicentenario del Perú.....	51
<i>César Landa Arroyo</i>	

Sobre la interpretación cultural de la Constitución	63
<i>Pedro Grández Castro</i>	

Tensiones producidas por la incorporación del precedente constitucional en el sistema de fuentes del derecho en el Perú	79
<i>Juan Díaz Colchado</i>	

¿La despenalización de la eutanasia vía judicial fortalece el Estado Constitucional de Derecho? Análisis de la experiencia comparada y su contribución para un diálogo reflexivo a propósito del caso de Ana Estrada.....	95
<i>Pilar Pretell García</i>	

Hábeas corpus en el estado de excepción: tutela para los derechos restringidos.....	125
<i>Julia Romero Herrera</i>	



DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales
y su relación con el proceso laboral: buscando ¿o identificando?)149
Manuel de Lama Laura

La declaración de la víctima como prueba única en la
investigación y sanción del hostigamiento sexual laboral173
Elmer Huamán Estrada

El vacío normativo del mutuo disenso laboral: necesidad
de condiciones y requisitos de validez para celebrar el acuerdo
(ratificación por parte del inspector de trabajo)189
Rosa Torres Cadillo

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

La interpretación de la ley penal conforme
a la Constitución201
Carlos Alberto Maya Espinoza

El respeto de los plazos legales en el recurso casatorio
según el NCPP: El cómputo del plazo para la interposición
del recurso de casación se determina desde el momento
que se notifica íntegramente la sentencia.....215
Paul Ruiz Cervera

El *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito229
Hellian Caballero Beltrán

Posesión inmobiliaria y la usurpación de cara al
Bicentenario de la República243
Freddy Rojas Sánchez



DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

El levantamiento del velo societario y el cumplimiento de la sentencia de condena: propuesta de aplicación al proceso civil en etapa de ejecución de sentencia.....	265
<i>Joseph Villanueva Zegarra</i>	

Modelo de Modigliani y la cuantificación del crédito alimentario en sede judicial	283
<i>Gilberto Mendoza del Maestro</i>	

Interrupciones tendenciosas de la usucapión.....	315
<i>Luis Ricser Esquivel</i>	

DERECHO JUDICIAL

Sistema de elección de jueces en Aristóteles ¿Azar o democracia?	325
<i>Victor Salinas Tume</i>	

Un modelo de análisis argumentativo a una sentencia judicial, a proposito del sonado caso penal contra el juez español Baltasar Garzón (entre la falta de debida motivación y la prevaricación).....	339
<i>César Pineda Zevallos</i>	



Presentación

En la biblioteca de la Corte Superior de Justicia del Santa, se encuentran los tres números que hasta ahora se han publicado de la REVISTA JUDICIAL DEL SANTA. Recuerdo que fue en el año 2017 que se publicó su primera edición, constituyendo un acontecimiento de importancia, hacer realidad el anhelo de muchos años. En su primer editorial se precisó que era el inicio de un proyecto trascendental para nuestra institución, por ser su finalidad constituir un instrumento vivo de comunicación, que nos permita el debate, análisis y propuestas sobre temas jurídicos de actualidad, que conlleven a una impartición de justicia de calidad en la región Ancash y el país. Desde ese entonces nuestro propósito es mejorar su presentación y contenido. Y lo venimos logrando con la madurez y experiencia que otorga el pasar de los años.

La cuarta edición de la REVISTA JUDICIAL DEL SANTA permite ver en retrospectiva que se está cumpliendo el propósito inicial, la Corte Superior de Justicia del Santa viene marcando la pauta en publicaciones jurídicas en la provincia. No hay aquí otra institución que lo haga periódicamente. Ello constituye una enorme responsabilidad que la Comisión Editorial asume para brindar un producto de calidad, lo cual se evidencia en la forma y contenido de la Revista.

En cuanto a la forma, la comisión editorial ha dado un salto cualitativo importante que marca un hito en la historia de la Revista: su adscripción al *International Standard Serial Number (ISSN)*. Es decir, a partir de ahora, con el presente número, la REVISTA JUDICIAL DEL SANTA cuenta con un código que permite su identificación internacional como publicación seriada, cumpliendo con la Norma de Calidad ISO 3297.

Asimismo, se menciona que este número de la Revista cuenta con la guía y asesoramiento de la reconocida editorial YACHAY LEGAL, que viene publicando importantes libros de juristas peruanos, además de encargarse de la publicación de revistas especializadas en derecho de universidades del país. Este es un valor agregado para mejorar la presentación de la Revista, propendiéndose a la mejora continua.

Con respecto al contenido de la Revista, los coordinadores académicos han tenido un gran aporte. Por un lado, el profesor Juan Carlos Díaz Colchado, quien gentilmente aceptó apoyar a la Comisión Editorial, que permitió contar con contribuciones académicas, como la del expresidente del Tribunal Consti-

tucional, Dr. César Landa, y demás autores de no menor fuste. Por otro lado, se ha contado también con el apoyo del abogado Hugo Olimpio Carbajal Bazán. Su aporte en la revisión de cada uno de los artículos jurídicos ha sido relevante, por su reconocida solvencia académica.

Como parte del sello diferenciador de la REVISTA JUDICIAL DEL SANTA, además de los juristas, también escriben jueces y servidores judiciales, cuya fuente de inspiración son los despachos judiciales en los cuales día a día se nutren de nuevas experiencias. A ello hay que agregar una innovación: la convocatoria abierta a fiscales y profesionales pertenecientes al Colegio de Abogados del Santa, lo que permite brindar la oportunidad a todos los abogados para la difusión de sus investigaciones jurídicas. Los resultados han sido satisfactorios, puesto que se recibieron investigaciones del más alto nivel académico que con mucho orgullo aquí publicamos para conocimiento de todos.

Corresponde señalar que, en el contenido de la Revista, por razones de espacio y comprensión, se ha evitado el uso de los artículos en voz femenina *la* o *las* cuando se hace mención a sustantivos a los que se les pueda imputar cualquiera de los dos géneros. Es decir, se está empleando la voz masculina como totalizador. Esto, en modo alguno, deberá entenderse como una inobservancia a la inclusión; sino, por el contrario, como un ajuste del texto de la Revista al informe de la Real Academia de Lengua Española acerca del lenguaje inclusivo y cuestiones conexas, publicado este año 2021.

Todas las innovaciones, hacen que el presente número de la Revista sea especial, más aún cuando se publica en el año del Bicentenario patrio. Esta fecha nos lleva a reflexionar que como peruanos estamos encaminados a la superación, a vencer los problemas de nuestro país. Este nuevo número de la Revista es el aporte que la Corte Superior de Justicia del Santa entrega a los ciudadanos, para contribuir con un granito de arena a la formación académica y científica de los abogados. Cierro estas líneas acomodando el cuarto número de la REVISTA JUDICIAL DEL SANTA en la biblioteca institucional, con la seguridad de que vendrán muchos más.

ANITA I. ALVA VÁSQUEZ

Presidenta de la Comisión Editorial

Juez Superior de la Segunda Sala Civil de la CSJSA



Prólogo

Es conocido que la labor académica debe ir de la mano con la labor judicial. Al respecto, se han realizado trabajos sobre la influencia —mediante el uso— de las fuentes académicas en las decisiones de los altos tribunales de justicia¹.

De la misma forma, la academia no es ajena al quehacer judicial, especialmente en nuestro país desde los inicios de este Siglo, debido a la importancia de primera línea que asumió el Tribunal Constitucional de la reconstrucción democrática (años 2000 a 2008) y a la que se ha ido sumando de forma progresiva la Corte Suprema, así como las distintas cortes superiores del país.

La importancia del quehacer judicial se pone de relieve con la aparición en el medio de las revistas que buscan dar a conocer la jurisprudencia relevante que producen los órganos del sistema de justicia («Diálogo con la Jurisprudencia», «Gaceta Constitucional», «Palestra del Tribunal Constitucional», entre otras), así como del uso de las decisiones judiciales en los distintos trabajos de investigación que se sustenta bajo la forma de tesis (de licenciatura, maestría y doctorado), así como de publicaciones en revistas especializadas (arbitradas e indexadas o no).

Precisamente, en línea con esta continua colaboración entre el quehacer académico y el quehacer judicial, la Corte Superior de Justicia del Santa asumió el reto de contar con un órgano de difusión académica, que permita a los jueces, personal jurisdiccional y administrativo tener un espacio para «hacer oír su voz» a través de artículos de investigación. De igual manera, este espacio se ha abierto para que los profesores e investigadores puedan publicar sus trabajos.

Por ello hay que celebrar que se presenta el cuarto número de su Revista Judicial del Santa, en la que se da cabida a importantes trabajos de jueces y personal jurisdiccional de la Corte, así como a destacados autores nacionales, que abordan temáticas vinculadas con los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional; Derecho Laboral y Procesal Laboral; Derecho Penal y Procesal Penal; Derecho Civil y Procesal Civil; así como

¹ Entre los años 2011 y 2014 se desarrolló un proyecto mundial coordinado desde Italia por el profesor Lucio Pegoraro (Universidad de Bologna) para identificar estas influencias a partir del uso de las citas doctrinales por parte de las altas cortes de justicia en la motivación de sus decisiones. Para el ámbito Iberoamericano puede verse: Pegoraro, Lucio y Giovanni A. Figueroa (coordinadores). *Profesores y jueces: influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016. Este trabajo cuenta con un informe sobre el Perú, bajo la autoría de César Landa y del suscrito en sus páginas 455-483.

el Derecho Judicial; con la esperanza que este esfuerzo se consolide en los años venideros y que los artículos publicados puedan ser de interés de la comunidad judicial de la Provincial del Santa, así como de todo el país.

Chimbote, 5 de noviembre de 2021

JUAN CARLOS DÍAZ COLCHADO

*Coordinador Académico de la Revista Judicial del Santa
Profesor de Pregrado y Posgrado en la
Pontificia Universidad Católica del Perú*

**Derechos Humanos,
Derecho Constitucional
y Procesal Constitucional**

APORTES DEL SISTEMA UNIVERSAL Y DEL SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE*

Liliana María Salomé Resurrección

Sumario

I. Introducción. II. Del activismo a la academia: Consideraciones generales sobre el origen del concepto discriminación múltiple. 2.1. El manifiesto del Combahee River Collective. 2.2. Kimberlé W. Crenshaw y el concepto de interseccionalidad. III. Aportes del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. 3.1. Tratados y declaraciones. 3.2. Observaciones y recomendaciones generales de los Comités. IV. Aportes del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. 4.1. Tratados del Sistema Interamericano. 4.2. Informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4.3. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4.3.1. Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México (2009). 4.3.2. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010). V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

* Este trabajo constituye una síntesis de parte de la tesis titulada "La 'discriminación múltiple' como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación", que fue sustentada por la autora el 20 de agosto de 2015 para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta significativo que en las últimas décadas se hayan adoptado instrumentos internacionales específicos que buscan garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Asimismo, numerosos Estados han aprobado leyes y políticas públicas para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Frente a los innegables avances que se han producido en este ámbito, podríamos preguntarnos si la forma en que se viene abordando la problemática de la discriminación es lo suficientemente rigurosa para beneficiar a *todas* las mujeres.

La importancia de esta pregunta no es menor pues si se adoptara una mirada “unidimensional” de la discriminación, se correría el riesgo de que las acciones que se implementen sean diseñadas pensando en una mujer que es discriminada única y exclusivamente por el hecho de ser mujer; pero no por cualquier otro factor concurrente, como podría ser la etnicidad, la edad, la orientación sexual, la condición económica, la situación migratoria, la condición de discapacidad, entre otros.

En la actualidad, esta constituye una preocupación relevante porque tanto en el ámbito nacional como internacional, el Derecho tradicionalmente ha abordado la problemática de la discriminación a partir del análisis de un solo factor de discriminación. Como correlato de ello, por regla general, no se ha tenido en cuenta que en muchos casos dos o más factores de discriminación pueden interactuar simultáneamente, teniendo un efecto multiplicador sobre sus víctimas y exponiéndolas a situaciones de exclusión y de marginación social muy difíciles de superar (Chacártegui, 2010, p. 41).

El concepto “discriminación múltiple” da cuenta de este problema e intenta poner en evidencia que aquella aproximación a la discriminación que he denominado “unidimensional” merece ser revisada pues la realidad se muestra mucho más compleja y nos muestra que la discriminación no afecta de manera homogénea a todas las personas pertenecientes a un grupo o colectivo en desventaja. Existen minorías dentro de otras minorías, las cuales pueden estar más expuestas al menoscabo de sus derechos en base a la concurrencia de más de un factor de riesgo.

En este artículo se explora el surgimiento del concepto discriminación múltiple (también conocido como discriminación interseccional), aún novedoso

en el ámbito de lo jurídico. También, se analizan los avances que en esta materia se han producido en los sistemas Universal e Interamericano de protección de los derechos humanos, pues —como se verá— este concepto ha sido recogido en tratados y declaraciones, así como en las interpretaciones que realizan los órganos de los tratados. El objetivo de este trabajo no es otro que examinar un concepto cuya aplicación podría contribuir a realizar un mejor análisis de las situaciones de discriminación que enfrentan las mujeres, ello a fin de adoptar medidas que resulten verdaderamente efectivas para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

II. DEL ACTIVISMO A LA ACADEMIA: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ORIGEN DEL CONCEPTO DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

El origen de este concepto suele situarse en los Estados Unidos de América, donde a finales de la década de 1970 surgió una reflexión acerca de la pertenencia simultánea de las personas a varios grupos en desventaja. Como veremos, primero desde el activismo, luego desde la academia, se buscó analizar la forma en que se cruzan, entrelazan o superponen desigualdades basadas en consideraciones como el sexo, la raza u origen étnico, la clase social, la orientación sexual, etc., generando formas agravadas y específicas de discriminación (Rey, 2008, p. 255).

A continuación, se mencionan dos referentes importantes en el surgimiento de este concepto.

2.1. El manifiesto del *Combahee River Collective*

Un hito importante en la formación de este concepto surgió con motivo de la preocupación por las denominadas “opresiones múltiples y simultáneas” que las integrantes del *Combahee River Collective*¹ denunciaron en un texto titulado “Un Manifiesto Feminista Negro”, publicado por primera vez en los Estados Unidos de América en el año 1977. Si bien en el manifiesto no se empleó textualmente la expresión discriminación múltiple, se trata de un documento clave en la materia pues dio cuenta de las dificultades que este colectivo de mujeres afroamericanas experimentó en su trabajo político al tratar de abordar todo un conjunto de opresiones simultáneas, evidenciando cómo las diferentes formas de discriminación se entrelazan.

¹ El *Combahee River Collective* es un grupo feminista afroamericano.

En su manifiesto, el *Combahee River Collective* cuestionó las estrategias de lucha existentes hasta ese momento por no tomar en cuenta que los sistemas de opresión están relacionados². En ese sentido, un elemento que el manifiesto destacó es la pertenencia de estas mujeres a dos grupos oprimidos, enfatizando que su identidad sexual combinada con su identidad racial “(...) hacían que toda su situación vital y el foco de sus luchas políticas fueran únicos” (2012, p. 76). De ahí que consideraran que ni el feminismo, centrado fundamentalmente en las mujeres blancas; ni el movimiento de liberación Negro³, centrado principalmente en los hombres afroamericanos, podían recoger sus demandas. Frente a ello, el denominado “feminismo Negro” se alzó como un movimiento político que buscó combatir las opresiones múltiples y simultáneas que enfrentaban todas las mujeres afroamericanas.

De esta manera, al enunciar la “simultaneidad de opresiones” el *Combahee River Collective* abrió las puertas a un análisis que rompió con la homogeneidad y unidireccionalidad imperante en el abordaje de las desigualdades que generan situaciones de discriminación (Romero, 2012, p. 14). Como señala Platero (2012), visto desde nuestros días, “[e]ste esfuerzo colectivo fue no sólo pionero sino también consciente de que estaban haciendo algo verdaderamente nuevo, y que estaban desafiando la propuesta de lucha basada en las identidades que daban lugar tanto al movimiento Negro como al feminismo” (p. 32). Además, este manifiesto constituye un referente para la construcción del concepto “interseccionalidad”, que —como se verá— está relacionado.

2.2. Kimberlé W. Crenshaw y el concepto de interseccionalidad

Durante los últimos años, el tema de la discriminación por más de un motivo (como el sexo, la raza u origen étnico, la condición de discapacidad, entre otros) se ha debatido ampliamente bajo el término “interseccionalidad” (*intersectionality*), acuñado a finales de los años ochenta por la profesora de derecho Kimberlé W. Crenshaw, cuyos textos han constituido —casi invariablemente—

² En su manifiesto señalan: “No tenemos una serie de privilegios raciales, sexuales, heterosexuales, o de clase con los que contar, tampoco tenemos ni siquiera el acceso mínimo a los recursos y el poder de aquellos grupos que tienen alguno de estos privilegios” (Combahee River Collective, 2012, pp. 81-82).

³ Como explica Platero (2012), el uso del término Negro en mayúscula se realiza siguiendo el uso que hace el propio *Combahee River Collective*, donde la mayúscula busca expresar la toma de conciencia y reappropriación en positivo de un término que ha sido usado como injuria (p. 32).

el punto de partida para contextualizar el inicio de esta discusión (Grabham y otros, 2009; Schiek y Lawson, 2011; Platero, 2012)⁴.

Sobre el surgimiento de este concepto, cabe señalar que Crenshaw (1989) buscó aproximarse a las diferentes formas en que interactúan la raza y el sexo en el ámbito laboral, configurando para las mujeres afroamericanas una experiencia que no puede ser aprehendida desde un enfoque tradicional, basado en el análisis de un solo eje o factor de discriminación (p. 139). Para ilustrar el impacto que genera la concurrencia de diferentes causas de discriminación en las mujeres afroamericanas, la autora utilizó el ejemplo de la intersección o cruce de calles:

La discriminación, como el tráfico en una intersección de calles, puede fluir en una y otra dirección. Si un accidente se produce en la intersección, éste puede ser causado por automóviles que provienen de cualquiera de las direcciones y, a veces, de todas ellas al mismo tiempo. De manera similar, si una mujer afroamericana es afectada porque está en la intersección, sus heridas pueden ser el resultado de una discriminación por razón de sexo o de una discriminación por razón de raza. (p. 149)

En un texto posterior, publicado originalmente en 1991, Crenshaw retomó este concepto para estudiar la respuesta que se venía dando a la violencia de género contra las mujeres afroamericanas. En estas reflexiones, que aún están vigentes hoy en día, la autora distinguió dos tipos de interseccionalidad: la *estructural* y la *política*.

Para describir la *interseccionalidad estructural*, Crenshaw (2012) se refirió a un estudio que realizó en casas de acogida para mujeres víctimas de violencia situadas en comunidades minoritarias de Los Ángeles, California (EEUU). Ahí observó cómo la situación que llevaba a estas mujeres a buscar protección en casas de acogida era, en la mayoría de los casos, una manifestación de la subordinación en la que vivían como consecuencia de la intersección de opresiones de género, raza y clase⁵. Muchas de las mujeres afroamericanas y latinas que buscaban protección estaban desempleadas o contaban con trabajos precarios, tenían la responsabilidad del cuidado de niñas y niños; y eran pobres (pp. 90 y

⁴ Sin embargo, tanto en Europa como en Estados Unidos existen antecedentes que evidencian que este fenómeno ya venía siendo estudiado desde tiempo atrás, aunque con distintas denominaciones (Schiek y Lawson, 2011, p. 2).

⁵ Para Crenshaw (2012) "(...) la posición de las mujeres de color en la intersección de raza y género hace que la violencia doméstica, la violación, y la recuperación sean cualitativamente distintas de aquellas que sufren las mujeres blancas" (p. 90).

91). A ello se sumaba en algunos casos su estatus de mujeres inmigrantes; e incluso se presentaban barreras lingüísticas, limitando sus posibilidades de acceder a casas de acogida que carecían de personal y recursos bilingües (pp. 92-95).

A partir de estas observaciones, Crenshaw (2012) destacó la importancia de que las estrategias de intervención respondieran a tales demandas. En ese sentido, señaló que

[l]as estrategias que se basan sólo en las experiencias de mujeres de distinta clase social u origen racial serán de una utilidad muy limitada a la hora de ser utilizadas con mujeres cuyas vidas están conformadas por la lucha contra una serie de obstáculos distintos. (p. 92)

Por tanto, según la autora, para brindar una adecuada atención a las mujeres víctimas de violencia es necesario tener en cuenta que en muchos casos sus vidas se desarrollan en contextos interseccionales.

De otro lado, para describir la *interseccionalidad política*, Crenshaw (2012) recordó que las mujeres afroamericanas están situadas dentro de al menos dos grupos en desventaja que persiguen agendas políticas distintas —a veces opuestas— lo que genera dificultades a las que rara vez se enfrentan las mujeres blancas o los hombres afroamericanos (p. 98). A manera de ejemplo, la autora relató que en una ocasión intentó revisar las estadísticas que tenía el Departamento de Policía de Los Ángeles (LAPD) sobre el índice de intervenciones en casos de violencia doméstica desagregadas por distrito. Dado el grado de segregación racial que existía en Los Ángeles, Crenshaw (2012) tenía la expectativa de que estos datos pudieran ofrecerle un panorama, al menos aproximado, de los arrestos por grupos raciales. Sin embargo, dicha información le fue negada por la policía:

El representante del LAPD me explicó que una de las razones para no darme esta información era que los activistas en violencia doméstica, tanto de dentro como de fuera del departamento temían que las estadísticas reflejaran [el] volumen de la violencia doméstica en las comunidades minoritarias, y estaban preocupados por las interpretaciones que podría haber si estos datos se publicaran de forma sesgada; esto dificultaría a largo plazo el poder tratar la violencia doméstica como un problema lo suficientemente serio. (...) El informante también alegaba que los representantes de varias comunidades minoritarias se oponían a que estos datos se hicieran públicos. Aparentemente, les preocupaba que estos datos representasen injustamente a las comunidades Afro-Americanas y latinas, apareciendo como personas extremadamente violentas, y reforzando potencialmente

los estereotipos que se podrían usar en su contra y reforzar las prácticas policiales discriminatorias. (pp. 99 y 100)

Si bien Crenshaw (2012) reconoció que el temor a que estas estadísticas fueran mal empleadas era fundado, señaló que no se podía pasar por alto que en este caso, con el propósito de combatir las creencias negativas que pesaban sobre la comunidad afroamericana, se ocultaba o se dejaba de lado una información que podía contribuir a que se abordaran de mejor manera los intereses de las mujeres afroamericanas víctimas de violencia doméstica⁶ (p. 100).

A partir de este ejemplo la autora procura evidenciar cómo, en ocasiones, con el propósito de mantener la integridad de una comunidad, se realizan esfuerzos por impedir la politización de demandas legítimas que surgen en su interior, siendo esta una tensión que no experimentan quienes no se hallan en la intersección, en este caso, ni las mujeres blancas ni los hombres afroamericanos.

III. APORTES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos viene desarrollando una clara tendencia hacia la afirmación de un mayor reconocimiento y protección de los derechos de las personas pertenecientes a grupos o colectivos en desventaja. En este contexto se ha identificado a las mujeres como un colectivo que puede enfrentar discriminación por más de un motivo, por lo que se requiere la adopción de medidas específicas por parte de los Estados. Como se verá a continuación, esta es una preocupación que se ha plasmado en diversos instrumentos internacionales.

3.1. Tratados y declaraciones

Un instrumento importante en esta materia es la *Declaración de Beijing*, aprobada en el año 1995 durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer⁷. Si bien en esta declaración no se emplea expresamente la denominación discriminación múltiple, constituye un instrumento importante porque en ella los gobiernos manifestaron estar decididos a:

⁶ Según Crenshaw (2012) “las políticas feministas y antirracistas han funcionado conjuntamente para relegar la cuestión de la violencia contra las mujeres de color” (p. 90).

⁷ Esta conferencia se realizó en Beijing (China), del 4 al 15 de setiembre de 1995, de conformidad con las resoluciones 45/129 y 46/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales *a todas las mujeres y las niñas que enfrentan múltiples barreras para lograr su potenciación y su adelanto por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad, o por pertenecer a la población indígena* [cursivas y énfasis agregados] (...). (Naciones Unidas, 1996, p. 4)

De esta manera, el citado instrumento llama la atención sobre las múltiples barreras (refiriéndose con esta expresión a una serie de factores de discriminación) que las mujeres y niñas deben enfrentar para poder ejercer, en condiciones de igualdad, todos sus derechos y libertades.

Posteriormente, en el año 2001, se adoptó la *Declaración y Programa de Acción de Durban*, durante la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia⁸. Este es considerado el momento fundacional en el uso de la expresión discriminación múltiple en el ámbito internacional (Rey, 2008, p. 154) pues tanto la declaración como el programa de acción hacen referencia a esta problemática en numerosas ocasiones⁹. Así, por ejemplo, en la citada Declaración se reconoce lo siguiente:

Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir *formas múltiples o agravadas de discriminación* [las cursivas son nuestras] por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición (...). (Naciones Unidas, 2001, párr. 2)

Asimismo, se realiza la siguiente afirmación:

Estamos convencidos de que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las *formas múltiples de discriminación* y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de gé-

⁸ Esta conferencia se celebró en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, de conformidad con la resolución 52/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁹ Cabe señalar que uno de los informes que se preparó con miras a esta conferencia llevó por título: *“Gender and racial discrimination: Report of the Expert Group Meeting”* en cuya elaboración Kimberlé W. Crenshaw participó como una de las expertas.

nero en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de hacer frente a las *formas múltiples de discriminación* [las cursivas son nuestras] (...). (Naciones Unidas, 2001, párr. 69)

En este mismo sentido, el Programa de Acción de Durban: “Insta a los Estados a que adopten, según proceda, medidas apropiadas para prevenir la discriminación racial contra las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas con respecto al empleo, la atención sanitaria, la vivienda, los servicios sociales y la educación y a que, en este contexto, *tengan en cuenta las formas de discriminación múltiple* [cursivas y énfasis agregados]” (Naciones Unidas, 2001, párr. 49).

De otro lado, a nivel de tratados, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006, alude también a este concepto tanto en su preámbulo como en su articulado. Así, en el preámbulo de dicha Convención los Estados Partes expresan su preocupación por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de “(...) *múltiples o agravadas formas de discriminación* [las cursivas son nuestras] por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición”.

Asimismo, en el artículo 6.1 de dicha Convención los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad “(...) están sujetas a *múltiples formas de discriminación* [las cursivas son nuestras] y, a ese respecto, [los Estados] adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (...)”.

La referencia a las mujeres y niñas en los instrumentos citados no es casual pues, como señala Serra (2013), “(...) en gran parte de los casos que podemos traer a colación, uno de los factores de discriminación que concurren es el del sexo, el hecho de ser mujer” (p. 15). Esto también ha sido reconocido por los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de los Derechos

del Niño y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como veremos en el siguiente acápite.

3.2. Observaciones y recomendaciones generales de los Comités

Algunos tratados del sistema de Naciones Unidas establecieron órganos de control, compuestos por expertos y expertas independientes, cuya elección corresponde a los Estados Partes del respectivo tratado. Estos órganos de control recibieron el nombre de “comités” y cumplen diversas funciones, entre las que se encuentra la de emitir observaciones o recomendaciones generales sobre la interpretación de los tratados.

Sobre la importancia de estas observaciones o recomendaciones, Uprimny (2008) señala que:

[l]os órganos e instituciones que profieren una interpretación autorizada de las normas de derechos humanos, consolidan criterios que deben ser atendidos por los estados, en razón del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados y en el marco de las obligaciones de respeto, protección y garantía frente a los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos. (p. 32)

En ese sentido, Uprimny (2008) considera al conjunto de observaciones o recomendaciones generales que emiten los comités como “jurisprudencia internacional” (p. 32).

A manera de ejemplo, podemos señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refirió a la discriminación múltiple en su Observación General n.º 20 (2009) al interpretar el artículo 2 (párrafo 2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece lo siguiente:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento *o cualquier otra condición social* [las cursivas son nuestras].”

Así, al interpretar el contenido de la discriminación basada en “otra condición social”, este Comité señaló lo siguiente:

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social”

exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad. [...] Otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, *o una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad* [las cursivas son nuestras]. (párr. 27)

En consecuencia, para el citado Comité, la discriminación basada en “otra condición social” admite una interpretación flexible que permite incluir en esta lista enunciativa otras formas de trato diferencial que no se justifican de forma razonable y objetiva, comprendiendo —entre otros supuestos— a la *intersección de dos causas prohibidas de discriminación*, expresión con la que dicho Comité hace referencia a una situación de discriminación múltiple.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁰ también se ha referido a la concurrencia de factores de discriminación en varias oportunidades. Entre ellas, cabe destacar su Recomendación General n.º 25 (2000), sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. En ella, este comité puso de manifiesto que la discriminación racial “(...) no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. *Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres* [las cursivas son nuestras]” (párr. 1). En atención a ello, destacó la necesidad de adoptar medidas específicas para combatir esta forma de discriminación (párr. 5).

De igual manera, resulta relevante la Recomendación General n.º 25 (2004) emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹¹, pues vincula el concepto discriminación múltiple con las denominadas

¹⁰ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

¹¹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

“medidas especiales de carácter temporal”¹², que tienen como finalidad acelerar la participación de las mujeres en el ámbito político, económico, social, cultural y cualquier otro ámbito (párr. 12). Además, recordó a los Estados Partes que estas medidas deben adoptarse para acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales y actitudes y comportamientos estereotípicos que discriminan a la mujer o la sitúan en posición de desventaja. Por este motivo —señaló— “[c]uando sea necesario, esas medidas deberán estar destinadas a las mujeres que son objeto de *discriminación múltiple*, incluidas las mujeres rurales” [cursivas agregadas] (párr. 38).

De manera más reciente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer adoptó la Recomendación General n.º 31 (2014) conjuntamente con el Comité de los Derechos del Niño¹³. El objeto de esta recomendación general conjunta fue aclarar las obligaciones de los Estados Partes, atendiendo al compromiso compartido de dar una respuesta para prevenir y eliminar las denominadas “prácticas nocivas”. Algunos ejemplos de estas prácticas son la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil o forzoso, exámenes de virginidad y prácticas conexas, que afectan de manera desproporcionada a mujeres y niñas (párr. 7-8).

Finalmente, cabe señalar que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁴ emitió la Observación General n.º 1 (2014), en la que recordó lo siguiente:

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se reconoce que *las mujeres con discapacidad pueden ser objeto de formas múltiples e intersectoriales de discriminación por motivos de género y de discapacidad* [las cursivas son nuestras]. Por ejemplo, las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. Ciertas jurisdicciones tienen también tasas más altas de imposición de sustitutos

¹² También denominadas “acciones afirmativas” o “acciones positivas”, que son aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto otorgar a ciertos grupos sociales un trato favorable que les permita superar la situación de desigualdad real en que se encuentran

¹³ Al respecto, ver la Observación General n.º 18 (2014) del Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴ El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas. (párr. 35)

Las observaciones y recomendaciones generales citadas evidencian una clara tendencia hacia un mayor reconocimiento de las situaciones de «discriminación múltiple» que enfrentan las mujeres, por tanto, corresponde a los Estados Partes adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir y combatir esta forma de discriminación.

IV. APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En esta sección se analizarán los avances que se han producido en el reconocimiento del concepto «discriminación múltiple» en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Ello a partir de la revisión de tratados, de informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.1. Tratados del Sistema Interamericano

Existen actualmente tres tratados en el Sistema Interamericano que se refieren expresamente al concepto «discriminación múltiple»: la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013); la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013); y, de manera más reciente, la Convención Interamericana para la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores (2015). Estas tres convenciones aún no han entrado en vigor, encontrándose actualmente abiertas a firmas y ratificaciones¹⁵.

Es importante destacar que los dos primeros tratados contienen en su primer capítulo una sección de definiciones en la que se incluye expresamente el concepto «discriminación múltiple». En efecto, tanto el artículo 1.3 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas

¹⁵ Cabe señalar que, de acuerdo a lo establecido en cada una de las tres convenciones, estas entrarán en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Conexas de Intolerancia; como el artículo 1.3 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, definen la «discriminación múltiple» de la siguiente manera:

Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

A partir de la definición propuesta por estos dos tratados, se infiere que aquello que distingue a un supuesto de discriminación múltiple de otros tipos de discriminación, es la forma *concomitante* en que interactúan dos o más motivos de discriminación.

Además de proponer una definición de discriminación múltiple, estos dos tratados establecen obligaciones que guardan relación con la figura. Así, según el artículo 4 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia:

Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, incluyendo: (...)

vii. Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a las personas con base en su condición de víctima de *discriminación múltiple o agravada* [las cursivas son nuestras], cuyo objetivo o resultado sea negar o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones.

En consecuencia, de entrar en vigor, los Estados Partes quedarían obligados —en virtud de dicho Convenio— a realizar todas las acciones que sean necesarias para prevenir, eliminar, prohibir y sancionar cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a cualquier persona o grupo de personas debido a su condición de víctimas de discriminación múltiple o agravada. El artículo 4 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia contiene una disposición similar.

Adicionalmente, ambos instrumentos prevén, en su artículo 11, el compromiso de los Estados de considerar en su derecho interno una agravante para los actos que conlleven un supuesto de discriminación múltiple:

Los Estados Partes se comprometen a considerar como agravantes aquellos actos que conlleven una discriminación múltiple [las cursivas son nuestras] o actos de intolerancia, es decir, cuando cualquier distinción, exclusión o restricción se base en dos o más de los criterios enunciados en los artículos 1.1 y 1.3 de esta Convención.

Otro importante instrumento internacional es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Esta Convención señala que la «discriminación múltiple» consiste en “[c]ualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación” (artículo 2 de la Convención). Además, el artículo 5 de la citada Convención se refiere específicamente al derecho a la igualdad y no discriminación por razones de edad, estableciendo lo siguiente:

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez.

Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de *discriminación múltiple* [las cursivas son nuestras], incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.

De esta manera, se va consolidando el reconocimiento de la discriminación múltiple en el ámbito del Sistema Interamericano y se reafirma la obligación de los Estados Partes de establecer medidas para combatirla (a través de normas, políticas públicas, etc.).

Finalmente, es importante señalar que existe un instrumento actualmente en vigor en el Sistema Interamericano, que si bien no contiene una mención expresa al concepto «discriminación múltiple», resulta relevante pues su interpretación ha servido de sustento para fijar un estándar vinculado al análisis

de este tipo de discriminación. Se trata de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará” (1994)¹⁶, en cuyo artículo 9 se establece lo siguiente:

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo [que lleva por título “Deberes de los Estados”], los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada [sic], menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Si bien la Convención de Belém do Pará no menciona expresamente el concepto discriminación múltiple, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado —a partir del artículo citado— el deber de los Estados de “(...) tomar en consideración las distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer en el goce de sus derechos en razón de múltiples factores combinados con su sexo como la raza, etnia, condición socioeconómica y otros” (2011, párr. 41). De ahí que el concepto discriminación múltiple se haya ido incorporando en los documentos aprobados por este órgano del Sistema Interamericano, como se verá a continuación.

4.2. Informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El concepto discriminación múltiple se ha incorporado también en el discurso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha destacado la obligación de los Estados de adoptar medidas para la protección de las mujeres que se encuentran en particular riesgo debido a su pertenencia a dos o más grupos discriminados. Así, por ejemplo, en un informe temático publicado en octubre de 2006 titulado “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”, la Comisión manifestó su preocupación por las “múltiples formas de discriminación” que enfrentan las mujeres indígenas y afrocolombianas; discriminación que las afecta tanto dentro como fuera de sus comunidades (párr. 102).

¹⁶ Esta Convención fue adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Otro informe temático en el que se aborda esta cuestión se titula “Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los derechos humanos en las Américas”, publicado ese mismo año (2006). En este documento la Comisión destacó la labor de aquellas personas que defienden los derechos humanos y que se han visto más expuestas al menoscabo de sus derechos. Es el caso, por ejemplo, de las mujeres indígenas y afrodescendientes defensoras de derechos humanos, cuya situación es particularmente crítica al ser víctimas de “múltiples formas de discriminación” por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se agrava en aquellos países que sufren situaciones de tensión social o de conflicto armado (párr. 231).

Algunos años más adelante —en el 2010— se publicó el informe “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”. Si bien la mortalidad y morbilidad maternas afectan a las mujeres de todos los estratos sociales y económicos, este informe pone en evidencia que son las mujeres pobres, indígenas y/o afrodescendientes, que en su mayoría residen en zonas rurales, quienes con mayor frecuencia no disfrutan plenamente de sus derechos humanos respecto de la salud materna. La Comisión reconoce una vez más que estos grupos “(...) sufren de *la interrelación de múltiples formas de discriminación* que limitan su acceso a estos servicios [las cursivas son nuestras]” (párr. 11).

En el año siguiente —el 2011— la Comisión emitió un importante informe titulado “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación”¹⁷. Este informe tiene entre sus objetivos promover que los órganos jurisdiccionales de la región hagan un uso continuo de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo una guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con las diversas obligaciones relacionadas a la igualdad de género y los derechos de las mujeres.

Uno de estos estándares consiste precisamente en “(...) el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros” (párr. 28).

¹⁷ En el año 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó una actualización de este documento, que constituye una edición especial del informe, elaborada para conmemorar el vigésimo aniversario de la Convención de Belém do Pará.

Al haberse fijado como un estándar el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación, la Comisión también ha analizado esta cuestión en otros informes temáticos publicados con posterioridad¹⁸.

De una mirada global de los informes temáticos publicados por la Comisión en los últimos años se desprende que los Estados tienen la obligación de considerar el particular riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos que enfrentan las mujeres debido a la intersección de más de un factor de discriminación. Por este motivo, en reiteradas ocasiones, la Comisión se ha referido a la situación de riesgo que enfrentan las mujeres indígenas, afrodescendientes, migrantes, niñas, adultas mayores, entre otras.

4.3. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha empleado expresamente el concepto discriminación múltiple, a partir del análisis de su jurisprudencia, es posible afirmar que ha emitido sentencias que contienen consideraciones inspiradas en dicho concepto. En esta sección, me referiré a dos casos que pueden ser considerados emblemáticos en esta materia puesto que ponen de manifiesto la forma en que interactúan y se entrelazan distintos factores de discriminación, agravando la situación de vulnerabilidad que enfrentan las víctimas. Se trata de los casos *González y otras ("Campo algodonero") vs. México* y *Rosendo Cantú y otra vs. México*¹⁹.

¹⁸ Al respecto, ver los siguientes informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicados en el año 2011: "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales" (párr. 5), "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica" (párr. 294), "La situación de las personas afrodescendientes en las Américas" (párr. 75), "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en la Américas" (párr. 568) y "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud" (párr. 93). Esta tendencia se mantuvo en los informes temáticos emitidos en el año 2013: "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas" (párr. 74). "Violencia contra los periodistas y trabajadores de medios: Estándares interamericanos y prácticas nacionales sobre prevención, protección y procuración de la justicia" (párr. 261) y "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México" (párr. 83). De igual manera es de interés el siguiente informe publicado en el año 2014: "Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá" (párr. 142).

¹⁹ En el año 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México —a través de su Unidad de Igualdad de Género— y la organización civil *Women's Link Worldwide* publicaron un estudio

4.3.1. Caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México (2009)

Los hechos del caso sucedieron en Ciudad Juárez, una ciudad industrial situada al norte de México, caracterizada por el desarrollo de la industria maquiladora y el tránsito de migrantes. Según diversos reportes citados por la Corte en su sentencia (párr. 113), factores como las desigualdades sociales y la proximidad de una frontera internacional contribuyeron a la generación de distintas formas de delincuencia organizada como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y el lavado de dinero, incrementando los niveles de inseguridad y violencia.

En materia de violencia basada en el género, el propio Estado mexicano reconoció que en esta ciudad existía un grave problema relacionado con la violencia hacia las mujeres debido al elevado número de homicidios registrados contra ellas desde la década de 1990 (párr. 115). Asimismo, reconoció la comisión de diversas irregularidades en la investigación y procesamiento de dichos homicidios entre los años 1993 y 2003 (párr. 20).

En este contexto, entre setiembre y octubre del año 2001, desaparecieron Claudia Gonzales, de 20 años (trabajadora de una empresa maquiladora); Laura Ramos, de 17 años (estudiante de la preparatoria); y Esmeralda Herrera, de 15 años (trabajadora del hogar). Según sus representantes ante la Corte, las tres jóvenes eran de “origen humilde” (párr. 168).

Pese a que los familiares denunciaron su desaparición, las autoridades no efectuaron una indagación profunda sobre los hechos. La indiferencia por parte de las autoridades estuvo influenciada por una serie de estereotipos, los cuales se vieron reflejados en la formulación de preguntas sobre las “preferencias sexuales” de las víctimas; asimismo, se hicieron comentarios en el sentido de que las jóvenes “andaban con el novio” o “andaban de voladas”.

El 6 de noviembre de 2001, los cuerpos de estas tres jóvenes fueron hallados en un campo algodoner con signos de haber sufrido agresiones físicas y sexuales antes de su muerte. Al día siguiente, en el mismo campo algodoner, fueron encontrados los cuerpos de otras cinco mujeres. Cabe señalar que, a la

titulado “El principio de igualdad de género en la jurisprudencia comparada. Muestra analítica de criterios internacionales y nacionales”. Dicho estudio considera estos dos casos como ejemplos de jurisprudencia internacional emitida en materia de «discriminación múltiple» (2014, pp. 53 y ss.).

fecha de la resolución del caso por la Corte, el Estado no había logrado identificar, procesar y sancionar a los responsables.

Respecto del concepto discriminación múltiple, si bien este no aparece expresamente en la sentencia, inspira varios de sus considerandos, toda vez que la discriminación y violencia presentes en Ciudad Juárez afectaron principalmente a las mujeres de escasos recursos económicos:

(...) Los alegatos de los demandantes encontraron sustento en diversos informes de entidades nacionales e internacionales que establecen que las víctimas de los homicidios parecen ser predominantemente mujeres jóvenes, incluyendo niñas, trabajadoras —sobre todo de maquilas—, de escasos recursos, estudiantes o migrantes. (párr. 122 y 123)

La Corte se refirió a esta cuestión en varios momentos de su sentencia; por ejemplo, al examinar la violencia cometida contra las tres víctimas²⁰, así como al analizar los deberes genéricos de prevención previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

(...) el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes (...). (párr. 282)

A pesar de ello, tras la desaparición de las víctimas, el Estado mexicano no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso y la Corte consideró que este incumplimiento del deber de garantía era particularmente serio debido al contexto —conocido por el Estado— que ponía a las mujeres jóvenes de sectores pobres de Ciudad Juárez en una situación de especial vulnerabilidad (párr. 284).

Estas consideraciones llevaron a la Corte a concluir que, aun cuando los crímenes no hubieran sido cometidos por agentes del Estado, sino por particulares, al no haber actuado con la debida diligencia para prevenir las muertes y agresiones sufridas por las víctimas, el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de Claudia Gonzáles, Laura Ramos

²⁰ La Corte señaló que: “(...) las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez (...). Las mismas fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonero. Se ha tenido como probado que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte” (párr. 230).

y Esmeralda Herrera (párr. 286). Asimismo, encontró responsable al Estado por la violación de los derechos de la niñez en perjuicio de Esmeralda Herrera y Laura Ramos, quienes eran menores de edad al momento de ocurridos los hechos (párr. 411).

Si bien en esta sentencia la Corte no se pronunció de manera específica sobre la alegada “doble discriminación” que enfrentaron las víctimas²¹, sí puntualizó que “(...) en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación” (párr. 402) y declaró que el Estado había violado el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, en perjuicio de Claudia Gonzáles, Laura Ramos y Esmeralda Herrera; así como en relación con el derecho de acceso a la justicia, en perjuicio de su familiares. Finalmente, al momento de establecer las reparaciones, la Corte señaló lo siguiente:

(...) teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (...), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. (párr. 450)

La Corte reconoció que los hechos del caso estuvieron enmarcados por una situación de “discriminación estructural”²²; y, en atención a ello, dispuso —entre otras medidas— que el Estado debía continuar implementando programas y

²¹ Pese a que ello fue alegado por los representantes de las víctimas. Como refiere la Corte: “Los representantes señalaron que ‘más allá de la violencia por su género, las niñas y las mujeres juarenses sufren una *doble discriminación* [las cursivas son nuestras], ya que el origen humilde de Claudia, Laura y Esmeralda, como las niñas y mujeres asesinadas o que son reportadas como desaparecidas, así como de las madres y familias de estas mujeres, también genera una discriminación de clase social” (párr. 391).

²² Doctrinariamente, se ha entendido que la *discriminación estructural* se configura cuando “(...) es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (situación de los niños y niñas, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas como a las culturales, que hacen posible que estas violaciones sistémicas ocurran” (Nash, 2013. p. 25).

cursos permanentes en derechos humanos y género, dirigidos a funcionarios públicos. Asimismo, ordenó realizar un programa de educación, destinado, en general, a la población del estado de Chihuahua, con el fin de superar esta situación de violencia y discriminación.

4.3.2. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010)

Los hechos que motivaron el caso ocurrieron el 16 de febrero de 2002 en el estado de Guerrero (México), donde Rosendo Cantú —una mujer indígena de diecisiete años, perteneciente a la comunidad indígena Me’phaa— se encontraba en un arroyo cercano a su casa lavando ropa. Eran aproximadamente las tres de la tarde, cuando ocho miembros armados del Ejército la rodearon para interrogarla.

Le mostraron una foto y una lista de nombres. Como ella respondió que no conocía a las personas sobre las cuales le pedían información, uno de los militares la golpeó en el abdomen con un arma, ocasionándole un desmayo. Posteriormente, cuando recobró el conocimiento, continuaron con las preguntas, amenazando con matarla a ella y a toda su comunidad. Seguidamente, dos militares la violaron sexualmente mientras los demás observaban.

A estos graves hechos se sumaron las dificultades que Rosendo Cantú debió enfrentar para recibir asistencia médica por las agresiones sufridas pues tuvo que caminar durante varias horas para acceder a los servicios de salud del Estado, servicios que además fueron insuficientes e inadecuados. También enfrentó dificultades para denunciar los hechos pues, además de la distancia geográfica, encontró que las autoridades no hablaban su lengua ni contaban con un intérprete, de manera que tuvo que ser asistida por su esposo para relatar los hechos de la violación sexual. A ello debe sumarse que cuando se determinó la posible participación de personal militar en los hechos denunciados, el caso fue remitido al fuero militar, donde las investigaciones se prolongaron por más de ocho años sin que se determinaran las responsabilidades correspondientes.

Tras analizar los hechos del caso, la Corte encontró probado que Rosendo Cantú fue víctima de actos de violencia sexual cometidos por agentes estatales y declaró que el Estado era responsable por la violación de sus derechos a la integridad personal, dignidad y vida privada (párr. 121). Asimismo, señaló que la impunidad en la que se mantuvo este caso provocó una afectación emocional en ella y su hija, en contravención de su derecho a la integridad personal (párr. 131-139).

La Corte también puntualizó que la violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina y misión castrense, por tanto, señaló que la intervención del fuero militar en este caso era contraria a los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan; y constituyó una violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de la señora Rosendo Cantú (párr. 161).

Con relación al concepto discriminación múltiple, si bien —al igual que en el caso anterior— la Corte no se refirió de manera expresa a esta cuestión²³, sí se pronunció sobre la situación de vulnerabilidad en la que, en general, se encuentra la población indígena y reconoció que esta realidad es más grave para las mujeres indígenas:

En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, *situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras “prácticas dañinas tradicionales”* [las cursivas son nuestras]. (párr. 70)

Asimismo, en relación con el caso concreto, la Corte señaló que el Estado debió haber tenido en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima por el hecho de ser una niña indígena:

Desde el momento en que el Estado tuvo conocimiento de la existencia de una violación sexual cometida contra quien pertenece a un grupo en situación de especial vulnerabilidad por su condición de indígena y de niña, tiene la obligación de realizar una investigación seria y efectiva que le permita confirmar la veracidad de los hechos y determinar los responsables de los mismos. (párr. 103)

²³ Ello a pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había invocado un concepto afín en sus alegaciones. En efecto, al hacer referencia a las dificultades que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia, la Comisión señaló que tales obstáculos pueden ser particularmente críticos, ya que representan formas de “discriminación combinadas” por ser mujeres, indígenas y pobres (párr. 169).

En un sentido similar, la Corte señaló que:

(...) el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. (párr. 201)

Dado que el Estado no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de Rosendo Cantú —lo que se tradujo, entre otras omisiones, en la ausencia un intérprete provisto por el Estado al momento de requerir atención médica, presentar su denuncia y recibir información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia— la Corte concluyó que el Estado había incumplido su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de la víctima de acceder a la justicia (párr. 185). Asimismo, declaró que el Estado había violado el derecho a la protección especial de la víctima por ser una niña al momento de ocurridos los hechos (párr. 202).

Finalmente, al momento de fijar las reparaciones, la Corte señaló lo siguiente:

La Corte no pierde de vista que la señora Rosendo Cantú es una mujer indígena, niña al momento de ocurridas las violaciones, cuya situación de especial vulnerabilidad será tomada en cuenta en las reparaciones que se otorguen en esta Sentencia. (párr. 206)

Por este motivo, además de las medidas de reparación emitidas a favor de la peticionaria y de su hija, la Corte también dispuso medidas de reparación orientadas a superar los efectos de la violencia y discriminación contra las mujeres indígenas, por ejemplo, a través de la continuación de compañías de concientización y sensibilización dirigidas a la población en general (párr. 267). Asimismo, dispuso que el Estado continúe implementando cursos y programas permanentes de capacitación, dirigidos a funcionarios, sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad (párr. 246)²⁴.

²⁴ Cabe señalar que este caso guarda importantes similitudes con el caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), en el que la víctima —también una mujer indígena de la comunidad de Me'phaa— fue violada sexualmente por un militar. La Corte resolvió ambos casos de manera

V. CONCLUSIONES

1. La idea de que las personas pueden pertenecer simultáneamente a varios grupos en desventaja, sufriendo por ello formas agravadas y específicas de discriminación, viene siendo estudiada bajo la denominación “discriminación múltiple”, entre otras denominaciones afines como “discriminación interseccional”. En este trabajo, se ha explorado el surgimiento de este concepto, evidenciando que la preocupación en torno a esta problemática se desarrolló primero en el activismo, trasladándose luego a la academia. Posteriormente, este concepto ha adquirido relevancia en los Sistemas Universal e Interamericano de protección de los Derechos Humanos.
2. Un instrumento internacional que se ha destacado es la Declaración de Durban, adoptada en el año 2001 durante la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Se le considera el documento fundacional en el uso de la expresión “discriminación múltiple” en el ámbito internacional; y pese a que, en principio, no tiene un carácter vinculante, esta declaración debe ser atendida por los Estados en virtud del principio de buena fe y en el marco de las obligaciones de respeto y garantía frente a los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
3. Otro instrumento relevante en la materia es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2006, cuyo carácter es vinculante. Esta convención reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, en consecuencia, insta a los Estados Partes a adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos sus derechos y libertades.
4. La referencia a las mujeres y niñas en el instrumento citado no es casual pues en gran parte de los casos el género es un factor que confluye con otros motivos de discriminación, como la raza u origen étnico, la situación de pobreza, la edad, la condición de discapacidad, etc. Este hecho ha sido reconocido por los mecanismos convencionales de protección de los de-

casi simultánea (con apenas un día de diferencia entre los dos fallos) y en ambas sentencias encontró al Estado responsable de violaciones a los derechos humanos de mujeres indígenas.

rechos humanos, que han instado a los Estados Partes a adoptar medidas para que las mujeres y niñas puedan ejercer plenamente sus derechos, sin discriminación ni violencia.

5. También dan cuenta de la incorporación del concepto discriminación múltiple en el discurso de los derechos humanos, las observaciones y recomendaciones generales emitidas por los comités del sistema de las Naciones Unidas. En este artículo hemos presentado algunos ejemplos que evidencian cómo estos comités han vinculado el concepto discriminación múltiple con el contenido de los tratados a los que hacen seguimiento.
6. A nivel regional, en el Sistema Interamericano se ha producido un significativo avance con la adopción de tres tratados que reconocen de manera expresa el concepto discriminación múltiple. Sin embargo, estos aún no han entrado en vigor, encontrándose actualmente abiertos a firmas y ratificaciones.
7. Este concepto también ha sido empleado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lo ha incorporado en varios de sus informes temáticos a partir de la interpretación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Con base en dicho instrumento, la Comisión ha fijado como uno de los estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres, el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación.
8. Finalmente, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha empleado expresamente el concepto «discriminación múltiple», del análisis de su jurisprudencia se desprende que ha emitido sentencias que contienen consideraciones inspiradas en dicho concepto. Así, por ejemplo, en este trabajo se han analizado los casos *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México* y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, que pueden ser considerados emblemáticos en esta materia puesto que ponen de manifiesto la forma en que interactúan y se entrelazan distintos factores de discriminación profundizando la situación de vulnerabilidad que enfrentan las víctimas.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Chacartegui, C. (2010). Mujer, discriminación múltiple y exclusión social. En O. Pérez de la Fuente (Ed.), *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia* (pp. 39-62). Dykinson.
- Combahee River Collective (2012). Un manifiesto feminista Negro (R. Platero y J. Sáez, trads.), En R. Platero (ed.), *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 75-86). Edicions Bellaterra.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *The University of Chicago Legal Forum*, 140, 139-167.
- Crenshaw, K. (2012). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color (R. Platero y J. Sáez, trads.). En R. Platero (Ed.), *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 87-122). Edicions Bellaterra.
- Graham, E. et al. (Eds.) (2009). *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*. Routledge-Cavendish.
- Naciones Unidas (2002). *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001. Naciones Unidas.
- Naciones Unidas (1996). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing, 4 a 15 de setiembre de 1995. Naciones Unidas.
- Nash, C. (2013). Estudio introductorio. En N. Lacrapette (Ed.), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica* (pp. 13-29). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.
- Platero, R. (2012). Introducción. La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad. En R. Platero (Ed.), *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 15-72). Edicions Bellaterra.
- Rey, F. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (84), 251-283.
- Romero, C. (2012). Enmarañadxs en las sexualidades (reflexiones para tiempos de crisis). En R. Platero (Ed.), *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 9-14). Edicions Bellaterra.
- Schiek, D. y A. Lawson (Eds.) (2011). *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*. Ashgate.
- Serra, R. (2013). La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada. En R. Serra (coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo* (pp. 15-44). Tirant lo Blanch.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y Women's Link Worldwide (2014). *El principio de igualdad de género en la jurisprudencia comparada. Muestra analítica de criterios internacionales y nacionales*. México.

Uprimny, M. (2008). La protección internacional de los Derechos Humanos: el sistema de Naciones Unidas. En V. Abramovich et al. (Eds.), *Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales*, vol. II, (pp. 25-41). LOM Ediciones Fundación Henry Dunant América Latina.

HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LITERATURA EN EL BICENTENARIO DEL PERÚ*

*César Landa Arroyo***

“La broma sólo tiene por misión dar más relieve a lo serio”

VON IHERING

La historia del constitucionalismo en el Perú ha sido prodiga en la creación de constituciones y en la incorporación de modernas instituciones políticas; pero no en la creación de una conciencia constitucional ciudadana, ni en el ejercicio del poder con lealtad constitucional de sus gobernantes.

Este desfase entre la vigencia de la Constitución y la vida social, se debió a que las constituciones fueron producto de circunstancias políticas: unas veces estructurales como la independencia del Perú, y, otras más coyunturales como las guerras civiles nacionales e internacionales, y, claro está las revoluciones militares y civiles de los siglos XIX y XX.

* Exposición en el conversatorio “Poesía y Derecho Constitucional”, organizado por la Comisión de Arte y Derecho – Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 10 de junio de 2021. El autor a Juan Carlos Jara Castro la revisión de este *paper*.

** Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

Por eso, las constituciones no brindaron estabilidad, dado que no expresaron el consenso mínimo o pacto social para asegurar un Estado de Derecho, sea con constituciones de factura conservadoras o liberales del siglo XIX, o, con constituciones sociales, o, como la actual Constitución de 1993 de origen neoliberal.

Como el arte nace y se desarrolla en un momento y un espacio histórico determinado, el arte como una forma estética de interpretar el mundo nunca estuvo ajeno a los acontecimientos de la gestación del Perú independiente, incluso en los albores de la aprobación de la Constitución de Cádiz de 1812, en la que se sentó las bases del constitucionalismo republicano, basado en el pensamiento liberal, el arte se caracterizó por expresar una ideología romántica de la libertad.

De allí que, el mayor representante del romanticismo peruano Mariano Melgar, se caracterizó por su sensibilidad emocional y la subjetividad que exaltaba la belleza y los ideales, dando libertad a los sentimientos; lo cual quedó consagrado en su poema *Carta a Silvia* (1810). Pero, en cuanto a sus ideales escribió desde su bucólica Arequipa la “Oda a la Libertad” (1812), con motivo de la promulgación de Constitución Política de la Monarquía Española jurada en Cádiz y que declaraba la ciudadanía española en todos sus territorios. Aquí unos fragmentos:

Por fin, libre y seguro Puedo cantar. Se rompió el duro freno, Descubriré mi seno, Y con lenguaje puro Mostraré la verdad que en él se anida, Mi libertad civil bien entendida. Oíd: cese ya el llanto; Levantad esos rostros abatidos, Indios que con espanto, Esclavos oprimidos, Del cielo y de la tierra sin consuelo, Cautivos habéis sido en vuestro suelo. [...].

Compatriotas queridos, Oíd: también amigos europeos, Que en opuestos deseos Nos visteis divididos, Oíd. Acaba ya la antigua guerra; Amor, más que tesoros, da esta tierra [...].

Así será; y gozosos Diremos: “Es mi Patria el globo entero: Hermano soy del Indio y del Ibero; Y los hombres famosos Que nos rigen, son padres generales. Que harán triunfar a todos de sus males.

Melgar canta a la libertad no en abstracto, sino en concreto del pueblo indígena originario que fue esclavizado por los conquistadores españoles; pero, como criollo que fue apeló a ver a estas tierras con amor antes que fuente de riquezas. Para lo cual postuló una visión universal y local del ser humano, bajo un principio humanista, propio del pensamiento kantiano.

Si bien con la Constitución de Cádiz se dio inicio en el Perú el establecimiento de las ideas liberales que se expresaron en la primera Constitución del Perú independiente de 1823, esta tuvo una precaria vigencia para establecer el nuevo orden republicano y la paz civil. Pero, ello la inestabilidad fue una constante que caracterizó la historia política del Perú, más preocupada por la aprobación de textos constitucionales antes que por asentar un orden social y estatal republicano, de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales en ellas establecidos.

De allí que, durante las primeras décadas de vida republicana hubo reflexiones críticas a la falta de estabilidad política y orden civil, que también se expresaron, por ejemplo, a través del género literario costumbrista, caracterizada por manifestarse en un sentido humorístico o satírico en la interpretación de la realidad criolla. El costumbrismo, entonces expresó artísticamente los usos y costumbres con un tono amoroso o crítico hacia la sociedad que describe, manifestándose con un tono burlesco.

Felipe Pardo y Aliaga se ubica en este último supuesto, porque critica los vicios sociales de la época, se manifiesta desde una literatura conservadora pero comprometida con el proceso social, frente al contexto del primer militarismo y todo el proceso de la confederación Perú-Bolivia. Entre las obras de Pardo y Aliaga puestas en “El Espejo de mi Tierra” (1840-1842), periódico satírico de publicación irregular difundió su “Constitución Política”, donde representa su inconformidad con el sistema político y con la manera de hacer política en el Perú.

La sátira de Pardo y Aliaga sobre la vida política y social del Perú quedó expresada en su “Constitución Política”, la cual se orienta a la formación de una identidad política nacional y a la formación de la naciente República. En ese sentido, su obra es la expresión de una praxis política literaria, crítica, cívica, y, sin duda, histórica. Ello se puede evidenciar en los siguientes párrafos:

[...] Poder Ejecutivo

El que consiga En el Perú ocupar puesto tan alto, Jefe es legal, si sube por intriga; Usurpador, si sube por asalto: Pero diga la Carta lo que diga, Bien con legalidad, bien de ella falto, Con tal que diestro asegurarse pueda, El que logró subir, arriba queda [...].

Yo a un buen Ejecutivo le diría, Por toda atribución: «Coge un garrote, Y cuidando sin vil hipocresía Que tu celo ejemplar el mundo note, Tu justicia, honradez y economía, Y qué nadie esté ocioso, ni alborote; Haz al pueblo el mejor de los regalos: Dale cultura y bien-estar a palos».

Durante la segunda mitad del siglo XIX, las consignas del orden y el progreso se convirtieron en consignas del Estado, logrando avances en proceso de modernización de la sociedad, como la abolición de la esclavitud, el tributo indígena, el boom de la explotación del guano, el establecimiento de ferrocarriles en centro, sur y norte del Perú, la modernización de la educación pública, la implementación del alumbrado público de Lima a gas.

Asimismo, se implementó la modernización del sistema presupuestal y fiscal, la organización del Consejo de Ministros, los Ministerios, el Consejo de Estado, la abolición del fuero eclesiástico, como también la consolidación de la deuda interna con graves casos de corrupción gubernamental, la expoliación por parte de los hacendados de las tierras de las comunidades indígenas, la importación de cien mil trabajadores chinos —*coolíes*— como mano de obra barata para las haciendas de la costa.

Si bien la Constitución conservadora de 1860 no pudo desmontar la mayoría de los avances de la Constitución liberal de 1856, sentó las bases de una relativa estabilidad hasta los estragos de la guerra con Chile (1879-1883). Pero, la vida republicana se seguía caracterizando por la crispación e inestabilidad política; lo cual Manuel Atanasio Fuentes, conocido como “El Murciélago” reflejó con el uso de la sátira mordaz sobre el orden constitucional, el mismo que quedó plasmado en su:

PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Que un ciudadano, murciélago de nacimiento, somete a la alta consideración del “soberano” Congreso Nacional, que debe reunirse el 28 de julio del año [1868] que “atraviesa”. [...]

3° La soberanía reside en los capituleros y en los revoltosos, y su ejercicio se encomienda a los vencedores en elecciones y revueltas.

5° Puede arrogarse el título de soberano todo el que tenga un par de batallones que hacer formar en la plaza de Lima y una docena de patriotas que firmen un acta.

7° Los bienes de propiedad nacional pueden ser dados de regalo o en préstamo a los amigos del gobierno, con solo el riesgo de que el gobierno siguiente se los quite a uno para dárselos a otro.

10° Son nulos los actos que practique y los empleos que confiera todo gobierno usurpador; si no deja el puesto al momento que se presente en campana otro usurpador.

12° Nadie puede ejercer las funciones públicas, designadas en esta Constitución, si no jura “una vez” cumplirla, quedándole su derecho a salvo para perjurar cuantas veces lo exijan sus conveniencias

39° Ejerce el derecho de sufragio todo aquel a quien le dan un peso y una carta de ciudadanía para que vaya a votar a una parroquia. Es permitido que un ciudadano vote en las cinco parroquias, si le pagan cinco pesos.

44° Ejercen las funciones públicas todos los que hacen una revolución en favor de la constitución o contra ella.

56° Para ser Jefe de la República se requiere, por ahora, ser general o coronel; después de dos revoluciones más, podrán serlo los alféreces o sargentos.

66° Para ser ministro se necesita ser tornado a lazo y ser adicto a la causa.

76° Para la ejecución de la voluntad del Presidente, y para encabezar las revoluciones en sus periodos ordinarios y extraordinarios, habrá prefectos, subprefectos, gobernadores, tenientes gobernadores, alcaldes de barrio, celadores y sacristanes.

79° El objeto de la fuerza pública es asegurar y realizar los derechos de todos los que crean tenerlos a la Presidencia de la Republica.

88° Esta Constitución durará todo el tiempo que sea necesario para que se prepare una revolución que proclame principios opuestos a ella; revivirá cuando algunos patriotas la invoquen como la Única tabla de salvación y volverá a morir y a resucitar a *piacere* de los que tomen a su cargo la coca pública, porque habéis de saber ciudadanos del Perú, que si el Fénix revive de sus propias cenizas, el Perú y sus constituciones reviven de su propio guano.

Dado en mi palacio de la calle de la Rifa (que me ha regalado el gobierno), a los 19 días del mes de febrero de 1868, 1° de la fregadura de Prado y de La Puerta.- Firmado &.

En efecto, durante la segunda mitad del siglo XIX los disturbios y la anarquía política no será patrimonio de la clase política militar e incipientemente

civil, sino también del pueblo como se puso de manifestó en el levantamiento de los cuatro hermanos militares Gutierrez contra el triunfo del primer Presidente civil Manuel Pardo y el asesinato al Presidente José Balta que reconoció dicho triunfo. Por eso, “el Murciélago” denunciaba que los gobiernos eran siempre combatidos y quedaban ocupados de conjurar peligros; pero al final señalaba: “Pueblo agitados, siempre oprimidos, siempre confiados en nuevas y ‘pomposas’ promesas y siempre burlados” (Fuentes, Derecho Constitucional Filosófico, 1873).

Por su parte, Ricardo Palma escritor de la época, reconocido por relatar hechos históricos o anécdotas populares de carácter ligero y burlesco inauguró un género literario particular, que se compendió en “Las tradiciones peruanas”; pero, también fue un crítico de la constituyente de 1867, sobre la cual escribió:

Por lo pronto el Congreso ha dado al Ejecutivo una dedada de miel con acabar de discutir la Constitución y llevarla en camino de promulgarse muy pronto. Acabáramos que ya era tiempo. Es mucha ganga la que vamos a tener viviendo constitucionalmente. Verá usted como tan luego que entremos de lleno en el régimen constitucional van a repetirse las garantías individuales y no se repetirán las prisiones arbitrarias que han tenido lugar estos días con el coronel Gonzales y don Segundo Suarez. (Pérez, 2017, p. 203)

Por ello, con la debacle de la Guerra del Pacífico y las dramáticas pérdidas de los territorios de Tarapacá y Arica, así como de Tacna que quedó en cautiverio durante 50 años, va a ser la literatura de ensayo más que la costumbrista, la que se va albergar durante la reconstrucción del Perú, sobre la base de un tercer militarismo y la posterior “República Aristocrática” hasta comienzos del siglo XX. En este período, destaca Manuel González Prada ensayista y poeta anarquista (1844-1918). En 1885 asumió la dirección del Club Literario, que luego se convirtió en la Unión Nacional, entidad política de principios radicales.

González Prada el más alto exponente del realismo, destaca por sus demolidoras críticas sociales y políticas, condensadas en “Páginas Libres” (1894) donde muestra una creciente radicalización de sus planteamientos. |

[...] Pueblo, Congreso, Poder judicial i Gobierno, todo fermenta i despiden un enervante olor a mediocridad. Abunda la pequeñez, pequeñez de corazones, pequeñez de caracteres, pequeñez en corazones, pequeñez en vicios i crímenes. [...].

En resumen, hoy es un organismo enfermo: donde se aplica el dedo brota pus. [...].

Fácilmente comprenderá el pueblo que si antes se hizo todo con él, pero en beneficio ajeno, llega la hora de que él haga todo por sí i en beneficio propio, Harto se habló de la Humanidad de sus obligaciones, para que se recuerde ya sus derechos. ¡Abajo esas mentiras convencionales de respeto i resignación! [...].

Quitemos al poderoso algo de su poder, al rico de algo de su riqueza, i veremos si conocen i preconizan la resignación, Las clases desheredadas tienen derecho de usar todos los medios para sustraerse a su desgraciada condición. [...].

Muchas reformas políticas en ciernes; adelantos sociales, casi ninguno; porque la civilización de una sociedad no se mide por la riqueza de unos pocos i la ilustración de unos cuantos, sino por el bienestar común y el nivel intelectual de las masas [...].

La distinción entre vida pública i vida privada es otra invención de los astutos para blindarse el sitio vulnerable [...]. La vida pública se reduce a la prolongación de la vida privada [...]. Con uniforme oficial o traje casero, en el sillón de la oficina o en el sofá del dormitorio, el hombre conserva su identidad i vive la misma vida. El criminal es tan criminal en su casa como en la plazuela [...].

Asimismo, en *Horas de Lucha* (1908) se reúnen discursos y ensayos relativos a la religión, la política, pero también al intelectual y al obrero; en particular en un discurso leído en la Federación de Obreros Panaderos el 1 de mayo de 1905, realizó una oda al pan:

[...] Y ¿el pan? Símbolo de la nutrición o de la vida, no es la felicidad, pero hay felicidad sin él. Cuando falta en el hogar, produce la noche y la discordia; cuando bien, trae la luz y la tranquilidad; el niño le recibe con gritos de júbilo, el viejo con una sonrisa de satisfacción. El vegetariano que abomina de la carne infecta y criminal, la bendice como un alimento sano y reparador. El millonario que desterró de su mesa el agua pura y cristalina, no ha podido sustituirle ni alejarle. Soberanamente se impone en la morada de un Rothschild y en el tugurio de un mendigo [...].

La llamada cuestión social tocó las puertas de la sociedad peruana desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX; lo que volvió la mirada hacia los incipientes núcleos urbanos proletarios, como el reconocimiento de la jornada de ocho horas para los trabajadores portuarios del Callao (1913) decretado por

el Presidente Billinghurst el cual fue depuesto por un golpe militar alentado por la oligarquía. Jornada obrera diaria máxima de ocho horas que tendría reconocimiento nacional con el Presidente Pardo en 1919.

A la sazón de la época surge los movimientos sociales populares mediante la fundación de partidos políticos como el APRA (1924) y el Partido Comunista (1929) que articulan el quehacer intelectual revolucionario con el artístico no solo en defensa de las causas sociales de los trabajadores, sino también del problema del indio y de la tierra, cuyo mayor representante como ensayista, escritor y director de las revistas *Amauta* y *Labor* fue José Carlos Mariátegui con su obra “Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Nacional” (1928).

En particular, en el último capítulo de sus Siete ensayos, el “Amauta” precisamente revisa las obras literarias y autores que han “descrito” nuestra realidad y, reclama una literatura más comprometida y auténtica, cuando señala que: “En Lima, este cosmopolitismo se traduce, en la imitación entre otras cosas de no pocos corrosivos decadentismos occidentales y en la adopción de anárquicas modas finiseculares. Pero, bajo este flujo precario, un nuevo sentimiento, una nueva revelación se anuncia. Por los caminos universales, ecuménicos, que tanto se nos reprochan, nos vamos acercando cada vez más a nosotros mismos”.

Ello fue propio de la transformación del constitucionalismo liberal del siglo XIX hacia un constitucionalismo social de las constituciones de 1919, 1933 y sobretodo 1979. En ese marco histórico se siente la influencia durante la *belle époque* las nuevas ideas del vanguardismo europeo y los cambios socioeconómicos de la época hacen que los poetas y literatos inicien una ola renovadora, que se inicia con la obra de César Vallejo “Los Heraldos Negros” (1918):

Hay golpes en la vida, tan fuertes... ¡Yo no sé!

Golpes como del odio de Dios; como si ante ellos,

la resaca de todo lo sufrido se empozara en el alma... ¡Yo no sé!

Son pocos; pero son...

Abren zanjaz oscuras en el rostro más fiero

y en el lomo más fuerte.

Serán tal vez los potros de bárbaros Atilas;

o los heraldos negros que nos manda la Muerte [...].

Sin embargo, su vena revolucionaria queda en evidencia a partir de su participación en la Guerra Civil Española, no solo con su poema “España aparta de mí este cáliz” (1937); sino, sobre todo, con el poema social “Pedro Rojas” (1938), que narra la muerte de un luchador social, debido a las carencias de su vida y la fuerza de su convicción política. Su mensaje final puede interpretarse, más secularmente, hoy, como el símbolo de una ciudadanía activa, que reclama derechos, como lo hicieron muchos trabajadores de entonces. Por eso, aquí el fragmento final del poema:

Abisa a todos compañeros pronto!
¡viban los compañeros al pie de esta cuchara para siempre!
lo han matado, obligándole a morir
a pedro, a rojas, al obrero, al hombre, a aquél
que nació muy niñín, mirando al cielo,
y que luego creció, se puso rojo
y luchó con sus células, sus nos, sus todavía, sus hambres, sus pedazos.
Lo han matado suavemente
entre el cabello de su mujer, la juana vásquez,
a la hora del fuego, al año del balazo
y cuando andaba cerca ya de todo.
Pedro rojas, así, después de muerto,
se levantó, besó su catafalco ensangrentado,
lloró por España.
Y volvió a escribir con el dedo en el aire:
«¡viban los compañeros! pedro rojas».
Su cadáver estaba lleno de mundo.”

Asimismo, a partir del siglo XX surge la reivindicación del indio de una forma idílica en torno a la “Asociación Pro-Indígena” (1909-1917) bajo una prédica humanitaria; así, en los años treinta se gesta el llamado indigenismo como un movimiento literario y artístico en el cual sus principales representantes son

José María Arguedas y Ciro Alegría (en literatura), José Sabogal (pintura), Daniel Alomía Robles (música) y Martín Chambi (fotografía).

En ese sentido, se redescubre un Perú indígena que había sido malinterpretado, por eso José María Arguedas, de madre adoptiva indígena, que vivió en el sur andino, señalaría:

Yo comencé a escribir cuando leí las primeras narraciones sobre los indios; los describían de una forma tan falsa escritores a quienes yo respeto, de quienes he recibido lecciones como López Albújar, como Ventura García Calderón. López Albújar conocía a los indios desde su despacho de juez en asuntos penales y el señor Ventura García Calderón no sé cómo había oído hablar de ellos... En esos relatos estaba tan desfigurado el indio y tan meloso y tonto el paisaje o tan extraño, que dije: "No, yo lo tengo que escribir tal cual es, porque yo lo he gozado, yo lo he sufrido" y escribí esos primeros relatos que se publicaron en el pequeño libro que se llama *Agua*. (Vargas Llosa, 1996, 83)

Por su parte, Ciro Alegría desde su mirada del mundo andino del norte del Perú dejará a la posteridad *El mundo es ancho y ajeno*, en el que refleja las bases de la modernización del Perú, mestizo, y rico en regiones, culturas y costumbres diversas. Sus personajes abandonan su comunidad andina obligados por el injusto expolio que de sus tierras realiza un cruel hacendado y se desplazan por todo el Perú, intentando ganarse la vida. La novela se centra en dos personajes: Rosendo Maqui, que representa al indio sabio, mayor y tradicional, y Benito Castro, el cholo joven que vuelve a su comunidad cuando muere Rosendo para defender el derecho de sus gentes a vivir en sus tierras.

La reivindicación de la cultura nacional se expresa algunas décadas después en una pléyade de escritores de la generación del cincuenta —Alejandro Romualdo, Washington Delgado, Juan Gonzalo Rose, Gustavo Valcárcel, Blanca Varela, Augusto y Sebastián Salazar Bondy, Manuel Escorza, Julio Ramón Ribeyro, entre otros—, que en su narrativa vincula sólidamente el tema del desarrollo urbano y la experiencia de la migración andina hacia Lima, dado el incremento drástico de su población a partir de la década del 50. Esta generación se caracterizó por su militancia democrática en contra de la dictadura de Odría (1948-1956) y de la vuelta de la oligarquía al poder con Prado (1956-1962).

En un período de grandes cambios sociales acumulados en el Perú, la revolución cubana y la guerra fría son el telón de fondo del boom de la novela

latinoamericana de la década de los sesenta; la misma que alcanza su esplendor en jóvenes literatos como Gabriel García Márquez y Mario Vargas Llosa, entre otros, quienes en un coloquio de la Universidad Nacional de Ingeniería (1967) dialogaron en torno al escritor y la sociedad, en una época en que la revolución cubana había despertado adhesiones emocionales, así como, rechazos a los dictadores de entonces. (García Márquez y Vargas Llosa, 1967)

Todo lo cual, más pronto se expresaría en “Conversación en La Catedral” (1969) de Mario Vargas Llosa, referida a la dictadura del general Odría en Perú, donde hace plantearse a su personaje Zavalita la célebre pregunta con la que se inicia la novela: “¿En qué momento se había jodido el Perú?”¹. Posteriormente, en “La fiesta del Chivo” (2000) Vargas Llosa seguirá con el clásico de la novela sobre dictadores, en este caso dominicano.

En los últimos veinte años con la recuperación de la democracia constitucional la dignidad humana se ha colocado en el centro del quehacer de la sociedad y del Estado, sin perjuicio de la defensa de la libertad y la democracia; la misma que ha permitido reinterpretar la realidad desde un punto de vista más humano que legal. Por eso, la Constitución como producto plural de la cultura contemporánea basada en los derechos humanos, comparte una misma fuente con el arte en general. Porque, alberga y promueve la creación artística en el marco de la libertad de expresión individual y popular, y; la creación artística es fuente de creación del derecho en general y del Derecho Constitucional en particular.

Por eso, finalmente el derecho a la cultura debe traducirse en el derecho fundamental al acceso al arte —literatura, pintura, música, teatro, danza, cine, escultura, entre otros—; el mismo que no debería quedar reducido a un producto comercial de masas, sino, constituir uno de los deberes primordiales del Estado, dado que forma parte de la justicia y el bienestar general de todas las personas, que se fundamenta el desarrollo integral de la Nación.

¹ Que él contribuye al no reconocer a la otra mitad del país que forma del Perú de “todas las sangres”. Ver. “Mario Vargas Llosa: «Si sale elegido Pedro Castillo, quizá no haya más elecciones libres en la historia del Perú»”. (Expreso, 31 de mayo de 2021). <https://www.expreso.com.pe/elecciones-2021/mario-vargas-llosa-si-sale-elegido-pedro-castillo-quiza-no-haya-mas-elecciones-libres-en-la-historia-del-peru/>.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- García Márquez, G. y Vargas Llosa, M. (1967) *La novela en América Latina: Diálogo*. UNI - Milla Batres.
- Pérez, C. (2017). Palma y el Congreso Constituyente de 1867. *Revista del Instituto Ricardo Palma*, XVI (XVII), 189-207. https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Aula_Palma/article/download/1343/1228/#:~:text=Improrrogables.,regir%20la%20Constituci%C3%B3n%20de%201856.&text=El%2015%20de%20febrero%20de,presidente%20provisional%20de%20la%20Rep%C3%ABlica.
- Vargas Llosa, M. (1996) *La utopía arcaica. José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*. Fondo de Cultura Económica.

SOBRE LA INTERPRETACIÓN CULTURAL DE LA CONSTITUCIÓN*

*Pedro P. Grández Castro***

Sumario

I. Introducción. II. Indagaciones semánticas. III. Indagaciones culturales

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la interpretación constitucional cobra especial relevancia en el tiempo de las Constituciones de principios. Constituciones rígidas que recogen amplios catálogos de derechos y entregan su custodia a los jueces y, de manera particular, a un órgano que se ha vuelto fundamental en los últimos años: el Tribunal Constitucional. Estas son las Constituciones de la post guerra en Europa que se han expandido ahora a buena parte del mundo, incluido nuestro país.

Como sabemos, las *Constituciones de principios* son un aporte del constitucionalismo de las colonias norteamericanas al constitucionalismo mundial². De modo que la interpretación constitucional, al menos para nosotros, tiene dos

* Ponencia presentada en la conferencia “Diálogos constitucionales en tiempos de pandemia: la interpretación constitucional”, organizada por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC) el 28 de mayo de 2020.

** Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² Cfr. Ackerman, B. “El surgimiento del Constitucionalismo global”, en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali V. 6 2006 pp. 9-35. Una reconstrucción histórica puede verse en, Horst, Dippel, “Cons-

fuentes que la convierten en una institución realmente central para la configuración de los contenidos del Derecho Constitucional: por un lado, la presencia del Tribunal Constitucional como una entidad propia del constitucionalismo europeo de entreguerras, pero que logra consensos al final de la segunda guerra; y, por otro lado, la tradición de los derechos como principios abstractos, que logra consensos en las guerras de la independencia de las colonias norteamericanas.

Con este breve preámbulo, la idea que quisiera compartir en este artículo tiene que ver con una forma bastante común de entender la interpretación de la constitución. Si observamos las prácticas constitucionales en sentido amplio, es decir, la forma cómo interpretamos estas Constituciones de principios, tanto abogados, jueces y juristas, nos podemos dar cuenta que lo que hacemos por lo general o, al menos en los casos más representativos de esta práctica, no es interpretar textos, sino más bien, poner en evidencia o concretar de la mejor manera, el sentido de estos principios. Contextualizamos estos principios, o para decirlo en términos coloquiales, tratamos de mostrar su *sentido común*. Creo entonces que la interpretación constitucional, al menos con relación a los derechos, es un ejercicio intelectual del razonamiento orientado a mostrar el *sentido común* de las Constituciones, asumiendo como premisa básica que el Derecho es una práctica argumentativa³ con sentido racional, de modo que el *sentido común* al que aquí me referiré, es también un sentido común racional.

Para visibilizar mejor mi propósito, voy a tomar un atajo, es decir, voy a abreviar mucho y voy a dar por supuesto o por conocidas algunas cuestiones propias de la teoría de la interpretación constitucional⁴. En la primera parte, quisiera presentar algunos casos paradigmáticos de la práctica de interpretar la Constitución que son mas o menos recientes en nuestro contexto. Estos casos muestran que las indagaciones en el sentido semántico de los textos de la Constitución, están por lo general, condenados al fracaso; al menos en la práctica de la interpretación constitucional esto aparece demostrado con frecuencia.

titucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita" en: *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6, 2005. <http://hc.rediris.es/06/index.html>

³ Cfr. Dworkin, Atienza, MacCormick.

⁴ Me refiero a que no abordo aquí las cuestiones conceptuales o teóricas y mas bien mi interés es poner en evidencia el tipo de actividad que comprende la Interpretación de los derechos humanos recogidos en las constituciones.

Por eso en la segunda parte, mi indagación se centra en la búsqueda de una interpretación cultural de la Constitución. Trataré de presentar una reconstrucción de la interpretación de la Constitución, apoyándome en nuevos casos. Quisiera que recordaran mi idea básica en esta presentación: *cuando interpretamos Constituciones de principios, por lo general no leemos textos, no desciframos textos; es más, muchos ejemplos muestran al contrario, que la interpretación literal de las Constituciones lleva, muchas veces, a verdaderos despropósitos.*

El propósito fundamental de la interpretación constitucional es definir la indeterminación de los principios sobre los que trata la discusión. La indeterminación más relevante de los principios constitucionales no es su indeterminación semántica, sino más bien, lo que podemos denominar en sentido amplio, *la indeterminación cultural de los principios*⁵.

II. INDAGACIONES SEMÁNTICAS

Hay disputas constitucionales memorables entre nosotros, pese al poco tiempo que venimos ensayando interpretaciones a la Constitución. Un caso memorable de los primeros años de la transición tiene que ver con la interpretación constitucional de los artículos 142 y 181 de la Constitución Política del Perú⁶. Estas disposiciones se refieren al rol que le Corresponde al Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en la justicia electoral. En el artículo 142 se lee lo siguiente: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del JNE...”; mientras que el artículo 181 viene a ratificar el sentido textual del 142, refiriéndose a las resoluciones del JNE establece lo siguiente: “...sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. **Contra ella no procede recurso legal alguno**”. Esta fue una disputa que enfrentó al Tribunal Constitucional (TC) y al el JNE con exhibición de verdaderas *pullas* constitucionales por parte de sus titulares: el JNE estaba presidido en aquellos años por el Dr. Enrique Mendoza Ramírez y el TC estaba presidido por el Dr. Javier Alva Orlandini.

⁵ Como me ha hecho notar el profesor Juan Ruiz Manero en un diálogo reciente, la indeterminación semántica, podría ser tal, también por razones culturales, pero en este punto no quisiera resaltar esa posibilidad, sino más bien el hecho que la indeterminación cultural expresa un tipo de desacuerdo que muchas veces no puede ser recogido en un texto. Es en verdad una desacuerdo genuino cultural cuya indeterminación es radical que imposibilita su posibilidad descriptiva siquiera.

⁶ Casos Espino Espino (EXP. N.º 2366-2003-AA/TC) ; Caso Castillo Chirinos; Caso Lizana Puelles (EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC), entre otros muchos.

La pregunta constitucional que llegó hasta el TC fue la siguiente: ¿qué pasa si el Pleno del JNE viola derechos fundamentales con sus resoluciones? Como veremos, preguntas de este son las que activan la Constitución de principios. Las reglas se empiezan a opacar, empiezan a perder claridad hasta que terminan borradas de la constelación constitucional, como ocurrió en este caso. El TC reconstruyó el caso como un conflicto al interior de la propia Constitución. Mientras que los enunciados del 142 y 181 apuntaban a generar inmunidad en las resoluciones del JNE, el artículo 200 autorizaba a cualquier persona a acudir al amparo por actos u omisiones, por parte de “cualquier autoridad, funcionario o persona”⁷. El TC se hizo eco, además, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, para sostener que el amparo es, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, el recurso rápido y sencillo al que se refiere el artículo 25 del Pacto y que protegía contra cualquier violación o amenaza sin distinción. Los ciudadanos peruanos tenemos entonces, contra el texto expreso, un derecho-principio a la tutela a través del amparo⁸.

Otro caso notable que todos conocemos por su amplia difusión en los predios del Derecho Constitucional se refiere a la interpretación de la cláusula de acceso al TC a través del Recurso de Agravio. Se trata de la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución que establece que el TC es competente para: “Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”. Este es un caso notable, entre otras razones, porque en el proceso de interpretación de esta cláusula, en los últimos quince años, han participado el Parlamento y, por lo menos, tres conformaciones distintas del Pleno del TC, además de las disputas que también se han suscitado a nivel de la academia. Creo que estamos ante un caso representativo de nuevo.

⁷ Conforme al artículo 200.2 de la Constitución: “Son garantías constitucionales. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. (Subrayado agregado)

⁸ El Tribunal en el caso Lina Puelles, concluyó que: “[u]na interpretación aislada de los artículos constitucionales sub examine, resulta incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 8º 1 y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. (Fundamento 31)

Esta es una regla poco común, por no decir muy extraña, en las fórmulas de acceso al TC para cuestionar decisiones judiciales. Como sabemos, el control de decisiones judiciales a través de procesos constitucionales externos no es muy frecuente y forma parte de los híbridos entre control difuso y concentrado que no están adecuadamente definidos en nuestro modelo constitucional. Pero al margen de esa discusión, nosotros tenemos amparo o hábeas corpus contra decisiones judiciales. Es en este contexto que la Constitución establece un modelo de acceso solo respecto de las decisiones “denegatorias” del Poder Judicial.

En el Código Procesal Constitucional (CPConst.) del año 2004, el legislador interpretó la Constitución y definió el acceso al TC conforme al artículo 202.2. El artículo 18 del CPConst. puede asumirse como la interpretación constitucional por parte del legislador de la cláusula establecida en el artículo 202.2 de la Constitución. Según el legislador, cuando la Constitución establece competencia a favor del TC solo respecto de las decisiones denegatorias, hay que asumir que se refiere a “la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda”. Llamemos a esta interpretación la *interpretación procesal* de la cláusula de accesos al TC.

Conforme a esta *interpretación procesal*, dependiendo del tipo de resolución (improcedente o infundada), el TC no tendría competencia para revisar una resolución judicial que ampara la pretensión del demandante. El sentido del fallo se convierte así en determinante para el acceso al TC.

Durante la presidencia del profesor César Landa, el TC asumió una interpretación distinta a la del legislador. Según una decisión que el TC convirtió en precedente vinculante⁹, el término “denegatorio” del artículo 202.2 de la Constitución debía interpretarse no solo en sentido procesal, en la medida que las competencias del TC no solo consistían en admitir y procesar un recurso de agravio con pretensiones de las partes. Según esta nueva interpretación, el TC comparte una doble función: por una lado, protege derechos subjetivos, atendiendo en última y definitiva instancia, puntuales pretensiones procesales de las partes, pero por otro lado, debe integrar el derecho desde la Constitución interpretándola y corrigiendo interpretaciones de otras dependencias del Estado, incluidas las decisiones judiciales. En consecuencia, según el TC, el término *denegatorio* no debe solo interpretarse en función de las respuestas que los

⁹ STC 4853-2004-PA/TC

órganos judiciales dan a las pretensiones de las partes, sino también en función de la forma como el poder judicial actúa al interpretar la Constitución.

De este modo, es posible que algunas decisiones judiciales que otorgan tutela subjetiva a las pretensiones de las partes, resulten, sin embargo, de interpretaciones incorrectas de la Constitución, o, incluso pudiera resultar de interpretaciones contrarias a las desarrolladas por el propio TC. Con estas premisas el TC conluyó en dicha ocasión que:

“[...]una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponde, en última instancia, al Tribunal Constitucional conforme al artículo 201 de la Constitución y al artículo 1 de su propia Ley Orgánica (Ley N.º 28301)”.

Para luego concluir que:

“[...]cuando el artículo 202.2 de la Constitución señala que el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia de las “denegatorias” en los procesos constitucionales ello no debe ser interpretado como que está proscrita por la Constitución la revisión por este Colegiado, vía recurso de agravio constitucional, de una decisión estimatoria de segundo grado cuando ésta haya sido dictada en desacato de algún precedente constitucional vinculante, emitido por este Colegiado. El concepto “denegatorio” requiere, pues, de un nuevo contenido a la luz de los principios de interpretación constitucional y de la doble dimensión que expresan los derechos fundamentales y su tutela por parte de este Colegiado en el contexto del actual Estado Social y Democrático de Derecho”¹⁰.

Llamemos a esta interpretación una *interpretación institucional* de la cláusula del artículo 202.2, en la medida que parece reclamar un rol *institucional* para el Tribunal en la interpretación constitucional, sin el cual la fórmula del Estado Constitucional y democrático pareciera quedar, al menos en materia del control de los actos y decisiones judiciales, ya no en manos del TC sino, en todo caso, en manos de los jueces del Poder Judicial. Mediante esta comprensión de la cláusula del artículo 202.2, el TC se reclama intérprete final y, en consecuencia, habilita sus competencias en esta dirección.

¹⁰ STC 4853-2004-PA/TC Fundamento 40

Varias interrogantes pueden plantearse sobre esta manera en que el TC asume su tarea. Al margen del debate, sin embargo, es claro que el TC se ha salido del margen convencional del sentido del texto para introducir tópicos no siempre fáciles de digerir en el auditorio más amplio de la ciudadanía del Estado Constitucional. El mensaje es, sin embargo, el mismo: la interpretación no supone asignar un sentido solo literal a los textos. Aunque el Tribunal se esfuere en persuadirnos que lo que está es poniéndole un nuevo contenido al término “denegatorio”, es claro que está comprendiendo más bien sus roles y competencias en un sentido más amplio del término, y está claramente mutando la Constitución en una zona compleja: la definición de las competencias de los órganos del Estado. Las voces de crítica no se dejaron esperar: El TC ha reformado la Constitución para ampliar sus competencias, sugirieron algunos.

Más virulenta fue, sin embargo, la reacción del propio TC, aunque con nueva conformación. Durante uno de los periodos más controversiales de su actuación, el TC asumió un *criterio literalista* al establecer en un nuevo precedente que:

“[...]mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias” para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado”¹¹.

Pero esta nueva manera de interpretar la cláusula del artículo 202.2 de la Constitución, que denunciaba a la anterior *interpretación institucional* como una forma de manipulación de la Constitución a favor de una “determinada posición doctrinaria”, olvidando que la expresión “resoluciones denegatorias” había adquirido “consenso en el constituyente y en el legislador”, pronto mostró sus defectos a la luz de las urgencias que el contexto y el auditorio amplio de la Constitución venían a exigir.

Una serie de decisiones judiciales estimatorias de segunda instancia, bastante cuestionables, que amparaban pretensiones de procesados por nar-

¹¹ STC 3908-2007-PA/TC, Votaron a favor los Magistrados, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz, Calle Hayen y Alvarez Miranda, los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, hicieron voto en discordia.

cotráfico, condenados por terrorismo y, en los últimos tiempos, decisiones estimatorias que en segunda instancia cortaban procesos judiciales a políticos investigados por actos de corrupción, pusieron en la mira del gran público esta manera simplista de interpretar la Constitución. Había que buscar soluciones prácticas. El retorno de la *interpretación intitucional* había tocado las puertas una vez más: la *interpretación literalista* o semántica debía ser abandonada.

El caso vino de la mano de las investigaciones judiciales a la esposa del ex Presidente de la República, Nadine Heredia. Una investigación del año 2009 se estaba reabriendo por hechos similares en el año 2015. Ante tal hecho la ex Primera Dama interpuso un hábeas corpus invocando el derecho a no ser procesada dos veces por los mismos hechos (*nen bis in idem*). Las dos instancias que conocieron el proceso de hábeas corpus estuvieron de acuerdo con la demandante. En resumen, sostuvieron que, aun cuando el Ministerio Público no hubiera sido del todo diligente a la hora de archivar los hechos materia de investigación en el año 2009, ello no puede ser óbice para someter a la favorecida con el hábeas corpus a nuevas indagaciones con el mismo propósito.

Eran tiempos de exigencias de justicia y cualquier símbolo en esa dirección debía visibilizarse socialmente. El TC parece hacerse eco del temperamento común y abre su discurso recordando que no será la primera vez en que se pronuncie mediante un Recurso de Agravio respecto de decisiones estimatorias de segundo grado¹². Según el TC “[...] Lo previsto en la Constitución y lo que se desprende razonablemente de ella es, sin duda alguna, el punto de partida y, a la vez, el parámetro a la labor de todo intérprete vinculante de la Constitución”. Partiendo de esta premisa, en el corazón de su razonamiento en lo que aquí interesa, el TC estableció:

“[...] no debe descartarse *ab initio* que una sentencia estimatoria de segundo grado pueda ser lesiva de otros bienes constitucionales. Su calidad de estimatoria no implica necesariamente que sea conforme a la Constitución. Su verificación está por tanto abierta al control por parte del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional”.

¹² Se trata de las sentencias: STC 02748-2010-11C/TC y la STC 01711-2014-HC/TC, donde el Tribunal Constitucional estableció como doctrina jurisprudencial vinculante la procedencia del recurso de agravio constitucional a fin de que esta instancia revise, en forma excepcional, la sentencia estimatoria emitida en un proceso constitucional destinado a la revisión judicial de procesos penales sobre lavado de activos, entre otros casos.

De este modo y con carácter general, el TC dice estar realizando una interpretación “sistemática del artículo 202 de la Constitución” al concluir que “es competente para revisar, vía recurso de agravio constitucional, específicas sentencias estimatorias en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos; y, c) terrorismo”.

Pese a concurrir en el fallo de la decisión, hay más de un magistrado que desarrolla argumentos adicionales como “fundamentos” de voto. Particular relevancia tienen algunas consideraciones sobre la interpretación desarrollada por el magistrado Carlos Ramos. Luego de resumir el debate en torno a la interpretación del artículo 202.2, el magistrado señala:

“Abogo, si ese fuera el caso, por no apegarnos a una interpretación constitucional originalista —cualquiera sean sus variantes: textualismo, contextualismo, subjetivismo—, y me inclino más bien en dilucidar los alcances del artículo 202.2 de la Ley Fundamental en clave *actual*, es decir, que entienda a la *Constitución como un documento vivo*, La Constitución es, lo sabe todo estudiante de Derecho, un texto dotado de fuerza normativa al que es inmanente una pretensión de vigencia indeterminada y, por eso mismo, de vivencia actualizada, a partir de la cual aspira a regir de manera efectiva la vida comunitaria, en acomodo a los valores y principios que ella solemnemente proclama. Ha de ser interpretada, pues, como una Constitución viva —*a living Constitution, ein lebende Verfassung, Costituzione vivente*— y postulados acomodados a la evolución cultural y social de nuestra comunidad política, cuya civilizada y armónica convivencia aspira a regir”.

Así las cosas, el sentido de lo que ordenan las Constituciones, aun cuando no pueda encontrarse con alguna fórmula demostrativa, al menos debiera aspirar a poner en evidencia:

“[...] la existencia de razones que resulten explicables, convincentes y hasta cierto punto previsibles—, a través de un procedimiento racional y controlable, que fundamente los resultados de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no acaso, la sensación de que se trata de una decisión por decisión”.

Estos casos muestran —espero que así lo encuentren también ustedes— que lo que llamamos interpretación constitucional no depende de algún acuerdo sobre lo que significan las palabras. Cada vez que nos acercamos a la Constitución con algún diccionario a la mano, estamos condenados al fracaso, porque lo relevante del contenido de las Constituciones no está en el significado de las

palabras, sino en el sentido que otorgamos a las instituciones y a los derechos, dos categorías fundamentales para comprender el fin de las Constituciones de nuestro tiempo.

El caso del control de las decisiones del JNE creo que pone de manifiesto la importancia del contenido de los derechos y su correcta interpretación, así como la garantía frente a los poderes y competencias de los órganos que la propia Constitución regula. Por su parte, la cláusula del Recurso de Agravio, debe encontrar un justo equilibrio entre el rol institucional que le corresponde al propio TC y las funciones que corresponden al Poder Judicial en la protección de los derechos. Se trata de la atribución de sentido institucional a la labor de un Tribunal Constitucional en una democracia. El TC no se arriesga a ampliar sus competencias sino hasta donde sea estrictamente necesario para que la protección de los fines constitucionales sea posible. Una apertura mayor parece requerir una necesaria intervención del poder de reforma constitucional.

III. INDAGACIONES CULTURALES

Los casos expuestos muestran los problemas de una indagación en el sentido semántico de las palabras cuando de encontrar el contenido de las Constituciones se trata. Si el contenido correcto de las Constituciones de principio no reside en las palabras del constituyente, ¿donde reside entonces? Alguien ha sostenido que, en muchos casos, las Constituciones de principios son un misterio¹³. El problema es, sin embargo, que ningún poder podría, en la actualidad, basar su legitimidad en actos misteriosos u ostentar poderes mágicos. Hay que desacralizar la interpretación de la Constitución.

Las cosas se aclaran mucho cuando vemos en la Constitución ya no grafías, sino más bien, un proyecto de comunidad, un ideal de la razón pública, un conjunto de instituciones y derechos cuyo valor y contenido debe ser contextua-

¹³ Así inicia el profesor de Harvard, Laurence Tribe, su influyente libro sobre la interpretación constitucional. Citando al Juez Stevens de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien habría afirmado en un artículo académico que “La Constitución de los Estados Unidos es un documento misterioso”, el Profesor Tribe traza la ruta de investigación sosteniendo que, “[s]i la constitución es realmente misteriosa, si está llena de adivinanzas y acertijos, entonces los laicos han de buscar la orientación de los sumos sacerdotes para poder discernir su significado. ¿Y quiénes son los sumos sacerdotes de la interpretación constitucional, si no los propios jueces supremos?”. Cfr. Tribe L. y Michael C. Dorf, *Interpretando la Constitución*, Palestra Extramuros, 2010, p. 33.

lizado a la luz del de las cuestiones prácticas de la vida que se tienen al frente. Desde luego, mi aproximación no quiere aquí dejar de valorar la importancia que tienen muchas cláusulas que están lo suficientemente ancladas en textos que deben leerse como reglas estables porque no han sido puestas en cuestión. Pero esto último es relevante: que no hayan sido puestas en cuestion. El día que alguien encuentre argumentos serios para sostener que para postular al cargo de Presidente de la República no son suficientes 35 años, ese día, discutiremos cómo mover el sentido del actual texto del artículo 110 de la Constitución. Pero mientras eso ocurra el sentido correcto del texto está bien anclado en su significado literal.

Ahora quisiera llamar la atención sobre la comprensión de muchas de las construcciones constitucionales de nuestro tiempo que no se sustentan en lecturas semánticas sino en contrucciones de sentido y de valor a nuestros derechos básicos. Este es, actualmente, el espacio más relevante de la interpretación constitucional. Mi tesis es, en este punto, que las Constituciones de principios no deben su indeterminación a la mayor ambigüedad semántica de los principios respecto de las reglas. Creo que en este punto la distinción entre reglas y principios no debe asumirse en sentido de estructura semántica, sino en cualquier caso, se trata de una indeterminación en el núcleo de asignación de significados. Para las reglas, el núcleo o centro para la asignación de su significado recae en los enunciados, mientras que en el caso de los principios y, sobre todo en el caso de los principios constitucionales, el núcleo de su sentido o valor, radica en un elemento de naturaleza cultural. De ahí que en las actuales Constituciones de principios, la indeterminación más radical no se encuentre en el sentido del significado de sus términos, sino en la forma cómo son asumidas culturalmente en un contexto y en otro.

Llamo *indeterminación cultural* al desajuste que suele presentarse en la asignación de significados que damos a determinados principios constitucionales bajo un esquema de comprensión cultural diferente. La indeterminación cultural permite reconstruir de mejor manera, cómo es posible que un mismo texto o principio pueda reconstruirse con significados de contenido tan diversos o incluso opuestos, en contextos culturales diferentes. Me valdré de dos ejemplos para mostrar esto. El primero viene de la práctica constitucional norteamericana, tan rica en lecciones sobre interpretación constitucional.

Desde 1868 en que se promulga la XIV enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, el texto de la igual protección por las leyes a todos los ciudadanos sin distinción no ha cambiado hasta la actualidad, pero bajo sus sombras han prevalecido, por lo menos, dos maneras de comprender la igualdad que son radicalmente distintas. La primera se hizo visible en 1896 en el famoso caso *Plessy v. Ferguson* (1896) que popularizó la cláusula “separados pero iguales”. Conforme a esta comprensión del mandato de la igual protección, el Estado no viola la igualdad si provee de iguales servicios públicos a negros y blancos aun cuando manteniendo la segregación racial¹⁴.

Esta comprensión de la cláusula de igual protección debió ser radicalmente cambiada en 1954, en el memorable caso *Brown v. Board of education of Topeca*. Bajo una comprensión cultural radicalmente distinta, la Corte sentenció que separar a niños negros respecto de los blancos desde sus primeros años de formación, “genera un sentimiento de inferioridad sobre su lugar en la sociedad, lo que puede afectar a su corazón y a sus sentimientos de forma tal vez irremediable”. Para luego de rechazar categóricamente los argumentos del caso *Plessy*, concluir que:

“[...] en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina “separados pero iguales”. Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual confirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar, la segregación de la que se quejan, les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14 enmienda...”¹⁵.

Para llegar a una determinada interpretación de la Constitución en donde se asume que un acto específico puede afectar el “corazón” y el “sentimiento” de los niños “de forma tal vez irremediable”, se requiere una comprensión de la vida humana más que de alguna técnica de interpretación de la Constitución. La indeterminación cultural quiere resaltar precisamente estas dimensiones de la interpretación constitucional. Lo que explica que en 1896 no sea visible a los ojos honestos de los jueces de la Corte Suprema, es solo la “opacidad cultural” que proyectan muchas veces los textos constitucionales.

¹⁴ Cfr. Martín Vida, María Angeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el Derecho Estadounidense”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número, 68, 2003, p. 151 y ss.

¹⁵ Cfr. Caso *Brown* contra Consejo de Educación de Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

Ahora un caso más cercano que muestra, de nuevo, problemas de indeterminación cultural. El caso se refiere a la interpretación del derecho a la identidad. Nuestra Constitución recoge el derecho a la identidad junto al derecho a la vida nada menos. Toda persona tiene derecho a “la vida, a su identidad.....” (artículo 2.1). Luego, el artículo 2.2 se refiere a la prohibición de la discriminación, pero solo alude al sexo. Han sido los desarrollos jurisprudenciales, tanto a nivel comparado como a nivel del sistema interamericano que han permitido en los últimos años que hablemos de la “identidad de género”. Pero en sentido literal, la identidad de género —si quieren verlo así— no aparece en el “texto constitucional”.

Quizá por eso nuestro TC en un fallo muy discutible, llegó a sostener por ejemplo que:

“La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en “la naturaleza de las cosas “ (artículo 1 03 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo”.

De este modo, parecía que para el TC, la cuestión del género quedaba fuera del alcance del Derecho. Más todavía en su argumentación del año 2013, el TC sostuvo que la comprensión de la identidad del género formaba parte de:

“[...] aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza”¹⁶.

Con argumentos de este calado, el TC rechazó la pretensión de una persona transexual. El TC se mostró así, renuente a las consideraciones de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) que, en un caso muy cercano en el tiempo, ya había dejado claro que:

“[...] la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por

¹⁶ STC 0039-2013-PA/TC Fundamento 28

particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”¹⁷.

Más tarde en la Opinión Consultiva OC-24/17 del año 2017, la CorteIDH dejó más claras las cosas al precisar que:

“[a]nte los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”¹⁸.

¿Que lleva a la CorteIDH a revelarse así contra lo que nuestro TC llamaba “naturaleza de las cosas”? ¿Por qué hemos de obedecer estas contrucciones y no las de nuestro modesto TC? Quizás estas preguntas se hizo también el propio TC peruano. Las respuestas vinieron con una nueva conformación. Parece, por lo demás, sintomático que así sean estos giros interpretativos en los tribunales. Es como si la Constitución cambiara sus contenidos cuando cambian los integrantes del TC. La cultura en este caso sería, en sentido más estricto, la cultura de los valores y concepciones de los integrantes del TC.

Una comprensión cultural distinta es la que se recoge en la sentencia del caso *Romero Saldarriaga*, resuelto por una nueva composición del TC y solo dos años después del caso *Ynga Zevallos* del año 2014. El TC en este segundo caso ya no es tan categórico. Aceptando que en la base del debate sobre la identidad de género hay más de una concepción de los derechos, sostiene que sin embargo:

“[...] existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal”¹⁹.

Se trata en palabras del TC de un:

¹⁷ Caso *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*, con sentencia de fondo emitida el año 2012.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, Fundamento 95

¹⁹ STC 06040-2015-PA/TC Fundamento 14

“[...] conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad”¹.

Cuando la CorteIDH o el TC llegan al consenso de que la identidad de género forma parte del patrimonio constitucional interamericano y abogan por que así se concrete en los casos, están transformando la realidad. Están dando carta de ciudadanía a miles de personas que antes no tenían acceso al derecho; personas que hasta hace muy poco eran tratadas por nuestro propio TC como individuos con patologías que estaban intentando cambiar “la naturaleza de las cosas”. ¿Qué ha cambiado para que se produzca esta revolución del derecho a la identidad en nuestro contexto?

Pues yo creo que esta revolución solo es posible gracias a que la interpretación de la Constitución es una empresa cultural. La indeterminación de los principios no es solo semántica, o mejor dicho, no es esencialmente de tipo semántico, sino que, sobre todo, es de tipo cultural.

Por tal motivo considero que, cuando hablamos de interpretación de las Constituciones, estamos refiriéndonos a la búsqueda de consensos para la convivencia plural. Estamos hablando de una comunidad de iguales, del mundo de la cultura y de la necesidad de una comprensión compartida sobre la igual dignidad que merecemos todos para la adecuada protección de nuestras libertades.

Lima, mayo de 2020

¹ STC 06040-2015-PA/TC Fundamento 14

LAS TENSIONES PRODUCIDAS POR LA INCORPORACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN EL PERÚ*

*Juan Carlos Díaz Colchado***

Sumario

I. A modo de introducción: el precedente y las fuentes del derecho. II. El sistema de fuentes del Perú y el precedente constitucional: encuadre normativo. III. El mapa de problemas que ha generado la incorporación del precedente al ordenamiento peruano: entre constitucionalización y convencionalización del derecho. 3.1. La sucesiva (re)interpretación del recurso de agravio constitucional: cuando el precedente constitucional interpreta la Constitución y ley para reducir o ampliar sus alcances. 3.2. La tensión entre ley y precedente constitucional: cuando la ley pretende eludir los alcances de la interpretación judicial. 3.3. La rebelión de los jueces y la tensión entre precedentes: del precedente constitucional y al precedente ordinario en la protección del derecho al trabajo. 3.4. La tensión entre el juez interamericano y el juez constitucional: el juez nacional entre los estándares interamericanos y los precedentes constitucionales. IV. A manera de conclusión. V. Bibliografía.

* Una versión previa del presente trabajo se publicó en (Díaz Colchado, 2021, págs. 231-241). La presente versión presenta una actualización y ampliación en relación con la versión previamente publicada.

** Abogado por la Universidad San Pedro de Chimbote, Magíster en Derecho Constitucional y en Investigación Jurídica, así como profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Sección de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador P0069408 acreditado ante el Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica (RENACYT) en el Grupo María Rostworowski Nivel II del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (GIDCYDEF-PUCP), el autor agradece a los miembros del grupo los comentarios brindados a versiones previas de este trabajo. Correo electrónico: jdiazc@pucp.edu.pe

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL PRECEDENTE Y LAS FUENTES DEL DERECHO

Todo ordenamiento jurídico se estructura en base un conjunto de fuentes, a partir de las cuáles se extraen las normas que rigen el comportamiento de las personas en su vida dentro de la comunidad política. En esa dirección, los ordenamientos adscritos a la familia del *civil law*, como el peruano, han tenido como su principal fuente de derecho a la ley, en vista que tal instrumento se entendía como expresión de la voluntad general representada dentro parlamento (Rousseau, 2004, págs. 68-73) y que, por ende, era el titular de la soberanía del Estado (Rodilla González, 2014, págs. 14-20). En cambio, ordenamientos adscritos al denominado *common law*, tenían como principal fuente de derecho a las costumbres de la tierra o del reino (*law of the land*) que eran identificadas por los jueces y luego sus decisiones, reiteradas a lo largo del tiempo, constituían un cuerpo de normas vinculantes para la referida comunidad, dando origen al precedente vinculante (Bix, 2009, pág. 205), basado en el principio de *stare decisis et quia non moveré* (Legarre & Rivera, 2006, pág. 112) (Bix, 2009, págs. 252-253).

A pesar de esta marcada diferencia, en los últimos setenta años se ha dado un proceso de convergencia entre ambas tradiciones jurídicas (Landa Arroyo, 2010, pág. 197), impulsado especialmente por la globalización (Serna de la Garza, 2013, págs. 75-78), cuyo signo de identidad viene dado por la incorporación de la institución del precedente en los ordenamientos de *civil law*; que adquiere perfiles propios dependiendo del ordenamiento jurídico de referencia.

Esta suerte de importación jurídica genera una serie de tensiones en el marco del sistema de fuentes dentro de los ordenamientos jurídicos estatales. En lo que a un ordenamiento jurídico como el peruano se refiere, tributario de la familia del *civil law*, caracterizado por un marcado formalismo legal por parte de sus autoridades y funcionarios estatales y un tránsito hacia el Estado constitucional (Ferrajoli, 2020, págs. 19-49) (Sotomayor Trelles, 2019, págs. 199-203) por la influencia del constitucionalismo contemporáneo (Zagrebelsky, 2011, págs. 9-20), se han presentado entre la ley y el precedente; así como entre diversos tipos de precedentes: el precedente constitucional y el precedente judicial, especialmente en ordenamientos que, como el peruano, cuentan con dos cortes de vértice (Mitidiero, 2016, págs. 95-103): un tribunal o corte constitucional y

una corte o tribunal supremo, el primero encargado de defender la supremacía de la Constitución y el segundo comisionado para interpretar la ley, como última instancia de la jurisdicción ordinaria.

De forma complementaria, la progresiva apertura de los ordenamientos nacionales al derecho internacional, en especial, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Del Toro Huerta, 2005, págs. 331-343), y las dinámicas que se han generado por la incorporación del control de convencionalidad desde la jurisdicción interamericana hacia las jurisdicciones nacionales (Ferrer Mac-Gregor, 2011, págs. 561-591), trae como consecuencia el carácter vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) (Ferrer Mac-Gregor & Queralt Jiménez, 2017, págs. 139-149) y, desde luego, la tensión entre la interpretación que de los derechos desarrollado por esta Corte y la que desarrollan los tribunales nacionales.

Precisamente, en este trabajo se busca presentar ese mapa de problemas generado, de un lado, por la incorporación de una institución propia del *common law* a un ordenamiento propio del *civil law* (marcado por el fetiche de la legalidad) y, de otro lado, la interacción y tensiones que se presentan entre el precedente constitucional y las decisiones de la Corte IDH, todo ello en el marco del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico del Perú.

II. EL SISTEMA DE FUENTES DEL PERÚ Y EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: ENCUADRE NORMATIVO

Dada la centralidad que ha adquirido la Constitución por la afirmación del Estado constitucional y del constitucionalismo contemporáneo, es que las líneas directrices del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano deben encontrarse en dicha norma constitucional (Landa Arroyo, 2010, págs. 195-198).

En esa dirección, tenemos a la Constitución que tiene el carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico, a tenor de lo establecido de su artículo 51; así como por su resistencia a las reformas o cambios por las leyes ordinarias, dado que, para modificar su texto, se debe apelar a un procedimiento legislativo que es mucho más difícil de lograr, ya que según el artículo 206 de la Constitución se requiere que el proyecto de reforma sea aprobado por la mayoría absoluta del número legal de los miembros del Parlamento y ratificada mediante referéndum

o, para obviar el referéndum, el proyecto de reforma constitucional debería ser aprobado en dos legislaturas ordinarias sucesivas por las dos terceras partes del número legal de los miembros del Congreso de la República.

Cabe añadir que el proyecto de reforma constitucional además está sujeto a una serie de límites formales, como los ya indicados, así como materiales, tales como aquellos principios y signos de identidad que no podrían ser modificados por el legislador ordinario y que el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia del Exp. 0014-2002-AI/TC (fundamentos 74 a 77).

Además, desde lo establecido en la Constitución y dada su posición en el sistema de fuentes, esta no puede ser trasgredida por alguna norma de rango legal o infralegal, en tal supuesto, los sujetos legitimados por la propia Constitución en su artículo 203 pueden emplear el proceso de inconstitucionalidad que procede contra las leyes y otras de rango equivalente, como el reglamento del Congreso, los decretos legislativos, decretos de urgencia, los tratados internacionales, las ordenanzas regionales y municipales; y en el caso de las normas de rango reglamentario, se podrá emplear el proceso de acción popular. También debe tenerse presente que en caso estas normas de rango legal o reglamentario lesionen o amenacen con lesionar derechos fundamentales, los jueces constitucionales y ordinarios podrán inaplicarlas en el caso concreto mediante el ejercicio del control difuso, ya sea en el marco de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, como en cualquier otro proceso ordinario, a tenor de lo establecido en el artículo 200.2 y 138 de la propia Constitución.

Cabe añadir que a la Constitución habría que incorporar a los tratados de derechos humanos, en la medida que su IV Disposición Final y Transitoria dispone que las disposiciones constitucionales que reconocen derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano.

Luego de la Constitución, dentro del sistema de fuentes, tendríamos a las normas con rango de ley, que son las enunciadas en el artículo 200.4 de la Constitución: leyes del Congreso (en todos sus tipos ordinaria, orgánica, general, marco, de presupuesto, etc.), cuyo proceso de creación se encuentra disciplinado en la propia Constitución (artículos 107, 108 y 109); la producción normativa del Ejecutivo que tiene rango de ley: los decretos legislativos (artículo 104) y los decretos de urgencia (artículo 118.19); los tratados internacionales ratificados

por el Estado peruano que forman parte de su derecho y cuya materia no es de derechos humanos, como los tratados comerciales, de integración, de protección de inversiones, etc. (artículos 55, 56 y 57); así como las ordenanzas que emiten los gobiernos regionales y las municipalidades (artículo 200.4).

En tercer lugar, tendríamos a los reglamentos, cuyo sustento constitucional está establecido en el artículo 118.8 de la Constitución que precisa que le corresponde al Presidente de la República —Poder Ejecutivo— reglamentar las leyes sin desnaturalizarlas ni transgredirlas (Landa Arroyo, 2021, págs. 225-226).

Cada una de estas fuentes además se encuentran reguladas por otras normas dadas por el Congreso de la República. En dicho sentido, el procedimiento de creación legislativa se encuentra desarrollado por el Reglamento del Congreso; la dación de los reglamentos, se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; en tanto que las ordenanzas regionales y municipales, en cuanto a su procedimiento de creación y sus límites, se encuentran regulados en la Ley de Bases de la Descentralización y las correspondientes Leyes Orgánicas de Gobiernos Regionales y de Municipalidades.

Finalmente, cabría hablar de la jurisprudencia y precedente (Taruffo, 2009, págs. 558-561). Al respecto, en la doctrina procesal es claro que la jurisprudencia es un concepto de alcance general que alude a las decisiones que los jueces y juezas emiten en el marco de los casos que resuelven y cuyos efectos se circunscriben a las partes del caso (eficacia *inter partes*), en tanto que la institución del precedente se reserva para aquellas sentencias judiciales a las que se les reconoce efectos generales vinculantes (efectos *erga omnes*) (Delgado Suárez, 2018).

En el marco del sistema de fuentes del Estado peruano, los artículos 103 y 204 de la Constitución establecen, palabras más, palabras menos, que, por la declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley en una sentencia del Tribunal Constitucional, estas quedan sin efecto desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y, en virtud al artículo 138 de la Constitución, cualquier juez en cualquier tipo de proceso puede inaplicar una norma con rango de ley en el marco de un caso concreto, con efectos restringidos solo para las partes.

Si bien el sistema de fuentes peruano se ha basado en el esquema desarrollado por Kelsen siendo central el concepto de validez en su acepción de

compatibilidad o conformidad de una norma inferior con otra superior: la Constitución conforme a norma fundante básica, la ley conforme a la Constitución, el reglamento conforme a la ley (Kelsen, 1960, págs. 201-202); lo cierto es que la dinámica propia de las fuentes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos como el peruano y las disposiciones de los artículos 103, 204 y 138 de la Constitución, hacen que la jurisprudencia no esté por debajo de las fuentes formales emanadas de los órganos elegidos por mandato popular, y que nuestro ordenamiento no sea meramente estático, sino dinámico, en donde la jurisprudencia tiene la capacidad de inaplicar o dejar sin efecto normas de rango legal y reglamentario.

Además de ello, a través de fuentes legales, se ha introducido la institución del precedente, en el marco de los procedimientos administrativos, como de los procesos judiciales ordinarios y, especialmente, en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales (amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento). En dicho sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que constituyen precedente constitucional aquellas sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada a las que el Tribunal Constitucional establece como tales, debiendo este órgano judicial precisar el extremo de su efecto normativo, pudiendo apartarse del mismo motivando las razones de tal apartamiento (Castillo Córdova, 2008, págs. 55-74).

A ello, hay que sumar que la Constitución también reconoce carácter de fuente al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, dentro de su ámbito jurisdiccional (artículo 149); así como a los principios generales del derecho, que actúan en caso de vacío o deficiencia de la ley (artículo 193.8).

Estas distintas fuentes del derecho peruano han merecido un tratamiento por parte del Tribunal Constitucional (sentencia del Exp. N° 0047-2004-AI/TC), además de haber sido desarrollados y complementados por innumerables sentencias judiciales (especialmente las que recaen en procesos de inconstitucionalidad). Dentro de estas la sentencia del Exp. N° 0024-2003-AI/TC es la que desarrolla una suerte de “mini” teoría del precedente constitucional, que vale la pena revisar para aproximarnos al entendimiento que tiene el Tribunal sobre esta fuente del derecho (García Toma, 2010, págs. 413-420).

Más allá de ello, para efectos del presente trabajo, corresponde revisar la dinámica que el precedente constitucional ha tenido, tanto en relación

con la ley como con los estándares interamericanos y la problemática que ello genera.

III. EL MAPA DE PROBLEMAS QUE HA GENERADO LA INCORPORACIÓN DEL PRECEDENTE AL ORDENAMIENTO PERUANO: ENTRE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En el Perú la incorporación del precedente constitucional en el año 2004, con antecedentes desde 1982 (García Belaúnde, 2017, pág. 83), se ha dado en el marco de dos procesos convergentes: la constitucionalización (Landa Arroyo, 2018, págs. 13-36) y la convencionalización del derecho (Landa Arroyo, 2016), ambos profundamente caracterizados por la presencia de la interpretación judicial de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), por parte de dos órganos judiciales con competencias similares (interpretación de fuente jurídica): el Tribunal Constitucional y la Corte IDH, aunque con profundas diferencias en cuanto a la fuente a interpretar (Constitución y CADH) y en cuanto a las competencias (controlar la constitucionalidad de la ley y la tutela de los derechos fundamentales en procesos constitucionales; cautelar el respeto de la CADH por parte de los Estado que la han ratificado, vía casos contenciosos y opiniones consultivas).

En dicho sentido, vamos a explorar las tensiones que la figura del precedente constitucional ha tenido con la ley y luego las tensiones entre el precedente constitucional y los estándares interamericanos.

3.1. La sucesiva (re)interpretación del recurso de agravio constitucional: cuando el precedente constitucional interpreta la Constitución y ley para reducir o ampliar sus alcances

De acuerdo al artículo 202.2 de la Constitución el Tribunal Constitucional conoce de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas, hábeas data y cumplimiento, en tanto que el artículo 18 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), ha establecido que la resolución denegatoria es aquella que en segunda instancia declara improcedente o infundada la demanda, y que frente a ella cabe interponer un recurso de agravio constitucional dentro del plazo de diez días, recurso que deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional como última y definitiva instancia en materia de procesos de tutela de derechos. En este panorama, tenemos que la citada disposición viene a ser una suerte de concreción del instituto de la “resolución denegatoria”, a la que se debe entender

como aquella resolución que declara improcedente o infundada la demanda en segunda instancia.

Al respecto, el Tribunal tempranamente (re)interpretó el recurso de agravio constitucional, para establecer una serie de requisitos y exigencias procesales adicionales que no fueron contemplados por el legislador procesal. Sin embargo, podría argumentarse que tales exigencias procesales eran razonables, en tanto se buscó hacer del mismo un mecanismo que permitiera al propio Tribunal manejar adecuadamente su propia carga procesal. En dicho sentido, en el caso Lagormacino Sánchez (sentencia del Exp. 2877-2005-PHC/TC, fundamento 28) se estableció que el recurso de agravio constitucional además de las exigencias del artículo 18 del Código Procesal Constitucional debía cumplir con las exigencias del artículo 5 del propio Código; y el caso no ser manifiestamente infundado o similar a uno que con anterioridad haya sido rechazado por el propio Tribunal.

Luego, vino una sentencia que despertó una gran polémica tanto entre litigantes como entre los especialistas, en virtud que el Tribunal reinterpretó los alcances de la expresión “resolución denegatoria” del artículo 202.2 de la Constitución, bajo el argumento de que el Código Procesal Constitucional en su artículo 18 había recogido la dimensión subjetiva de la “resolución denegatoria”, pero que era posible, desde una perspectiva objetiva, que se entendiera que una “resolución denegatoria”, pasible de ser impugnada mediante un recurso de agravio constitucional, no es solo aquella que rechaza la demanda (declarándola improcedente o infundada), sino también aquella que aun cuando la declara fundada se emite con desconocimiento o no aplicando los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, en tanto recogerían la interpretación autorizada del supremo intérprete de la Constitución (sentencia del Exp. 4853-2004-PA/TC).

Posteriormente y por motivos de carácter político sobre el que no cabe extendernos para efectos del presente trabajo, esta sentencia que, además, se estableció como precedente, fue dejada sin efecto luego de poco más de un año de vigencia (sentencia del Exp. 3908-2007-PA/TC). Increíblemente, a pesar de haberse cerrado la posibilidad de cuestionar mediante el recurso de agravio sentencias estimatorias, nuevamente por circunstancias contextuales, esta vez asociada a casos de corrupción judicial en la Corte Superior de Justicia del Callao, el Tribunal Constitucional decide, sin muchos argumentos, abrir la ventana para

permitir el recurso de agravio constitucional contra sentencias estimatorias en casos de hábeas corpus que favorecieran a investigados a nivel fiscal o judicial por el delito de tráfico ilícito de drogas (sentencia del Exp. 2663-2009-PHC/TC), lo que luego se amplió al supuesto de lavado de activos (sentencia del Exp. 2748-2010-PHC/TC) y terrorismo (sentencia del Exp. 1711-2014-PHC/TC).

Además de estos supuestos, también se amplió el uso del recurso de agravio constitucional para que el Tribunal pudiera supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias por parte de los jueces de ejecución del Poder Judicial (resolución del Exp. 0168-2007-Q/TC), de sentencias definitivas recaídas en procesos de tutela de derechos emitidas por el Poder Judicial (resolución del Exp. 0201-2007-Q/TC) e incluso para supervisar la aplicación del instituto de la represión de actos lesivos homogéneos (sentencia del Exp. 5496-2011-PA/TC). Esta extensión de los supuestos en los que cabe emplear el recurso de agravio constitucional podría incluso considerarse inconstitucional, dado que la Constitución no ha establecido que el Tribunal Constitucional tenga competencia para supervisar la fase de ejecución de los procesos de tutela de derechos.

Actualmente, el recurso de agravio constitucional se rige por el precedente Vásquez Romero (sentencia del Exp. 0987-2014-PA/TC) que, en cierta forma, retoma los lineamientos establecidos por el caso Sánchez Lagomarcino, y agrega algunos elementos adicionales, como el requisito de la “especial trascendencia constitucional”, para hacer restrictivo el empleo del recurso de agravio constitucional.

Todas estas idas y vueltas generan inestabilidad y falta de predictibilidad en cuanto al empleo de esta institución tan medular en nuestro sistema de justicia constitucional, si consideramos que el recurso de agravio constitucional se constituye en una suerte de “puerta de entrada” a la justicia constitucional.

3.2. La tensión entre ley y precedente constitucional: cuando la ley pretende eludir los alcances de la interpretación judicial

Otro escenario de tensión entre la ley y el precedente no menos importante se ha presentado cuando la ley ha pretendido eludir los alcances de la interpretación del Tribunal Constitucional.

Al respecto, en la sentencia sobre la libre desafiliación (sentencia del Exp. 1776-2004-PA/TC) el Tribunal estableció tres supuestos para que los afiliados

al sistema privado de pensiones pudieran iniciar los procedimientos para desafilarse y retornar al sistema público de pensiones. Entre estos supuestos, se estableció que los afiliados podían iniciar este procedimiento si cuando se afiliaron a una administradora privada de fondos de pensiones no contaron con información suficiente que les permitiera evaluar los pros y los contras de tal decisión, ello porque el artículo 65 de la Constitución garantiza a todo usuario de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, tener información suficiente y accesible para tomar decisiones de consumo.

Ante tal decisión y ante las expectativas ciudadanas, el Congreso de la República aprueba la Ley de Libre Desafiliación Informada (Ley 28991), en la que se recoge la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional antes indicada, salvo en el supuesto de desafiliación por falta de información. Lo que motiva que sea el propio Tribunal el que, en un nuevo caso, mediante un precedente, establezca dicho supuesto como causal de libre desafiliación del sistema privado de pensiones (sentencia del Exp. 07281-2006-PA/TC, fundamento 27).

Este caso pone en evidencia como pueden darse tensiones entre dos fuentes del derecho: la ley y el precedente, siendo que aun cuando no estamos frente a una contradicción en sentido estricto, si, frente a una suerte de elusión de lo decidido en una sentencia constitucional mediante la Ley de Libre Desafiliación Informada, lo que lleva a que se integre el vacío legislativo, con prevalencia de lo que ya jurisprudencialmente se había establecido. En estos casos podría afirmarse que el Tribunal corrige lo que el legislador no quiere corregir.

Un caso adicional, de reciente actualidad, que pone en evidencia esta tensión entre el precedente y la ley, se está presentando entre la aplicación inmediata del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley 31307, vigente desde el 24 de julio de 2021) y los precedentes Elgo Ríos y Vásquez Romero del Tribunal Constitucional que respectivamente establecieron el denominado test de subsidiariedad del proceso de amparo (sentencia del Exp. 02383-2013-PA/TC) y los requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional (sentencia del Exp. 00987-2014-PA/TC) en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

El primer precedente debía ser aplicado por los jueces de primera instancia al calificar la demanda de amparo y les permitía que declarasen improcedente de plano (*in limine*) las demandas interpuesto porque existía una vía igualmente satisfactoria para la tutela del derecho invocado (en aplicación del artículo 5.

2 del Código Procesal Constitucional ahora derogado). El segundo precedente, por su parte, era aplicado por el Tribunal Constitucional cuando calificaba la procedencia de los recursos de agravio constitucional interpuestos por los demandantes cuyas demandas fueron declaradas improcedentes o infundadas por el Poder Judicial en segunda instancia y que le permitía rechazar de plano dichos recursos, mediante sentencia interlocutoria denegatoria, si los casos no revestían una especial trascendencia constitucional.

Bueno, la tensión se presenta porque el nuevo Código Procesal Constitucional ahora prohíbe que se rechace de forma liminar una demanda de tutela de derechos fundamentales, como el amparo (artículo 6)², lo cual, mediatiza el ámbito de aplicación del precedente Elgo Ríos porque su aplicación ya no se realizará al calificar la demanda en la etapa de admisión, sino en la etapa resolutoria al emitirse la sentencia. En esta etapa se puede evaluar el cumplimiento de los presupuestos procesales de procedencia de la demanda. Entonces, si el juez considera que hay una vía igualmente satisfactoria, podrá declarar, mediante sentencia, la improcedencia de la demanda, sin ingresar a resolver el fondo de la controversia.

Por otro lado, con el nuevo Código, los medios impugnatorios, como el recurso de agravio constitucional, ya no requieren fundamentación escrita, sino que la misma se realizará ante la instancia superior (artículo 21)³, entendemos que de forma oral. En consonancia con dicha regla, se establece que el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente programar vista de la causa de los recursos de agravio constitucional que se interpongan, bajo sanción de invalidez del trámite del recurso (artículo 24)⁴. Con estas reglas procesales, el precedente

² Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Artículo 6. Prohibición de rechazo liminar. De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda.

³ Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Artículo 21. Medios impugnatorios. La interposición de los medios impugnatorios, con excepción de la queja, no requieren fundamentación, salvo en el proceso de hábeas corpus si el apelante es la parte demandada. El demandante que impugna una resolución sustenta los agravios en la instancia superior, conforme a los procedimientos establecidos por el presente Código.

⁴ Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Artículo 24. Recurso de agravio constitucional. (...) En el Tribunal Constitucional es obligatoria la vista de la causa, la falta de convocatoria de la vista y del ejercicio de la defensa invalidan el trámite del recurso de agravio constitucional.

Vásquez Romero deja de tener ámbito de aplicación, con lo que se estaría frente a una derogación tácita del citado precedente.

Estas situaciones deberán ser puestas en evidencia por el Tribunal Constitucional el que deberá evaluar y determinar si las nuevas reglas procesales citadas han reducido el ámbito de aplicación o dejado sin efecto sus precedentes.

3.3. La rebelión de los jueces y la tensión entre precedentes: del precedente constitucional y al precedente ordinario en la protección del derecho al trabajo

En los años 2002 y 2003, el Tribunal Constitucional mediante los casos Fetratel (sentencia del Exp. 1124-2001-AA/TC, fundamento 12) y Eusebio Llanos Huasco (sentencia del Exp. 0976-2001-AA/TC, fundamentos 14 a 16), al interpretar el artículo 27 de la Constitución⁵, incorporó el concepto de “despido incausado”. Según este supuesto, el empleador cesa a un trabajador sin expresarle una causa que justifique el despido⁶. El Tribunal estableció que frente en estos casos, surge la obligación de reponer al trabajador como forma de reparación de la lesión de su derecho fundamental al trabajo. Cabe mencionar que este criterio jurisprudencial, resultaba de aplicación tanto en el sector privado como en el público. De modo que, en el ámbito público si el Estado (empleador) no imputaba una causa justa de despido a sus trabajadores, estos podían obtener su reposición mediante un proceso de amparo.

Este criterio jurisprudencial fue modificado para el sector público el año 2015 a través de la sentencia del Exp. N° 5057-2013-PA/TC (caso Rosalía Huatuco) que, además, fue declarado como precedente vinculante. En este precedente se estableció que solo cabe la reposición de un trabajador despedido del sector público cuando este ingresó a trabajar por concurso público a una plaza previamente presupuestada. Entonces, por interpretación *a contrario sensu*, en supuestos distintos, no cabe la reposición, aun cuando el cese laboral

⁵ El artículo 27 de la Constitución vigente establece que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

⁶ Las causas justas de despido de un trabajador se encuentran establecidas en los artículos 24 (causas vinculadas con la conducta del trabajador) y 25 (causas vinculadas con su desempeño laboral) del DS 003-97-TR (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

no haya estado sustentado en una causa justa de despido (fundamentos 9, 15 a 18, 21 y 22).

Frente a este precedente constitucional, el mismo año 2015, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Cas. 8347-2014 Del Santa, estableció una serie de supuestos en los que el precedente del caso Rosalía Huatuco no resulta aplicable (considerando décimo segundo, página 8 de la sentencia). En ese mismo año, el Juez Mixto Permanente del Módulo Básico de Justicia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad aplicó un control de convencionalidad sobre dicho precedente constitucional (considerandos décimo primero al vigésimo cuarto, pp. 12-24 de la sentencia).

Esto evidencia una tensión en cuanto a la interpretación del alcance de la protección del derecho fundamental al trabajo entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (y otros jueces del Poder Judicial), los que muestran cierta “rebeldía” frente a los precedentes constitucionales, bajo los alcances de lograr mayores y mejores niveles de protección del citado derecho fundamental. Indudablemente, esta tensión entre ambos altos tribunales genera cierta incertidumbre, especialmente en los jueces de primera y segunda instancia que tienen entre manos que aplicar precedentes que tienen alcances distintos y hasta contradictorios, lo que indudablemente no ayuda a la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho.

3.4. La tensión entre el juez interamericano y el juez constitucional: el juez nacional entre los estándares interamericanos y los precedentes constitucionales

La anticoncepción oral de emergencia (AOE) o “píldora del día siguiente” es un método de planificación familiar empleado en situaciones de emergencia. Tiene diversos efectos en el organismo de la mujer que lo consume, pero en buena cuenta, funciona de tres formas: impide o retrasa la ovulación, actúa sobre el moco cervical para que los espermatozoides no puedan llegar al útero o impide que el óvulo se implante en el útero materno. En cualquier caso, resultará ineficaz si el óvulo fecundado ya ha sido implantado.

El año 2009 el Tribunal Constitucional con la sentencia del Exp. N° 2005-2009-PA/TC estableció que la AOE tendría presuntos efectos abortivos y por los principios *pro homine* y precautorio se ordenó al Ministerio de Salud que cese su distribución gratuita en los establecimientos de salud públicos adscritos al

sistema nacional de salud (fundamento 53), aunque sí permitió que este método de planificación familiar pueda ser comercializado por farmacias privadas (fallo de la sentencia).

Posteriormente, el año 2012, la Corte IDH en la sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica* ha señalado que para efectos de la protección que dispensa el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el concebido será considerado sujeto de derecho solo desde la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, es decir, desde su implantación en el útero materno (párrafo 264 de la sentencia).

A raíz de esta última sentencia, se inició un proceso de amparo para que se ordene al Ministerio de Salud que reinicie la distribución gratuita de la AOE. En primera instancia, este proceso fue resuelto el año 2019 con sentencia que declaró fundada la demanda, argumentando que la sentencia del TC violaba el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres y la igualdad y no discriminación, al haberse establecido que el Estado no puede distribuir gratuitamente tal método de planificación familiar, pero que las farmacias privadas sí pueden comercializarla (considerandos vigésimo y vigésimo segundo)⁷.

Este proceso, el año 2020, ha sido resuelto en segunda instancia⁸. Esta sentencia revoca la de primera instancia y declara improcedente la demanda, bajo el argumento de que un juez del Poder Judicial no puede evaluar los alcances o fundamentos de una sentencia del Tribunal Constitucional (considerando quinto del apartado V.1.4.2. de la sentencia de segunda instancia).

Este caso pone en evidencia la tensión que con el tiempo se irá presentando entre los precedentes constitucionales y los estándares que la Corte IDH genera y que se contienen en sus sentencias contenciosas y opiniones consultivas. Lo cual, indudablemente, no puede ser resuelto bajo la lógica del principio de jerarquía, sino de la interpretación integradora de las fuentes bajo el principio *pro persona* (Nogueira Alcalá & Aguilar Cavallo, 2016, págs. 13-43).

⁷ Se puede ubicar aquí <<http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/P%C3%ADdora-del-d%C3%ADa-siguiente.pdf>>

⁸ Puede verse aquí <<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/11/Exp.-30541-2014-0-LP.pdf>>

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Ordenamientos jurídicos tributarios de la tradición del *civil law* y caracterizado por un excesivo formalismo legal, como el peruano, han visto trastocados sus sistemas de fuentes con la incorporación del precedente constitucional. Lo que se ha originado por dos procesos convergentes, de un lado el acercamiento con la tradición del *common law* y de otro la apertura del derecho constitucional nacional hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente, aquél que se ha ido formando con los estándares que ha generado la Corte IDH.

Esto da lugar a tensiones entre el precedente constitucional y la ley, siendo que los significados de los institutos constitucionales y legales pueden sufrir variaciones en cuanto a sus significados de modo muy variante en un corto período, lo que no abunda en la necesaria seguridad jurídica y predictibilidad de la actuación de los jueces constitucionales. El mismo escenario se presenta en las tensiones entre el precedente del Tribunal Constitucional y el precedente que genera la Corte Suprema. A todo lo cual, hay que sumar un escenario adicional de tensión entre los estándares interamericanos con los precedentes constitucionales.

Parece que la dinámica y tensiones entre la ley, los estándares interamericanos y los precedentes va reconfigurando el sistema de fuentes, lo que invita a un necesario replanteo de las bases sobre las que se ha conformado. Labor a la que se deberán dedicar otros estudios que tengan un mayor calado, porque, como se indica en el título, solo hemos tenido a bien presentar este mapa de problemas, las piezas que deberán ser agrupadas para tener un sistema de fuentes más estable y predecible.

V. REFERENCIAS

- Bix, B. (2009). *Diccionario de teoría jurídica*. UNAM.
- Castillo Córdova, L. (2008). Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano. *Jus Constitucional* (1), 55-74.
- Del Toro, M. (2005). La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, XXXVIII* (112), 325-363.
- Delgado, C. (22 de abril de 2018). *Ars distinguendi: Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente. Sobre los grados de vinculación y el virtual apartamiento de precedentes en el proyecto de reforma del CPC*. Recuperado el 6 de julio de 2021, de <http://agnitio.pe/articulo/prueba-de-oficio-y-derecho-al-contradictorio/>

- Ferrajoli, L. (2020). *Iura Paria*. Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622.
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Queralt, A. (2017). Capítulo II: El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? En García, J. & Carmona, E. (Edits.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Thomson Reuters-Aranzadi, 133-168.
- García Belaúnde, D. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*, 22, 83-107.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (tercera edición). Adrus.
- Kelsen, H. (1960). *La teoría pura del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Landa, C. (2010). Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (14), 193-234.
- Landa, C. (2016). *La convencionalización del Derecho peruano*. Palestra Editores.
- Landa, C. (2018). *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. Palestra Editores.
- Landa, C. (2021). La posición constitucional del Poder Ejecutivo en el Perú. En D. García Belaúnde, C. Landa & M. Jamanca (Edits.) *Constitución y democracia. Libro homenaje a Valentín Paniagua*. Nomos & Thesis, 219-244.
- Legarre, S., & Rivera, J. (2006). Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124.
- Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice: cortes superiores y cortes supremas. En M. Taruffo, L. G. Marinoni, & D. Mitidiero, *La misión de los tribunales supremos*. Marcial Pons, 77-122.
- Nogueira Alcalá, H., & Aguilar Cavallo, G. (2016). El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*(84), 13-43.
- Rodilla, M. (2014). ¿Soberanía popular en el Estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 13-36.
- Rousseau, J. (2004). *El contrato social*. Edimat Libros.
- Serna de la Garza, J. (2013). Globalización y derecho constitucional comparado. En C. Astudillo, & J. Carpizo, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*. UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 71-91.
- Sotomayor Trelles, J. (2019). Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. *Pensamiento constitucional*, 24, 197-231. Recuperado el 7 de julio de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/22677/21824>
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, justicia, derecho* (11 ed.). Trotta.

¿LA DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA VÍA JUDICIAL FORTALECE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO?: ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA Y SU CONTRIBUCIÓN PARA UN DIÁLOGO REFLEXIVO A PROPÓSITO DEL CASO ANA ESTRADA

*Pilar Geraldine Pretell García**

Sumario

I. Introducción II. Análisis del caso Ana Estrada y el primer pronunciamiento judicial referente a la eutanasia. 2.1. Argumentos de la demandante: Defensoría del Pueblo. 2.2. Argumentos de la parte demandada: Ministerio de Salud. 2.3. Argumentos de la parte demandada: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2.4. Argumentos de la parte demandada: EsSalud. 2.5. Argumentos contemplados en el primer pronunciamiento judicial referente a la eutanasia. III. Experiencia comparada respecto a la despenalización de la eutanasia. 3.1. Despenalización de la eutanasia vía parlamentaria. 3.2. Despenalización de la eutanasia vía judicial. IV. Algunas nociones que pueden coadyuvar a un diálogo reflexivo. 4.1. Rol del Estado frente a la autonomía y libertad de la persona humana. 4.2. Presupuestos que ameritarían ser evaluados para la regulación de la eutanasia. 4.2.1. Consentimiento previo e informado de los pacientes. 4.2.2. Condición de salud del paciente. 4.2.3. Participación de profesionales de la salud. 4.2.4. Registro de objetores de conciencia. V. Incidencia de la despenalización de la eutanasia vía judicial en el Estado Constitucional de Derecho. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios del Máster en Estado de Derecho y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova. Miembro de la asociación Constitucionalismo Crítico.

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable que el solo hecho de plantear la despenalización de la eutanasia para un sector de la sociedad peruana implica tocar fibras muy sensibles y, por ende, no cabría siquiera que sea objeto de diálogo y reflexión, en la medida que se adopta una postura basada en la santidad de la vida humana, concebida esta última como un valor supremo irrenunciable para su titular. En ese sentido, “subyace una discusión viva entre la concepción antigua de los derechos —basada en el respeto al orden “natural”— y una concepción moderna —heredera del humanismo laico— que considera que lo específicamente propio del ser humano es darse a sí mismo autonomía y responsabilizarse de las decisiones así tomadas” (Casado, 2008, p. 114).

Una visión bajo el sustento de la santidad de la vida humana denota una injerencia en la autonomía de cada ser humano y, en buena cuenta, de nuestras libertades, las cuales no debieran estar sujetas al escrutinio público en tanto no exista un daño a terceros. Sin embargo, debemos tener en cuenta que parte importante de quienes niegan la posibilidad de la despenalización de la eutanasia suelen exponer argumentos basados en fundamentos religiosos.

Una justificación de esa naturaleza no solo vulnera libertades fundamentales sino que también afecta el principio de laicidad estatal, consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política del Perú, en tanto el Estado Constitucional no solamente tiene el deber de proclamarse laico y neutral, sino también parecerlo (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 01462-2015-PA/TC, fundamento 24).

En esa línea, el principio de laicidad “prohíbe que las políticas públicas se justifiquen en la moral religiosa, que en ningún caso puede amparar restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales o en la autonomía personal de quienes no comparten esos credos” (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 01462-2015-PA/TC, fundamento 27).

De ahí que la permanente omisión respecto a la regulación de nuestro objeto de estudio nos recuerde inevitablemente el accionar del Estado durante el siglo XIX, uno que desafiaba la idea de la moral privada, la libertad de elección y el proyecto personal, en tanto asumía un rol directivo sobre la moral privada de cada ser humano (Gargarella, 2020, p. 92).

En atención a lo manifestado, se analizará: i) el caso Ana Estrada y el primer pronunciamiento judicial en nuestro país sobre la eutanasia, ii) la experiencia comparada respecto a la despenalización de la eutanasia, iii) algunas nociones que pueden coadyuvar a un diálogo reflexivo; y, iv) la incidencia de la despenalización de la eutanasia vía judicial en el Estado Constitucional de Derecho.

II. ANÁLISIS DEL CASO ANA ESTRADA Y EL PRIMER PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL REFERENTE A LA EUTANASIA

El artículo 112 del Código Penal establece lo siguiente: “El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

En atención a la referida disposición, Ana Estrada, quien tiene una enfermedad incurable, degenerativa, llamada polimiositis autoinmune que afecta su tejido muscular, la cual se encuentra en etapa avanzada, decidió acudir a la Defensoría del Pueblo, a efectos de recibir asesoría para que, a futuro, cuando tuviera dolores intolerables, producto de su enfermedad, la cual ya viene afectando sus capacidades motoras, pueda contar con el apoyo de profesionales de la salud que realicen un procedimiento médico conducente a su muerte, sin el riesgo que sean sancionados penalmente.

2.1. Argumentos de la demandante: Defensoría del Pueblo

Ante la situación descrita por Ana Estrada, la Defensoría del Pueblo, a través de su titular, decidió presentar una demanda de amparo en beneficio de aquella contra el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y EsSalud. Al respecto, la Defensoría del Pueblo sostuvo las siguientes pretensiones: i) la inaplicación del artículo 112 del Código Penal con la finalidad que los terceros que participen en el procedimiento médico de eutanasia no sean procesados penalmente, por vulnerar el derecho fundamental a la muerte digna, así como de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, ii) la aprobación de un plan para la aplicación del procedimiento de eutanasia diseñado y propuesto por una junta médica; y, iii) la aprobación de una directiva por parte del Ministerio de Salud mediante la cual se regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de Ana Estrada.

Asimismo, la demandante señaló que aun cuando en la legislación peruana no exista un reconocimiento expreso del derecho a una muerte en condiciones dignas, debe considerarse el principio de *numerus apertus* establecido en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que: “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

2.2. Argumentos de la parte demandada: Ministerio de Salud

Por su parte, el Ministerio de Salud, en su calidad de demandada, señaló que debe declararse improcedente la demanda por cuanto lo solicitado por el demandante contraviene lo previsto en el Código Penal. En ese sentido, indicó que la norma hace referencia a enfermedades incurables y ello constituye uno de los escollos desde el punto de vista legal por cuanto sería un impedimento para que el juez constitucional pueda declarar la inaplicación de la disposición en mención en el caso concreto. De igual modo, señaló que la disposición penal no crea una situación jurídica inconstitucional que impida a Ana Estrada a tomar el control sobre su vida para poner fin a sus sufrimientos por la enfermedad incurable y degenerativa que padece. Asimismo, sostuvo que como órgano rector de la política de salud no puede dictar normas ni aprobar ni validar procedimientos de una junta médica para un caso particular.

Adicionalmente, con relación a la emisión de una directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a Ana Estrada, el Ministerio de Salud sostuvo que el reconocimiento del derecho fundamental a la muerte digna no puede realizarse mediante una directiva, en todo caso, para lo que sí se encuentra facultado el juez constitucional es dictar una sentencia exhortativa para que el Poder Legislativo legisle sobre la eutanasia, en la medida que se requiere de una norma expresa que desarrolle sobre cuándo, cómo y dónde acabar con la vida, a través de la eutanasia. Sin perjuicio de lo anterior, el juez constitucional solo podría emitir un protocolo para el caso concreto.

Al respecto, se advierte una contradicción de argumentos por parte de la demandante en la medida que, por un lado, sostiene que debe declararse improcedente la demanda por cuanto solo el Poder Legislativo tiene la competencia

para regular la eutanasia. Sin embargo, por otro lado, acepta la posibilidad que, para el caso concreto, el Ministerio de Salud podría emitir un protocolo para el caso concreto. Como puede apreciarse, argumentar que en tanto el legislador no haya regulado una materia, el juez no puede tomar una posición sobre el caso concreto, implicaría remontarnos a muchos siglos, época en la que los jueces solo eran aquellos funcionarios que eran “la boca de la ley”, cuya interpretación solo era bajo una postura positivista y en la que las Constituciones Políticas solo eran consideradas meras cartas políticas y cuyo contenido no era susceptible de interpretación jurídica. Por fortuna, los tiempos han cambiado y por ello los jueces al ser defensores de los derechos fundamentales tienen la obligación de tutelarlos, teniendo como parámetro la Constitución Política, así como los tratados internacionales de derechos humanos, respecto de los cuales el país sea Parte.

En tal sentido, se debe tener presente que un argumento como el señalado por la demandada implicaría que el juez no adopte presupuestos de razonabilidad, basados en la dignidad de la persona humana y la defensa de los derechos, limitándose a realizar una interpretación racional reduccionista y vulneradora para la protección de los derechos, por cuanto la práctica de la eutanasia, conforme al ordenamiento jurídico, se encuentra proscrita penalmente.

Por ende, sostener que la pretensión de Ana Estrada debe estar supeditada a la decisión que adopte el Parlamento conllevaría no solo a la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, sino también del derecho de acceso a la justicia, toda vez que no tendría siquiera la posibilidad que el juez pueda escuchar su pretensión a través de una audiencia.

2.3. Argumentos de la parte demandada: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

De igual modo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su calidad de parte demandada, sostuvo que al no existir regulación nacional sobre la eutanasia, se pretende que la sentencia sea por sí misma un protocolo médico y regule un procedimiento administrativo, de modo que el juez constitucional se convierta en un legislador, lo que contraviene al sistema democrático. En ese sentido, en tanto no existe un marco legal, no es posible que el juez resuelva la pretensión del demandante. Asimismo, indicó que la falta de regulación, por sí misma, no viola derecho fundamental alguno, ni de la Constitución Política ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Una postura similar a la señalada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la expuesta por Andrea Greppi y Jeremy Waldron (Ferrajoli, 2009, p. 97), quienes sostuvieron que sobre la determinación del significado de los derechos corresponde la última palabra a la comunidad política o mayoría política; sin embargo, para Ferrajoli asumir esa postura equivale a rechazar el principio de separación de poderes y a desentenderse de la diferencia entre legislación y jurisdicción, lo que supondría una flagrante derogación del principio de separación entre el poder legislativo y el poder jurisdiccional.

De ahí que se considere que la parte demandante incurre en error al señalar que la falta de regulación no constituye una violación de algún derecho fundamental, toda vez que los derechos fundamentales no solo pueden ser vulnerados por acción del Estado o de un particular, sino también por omisión. En ese sentido, el juez constitucional como garante de los derechos fundamentales se encuentra en la obligación de tutelarlos, aun cuando no se encuentren reconocidos expresamente por el Parlamento. Sobre el particular, existen posturas que sostienen que el juez tiene limitaciones, en tanto debe respetar las decisiones de los representantes del pueblo, que se ven reflejadas en las leyes, en el marco de un sistema democrático representativo. De ahí que existan posturas que señalan que el constitucionalismo se contrapone al sistema democrático.

Con relación a la presunta dicotomía entre el constitucionalismo y la democracia, esta última no debe ser entendida solo como la simple elección de los representantes por voto popular y luego que las decisiones de tales representantes se circunscriban a una sumatoria a favor o en contra de una determinada posición. En la actualidad, la democracia debe ser entendida conforme a parámetros republicanos, es decir, conforme al debate de argumentos previo a la toma de decisiones, en cuyo debate debieran participar los representantes de los diversos grupos existentes en la sociedad, a efectos que puedan adoptarse decisiones más justas y armoniosas para una mejor convivencia.

En ese sentido, el Parlamento se encuentra en la facultad de reconocer la realización de la eutanasia sin sanción alguna en tanto se cumplan sus presupuestos; sin embargo, no regularlo no puede servir de pretexto para que el garante último de los derechos fundamentales que es el juez pueda tutelarlos conforme a los valores y principios establecidos en la Constitución Política.

2.4. Argumentos de la parte demandada: EsSalud

De igual modo, EsSalud, en su calidad de parte demandada, señaló que como entidad pública se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad y, en ese sentido, todo lo que haga o decida hacer debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de determinada manera. Por tanto, los funcionarios solo pueden hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta y, en consecuencia, es un mero aplicador literal de la norma.

De igual forma, sostuvo que solo puede emitir directivas y protocolos médicos dentro de los alcances de las disposiciones normativas emitidas por el Poder Legislativo. En ese sentido, la sola despenalización de la responsabilidad penal de la persona quien por piedad mata a un enfermo incurable a su petición, de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, no justifica la emisión de directivas y/o protocolos por parte de EsSalud, toda vez que se necesita de una disposición que expresamente desarrolle la figura de la eutanasia. En atención a lo expuesto, señaló que se pretende que el juez constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y con ello vulnerando el principio de separación de poderes.

Con relación al principio de separación de poderes debe indicarse que este no implica que cada poder del Estado pueda conducir su competencia conforme a un criterio de discrecionalidad, por el contrario, el principio de separación de poderes debe ser comprendido como uno que permita efectuar una suerte de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado para que los ciudadanos que pertenezcan a grupos minoritarios no se encuentren indefensos frente a decisiones mayoritarias, basadas, por ejemplo, en dogmas religiosos, que ha conllevado a que se rechace la realización de la eutanasia, a tal punto que su realización implique una sanción penal.

A la luz de lo señalado, la demandada desconoce que toda actuación de los poderes del Estado debe estar enmarcada en la Constitución, por ende, el juez al amparar la pretensión de la parte demandante lo único que hace es cumplir con su función de salvaguardar los derechos fundamentales, lo que constituye un parámetro de razonabilidad, toda vez que las leyes deben ser interpretadas conforme a la Constitución.

Por ende, aducir que un funcionario solo cumple lo que la ley establece resulta impreciso y erróneo, en la medida que los funcionarios deben cumplir, de igual manera, los pronunciamientos judiciales, en tanto tengan la calidad de cosa juzgada, por cuanto el mandato que establezca un juez tiene efectos jurídicos y vinculantes para las partes en un caso concreto.

En esa línea, el funcionario debe cumplir lo dispuesto en el pronunciamiento judicial y establecer las acciones conducentes para garantizar que el cumplimiento sea efectivo y acorde a los derechos fundamentales que el juez pueda haber advertido que están siendo amenazados o vulnerados.

2.5. Argumentos contemplados en el primer pronunciamiento judicial referente a la eutanasia

Por su parte, el juez del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del expediente n.º 573-2020, mediante Resolución número seis, de fecha 22 de febrero de 2021, aclarada mediante Resolución número ocho, de fecha 6 de mayo de 2021, declaró fundada en parte la demanda de amparo al considerar afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre de desarrollo de la personalidad y la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En ese sentido, declaró la inaplicación del artículo 112 del Código Penal para el caso de Ana Estrada y, en consecuencia, los sujetos activos que realicen la eutanasia no podrán ser procesados, siempre que los actos conducentes a su muerte en condiciones dignas, esté enmarcado a un control sobre su legalidad, en el tiempo y oportunidad que se establezcan.

De igual modo, el juez ordenó que se respete la decisión de Ana Estrada de poner fin a su vida a través del procedimiento médico de la eutanasia, siempre que se conformen comisiones médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto a su objeción de conciencia, así como la elaboración de un plan que especifique los aspectos técnicos y un protocolo de cumplimiento para garantizar su derecho a la muerte digna y, asimismo, se conforme otra comisión que cumpla con realizar la eutanasia propiamente dicha. Finalmente, declaró improcedente la pretensión que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de Ana Estrada, en tanto desnaturalizaría el proceso de amparo.

Sobre el particular, resulta oportuno señalar que la naturaleza de los procesos de amparo es tutelar los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, cuyo efecto solo es para la parte que aduce ello o a favor de su representada. De ahí que no resultaba procedente que a través de un caso concreto pueda establecerse reglas con efectos generales. No obstante ello, lo que sí debió haber realizado el juez es emitir una sentencia exhortativa para que el Parlamento debata la referida temática, señalando algunos parámetros mínimos que el legislador debiera tener en consideración al momento de la regulación.

Asimismo, concita la atención el hecho que el juez, en su rol garante de la defensa de los derechos fundamentales, reconoció el derecho a la muerte digna de Ana Estrada, razón por la cual el referido pronunciamiento judicial marca un hito para futuros casos. Este aspecto en particular concita la atención toda vez que el juez constitucional bajo una interpretación acorde al principio de supremacía constitucional reconoce el derecho fundamental a la muerte digna como no enumerado, que se desprende del principio de dignidad de la persona humana, a pesar que el reconocimiento de ese tipo de derechos suele ser desarrollada por el Tribunal Constitucional, por ser el supremo intérprete de la Constitución, órgano que descubrirá la presencia de un “nuevo” derecho en el ordenamiento constitucional y, por ende, deberá argumentar las razones que le conllevaron a concluir ello, conforme a la sentencia recaída en el expediente n.º 316-1998-AA/TC.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que lo previamente señalado no resulta ser un escollo para que los jueces constitucionales, acorde al artículo V del Código Procesal Constitucional, vigente a la fecha de la emisión del primer fallo judicial sobre la eutanasia en nuestro país, puedan reconocer derechos fundamentales no enumerados, en cuyo caso deberán tener en cuenta la estructura de un derecho fundamental, lo cual significa que deben existir posiciones susceptibles de protección. De ahí que sea necesario explicitar quién resulta ser el titular del derecho, quién es el sujeto obligado en la relación iusfundamental y cuál es el objeto o mandato específico que obliga el derecho, con la finalidad que no solo se pretenda su reconocimiento, sino que este sea exigible y se asegure su eficacia (Sosa, 2009, p. 221). Sin embargo, de la sentencia no se logra vislumbrar un desarrollo sobre los referidos elementos que corresponde a todo derecho fundamental.

Además, en casos como el descrito previamente implicará que exista una carga argumentativa sobre los elementos que corresponde a todo derecho fundamental, toda vez que si encontrar el contenido de un derecho explícito requiere una debida argumentación, mayor será aquella que corresponda a determinar el contenido de un derecho no enumerado, el cual requerirá una mayor carga argumentativa. De ahí que se afirme que no bastarán “argumentos institucionales” para reconocer derechos en los que no exista un reconocimiento normativo expreso (Sosa, 2009, p. 117).

De igual modo, se considera razonable el hecho que el juez no haya amparado la pretensión de la parte demandante para que el Ministerio de Salud apruebe una disposición de alcance general para que pueda aplicarse a casos similares como el de Ana Estrada, en la medida que desnaturalizaría el proceso de amparo que tiene efecto *inter partes*.

Por otro lado, se considera razonable la inaplicación de la disposición penal previamente señalada a favor de Ana Estrada por cuanto ello permitirá que pueda ejercer su voluntad para el final de su propia vida, cuando ella lo considere conveniente, pero que se verá concretizado una vez que exista una comisión evaluadora sobre su referido caso.

Con relación a la conformación de la comisión evaluadora y los profesionales que participarían en el acto médico, rescato la posición conciliadora y razonable del juez, toda vez que reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud. Este aspecto resulta interesante de abordar por cuanto un Estado garantista de los derechos no solo debe suponer la tutela del sujeto pasivo, sino también de los sujetos activos que podrían verse involucrados y cuyos derechos también deben ser respetados.

En ese sentido, en un Estado Constitucional de Derecho debe existir protección para todos los involucrados en el acto médico y, en ese sentido, pueda respetarse la libertad de los demás, sin que ello implique que el Estado se convierta en uno autoritario o totalitario para imponer ciertas conductas contrarias a la voluntad de los sujetos.

Adicionalmente, cabe indicar que en la medida que el juez concluyó que correspondía la inaplicación del artículo 112 del Código Penal a la luz del artículo 138 de la Constitución Política, el caso fue elevado en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República, acorde con el artículo 3 del Código Procesal

Constitucional, vigente en ese entonces, con la finalidad de que el superior evalúe si el juez de primera instancia cumplió con las reglas para el ejercicio del control difuso, acorde con los fundamentos del segundo considerando de la Consulta, recaída en el expediente n.º 1618-2016-Lima Norte, resuelta por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada el 07 de diciembre de 2017 en el diario oficial El Peruano, los cuales constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces.

III. EXPERIENCIA COMPARADA RESPECTO A LA DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA

Con relación a la experiencia comparada cabe indicar que los caminos respecto a la búsqueda de la despenalización de la eutanasia varían, conforme podrá apreciarse en las siguientes líneas.

3.1. Despenalización de la eutanasia vía parlamentaria

Algunos países optaron por el intercambio de ideas entre la academia, la sociedad civil y diversos actores, conducente a que el Parlamento marcara algunos hitos respecto a la defensa del respeto de los derechos y libertades fundamentales como se verá a continuación.

- **Holanda:** Primer país que aprobó la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio asistido, vigente desde el año 2001 y desde el año 2014 se encuentra permitida la práctica de la eutanasia para niños mayores de 12 años con enfermedades terminales, en tanto ellos y sus padres brinden su consentimiento.

Los presupuestos para que proceda la eutanasia son los siguientes: i) el paciente debe tener como lugar de residencia Holanda, ii) el médico que asista a la persona debe estar convencido que el paciente realiza su pedido en forma expresa y voluntaria, previa evaluación e información proporcionada, iii) el paciente debe ser plenamente capaz y debe haber reiterado su deseo de terminar con su vida, iv) la persona debe sufrir un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora, v) la condición de salud del paciente no tiene cura ni tratamiento posible, vi) un segundo profesional debe corroborar que se hayan cumplido con todos los pasos previos; y, vii) los médicos que estén en contra de su realización, pueden ejercer objeción de conciencia.

Otro aspecto que cabe resaltar es el hecho que Holanda cuenta con cinco comités regionales evaluadores, conformados por un personal de salud, un especialista en ética y un abogado quien lo preside, así como alternos. La finalidad de tales comités es evaluar si los profesionales de salud realizaron la eutanasia conforme a la normativa correspondiente.

- **Bélgica:** Segundo país que aprobó una Ley sobre la eutanasia, vigente desde el año 2002. La referida disposición exige que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente de su deseo, siempre que su condición de salud se encuentre en fase terminal. Y, desde el año 2014, se convirtió en el primer país en permitir la realización de la eutanasia a niños mayores de 12 años con enfermedad terminal, en tanto ellos y sus padres brinden su consentimiento.

Entre los requisitos para su aplicación destacan los siguientes: i) el pedido debe ser voluntario, reflexionado y reiterado, ii) el enfermo debe padecer sufrimientos físicos o psíquicos constantes que no tengan cura y que sean causados por una patología grave e incurable, iii) el médico tiene que informar al paciente sobre la existencia de cuidados paliativos y dejar un tiempo razonable y volver a explicarle las alternativas existentes; y, iv) un médico independiente debe realizar una visita al paciente, con la finalidad de redactar un informe en el que manifieste su aprobación o no del procedimiento de eutanasia.

Una vez realizada la eutanasia, el médico debe remitir un informe a una comisión federal formada por ocho médicos para que evalúen su proceder. Adicionalmente, la ley belga prevé que las personas dejen por escrito un documento denominado “voluntades anticipadas”.

- **Luxemburgo:** Tercer país que aprobó la Ley de cuidados paliativos, eutanasia y suicidio asistido, vigente desde el año 2009. La referida regulación prevé que los médicos no son condenados por ayudar a un paciente a morir, siempre que el enfermo sea mayor de edad o menor emancipado, quien debe tener un diagnóstico irreversible y un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable sin perspectiva de mejora y exponer de manera voluntaria y reiterada, sin presión externa, su deseo de morir.

Asimismo, la ley exige que el médico informe adecuadamente al enfermo sobre su situación y sus posibilidades de tratamiento. Y quienes quieran

anticiparse al eventual momento que podría acontecer pueden firmar una especie de testamento a través del cual la persona deja constancia por escrito su voluntad y este es archivado en un registro controlado por la Dirección de Salud pública.

- **Argentina:** En el año 2012, el Parlamento aprobó la Ley 26742, Ley sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado. Al respecto, la referida disposición prevé que el paciente o sus representantes legales tienen derecho a recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, sus beneficios, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los métodos alternativos.

Como consecuencia de ello, los pacientes tienen derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o quirúrgicos, con o sin expresión de causa, así como a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad, cuando presenten una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o hayan sufrido lesiones que y, además, ningún profesional que haya actuado conforme a las disposiciones de la referida ley está sujeto a responsabilidad.

Adicionalmente, la referida regulación prevé que toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas en caso una persona se encuentre en estado terminal, se respetará su voluntad de rechazar cirugías, tratamientos médicos o de reanimación para prolongar su vida, la cual deberá ser aceptada por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

- **Canadá:** En el año 2016, el Parlamento aprobó la Ley C-14, en mérito a la sentencia de la Corte Suprema que le había otorgado un plazo para despenalizar la eutanasia y, además, para que aprobara una regulación sobre ella. Al respecto, la referida ley establece que los solicitantes deben ser adultos y de nacionalidad canadiense, tener una enfermedad grave e incurable, así como experimentar un sufrimiento físico o mental insoportable que no pueda ser aliviado y estar a punto en el que la muerte natural se haya vuelto razonablemente previsible.

Asimismo, la solicitud debe ser realizada ante dos testigos y debe ser evaluada por dos médicos independientes, quedando excluidos los menores de edad y las personas que padecen de una enfermedad mental.

- **Nueva Zelanda:** En el año 2020, el Parlamento aprobó la Ley sobre la elección del fin de vida, previo referéndum, la cual estará vigente desde el 7 de noviembre de 2021. Entre sus requisitos destacan que el paciente: i) tenga una enfermedad terminal que probablemente terminará con su vida en seis meses y viva un sufrimiento insoportable, ii) muestre una disminución significativa en su capacidad física; y, iii) pueda tomar una decisión informada sobre la muerte asistida.

De igual modo, la solicitud debe ser evaluada por dos médicos y un siquiatra, este último dirimirá en caso exista desacuerdo de los primeros sobre la capacidad de discernimiento del paciente. Finalmente, la disposición excluye a personas que tengan como única condición una enfermedad mental, discapacidad o ser adulto mayor.

- **España:** En el año 2021, el Parlamento aprobó la Ley 3/2021, Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia, la cual entró en vigor desde el 25 de junio de 2021. Al respecto, cabe indicar que la referida disposición permite que los enfermos mayores de edad que sufran una enfermedad grave o incurable, un padecimiento grave, crónico e incapacitante o un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerante, puedan decidir entre recibir atención para mejorar su calidad de vida o, en cambio, solicitar una muerte digna.

De igual modo, la precitada disposición reconoce el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y, para tal efecto, se prevé la creación de registros de profesionales objetores de conciencia. Asimismo, corresponde que el Estado otorgue financiamiento público en la medida que forma parte del Sistema Nacional de Salud.

3.2. Despenalización de la eutanasia vía judicial

En un mundo en el que existen pacientes que padecen sufrimientos insoportables que desean poner fin a su existencia y quieren contar con la ayuda de profesionales de la salud para tal finalidad, resulta muchas veces desmotivador el hecho que no exista una regulación aprobada por el Parlamento. Sin embargo, dicho aspecto no ha sido obstáculo para que pacientes que se encuentran

en la referida condición o sus representantes soliciten la despenalización de la eutanasia en la vía judicial. En esa línea, a continuación, se describirán algunos casos que marcaron un hito para la protección de los derechos y libertades fundamentales.

- **Estados Unidos:** En el año 1990, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, por mayoría, confirmó el fallo del Tribunal Supremo del Estado de Missouri, argumentando que una persona con capacidad para decidir podía rechazar un tratamiento médico que no deseaba, pero que, cuando la persona era incapaz los Estados podían exigir un estándar de prueba más alto, aplicable al caso de la paciente Nancy Cruzan, quien se había quedado en un estado de coma vegetativo permanente desde 1983.

Ante dicha situación, los padres de Nancy se dirigieron entonces de nuevo a un tribunal estatal, presentaron el testimonio de tres amigos que dijeron que Nancy les había manifestado que no deseaba vivir en estado vegetativo, obteniendo una decisión favorable que no fue recurrida. En atención al referido pronunciamiento judicial, los médicos retiraron la alimentación asistida y Nancy Cruzan murió.

Aparentemente, la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, conforme la interpretación realizada por Atienza (2013) respecto al caso Cruzan:

(...) podría parecer satisfactoria desde el punto de vista de reconocer un derecho constitucional a morir; el tribunal habría reconocido la existencia de ese derecho para las personas que estuviesen en pleno uso de sus facultades, y también para quienes estuviesen en estado de coma vegetativo permanente, si con anterioridad a esa situación, por ejemplo, habían suscrito un testamento vital manifestando con claridad que esa era su voluntad. (p. 142)

Por su parte, Dworkin (2019), con ocasión del pronunciamiento de la Corte Suprema, sostuvo que la constitución norteamericana “no toma partido sobre el significado de la vida. Pero sí protege el derecho de las personas tanto de morir como de vivir, en la medida de lo posible, a la luz de sus propias e intransferibles convicciones personales sobre el misterio de la vida humana” (p. 179). Insiste en que estos valores son demasiado centrales para la personalidad y para la libertad como para permitir que una

mayoría decida lo que el resto debería creer “(...) sería terrible no contar con una muerte más sencilla y calma practicada con el auxilio de un médico de confianza. Hacer que alguien muera de una forma que otros aprueban, pero que para él contradice su propia dignidad, constituye una forma de tiranía grave, injustificada e innecesaria” (Dworkin, 2019, p. 179).

- **Colombia:** En el año 1997, la Corte Constitucional en su sentencia C-239-97 reconoció el derecho fundamental a morir con dignidad; sin embargo, exhortó al Congreso de la República a expedir la regulación respectiva.

El derecho a morir con dignidad resulta aplicable solo a los enfermos terminales que expresen su voluntad libre de poner fin a su vida y, en consecuencia, los médicos que asistan a aquellos a través de la eutanasia, conforme a determinados parámetros, quedan exentos de responsabilidad.

Al respecto, señaló que no basta la subsistencia vital de una persona, sino que pueda llevar a cabo su proyecto de vida. En ese sentido, la persona debe recibir información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas, así como de su pronóstico para que pueda adoptar una decisión. En ese sentido, cada persona sabe qué es lo mejor para ella y el Estado no debe adoptar posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada cual considera indigno.

No obstante lo anterior, exhortó al Congreso de la República para que en el tiempo más breve regule la muerte digna, acorde a los principios constitucionales, en aras de la seguridad jurídica.

Posteriormente, en el año 2014, la Corte Constitucional en su sentencia T-970/14 señaló que debe tenerse en cuenta los siguientes presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, mientras el Congreso de la República regule la referida temática: i) el paciente debe padecer una enfermedad terminal que produzca intensos dolores; y, ii) el paciente debe otorgar su consentimiento libre, informado e inequívoco. De igual modo, establece criterios para la aplicación del procedimiento que tenga como propósito garantizar el derecho fundamental a la muerte digna: i) prevalencia de la autonomía del paciente, ii) celeridad, iii) oportunidad; iv) imparcialidad. Cabe indicar que este pronunciamiento dio lugar a que en el 2015 el Poder Ejecutivo aprobara un reglamento referente a la aplicación de la eutanasia para personas adultas.

Tiempo después, en el año 2017, la Corte Constitucional en su sentencia T-423/17 estableció que el Estado debe abstenerse de imponer barreras administrativas que prolonguen el sufrimiento de los pacientes y, de igual modo, reconoció el ejercicio de la objeción de conciencia de los médicos. Sin embargo, los jueces señalaron que el centro de salud denunciado deberá asignar de manera inmediata otro profesional de salud para que continúe con el procedimiento médico. Asimismo, dispuso que la familia de la paciente reciba asistencia médica psicológica debido a las secuelas sufridas por la pérdida de su familiar. Adicionalmente, exhortó nuevamente al Congreso de la República para que, en un plazo de dos años, proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente.

En el año 2017, la Corte Constitucional en su sentencia T-544/17 señaló que, de forma subsidiaria, debe analizarse el consentimiento sustituto cuando exista la imposibilidad fáctica de que el paciente manifieste su voluntad, debido a su condición de salud, en cuyo caso, quienes se encuentren legalmente a su cargo podrán sustituir el consentimiento; sin embargo, en dicho supuesto, el comité interdisciplinario tendrá que realizar una evaluación más rigurosa.

Asimismo, en la acotada sentencia volvió a exhortar al Congreso de la República para que regule el derecho fundamental a morir dignamente no solo para mayores de edad, sino también para niños, niñas y adolescentes. Sobre el particular, corresponde mencionar que, a pesar de la inexistente regulación aprobada por el Parlamento, el Poder Ejecutivo reglamentó la eutanasia para adolescentes, en tanto se cumplan los presupuestos inicialmente señalados por la Corte Constitucional, es decir, cuando padezcan sufrimiento constante e insoportable y no pueda ser aliviado debido a una enfermedad terminal. Los menores de 6 años quedan excluidos, así como quienes tienen alguna discapacidad mental, mientras que, a partir de los 14 años, bastará la voluntad del adolescente para que se evalúe la procedencia o no de la eutanasia.

Finalmente, en el año 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional en su sentencia C-233/21 amplió el alcance del derecho fundamental a morir dignamente, incluyendo a aquellos pacientes que padezcan una enfermedad o lesión grave e incurable que les provoque intenso sufrimiento.

Asimismo, la Corte exhortó nuevamente al Parlamento para que apruebe una ley respecto al derecho a morir dignamente y, en consecuencia, puedan eliminarse las barreras existentes que impiden el acceso al goce efectivo del derecho, caso contrario, la actuación del Estado devendría en un trato cruel, inhumano y/o degradante.

– **Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

Caso Pretty vs. Reino Unido, STEDH 2346/02, emitida el año 2002, en la cual el Tribunal afirmó el reconocimiento de la autonomía de la persona con relación al cómo y al cuándo poner fin a su vida. Un aspecto a resaltar es que la sentencia excluye que el derecho a la muerte forme parte del contenido del derecho a la vida; sin embargo, concluye que aquel derecho se encuentra comprendido en el derecho a la vida privada, es decir, en la autodeterminación de la persona en cuanto a la forma y el momento en que la vida acaba (González, 2021, p. 411).

Caso Lambert y otros vs. Francia, STEDH 46043/14, emitida en el año 2015, en la cual el Tribunal desestimó la pretensión de los demandantes, padres y hermanos del paciente, quien había quedado tetrapléjico en un accidente. Sobre el particular, los demandantes señalaron que el Estado francés al permitir la interrupción de la alimentación e hidratación artificial vulneraría el derecho a la vida y la integridad física del paciente, conllevando una situación de tortura.

Al respecto, el Tribunal señaló que la Convención Europea de Derechos Humanos otorga un margen de apreciación a los Estados respecto no solo a la posibilidad de permitir o no la interrupción de un tratamiento que mantiene la vida artificialmente y sus modalidades de aplicación, sino también referente a alcanzar un equilibrio entre la protección del derecho a la vida del paciente y la del derecho al respeto de su vida privada y de su autonomía personal.

De igual modo, el Tribunal consideró que los testimonios presentados por la esposa del paciente eran suficientemente precisos para establecer cuál era la voluntad del señor Lambert en cuanto a la interrupción o el mantenimiento de su tratamiento, de conformidad con la “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida” aprobada por el estado francés. En consecuencia, se rea-

firmó que, acorde a los testimonios presentados, se podía concluir que el paciente habría manifestado no tener la voluntad de ser mantenido con vida de manera artificial y sea dependiente de otros.

- **Argentina:** En el año 2015, en el caso D.M.A. s/ declaración de incapacidad, la Corte Suprema de Justicia reconoció el derecho del paciente Marcelo Diez “a decidir sobre su propia muerte digna” y, en consecuencia, que se suspendan las medidas que desde hace 20 años prolongaban artificialmente su vida, a causa de un accidente automovilístico. Al respecto, cabe indicar que el paciente no había dejado previamente por escrito su voluntad de rechazar cualquier tipo de tratamiento médico. Sin embargo, los jueces aceptaron la declaración de familiares quienes afirmaron que antes del accidente el paciente había manifestado su negativa a vivir de modo artificial.

Paradójicamente, la Corte Suprema señaló que la solicitud de cese de soporte vital no implica una práctica eutanásica, la cual se encuentra prohibida por ley. Por el contrario, se indicó que el pronunciamiento judicial se encuentra enmarcado en la abstención terapéutica, la cual sí se encuentra permitida.

IV. ALGUNAS NOCIONES QUE PUEDEN COADYUVAR A UN DIÁLOGO REFLEXIVO

En base a lo expuesto en las siguientes líneas se desarrollarán algunas nociones y contribuciones que pueden ser tomadas en consideración para un intercambio de ideas reflexivo sobre el rol del Estado respecto a la autonomía y la libertad, así como los presupuestos que ameritarían ser evaluados para la regulación de la eutanasia.

4.1. Rol del Estado frente a la autonomía y libertad de la persona humana

Sobre el particular, cabe señalar que la neutralidad o no interferencia por parte del Estado frente a la libertad y la autonomía de los seres humanos tiene como sustento filosófico el hecho de respetar la libre elección de pautas y modelos correspondientes a la moral personal o autorreferente, en función a la cual se determinarán los planes de vida de cada quien (Nino, 2007, p. 230), siempre que sus conductas no afecten los derechos de los demás.

Como consecuencia de ese respeto que debe emanar del Estado, su accionar no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal o planes de vida (Raz, 2001, pp. 130 y 131), teniendo en cuenta que de por medio está la libre elección de las personas y que, por lo tanto, el Estado solo debería limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mínima mutua en el curso de tal persecución (Nino, 2007, p. 205).

Con ocasión de lo previamente manifestado, se considera oportuno señalar que John Stuart Mill en su ensayo Sobre la libertad expuso que:

(...) el único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su propia voluntad, es el evitar un daño a los demás. No puede correctamente ser obligado a hacer u omitir algo porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello vaya a hacerlo más feliz, porque, según la opinión de los demás, hacerlo sería sabio o hasta correcto. (Garzón, 1988, p. 155)

En ese orden de ideas, el Estado en un marco no confesional, como es nuestro caso, debe propiciar la vida, pero no imponer el deber de vivir. El reconocimiento del derecho a la vida tiene en nuestro ordenamiento una vocación garantista: frente al Estado y frente a los demás ciudadanos. No se trata de un derecho absoluto, el derecho a la vida puede entrar en colisión con otros derechos y debe ser debidamente ponderado (...) De modo que, a la luz de la Constitución y desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es posible situar el derecho a la vida sobre la libertad del individuo (Casado, 2008, p. 118).

4.2. Presupuestos que ameritarían ser evaluados para la regulación de la eutanasia

Entre los presupuestos que se recomienda tomar en consideración se detallan los siguientes:

4.2.1. Consentimiento previo e informado de los pacientes

En el marco de autonomía de la persona humana resalta un aspecto que cobra vital importancia el cual es el consentimiento informado, en la medida que toda persona tiene derecho a decidir sobre aquello que puede afectar su estado de salud, asumiendo las consecuencias que puedan acarrear sus deter-

minaciones, en base a una atención médica conforme a las necesidades de salud, sin distinciones, privilegios ni preferencias.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) en la Sentencia recaída en el Caso I.V. vs. Bolivia, considera que el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia (párrafo 159). En otras palabras, a través del consentimiento informado asegura se reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona.

Asimismo, el referido órgano supranacional señaló que el derecho de acceso a la información tiene un carácter instrumental respecto al derecho a la salud, en tanto es un medio esencial para la obtención de un consentimiento informado, el cual “también significa el establecimiento de límites a la actuación médica y la garantía de que estos límites sean adecuados y efectivos en la práctica, para que ni el Estado, ni terceros, especialmente la comunidad médica, actúe mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud (...)” (Corte IDH, Sentencia recaída en el caso I.V. vs. Bolivia, párrafo 163).

Así, en base al pronunciamiento de la Corte IDH, el cual es vinculante para el Estado peruano, los profesionales de la salud deben ofrecer, de forma previa, toda información relevante sobre los beneficios, riesgos, posibilidades de éxitos, consecuencias que se deriven de todo procedimiento médico y mantener la información que emane de ello con carácter de reserva, en la medida que constituye un dato personal.

En ese sentido, la información brindada debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y, de ser necesario, en la lengua de los pacientes, a efectos que pueda ser considerado un consentimiento informado previo y válido. Sin perjuicio del asentimiento por parte del paciente, este puede revocarlo hasta antes del inicio del procedimiento médico, el cual, de igual forma, corresponderá que sea formalizado, en el marco del respeto de la plena autonomía de todo paciente.

Sin embargo, en caso el paciente mayor de edad, con capacidad de ejercicio, de nacionalidad peruana o extranjera siempre que acredite su permanencia en el territorio nacional por un determinado periodo de tiempo, no pueda brindar su

consentimiento sería conveniente que exista una evaluación más rigurosa para que los familiares o sus representantes legales puedan brindar su consentimiento.

Asimismo, atendiendo al respeto de la autonomía de todo ser humano también sería conveniente evaluar la posibilidad del reconocimiento de las voluntades anticipadas, conforme ha sido regulado en otros países.

4.2.2. Condición de salud del paciente

Con relación a este presupuesto y en base a la experiencia comparada se hace necesario un diagnóstico médico emitido por un comité de salud que deberá concluir que, en efecto, el paciente padece de sufrimientos insoportables debido a una enfermedad incurable e irreversible que le cause un intenso sufrimiento.

4.2.3. Participación de profesionales de la salud

Al respecto, ameritará que médicos y especialistas en sicología puedan tener certeza sobre el estado de salud física y mental del paciente quien solicita poner fin a su existencia, asimismo, sería importante que existan comités o junta de médicos que permitan ejercer una suerte de fiscalización respecto a la aplicación de la eutanasia, cuyos profesionales involucrados no debieran correr el riesgo de ser denunciados penalmente, en tanto cumplan con la normativa correspondiente. De igual modo, correspondería establecer la posibilidad que el pronunciamiento de los profesionales que denieguen la realización de la eutanasia pueda ser objeto de cuestionamiento en la vía administrativa, en la medida que podría ser más célere y técnica que la vía judicial.

4.2.4. Registro de objetores de conciencia

En ese marco de autonomía y ejercicio de las libertades fundamentales, de igual modo, correspondería el reconocimiento de la objeción de conciencia y el registro correspondiente, a efectos que ante la negativa de un profesional de salud podrían producirse contingencias que impidan el cumplimiento de la voluntad del paciente.

Con relación al mencionado derecho, cabe indicar que en la propia conciencia no debe conllevar perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal

democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 895-2001-AA/TC, fundamento 3). De ahí que sea necesario el establecimiento de una plataforma digital que permita la rápida verificación de los objetores de conciencia, a efectos que, en caso corresponda, pueda convocarse a otro profesional que pueda cumplir con la voluntad del paciente.

V. INCIDENCIA DE LA DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA VÍA JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Los derechos fundamentales representan valores supremos o principios superiores en el ordenamiento jurídico (Bockenforde, 1993, p. 128) y, por tanto, su reconocimiento a través del orden constitucional implica que se atribuya a la persona la facultad de ejercerlos, pero también de exigir al Estado su respeto y protección.

Por ende, si la Constitución es considerada un conjunto de valores fundamentado históricamente, se puede afirmar que se necesita que el derecho vigente sea interpretado de acuerdo a los contextos que suelen mutar con el paso del tiempo, conforme a las nuevas necesidades y diferentes intereses de la población (Habermas, 1997, p. 25).

En ese sentido, la tarea del juez consiste en dar sentido a los valores constitucionales mediante la interpretación del texto de la Constitución, la historia y los ideales. Por ende, el juez constitucional debiera propender a una correcta o justa sentencia, sin el ánimo de convertirse en participante de la política de los grupos de interés, pero sí dando un significado concreto respecto a la aplicación de los valores constitucionales (Fiss, 2007, p. 30).

Con relación a la judicialización de los derechos, un sector de la academia considera que los jueces han concebido que tienen la obligación de respetar la democracia, entendida ella como el respeto de la voluntad del legislador y, por ende, que se encuentran impedidos de intervenir en el proceso que involucra la defensa de un derecho fundamental que no haya sido reconocido por el Parlamento, situación que no resulta acertada conforme se explicará brevemente.

Si bien la vía judicial no resulta ser la instancia ideal para el diálogo de todos los actores posibles y, en consecuencia, no está dotada de todas las herramientas para cumplir con la defensa de los derechos, en muchas ocasiones,

el órgano jurisdiccional puede ser visto como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para vencer los obstáculos que pueden existir a nivel político (Rodríguez, 2009, p. 345).

Por ende, es innegable que la justicia constitucional esté directamente vinculada con el desarrollo democrático, en tanto ella se ha constituido en la garantía del respeto a la Constitución por parte de los demás poderes del Estado.

En atención a lo señalado, el caso Ana Estrada constituye un importante hito en el país, toda vez que el juez constitucional, acorde a los principios constitucionales tuteló la pretensión de la Defensoría del Pueblo, en favor de Ana, bajo el argumento que debe respetarse la libertad y la dignidad de la persona humana, lo que conlleva a que el Estado y los particulares respeten la voluntad de cada ser humano, en tanto no afecte libertades ajenas.

En ese sentido, el pronunciamiento judicial marca una línea sobre el accionar del Estado, la cual consiste en una no injerencia sobre la voluntad de la persona, de modo que hacer lo contrario, sería adoptar una posición paternalista en tanto consideraría al ser humano no como un fin en sí mismo.

Si bien el caso materia de estudio puede ser entendido como uno de activismo judicial, este no resulta contraproducente para el Estado Constitucional, por cuanto aquel fortalece la defensa de los derechos en la medida que opera mediante los mecanismos adecuados y sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia, pensando en las minorías.

Por tanto, el hecho que el juez tenga la posibilidad de invalidar las decisiones del legislador y optar por alternativas que pueden ser susceptibles de mayor protección respecto a la defensa de los derechos y libertades fundamentales, de conformidad con los principios constitucionales (Díaz, 2004, p. 171), resulta saludable para el orden democrático, en el cual no existen poderes absolutos fuera de control de otros poderes y de la opinión pública.

En tal sentido, el acceso a la justicia que tenga como finalidad la búsqueda de la inaplicación de una ley no debiera ser considerado como “un fenómeno que deba ser valorado negativamente, sino que, por el contrario, puede representar una herramienta valiosísima para evitar que las personas sufran daños irreparables en sus libertades y bienes más esenciales” (León & Rojas, 2011, p. 412).

Así, en el caso concreto, considerar la práctica médica de la eutanasia como un delito, bajo el argumento que su no punibilidad podría conllevar abusos en contra de las personas, implicaría que el ser humano sea considerado con fines utilitaristas en aras de reprimir determinadas conductas que denotarían una postura paternalista por parte del Estado basado en cánones de virtud que suelen estar entrelazados con dogmas religiosos, conforme se mencionó previamente.

Por lo expuesto, resulta razonable que la pretensión de despenalizar la eutanasia haya sido amparada vía judicial por cuanto a través de ella se busca que el Estado no continúe adoptando una posición de abstención u omisión ante el deseo de una persona que padece una enfermedad incurable y cuyos dolores hacen intolerable que quiera seguir viviendo en una condición que no le permite tener una calidad de vida digna, una en la cual se encuentra imposibilitada de realizar sus capacidades.

Por ello, resulta importante que el Estado no sea indiferente ante este tipo de pretensiones sino que cumpla su rol protector a través del otorgamiento de garantías mínimas para salvaguardar sus derechos y libertades fundamentales y con ello puedan evitarse irregularidades y posibles abusos.

Asimismo, aun cuando la despenalización solo tenga un efecto a favor de una persona, de acuerdo con la naturaleza de los procesos de amparo, ella genera un importante punto de partida para el debate nacional que podría dar lugar a una regulación a cargo del Parlamento, toda vez que, en teoría, resulta ser el espacio propicio para la deliberación, el cual “consiste en un proceso argumentativo, un libre intercambio de razones entre los participantes, que se hallan comprometidos (al menos idealmente) con los valores de racionalidad e imparcialidad, y que están dispuestos a cambiar de opinión a la luz de los mejores argumentos” (Marti, 2006, p. 39).

En relación a la deliberación es importante señalar que este concepto surge de las bases republicanas, la cual implica que previo a la toma de una decisión que tiene incidencia en los derechos y las libertades fundamentales deba existir un espacio de reflexión e intercambios de ideas para que pueda llegarse a consensos y aun cuando ello no exista, el resultado de un diálogo siempre será gratificante para las partes por cuanto progresivamente podrán existir cambios, al menos de carácter legal, en la medida que existirán mayores argumentos sólidos para que pueda adoptarse una determinada decisión.

En ese sentido, el Estado llevaría a cabo su accionar a través de la deliberación que concluiría con una regulación en favor de superar una situación de inequidad respecto de aquellas personas que padecen sufrimientos insuperables, desean poner fin a su existencia y quieren contar con la ayuda de profesionales de la salud para concretar el referido objetivo.

Con relación al intercambio de opiniones sobre la eutanasia, resulta oportuno señalar que debiéramos descartar la posibilidad de conducir el debate a través de un referéndum tal como ocurrió en Nueva Zelanda, dado que, el artículo 32 de la Constitución Política del Perú lo prohíbe.

De otro lado, si bien algunos podrían sostener que una regulación podría ser considerada como una interferencia, ella debe ser promovida, en la medida que aquella permita alcanzar el bien común y la satisfacción de los derechos de las personas previamente mencionadas, quienes forman parte de un grupo minoritario, pero que deben contar con las garantías suficientes para que su voluntad sea susceptible de protección.

Por ende, en tanto el Estado reconozca la existencia de necesidades que deban ser satisfechas, resulta legítima la interferencia en las libertades de las personas en tanto permitan su defensa. Sin embargo, resulta necesario que la regulación contemple límites, teniendo en cuenta que todos quienes forman parte de la sociedad son seres importantes y el único propósito es que todos puedan vivir en términos de igualdad y equidad. Y, asimismo, comprender que “la defensa de la eutanasia no supone que se esté en contra de la vida tal como ocurre cuando alguien justifica que se pueda dar muerte a otro en situaciones de legítima defensa o de estado de necesidad” (Atienza & Juanatey, 2019, p. 87).

En atención a lo manifestado previamente, resulta necesario que exista una estructura política que propicie canales de discusión y debate sobre el tema de estudio. Para ello, se hace necesario que el Estado considere a todos sus ciudadanos y ciudadanas iguales con el objetivo que todos puedan ser escuchados, en tanto sería “injusto privilegiar a aquellas personas que buscan el sentido de la vida de manera religiosa en detrimento de los que lo hacen de manera secular” (Nussbaum, 2011, p. 63).

A modo de ensayo, previo al diálogo sería importante que, los interlocutores realicen un ejercicio previo y pongan en práctica el “velo de la ignorancia” en los términos propuestos por John Rawls, quien sostenía que su invocación

y ponernos en el supuesto de qué sucedería si no supiéramos nada sobre quiénes somos, cuáles son las ventajas o desventajas con la que contamos o qué desventajas padecemos, si estamos sanos o no, si nadie sabe nada sobre su condición, podríamos imaginar una posición originaria de igualdad, puesto que, bajo ese escenario hipotético, nadie tendría un poder negociador superior y, en consecuencia, los principios que serían acordados devendrían en justos (Sandel, 2009, p. 162).

Asimismo, sin perjuicio de los cambios legislativos, a través de una eventual modificación del artículo 112 del Código Penal que contemple como tipo penal el hecho de no respetar el consentimiento libre informado y previo del paciente y, además, de la aprobación de una regulación de la eutanasia que contemple requisitos, procedimiento, plazos y garantías para los actores involucrados, quien se vea afectado podrá ejercer su derecho de acceso a la justicia en aras de buscar tutela y en ese escenario los jueces constitucionales nuevamente cumplirían un rol fundamental respecto a la tutela de las libertades fundamentales.

Finalmente, otro actor importante es el Tribunal Constitucional, por cuanto ante un eventual pronunciamiento, en el marco de un proceso de amparo o de un proceso de inconstitucionalidad, consolidaría aún más el Estado Constitucional de Derecho, en la medida que podría establecer mayores presupuestos, garantías y límites referentes a la aplicación de la eutanasia.

VI. CONCLUSIONES

1. Si bien resulta esperanzador el primer pronunciamiento judicial referente a la eutanasia, ello no es suficiente garantía para la defensa de las libertades fundamentales, razón por la cual ameritaría un mayor intercambio de ideas a nivel del Parlamento para que los legisladores puedan señalar argumentos a favor y en contra sobre dicha práctica médica, en el marco de una democracia deliberativa y, en ese sentido, pueda llegarse a consensos, y aun cuando puedan existir disensos, el propio debate enriquecería la posible regulación.
2. No bastaría simplemente la despenalización de la eutanasia a través de una ley para que los pacientes que se encuentren en una situación de grave padecimiento puedan ejercer su voluntad, sino que el Estado, a través del Parlamento permita una adecuada protección de la autonomía y con ello

se evitaría la posibilidad que un paciente que tenga un sufrimiento insostenible producto de su estado de salud transite a través de un proceso constitucional para que su pretensión sea atendida, incrementando sus niveles de angustia tanto del paciente como de su entorno familiar.

3. El Estado debiera establecer parámetros, a la luz de la experiencia comparada, a través de los cuales se contemple su realización y con ello evitar que existan actos de discriminación o desigualdad de trato para casos similares que podrían conllevar a su vez actos arbitrarios, en tanto se dejen a la liberalidad de particulares en cada centro de salud público y privado, más aún si se debe tener presente que el solo hecho de afirmar que alguien tiene un derecho implica afirmar que los demás tienen un deber de abstención, pero también de protección.
4. El primer pronunciamiento judicial sobre la eutanasia al reconocer que cada persona sabe lo que es mejor para cada una y señalar que el Estado no debe adoptar posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada quien considera indigno fortalece el orden democrático y el Estado Constitucional de Derecho en tanto promueve el respeto de la decisión de cada ser humano sobre la culminación de su existencia, en el marco del principio de laicidad estatal.
5. El último bastión siempre será el juez, quien cumplirá un papel trascendental en la sociedad, así como en el curso de la vida de las personas en tanto el Parlamento se rehúya a regular la eutanasia.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, I. (2015). Un comentario sobre el caso Gross vs. Suiza Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso N° 67810/10". *Revista Tribunal Internacional*, 4(8). <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/38552/40198>
- Atienza, M. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Pasos Perdidos.
- Atienza, M. (2015). ¿Hay argumentos plausibles contra la eutanasia? <https://derechoamorrir.org/2019/01/17/argumentos-plausibles-contr-la-eutanasia/>
- Bockenforde, E.W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Casado, M. (2008). Una vez más sobre la eutanasia. *Enrahonar*, 40(41), 113-121. <https://ddd.uab.cat/pub/enrahonar/0211402Xn40-41/0211402Xn40-41p113.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Sentencia del 30 de noviembre de 2016.

- Díaz-Revorio, F.J. (2004). *La "Constitución abierta" y su interpretación*. Palestra editores.
- Dworkin, R. (2019). *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución norteamericana*. Palestra editores.
- Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trotta.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Marcial Pons.
- Garzón-Valdés, E. (2021). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *DOXA*, 5, 1988. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf
- Gargarella, R. (2020). Constitución y derechos. Diseñando la sala de máquinas. *Política. Revista de Ciencia Política*, 58(2), 91-96. <https://revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/view/64154/67678>
- González-Moreno, J.M. (2021). El derecho a la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿un "caballo de Troya" para legitimar/legalizar la eutanasia? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 55, 409-432.
- Habermas, J. (1997). La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho. *Revista de Filosofía*, (15).
- León Florián, F.J. & Rojas Bernal, J.M. (2011). Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales. In *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagués*. Adrus.
- Martí, J.L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons.
- Nussbaum, M. (2011). *La libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*. Katz Editores.
- Oliver-Lalana, D. (2016). El control del proceso de justificación legislativa y la teoría de los principios formales. In *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional* (pp. 311-376). Universidad Externado de Colombia.
- Post, R. y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Siglo XXI editores.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Editorial Gedisa.
- Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2009). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzados en Colombia. In Courtis, C. & Ávila-Santamaría, R. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Romboli, R. (2017). *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Palestra Editores.
- Santiago-Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos*. Editorial Astrea.
- Sandel, M. (2009). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Penguin Random House.

EL HÁBEAS CORPUS EN EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: TUTELA PARA LOS DERECHOS RESTRINGIDOS*

*Julia Yareth Romero Herrera***

Sumario

I. Introducción: estado de excepción y la Constitución. II. El Hábeas Corpus y su ámbito de protección durante el estado de excepción en el Perú. III. El Hábeas Corpus y su ámbito de protección durante el estado de excepción en el Perú. 3.1. Restricción irrazonable. 3.2. Restricción desproporcionada. 3.3. Derechos protegidos. IV. A modo de conclusión: supervivencia y relevancia del hábeas corpus durante el régimen de excepción. V. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE EXCEPCIÓN Y LA CONSTITUCIÓN

En primer lugar, en esta parte, al hablar de estado de excepción, emplearemos un término técnico para referirnos a la totalidad de fenómenos jurídicos, que existen para comprender la restricción o suspensión legítima (provisional

* Artículo publicado en Derecho Penal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp, 133-153.
* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de Docencia en Derecho Constitucional y Jefa de Práctica en la misma casa de estudios. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF).

y extraordinaria) de los derechos fundamentales, motivada por circunstancias de necesidad y urgencia, la misma que coincide con la fórmula que nuestro constituyente ha establecido para denominar estas situaciones.

Ahora bien, en la historia del derecho se han presentado diversas figuras para enfrentar los peligros que ponían en riesgo la misma existencia de un Estado o que suspendían el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia (Agamben, 2010, p. 5; Fernández, 2020; Siles, 2017, p. 126). Estas figuras conferían potestades especiales o disponían reglas excepcionales para la situación de anormalidad con el objetivo de regresar a la normalidad. Es decir, se contemplaban figuras en el sistema jurídico a las que se podían apelar para responder a necesidades apremiantes.

Así en Roma se tiene la figura del “*dictator*” (Silva, 2016, p. 48) el cual suponía un poder temporal al que se recurrían generalmente ante la inminencia de una invasión, guerra o situaciones de peligro para el orden de la república. Por su parte, en el Renacimiento, se distinguía entre los atributos del soberano en tiempos de paz (*jura imperii*) y los que se ejercía durante la guerra y la insurrección (*jura dominationes*) (Fix-Zamudio, 2004, p. 803).

Posteriormente en Francia (1791) se preveía la posibilidad de un estado de sitio que el emperador podía declarar con el objeto de enfrentar una situación bélica, así “todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna pasan al comandante militar, que la ejercita bajo su exclusiva responsabilidad” (Agamben, 2005, pp. 28 y 29). También en la Constitución del Año VIII (1799) en su artículo 92¹ reconocería una suerte de suspensión constitucional de la ley ante una revuelta armada, o disturbios que atenten contra la seguridad del Estado.

Pero, será Schmitt (1921) quien planteará una primera teoría del estado de excepción señalando que este se

comprende bajo los *jura dominationis*, el derecho público de excepción, que consiste en que su titular puede apartarse del *jus commune* en caso

¹ Article 92. Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté.

de necesidad y en interés de la existencia estatal y de la tranquilidad y de la seguridad pública. (Schmitt, 1985, p. 48).

A partir de ello, se han planteado varias posiciones sobre el tema, hasta llegar a la discusión sobre la necesidad de incorporarlo en el sistema jurídico, y más específico en la Constitución (Agamben, 2005, p. 59 y ss.).

Como fuera, actualmente se emplean diversos diseños constitucionales (que involucra la forma de la declaratoria, las autoridades competentes, el procedimiento, alcance, etc.) para reconocer dicho estado de excepción en diversas situaciones, con ello se dificulta más el planteamiento de un concepto aplicable para todas las tipologías existentes como “estado de sitio”, “estado de necesidad”, “estado de defensa” “estado de emergencia”, “estado de excepción”, “plenos poderes”, “poderes de emergencia”, “ley marcial”, entre otros. Aun así, es válido afirmar que todas persiguen fines similares y que responden a situaciones que no se pueden enfrentar con las vías ordinarias que establece la Constitución o el derecho ordinario (Zovatto, 1990; Pavlovich, 2008, p. 55; Häberle, 2016, p. 274).

Sin embargo, es claro que, en el Estado Constitucional moderno, las Constituciones han tendido a limitar el poder para la declaratoria de esta situación extraordinaria, precisando las situaciones, requisitos, y siempre ante la necesidad de que el derecho ordinario no sea suficiente para resolver los efectos o peligros de la anormalidad.

Desde esa perspectiva, existe un conjunto de principios que rige todo este periodo², que exigen que las alteraciones de la normalidad que originan el régimen de excepción están únicamente previstas en la Constitución, que el mismo se produzca a través de una declaración contemplada por un órgano competente, y aún así que el empleo de los poderes excepcionales responda a la proporcionalidad que exige la situación extraordinaria. Todo ello respetando a los demás poderes del Estado.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos ha planteado un estándar sobre la declaratoria del estado de excepción y por consiguiente la

² Häberle (2016) señala la idea de la última ratio y prohibición del exceso (p. 274). Por su parte, Cifuentes (2002) habla de los principios de taxatividad o *numerus clausus* de circunstancias extraordinarias, principio de formalidad, principio de proporcionalidad y principio democrático (pp. 117-146).

limitación excepcional de los derechos humanos. El marco normativo aplicable al Perú nos señala que las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos mencionados en la Tabla 1 pueden suspenderse, por un ámbito temporal determinado, frente a circunstancias de gran urgencia y necesidad como guerra, peligro público, o cualquier otra emergencia que pueda poner en peligro la vida de la nación.

Pero en este nivel, los mismos Estados han enumerado una lista de derechos que no podrían restringirse aún en estas situaciones, y en el caso de la Convención Americana sobre los derechos humanos se incluye además a las garantías judiciales, que resultan indispensables para la protección de tales derechos, esto es, procesos constitucionales como el hábeas corpus³.

Tabla 1

Regulación del estado de excepción en los tratados de derechos humanos

Tratado	Convención Americana sobre los derechos humanos (art. 27. Suspensión de Garantías)	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 4)
Situación	Guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado	Situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente
Ámbito temporal	Limitado a las exigencias de la situación	Limitado a las exigencias de la situación
Derechos suspendidos	Obligaciones contraídas en virtud de la Convención, siempre que no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna.	Obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna.

³ Para mayor comprensión sobre los supuestos de suspensión de los derechos en el marco de la Convención sobre Derechos Humanos véase Ferrer y Herrera (2017).

Límites	Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), derecho a la vida (art. 4), derecho a la integridad personal (art. 5), prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6), principio de legalidad y de retroactividad (art.9), libertad de conciencia y de religión (art. 12), protección a la familia (art. 17), derecho al nombre (art. 18) y derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad (art. 20), y derechos políticos (art. 23), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.	Derecho a la vida (art. 6), prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7), prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 8 párrafos 1 y 2), prohibición de encarcelamiento por obligación contractual (art.11), principio de legalidad y de retroactividad (art. 15), derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16) y libertad de pensamiento, conciencia y de religión (art. 18).
----------------	--	---

Lo cierto es que nos encontramos frente a una figura que concede potestades especiales a uno de los poderes del Estado (ejecutivo) con el fin de tomar las medidas necesarias y urgentes con el propósito de rescatar o conservar el control contra todo suceso amenazador del sistema. Ello puede suponer tanto la alteración de las reglas de juego (que impacta en la seguridad jurídica) en beneficio del detentador del poder (Silva, 2016, p. 47) como la limitación de los derechos fundamentales.

Lo resaltante de ello, es que esta situación de anormalidad está legitimada por la propia Constitución lo que demuestra que esta constituye norma fundamental tanto en tiempos de normalidad como de anormalidad; en todo ámbito la Constitución impera y ella también establece sus límites. Pero, además, el estado de excepción es también la protección de la misma Constitución, ya que el reconocimiento de dicho régimen se fundamenta en la necesidad de restablecer, tan pronto sea posible, la “normalidad constitucional” (Häberle, 2016, p. 274; Fernández, 2020), por ello forma parte de las instituciones que suele prever el Estado constitucional.

Aun así, han existido críticas por la normalización del empleo de esta herramienta, por su configuración constitucional y su falta de regulación a nivel legal (Tribunal Constitucional, sentencias recaídas en los expedientes n.º 0017-2003-AI/TC y 0002-2008-PI/TC). Si bien hay mucho que decir sobre estos aspectos, los mismos exceden el objeto del presente artículo, por lo que no se ahondará en ellos.

Actualmente, la Constitución peruana consagra el estado de excepción a través del estado de emergencia y estado de sitio conforme indica el artículo 137 de la Constitución. El primero reservado para el caso de (1) perturbaciones de la paz o (2) del orden interno, (3) de catástrofes o (4) de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación; y el segundo para (1) el caso de invasión, (2) guerra externa, (3) guerra civil, o (4) ante cualquier peligro inminente de que estos se produzcan.

Si bien se acepta la limitación de determinados derechos fundamentales, la Constitución es clara en el penúltimo párrafo del artículo 200 al indicar que la limitación del ejercicio de la acción de los procesos constitucionales, como el hábeas corpus, no puede ser suspendida.

En ese sentido, el presente artículo describe en qué situaciones se puede plantear un hábeas corpus estando aún permitida la restricción de los derechos que este proceso tutela, tanto para el caso del estado de emergencia y el estado de sitio, partiendo de una exploración de cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha abordado el tema. Asimismo, se incidirá en la razonabilidad y proporcionalidad como criterios que ha de valorarse para el análisis de los actos restrictivos durante este periodo. Pero antes precisamos el ámbito de protección de este proceso constitucional durante una declaratoria de estado de excepción.

II. EL HÁBEAS CORPUS Y SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL PERÚ

Antes de proseguir, es necesario recordar algunas consideraciones del hábeas corpus. En primer lugar, nos encontramos frente a un proceso que responde a una tutela urgente y por ende sencilla con el fin de brindar una protección breve y eficaz (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 6253-2006-PHC/TC, fundamento 11). Entorno a dicho carácter girarán sus reglas de procedencia.

Así, al constatar la legitimidad de quienes pueden plantear una demanda de este proceso, no solo se ha reservado esta acción aquellas personas que han visto vulnerado su derecho a la libertad o derechos constitucionales conexos a ella, sino también a cualquier otra persona que se presente en su favor, sin necesidad de que ostente representación alguna, así lo señala el artículo 26

del Código Procesal Constitucional, a ello se suma que la demanda no necesita firma de una o un abogado, pago de tasa, ni formalidad alguna, por eso que esta puede presentarse de manera escrita o verbal. Estamos pues, ante un proceso que otorga una legitimidad amplia y elástica (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 3547-2009-PHC/TC, fundamento 9; voto singular del juez Vergara en la Sentencia recaída en el expediente n.º 01794-2011-PHC/TC).

Además, en cuanto a las causales de improcedencia, varios de los supuestos del artículo 5 del Código Procesal Constitucional han sido exceptuadas para el hábeas corpus, lo que responde a su importancia en la protección y tutela urgente de los derechos constitucionales. De esa manera, no se exige el agotamiento de (1) vías igualmente satisfactorias, (2) vías previas, y (3) el cumplimiento de un plazo para interponer la demanda, así también, (4) en el caso de haberse ido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela, tampoco se puede negar la procedencia (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 6218-2007-PHC/TC, fundamento 11).

No obstante, sí se debe cumplir con que los hechos como el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (protegido por este proceso), que a la presentación de la demanda no haya cesado la amenaza o violación, o se haya convertido en irreparable.

De lo dicho, merece gran atención definir claramente los derechos fundamentales que este proceso protege. Al respecto, el inc. 1 del artículo 200 señala que procede en la defensa de “la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”, por su parte el artículo 25 del Código Procesal Constitucional indica que procede en defensa de la “libertad individual”, y dicho texto pasa inmediatamente a enunciar el contenido que lo conforma (a través de una lista), y adicionalmente señala *in fine* que también procede en defensa de los derechos constitucionales conexos, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto a la denominación “libertad individual”, nos referimos a los ámbitos enumerados en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional que constituyen expresión de la libertad personal (Castillo-Córdova, 2014, p. 512) entendida como la libertad física. Se presenta, así como un canal para cuestionar las detenciones arbitrarias o una ilegítima agravación de una restricción.

Conforme a dicho texto, encontramos como “derechos vinculados directamente” a la integridad personal, el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones, derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme, el derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería, entre otros más.

Además, este proceso es susceptible de ser iniciado ante la vulneración de los derechos conexos. En este caso, establecer dicha conexión será un análisis a realizarse caso por caso ya que *per se* establecer una lista resulta una tarea complicada (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 2262-2004-HC/TC, fundamento 5). Por citar, la protección del debido proceso estando de por medio una pena privativa de la libertad tiene mucho sentido, así como proteger la inviolabilidad del domicilio cuando alguien ingrese en el domicilio, efectúe investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, o causal justificante por la Constitución (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 942-2013-PHC/TC, fundamento 4).

Pero, también se ha analizado la pertinencia de otros derechos, como los derechos comunicativos. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia recaída en el expediente n.º 2262-2004-HC/TC, determinó que era “procedente analizar la supuesta vulneración de los derechos comunicativos, puesto que, en caso de que ésta se compruebe, se estaría violentando una de las reglas de conducta impuestas al demandante y, por lo tanto, se variaría su mandato de comparecencia por el de detención” (fundamento 5). Es decir, que una comparecencia con ciertas reglas de conducta que involucraban el impedimento de hacer comentarios periodísticos, radiales o televisivos sobre hechos del proceso y de la materia de juzgamiento sí involucra la libertad personal toda vez que al estar frente a una medida desproporcionada estaremos frente a la injerencia a la libertad personal.

También se ha empleado para proteger el derecho a la vida y salud. Así, se alegaba la vulneración de los derechos a la vida y salud en conexidad con su

libertad personal de personas privadas de libertad (Tribunal Constitucional, Sentencias recaídas en los expedientes 0921-2015-PHC/TC y 1206-2017-PHC/TC). En efecto, los reclusos, obviamente, gozan del derecho constitucional al igual que cualquier persona; por ello ante situaciones de exposición a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud cabe la interposición de una demanda de hábeas corpus.

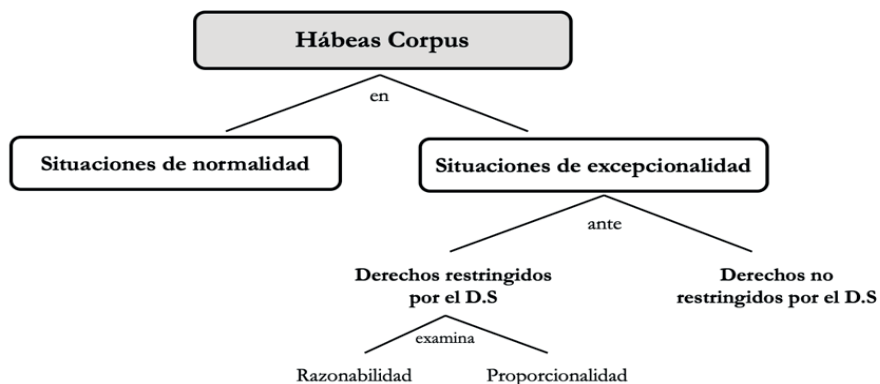
Como se observa, existe, en cierta medida, un carácter amplio del ámbito de protección (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 5872-2005-HC/TC, fundamentos 3-5) que se ha caracterizado como instrumento para cuestionar una restricción sin fundamentos de la libertad y derechos conexos (Machado, 2007, p. 36) pero que no debe banalizarse.

Ahora bien, ¿Se puede interponer una demanda de hábeas corpus durante la vigencia de un estado de excepción? ¿Cuál sería el parámetro de control? En cuanto a estos regímenes, el proceso de hábeas corpus no se suspende, y puede tutelar tanto los derechos no restringidos en el decreto del estado de excepción como aquellos que sí lo están, tal como lo indica en el último párrafo del artículo 200.

La misma disposición constitucional señala que en relación con los derechos restringidos en un régimen de excepción, el juez debe examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Ya que es necesario saber qué ocurre con los derechos fundamentales cuando se trata de los regímenes de excepción.

Figura 1

Artículo 200 in fine de la Constitución



En ese sentido, también el artículo 23 del Código Procesal Constitucional subraya que durante la vigencia de los regímenes de excepción, se analizará la “razonabilidad” y “proporcionalidad” de las restricciones a los derechos fundamentales, de acuerdo a las siguientes criterios:

- 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;
- 2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o,
- 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

Con ello, el hábeas corpus sigue fungiendo de medio de tutela para los derechos que no han sido restringidos por la declaratoria de estado de excepción. Y en ese sentido, los jueces tienen el deber de realizar el análisis correspondiente para verificar la justificación de las intervenciones a los derechos fundamentales.

En efecto, durante un estado de excepción pueden darse injerencias a los derechos protegidos por el hábeas corpus que exceden el objeto del decreto de estado de emergencia o de sitio. Esto es, estaríamos frente una demanda referida a derechos constitucionales que no han sido restringidos por el Decreto que declara la emergencia (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 2250-2007-PA/TC, fundamento 46). Pueden ser muchas las situaciones, tales como la privación del documento nacional de identidad, detención por deuda, obligar a realizar el servicio militar así como la desaparición de personas, tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

Ahora, antes de proseguir, debemos aclarar que si bien la Constitución y el Código Procesal Constitucional emplean el término “suspensión” de los derechos fundamentales esta debe ser comprendida como un sinónimo de la “restricción” (reducción del ámbito de ejercicio), mas no como una anulación total del contenido del derecho (Abad, 2010, p. 75; Espinosa-Saldaña, 1995, p. 75) ya que ello iría en contra de la misma naturaleza de los derechos fundamentales.

Asimismo, en relación a la restricción, la Constitución es clara al señalar que estamos frente a una “facultad” del Poder Ejecutivo, y no ante una consecuencia autoaplicativa o presumida. Por ello, si el Decreto Supremo no hace mención alguna de los derechos restringidos, deberá entenderse que no se están limitando, ello es así debido a que estas injerencias a los derechos fundamentales deben ser interpretadas de manera restrictiva. Pero, en el escenario que sí lo hiciera, habría que distinguir dos supuestos:

- **Mandato de restricción general:** cuando el Decreto Supremo enuncia los derechos fundamentales del artículo 137 de la Constitución (especialmente para el caso de estado de emergencia) y no indica las condiciones para dicha restricción. En este caso el Decreto Supremo no aparece en sí como la intervención al derecho, sino que constituye la condición habilitante para que el artículo 137 despliegue sus efectos sobre los límites extraordinarios hacia los derechos fundamentales, permitiendo que la policía, o las Fuerzas Armadas puedan limitar los derechos (Abad, 2010, p. 44).
- **Mandato de restricción específico:** cuando el Decreto Supremo enuncia los derechos fundamentales del artículo 137 de la Constitución (especialmente para el caso de estado de emergencia) e indica las condiciones para dicha restricción. Por ejemplo, que “las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales” (artículo 4.3 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM).

Sea en uno u otro, el hábeas corpus procede únicamente frente a los actos de ejecución del mandato del Decreto Supremo, lo que en la doctrina han denominado “control judicial parcial” (Landa, 2007, pp. 206 y 207; Eguiguren, 1990, pp. 119 y 120; Espinosa-Saldaña, 1995, pp. 78 y 79). Pero, ante los mandatos de restricción general, dado el carácter abierto que este supone en contra de los derechos fundamentales requerirá por parte de los jueces un mayor juicio sobre la razonabilidad de las limitaciones que se realicen.

Dicho ello, nos centraremos en el control constitucional, a través del hábeas corpus, de las intervenciones producidas por una vulneración a un derecho que *prima facie* está restringido por la declaratoria de estado de excepción.

III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS RESTRINGIDOS POR LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA O ESTADO DE SITIO

Pueden limitarse derechos, pero ello no supone que una declaratoria de emergencia o de sitio permite, en principio, la limitación de todos los derechos que la Constitución le habilita (ver Tabla 2), sino que debe ceñirse estrictamente a los derechos que la situación atípica requiera para poder enfrentarla. Es decir, el régimen de excepción no constituye una carta abierta de poder a favor del Ejecutivo.

Por tanto, las mayores facultades y el empleo de las mismas (como la restricción general o específica del ejercicio de los derechos) sólo se justifican “por la situación excepcional y su utilización sólo se verá legitimada en la medida que se destine a la superación de la crisis” (Castillo-Córdova, 2014, p. 8).

Tabla 2

Estado de emergencia y Estado de sitio

Estado de excepción	Estado de emergencia	Estado de sitio
Situaciones	- Perturbación de la paz - Perturbación del orden interno - Caso de catástrofe - Caso de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación	- Caso de invasión - Guerra exterior - Guerra civil - Peligro inminente de que se produzcan
Derechos restringidos (ejercicio)	- Libertad y la seguridad personal (apartado. f, inc. 24, art 2) - Derecho a la inviolabilidad del domicilio (inc. 9 art. 2 Constitución) - Libertad de reunión (inc. 12, art. 2 Constitución) - Libertad de tránsito (inc. 11, art. 2 Constitución)	Mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. Salvo los derechos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que no pueden suspenderse (ver Tabla 1)

Bajo dichas consideraciones, aun estando prevista la limitación de determinados derechos en el Decreto Supremo que declara el estado de excepción, dicha suspensión extraordinaria no es absoluta. Esta solo se enmarca en los términos que señale el Decreto, y si no lo hiciera, existirá un mandato de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar la actuación del Ejecutivo.

En consecuencia, cualquier persona presuntamente afectada de un modo irrazonable o desproporcionado en sus derechos por la declaración de alguno de los estados de excepción podría recurrir a la vía del proceso constitucional de hábeas corpus si existe conexión con la libertad individual o derechos conexos— a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 22-2011-AI/TC, fundamento 352; Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 02-2008-AI/TC, fundamento 21). Control que de manera abstracta, a través del hábeas corpus, se ve impedida⁴.

Ahora, si bien los supuestos que ameritan que se declare la vigencia de un estado de sitio son distintos y más graves que los que corresponden a un estado de emergencia”, es igualmente necesario que también se realice dicho control.

Entonces, en ambas situaciones previstas en el artículo 137 de la Constitución, la limitación de los derechos a libertad personal, inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito, o en el caso específico del estado sitio y cualquier otro derecho protegido por el hábeas corpus, se presentan a primera vista un parámetro que el mismo decreto plantea para el acto restrictivo:

- **Ámbito territorial:** Como recalca el artículo 23 del Código Procesal Constitucional, la suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción. Con ello, una extensión de la suspensión a otra zona geográfica no será válida.
- **Ámbito temporal:** el artículo 137 de la Constitución señala que sólo durante el tiempo del ámbito temporal de la declaratoria pueden ejercerse esas limitaciones excepcionales, incluyendo sus prórrogas.

⁴ Artículo 200 de la Constitución Política. “(...) No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.”

- **Ámbito de contenido:** el artículo 137 de la Constitución señala los derechos que pueden limitarse. Pero, también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece el límite a dicha potestad precisando que determinados derechos no podrían suspenderse, incluido el estado de sitio, ello porque en los momentos más extraordinarios se debe proteger un núcleo inderogable (Abad, 2010, p. 43). Entre ellos, se menciona al derecho a la vida, la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y servidumbre, prohibición de encarcelamiento por obligación contractual, principio de legalidad y de retroactividad, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y libertad de pensamiento, conciencia y de religión.

Pero también en el parámetro de control debe examinarse la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo como el artículo 23 del Código Procesal Constitucional requiere.

Al respecto, si bien en la jurisprudencia constitucional se ha indicado la existencia de una similitud entre ambos principios, sea como sinónimos en términos generales o en una relación implicativa en tanto que el principio de proporcionalidad implicaría necesariamente el de razonabilidad (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 2250-2007-PA/TC, fundamento 45). De una lectura del artículo 23 del Código Procesal Constitucional, se desprende que la intención del legislador ha sido marcar una diferencia entre estos principios para determinar un análisis específico para cada uno, pero sin que ello suponga una exclusión.

En esa misma línea, parte de la doctrina se ha pronunciado, y el presente trabajo se adscribe, por ello desarrollaremos brevemente el alcance que cada uno de estos supone en el proceso de hábeas corpus.

3.1. Restricción irrazonable

En la doctrina se ha diferenciado el principio de razonabilidad del de proporcionalidad, indicándose que “una intervención no razonable es absolutamente intolerable, (mientras) una intervención desproporcionada es intolerable solamente a la vista del fin al que debería servir y que la debería legitimar” (Schlink, 2014). Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad y exige una solución

justa en cada caso (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 90-2004-AA/TC, fundamento 12).

Esta intolerancia por un acto restrictivo se plantea antes de la pregunta de si el medio sirve para alcanzar el fin legítimo. Y se centra en el análisis de una situación concreta ya que estamos ante un acto de ejecución del mandato de un Decreto Supremo, que en la mayoría de casos es un mandato de restricción general. Así, en base a la razonabilidad se controlará el ejercicio discrecional que los agentes estatales pueden realizar en la restricción de los derechos fundamentales, de modo que se atienda a las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción.

En razón a este principio, el acto estatal debe acreditar la coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto y la consecuencia derivada de aquél (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 90-2004-AA/TC, fundamento 35). Es decir, no solo debe existir una conexión entre el derecho y la situación atípica, sino que además una relación entre el acto restrictivo y la finalidad de la declaratoria (Sagues, 1985, p. 901; Espinosa-Saldaña, 1995, p. 76). Sino lo hiciera, estaríamos ante una ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 90-2004-AA/TC, fundamento 16).

Por ello, el numeral 2 del artículo 23 del Código Procesal Constitucional requiere la verificación de que “las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción”.

En este caso, el hábeas corpus será de utilidad para brindar protección a los derechos o los ámbitos protegidos que no debieron ser objeto de restricciones al no presentan una vinculación con las causas o motivos que justificaron la declaratoria (Abad, 2010, p. 44).

3.2. Restricción desproporcionada

El segundo supuesto consiste en verificar si la restricción a los derechos fundamentales resulta manifiestamente desproporcionada (Abad, 2010, p. 44). En términos del numeral 3 del artículo 23 del Código Procesal Constitucional si “el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustifi-

cado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez”.

En este caso, la discusión no se centra en la relación directa del acto restrictivo con la situación de excepcionalidad que motivó la declaración del régimen de excepción sino en el grado de pertinencia de la medida optada en el marco de una situación de anormalidad (Espinosa-Saldaña, 1995, p. 76), o sea del grado de intervención del acto restrictivo o de su necesidad. Por ello, se habla de proporcionalidad para verificar que los medios empleados sean los necesarios para alcanzar el fin y restringir en la medida de lo requerido (Landa, 2007, p. 207).

Nuestro modelo constitucional ha optado por garantizar la libertad de la persona evitando algún sacrificio o acortamiento innecesario. En consecuencia, se exige así una justificación acorde con las circunstancias fácticas del momento, en esa medida es que estamos pues frente a una prohibición de exceso de la actividad estatal.

Lo dicho, se alinea con la concepción del hábeas corpus como una barrera contra el abuso del poder que no solo exige tener presente la razonabilidad sino también la proporcionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales durante los estados de excepción. De hecho, estos forman parte del baremo de control para todas las restricciones (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 10-2002-AI/TC, fundamento 138), pero que frente a una situación de anormalidad exige del juez una mayor carga en el examen de las actuaciones realizadas por las autoridades basándose en estos dos criterios.

Un caso especial, es el estado de sitio que exigirá en la valoración de la razonabilidad y proporcionalidad tener en cuenta el cuerpo normativo del Derecho Internacional Humanitario, entre ellos el Convenio de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 y 1989 ya que entre lo normado se encuentra las limitaciones de los métodos y medios que se pueden emplear en un conflicto armado.

3.3. Derechos protegidos

Entonces, ahora nos referiremos a los derechos fundamentales que pueden ser restringidos o suspendidos, centrándonos en el caso del estado de emergencia que nos proporciona una lista cerrada.

- **En el caso de la libertad personal (apartado. f, inc. 24, art 2 de la Constitución)**, aun cuando el estado de excepción precise la limitación de la libertad personal, en cuanto a no ser detenido salvo mandato judicial o flagrante delito, las intervenciones a este derecho deben responder a la finalidad que justifica la declaratoria de su limitación. Esta premisa ha sido afirmada por el Tribunal Constitucional para las limitaciones en general, la misma que cobra mayor sentido cuando estamos frente a una situación excepcional ya que la restricción no significa la abolición.

Entonces la libertad personal se ve afectada cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, pero también “cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad ésta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición” (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 6936-2005-HC/TC, fundamentos 3 y 4). En estos casos procede un hábeas corpus aún estando ante un régimen de excepción.

Por ejemplo, una detención motivada en una requisitoria sin verificar requisitos de identidad apoyada en la suspensión de la libertad personal no es una restricción razonable (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 154-1995-HC/TC), por el contrario, deviene en arbitraria.

- **En relación al derecho a la inviolabilidad del domicilio**, conforme a lo reconocido por la Constitución: “(...) [n]adie puede ingresar en [el domicilio] ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...)” (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 942-2013-PHC/TC).

En relación a este derecho, ya se ha señalado en reiterada jurisprudencia que la limitación autorizada a razón de un estado de excepción constituye un límite explícito pero extraordinario, así ha señalado el Tribunal que: “en dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes

tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad” (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 3482-2005-PHC/TC, fundamento 11).

En ese orden de ideas, se podrá ingresar a un domicilio en la medida que dicha actuación guarde relación razonable con la situación excepcional y sea proporcional. Por ejemplo, agentes policiales podrán ingresar a una vivienda durante la declaratoria de emergencia si dicha medida es necesaria para alcanzar la finalidad del estado de emergencia (sea luchar contra el narcotráfico, evitar la propagación de una pandemia). Y la forma de ingreso efectuada deberá realizarse en un grado que sea el estrictamente requerido sin ocasionar mayores daños a los derechos.

- **En relación, a la Libertad de tránsito (inc. 11, art. 2 de la Constitución)**, se reconoce el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi*. Es decir, la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función a las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 2876-2005-PHC/TC, fundamento 11).

Ante la injerencia en dicho ámbito, se ha señalado en el artículo 25.6 del Código Procesal Constitucional que “Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere (...): 6) El derecho de los nacionales, o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad”.

Con ello, esta capacidad locomotora por parte de los nacionales y extranjeros para transitar dentro del país e ingresar a este (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 2876-2005-PHC/TC, fundamento 11) puede recibir tutela cuando habiéndose suspendido, durante un estado de excepción, el acto restrictivo no responda lógica y coherentemente con la emergencia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: SUPERVIVENCIA Y RELEVANCIA DEL HÁBEAS CORPUS DURANTE EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Con lo dicho, se ha observado que el proceso de hábeas corpus se presenta como un mecanismo idóneo y eficaz para proteger abusos aún en contextos

excepcionales donde la Constitución ha previsto dotar de mayores atribuciones al Poder Ejecutivo.

Para efectuar dicho control hay que diferenciar dos escenarios, como lo realiza el artículo 23 del Código Procesal Constitucional. Primero, verificar si la restricción de un derecho o más específico, de un ámbito de protección, tiene relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción (razonabilidad) (Abad, 2010, p. 51). Segundo, constatar si el acto restrictivo resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez (proporcionalidad).

Es importante subrayar que si normativamente se negara este proceso⁵ o por cuestiones fácticas esta deviniera en ineficaz, como pasó en su momento en el Perú (Corte IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50, fundamento 100), las personas cuentan con la jurisdicción internacional. Esto debido a que, en el marco del sistema interamericano, estaríamos frente a la vulneración del artículo 27.2 que impide la suspensión de este tipo de procesos y de los artículos 25 de la Convención, esto es el derecho a la protección judicial y el artículo 7.6 que se refiere al derecho a la libertad personal.

En ese sentido, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia, ni en los estados de excepción, desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, párr. 37; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-9/87, párr. 38.) ya que las personas tienen el derecho “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la (...) Convención” (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁵ Como en su momento se reguló en la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, cuyo artículo 38 señala que “[n]o proceden las acciones de hábeas corpus y amparo respecto de las garantías y derechos señalados en el artículo 231 de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión”.

Ahora, si bien el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos no ha previsto un texto como el artículo 27.2 de la Convención Americana, el Comité de Derechos Humanos al interpretar el artículo 4 del mencionado Pacto (que refiere a la suspensión de derechos), ha indicado que “las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión” (Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 29, fundamento 15). Con lo dicho, se prevé que los Estados garanticen un recurso efectivo durante la vigencia de un estado de excepción, y si bien pareciera limitarlo únicamente para la protección de los derechos que no podrían suspenderse, ello debe interpretarse a la luz de lo que razonable y proporcionalmente se necesita.

Esta protección se sustenta, en la idea que se ha reiterado a lo largo del presente trabajo de que el hábeas corpus, en tanto garantía indispensables para la protección de tales derechos, no puede suspenderse en ningún momento. Estamos pues, frente a un freno de las restricciones injustificadas durante estados de excepción.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. (2010). *Constitución y Procesos Constitucionales* (4ª ed.). Palestra.
- Agamben, G. (2005) *Estado de excepción, Homo sacer* (II, I). Adriana Hidalgo editora.
- Castillo-Córdova, L. (2014). *Hábeas corpus, amparo y hábeas data en regímenes de excepción*. Universidad de Piura.
- Castillo-Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (Tomo I). Palestra.
- Cifuentes, E. (2002). Los Estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117-146.
- Comité de Derechos Humanos (2001). *Observación general n.º 29 Estados de emergencia (artículo 4)*. 24 de julio de 2001.
- <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). *Opinión consultiva OC-8/87* (El hábeas corpus bajo suspensión de garantías). Opinión consultiva: 30 de enero de 1987. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). *Opinión consultiva OC-9/87* (Garantías judiciales en estados de emergencia). Opinión consultiva: 6 de octubre de 1987. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf
- Eguiguren, F. (1990). *Los retos de una democracia insuficiente: diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990*. Comisión Andina de Juristas.

- Espinosa-Saldaña, E. (1995). Razonabilidad, Temporalidad, Proporcionalidad y Necesidad en la Resolución de Hábeas Corpus en los Estados de Excepción. *Revista Derecho y Sociedad*, Año 6, (10), 68-82.
- Fernández, J.J. (2020). Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19. Documento de Opinión IEEE 43/2020.
- Fix-Zamudio, H. (septiembre-diciembre de 2004). Los Estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XXXVII, (111), 801-860.
- Häberle, P. (2016). *El Estado Constitucional* (2ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ferrer, E. y Herrera, A. (2017). La suspensión de Derechos Humanos y Garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En G. Esquivel et al. (Coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (tomo 2, pp. 105-129). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Landa, C. (2007). Tribunal Constitucional y Estado Democrático (3ª ed.). Palestra.
- Machado, F. (junio de 2007). Hábeas Corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica. *Estudios Constitucionales*, 5(1), 31-58.
- Pavlovich, G. (2008). El estado de excepción: la tensión entre la política y el derecho. *Justicia Juris*, 10, 37-49.
- Sagues, N. (1985). Nuevo régimen del Habeas Corpus, Ley 23098. *La Ley*, tomo 1985-B.
- Schlink, B. (2014). El principio de proporcionalidad. En E. Montealegre et al. *La ponderación en el Derecho* (pp. 117-147). Universidad Externado de Colombia.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza Editorial.
- Silva, R. (2016). Los estados de excepción como legitimación de un estado de cosas inconstitucional: expresión del pseudoconstitucionalismo. *Revista Eleuthera*, (15), 46-58.
- Siles, A. (2015). La emergencia... En el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (67), 73-84
- Siles, A. (2017). Problemática Constitucional del estado de emergencia en Perú: Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, año 15, (2), 123-166.
- Vergottini, G. (2004). La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo. *Revista de Derecho Político*, (61), 11-36.
- Zovatto, D. (1990). *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana.



Derecho Laboral y Procesal Laboral

LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO VÍA DE TUTELA DE DERECHOS LABORALES Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO LABORAL: BUSCANDO(¿O IDENTIFICANDO?) LAS “INTERSECCIONES” DE AMBOS CAMINOS

*Manuel Gonzalo De Lama Laura**

Sumario

I. Introducción. II. La misma finalidad: la búsqueda de eficacia del ordenamiento jurídico laboral y la especial atención a la vigencia de los derechos laborales fundamentales. III. Identificando los “camino distintos” y “entrecruces” que hay entre la inspección del trabajo y el proceso judicial. 3.1. Sobre las competencias que “no tiene” la inspección del trabajo. 3.2. Los problemas que acarrea la conclusión del procedimiento inspectivo por “cuestión litigiosa” en sede judicial. IV. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

Caso 1: una empresa ha sido objeto de una fiscalización laboral, en materia de contratos sujetos a modalidad. Los inspectores comisionados han procedido con sus actuaciones inspectivas de investigación y han concluido que la entidad fiscalizada no ha celebrado dichos contratos de conformidad con la legislación que regula la celebración de los mismos: algunos no contienen la causa objetiva

* Magíster en Derecho del Trabajo por la PUCP. Cuenta con Estudios Avanzados en Derecho Social por la Fundación de la Universidad de Salamanca y la PUCP. Abogado por la UDEP. Profesor universitario a nivel de pre y posgrado. Correo electrónico: mdelama@pucp.pe

correspondiente, otros, teniéndola, se han celebrado fraudulentamente, entre otras situaciones que el legislador ha considerado como causales de desnaturalización de aquellos. Seguidamente, los inspectores han dispuesto que, mediante la respectiva medida inspectiva de requerimiento, dicho empleador proceda con modificar la condición de los trabajadores afectados, de tal manera que ya no sean considerados como trabajadores temporales, sino como trabajadores contratados a plazo indeterminado. El empleador no cumple con dicha medida inspectiva alegando que este mandato de corrección solo podría disponerlo el Poder Judicial.

Caso 2: los integrantes de la Junta Directiva de un sindicato, han sido despedidos a los pocos días de haber tomado conocimiento, el empleador, de la constitución de la mencionada organización. Realizada la denuncia ante la inspección del trabajo, los inspectores comisionados, como producto de las actuaciones inspectivas de investigación realizadas, han concluido que dicho cese es un acto antisindical han procedido con requerir que se proceda con “reponer” a los trabajadores despedidos. Nuevamente, el empleador no cumple con dicha medida inspectiva, alegando que, dicho mandato de corrección solo podría disponerlo el Poder Judicial.

Los casos relatados son solo una pequeña muestra de cómo la inspección del trabajo, en el desarrollo de las funciones que la normativa le reconoce, necesariamente, realiza un ejercicio de interpretación jurídica, similar al que lleva a cabo el Poder Judicial cuando conoce de un conflicto puesto a su resolución, interpretación que en algunos casos, incluso, se ve reforzada con la opinión técnica, o la posición, que sobre el particular hayan emitido los órganos de la Autoridad Administrativa de Trabajo, facultados para ello^{1 2}.

¹ En algún caso, por ejemplo, en el marco de una inspección realizada a una microempresa, se verificó que la misma no retenía los aportes previsionales a sus trabajadores. Generada la duda sobre la supuesta infracción en materia previsional, se realizó la consulta respectiva a la Dirección de Seguridad Social (unidad orgánica de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo-MTPE), la cual consideró, mediante el Informe N° 188-2016-MTPE/2/14.3, que todo trabajador que ingrese a laborar debe afiliarse a un sistema previsional, por lo que la posibilidad de que los trabajadores de este tipo de empresa, puedan optar por afiliarse o no a un régimen previsional, no resulta viable dado que la misma conllevaría generar una situación de desprotección contraria al derecho constitucional a la seguridad social.

² Además de la referida Dirección de Seguridad Social (que actualmente es además de Migración Laboral), diversas unidades orgánicas del MTPE tienen como función, de acuerdo al Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones de esta entidad, aprobado por Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, emitir opinión técnica especializada en el marco de sus competencias, como por ejemplo, la Dirección de Normativa de Trabajo, la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales y la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Adicionalmente a lo indicado, en ocasiones, aquella dispone, requiere, ordena, etc., a los empleadores (administrados) que subsanen el incumplimiento advertido, a fin de no ser sancionados, facultad que es cuestionada al considerarse que la misma no corresponde a la inspección del trabajo.

A partir de dicha constatación, este breve trabajo procura dar mayores alcances sobre aquellos aspectos de la labor de la inspección del trabajo, que, desde nuestra perspectiva, encuentran mayores reparos y cuestionamientos por parte de los administrados y que son considerados como una “invasión” de algunos ámbitos y facultades que, se entienden, son exclusivas del Poder Judicial. Para ello, previamente, resulta necesario referirnos al objetivo que se dirige el Estado al proveer a la ciudadanía de ambas vías de protección de los derechos laborales.

II. LA MISMA FINALIDAD: LA BÚSQUEDA DE EFICACIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL Y LA ESPECIAL ATENCIÓN A LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES

Tanto la Administración del Trabajo como la Jurisdicción Laboral, dirigen su actuación a la tutela del ordenamiento jurídico laboral, comportándose, en buena cuenta, como mecanismos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos en la búsqueda de dicha protección, cuando consideran se han lesionado o se han puesto en peligro la vigencia de sus derechos sociolaborales.

En efecto, por ejemplo, respecto de la responsabilidad del Estado en el campo social, se ha indicado que la Administración del Trabajo es aquel instrumento dirigido a salvaguardar los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y, en particular, para garantizar el respeto de la edad mínima de admisión al empleo, la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la no discriminación, y la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. En el mismo orden de ideas, se ha señalado que la administración del trabajo es una herramienta que está a disposición de los gobiernos para lograr los objetivos de trabajo decente de la OIT, fortalecer la legislación laboral, y brindar soluciones a los diversos problemas complejos que enfrenta el mundo del trabajo. (Casale y Sivananthiran, 2011, 3-4)

Ahora bien, ciertamente, el mecanismo o herramienta de la Administración del Trabajo que se privilegia o emplea con más frecuencia, tanto por parte de los ciudadanos como por iniciativa propia de aquella, es el servicio público de la inspección del trabajo, sin embargo, ello no significa que, en general, varias de las

demás funciones que desarrolla aquella no se dirijan en la misma dirección que hemos destacado. Resulta indudable que la inspección del trabajo permite a la Administración Pública, la identificación de incumplimientos a la normativa sociolaboral a fin de buscar, en un primer momento, un remedio a los mismos, y de no darse o no ser posible ello, la imposición de una sanción, lo cual le provee de un especial protagonismo en la estructura orgánica y relevancia dentro de las funciones que tiene a su cargo la Administración del Trabajo; no obstante, no es la única labor de esta que se orienta en la búsqueda de la efectiva vigencia del ordenamiento jurídico sociolaboral.

En relación con la importancia de la inspección del trabajo, en el marco de las funciones que desarrolla la Administración del Trabajo, es sabido que esta se comporta como un elemento fundamental de la misma, en la medida en que constituye un medio para lograr los objetivos de mayor envergadura, tales como la buena gobernanza y el desarrollo social y económico del país; asimismo se considera que es uno de los instrumentos básicos para poner en práctica el Programa de Trabajo Decente de la OIT, dado que tiene un papel fundamental en la promoción del cumplimiento de los principios y derechos de las normas internacionales del trabajo. (Casale y Sivananthiran, 2011, 51)

Lo descrito se constata en nuestro ordenamiento jurídico al apreciar que la labor de la inspección del trabajo encuentra un sustento del más alto rango jurídico, debido, en buena cuenta, a la cláusula de Estado Social que tiene recepción en nuestro texto constitucional, al mandato de respeto de los derechos constitucionales del trabajador, previsto en el artículo 23 de la misma norma, y a nuestras obligaciones internacionales asumidas, a través de la adopción del Convenio 81 de la OIT³.

Por su parte, respecto del proceso en general, la doctrina ha indicado que este no es un fin en sí mismo, sino el instrumento para obtener la tutela del derecho sustancial, brindar a las personas un medio adecuado para la protección de sus situaciones jurídicas, lo cual, en el ámbito laboral, implicaría garantizar y hacer efectivos los derechos laborales⁴.

³ En relación con este punto, hacemos nuestros los argumentos delineados al respecto por Cavalié, Paul. Cfr. "Balances y Perspectivas de la Inspección del trabajo en el Perú". En: *Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, pp. 451-452.

⁴ Al respecto, ver las fuentes citadas y el trabajo de: Paredes, Paul. "El nuevo proceso laboral peruano dentro del sistema de mecanismos de protección de los derechos laborales". En: *Laborem 13*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, p. 209.

En el mismo orden de ideas, Priori enfatiza que la esencia misma del proceso consiste en ser un instrumento de la efectividad del ordenamiento jurídico, por lo que, reafirmar dicha instrumentalidad es llenar de contenido a dicho instituto, darle un sentido a su existencia y encontrarle una justificación y una tarea dentro del ordenamiento jurídico: servir de medio de tutela. (Priori, 2003, 273-274)

Y es que, en buena cuenta, tomando como referencia lo expuesto por Baylos y Terradillos (1990), consideramos que tanto la inspección del trabajo como el proceso laboral se convierten en aquellos mecanismos que el Estado otorga a la ciudadanía para proveer un sistema reforzado de tutela a la normativa socio-laboral, en la medida en que, ante la pervivencia de la desigualdad natural de la relación laboral, no superada de manera significativa por la normativa heterónoma, el riesgo de su ineficacia se reduce con la provisión de dichas vías de tutela.

Ahora bien, reforzada la idea de “instrumentalidad” ínsita a la jurisdicción laboral y a la inspección del trabajo, con miras a la eficacia del ordenamiento sociolaboral, cabe poner en relieve que dicha noción se robustece aún más en el caso de la protección de ciertos derechos considerados como fundamentales”⁵
⁶. Muestra de ello, por parte de la normativa que regula el procedimiento ins-
pectivo, se aprecia con la previsión de las multas aplicables cuando se afectan

⁵ Respecto a ellos, Jenks, citado por Vega Ruiz, considera que los mismos se conciben como prioritarios a los demás ya que proporcionan los instrumentos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas; es decir, debido a su calidad “de base facilitadora”, es imposible garantizar la igualdad si hay trabajo forzoso o hablar de igualdad en el trabajo, si un niño se ve obligado económicamente a trabajar; la igualdad no existe si no existen los medios efectivos para garantizar todos los derechos en el trabajo (la libertad de sindicación y la negociación colectiva) y si se sigue utilizando al ser humano en trabajos obligatorios o intolerables. *Cfr.* Vega, María y Martínez, Daniel. *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, OIT, Ginebra, 2002, pp. 10-12.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe añadir que, ciertamente, reflejar la relevancia de estos derechos y de sus formas de tutela en nuestro ordenamiento jurídico interno, responde, en buena cuenta, a que el estado peruano ha ratificado los denominados Convenios Fundamentales de la OIT, y que su más o menos reciente puesta en “valor”, ha coincidido con la suscripción de diversos acuerdos comerciales por parte del Perú con algunos estados, y en los que se consigna la denominada “cláusula social”.

⁶ Inclusive, este énfasis especial dirigido hacia la protección y tutela de estos derechos, se reflejó en la reorganización de la estructura del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la aprobación de su Reglamento de Organización y Funciones, mediante el Decreto Supremo N° 004-2010-TR, el cual insertó, como órgano de línea del Viceministerio de Trabajo, a la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo.

estos derechos, cuyo cálculo se realiza sin tener en cuenta la real cantidad de trabajadores afectados (criterio general junto con la gravedad de la infracción para realizar dicho cómputo), ni la dimensión de la empresa infractora⁷, sino, considerando las cuantías más altas que impone la inspección (casos de trabajo infantil y trabajo forzoso), el número total de trabajadores de la empresa (casos de afectación del principio de no discriminación y algunos lesivos de la libertad sindical⁸), el número de trabajadores del ámbito de la negociación colectiva o de la huelga o el número de trabajadores afiliados a la organización sindical (cuando se afectan derechos colectivos), más una sobretasa del 50% de la cuantía calculada, en estos tres últimos casos.

En el caso de las normas procesales laborales, dicho énfasis se visibiliza, por ejemplo, al revisar las reglas de comparecencia especial previstas en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley N° 29497, según las cuales, entre otras, los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal, los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados, sin necesidad de poder especial de representación; mientras que, en el caso de las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil, pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público; y, cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

⁷ La norma inspectiva, gradúa, de mayor a menor cuantía respectivamente, la sanción de multa de acuerdo a si la empresa inspeccionada es una microempresa, pequeña empresa o si no es ninguna de estas (No MYPE), criterio de graduación que se obvia cuando se identifican, entre otras, ciertas infracciones que afectan dichos derechos fundamentales, procediéndose con emplear la tabla de multas que corresponde a la NO MYPE.

⁸ Esto sucede, por ejemplo, cuando se verifica la realización de actos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, que promuevan la desafiliación de la misma u obstaculicen la representación sindical.

Revisada brevemente la “instrumentalidad” de ambos caminos de tutela proporcionados por el estado peruano a los ciudadanos para obtener la protección y eficacia de sus derechos laborales, corresponde también revisar las características propias de cada uno de estos caminos e ir advirtiendo aquellos encuentros que acercan dichos senderos.

III. IDENTIFICANDO LOS “CAMINOS DISTINTOS” Y “ENTRECRUCES” QUE HAY ENTRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y EL PROCESO JUDICIAL

Ciertamente, la primera diferencia que existe entre ambos mecanismos de tutela de los derechos laborales consiste en la forma en que se da su activación: en el caso de la inspección del trabajo, es la misma administración pública la que de oficio impulsa el inicio de las investigaciones sobre la existencia de incumplimientos a la normativa sociolaboral, inclusive, si dicha iniciativa proviene de una denuncia realizada por algún trabajador, sindicato, tercero ajeno a la relación laboral, etc. Por su parte, en el caso del proceso judicial, su inicio se da siempre a iniciativa de parte, de acuerdo a las reglas generales de comparecencia y/o legitimación especial que recoge la Ley N° 29497.

En segundo lugar, advertimos una diferencia respecto a los participantes o intervinientes en cada uno de ellos. En el caso de la inspección del trabajo, la relación jurídica se da principalmente entre la Administración Pública y el empleador que es fiscalizado, aunque el denunciante (que en la mayoría de casos es el trabajador y/o sindicato afectado), es considerado como persona con legítimo interés; mientras que en el caso del proceso laboral, la relación jurídica se da entre el demandante y el demandado, quienes, en la mayor parte de los casos, suelen ser el trabajador y/o sindicato y el empleador, respectivamente.

En tercer lugar, queda clara la “fuerza jurídica”, por decirlo de un modo, de los pronunciamientos definitivos de cada una de ellas: en el caso de la inspección del trabajo, la resolución que agota el procedimiento administrativo sancionador, puede ser impugnada en la vía judicial, mediante el proceso contencioso administrativo. En el caso de la solución definitiva en el ámbito procesal, es decir, cuando la sentencia respectiva adquiere calidad de cosa juzgada, la misma es irrevisable e irrecorrible ante cualquier otro órgano jurisdiccional⁹.

⁹ Salvo las excepciones de su cuestionamiento en la vía procesal constitucional, por la afectación de alguna garantía del debido proceso, o mediante la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

En cuarto lugar, aunque relacionado íntimamente con la magnitud de cada una de las soluciones que brinda cada vía, encontramos una diferencia adicional, relativa con los mecanismos con los que cuentan tanto el Poder Judicial como la Inspección del Trabajo para obligar a los ciudadanos a cumplir determinada conducta; en efecto, se sabe que el primero tiene a su favor mecanismos de “coacción” más contundentes que la segunda, como por ejemplo, los embargos, ejecuciones forzadas, etc., mientras que la Inspección del Trabajo, solo procede con la imposición de la multa administrativa como disuasivo del incumplimiento sociolaboral advertido^{10 11}.

Algunos autores, consideran que hay una diferencia más entre ambas vías de tutela de derechos laborales: una relacionada con las materias que se pueden apreciar en cada una de ellas, y sobre el resultado al que puede arribarse al término de las mismas (Toyama y García, 2011, 220-231). Al respecto, creemos que a dicha afirmación habría que realizarse algunas precisiones. En efecto, se indica, en relación con la primera de ellas, que la inspección del trabajo no puede ejercer sus funciones respecto a la reposición luego de un despido, mientras que en el proceso laboral se puede ventilar cualquier materia¹². Justamente, a partir de ello explicaremos a qué nos referimos con aquellas funciones de la inspección del trabajo y del proceso laboral que, de alguna manera, se asemejan.

3.1. Sobre las competencias que “no tiene” la inspección del trabajo

Resulta claro, que cada una de estas vías logra su cometido de protección de los derechos laborales, bajo sus propias características, las cuales hemos reseñado brevemente a partir de las diferencias mencionadas, sin embargo, en

¹⁰ Al respecto, cabe precisar que, si bien es cierto la Inspección del trabajo, como parte de la Administración Pública, cuenta con capacidad de ejecución coactiva, la misma se limita a la exigencia, con dichas características, del pago de la multa aplicada al administrado infractor. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la resolución administrativa de trabajo que reconoce obligaciones ha sido considerada como título ejecutivo en el marco de un proceso laboral de ejecución, tal como lo prevé el artículo 57 de la Ley N° 29497.

¹¹ Sobre el particular, corresponde precisar también que, recientemente, se ha previsto un nuevo tipo de sanción administrativa que puede imponer la Inspección del Trabajo, cuando se advierta la ocurrencia de un accidente mortal de algún trabajador en el centro de trabajo, la cual consiste en el cierre temporal del área de una unidad económica o una unidad económica.

¹² En relación a este punto, también puede revisarse la crítica realizada por Elías, Fernando. “Inspección de Trabajo: Problemas y Soluciones”. En: *Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, pp. 451-452.

el desarrollo de sus funciones, en algunos casos, las mismas encuentran más similitudes que contrastes.

En primer lugar, queremos partir de una percepción, errada en nuestra consideración, de algunos administrados (empleadores) y autores, sobre la facultad de la inspección del trabajo de “ir más allá” de una mera ejecución de la normativa sociolaboral, cuyo cumplimiento se encarga de verificar.

En efecto, en ocasiones, en relación con la facultad de la inspección del trabajo de identificar la incorrecta celebración de contratos sujetos a modalidad, por ejemplo, algunas apelaciones presentadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores sobre la materia, cuestionan que aquella no es competente para determinar si un contrato de trabajo ha sido desnaturalizado¹³; en similar sentido, por su parte, los gremios empresariales, en su momento, cuestionaron el proyecto normativo elaborado por la SUNAFIL como protocolo para las actuaciones inspeccionales sobre la mencionada materia, al cual, se le acusó de otorgar facultades a los inspectores laborales para que puedan considerar “desnaturalizados” los contratos a plazo fijo o temporales que se celebran entre el empleador y el trabajador¹⁴.

Ahora bien, llegados a este punto, cabe realizar (reiterar) la siguiente precisión: no es nuestra intención asimilar los efectos o la “fuerza jurídica” de la aplicación de la norma sociolaboral que realiza la Inspección del Trabajo y la Judicatura Laboral, sino más bien, hacer notar que ciertamente, aquella, al desarrollar su labor de verificación del cumplimiento de dicha normativa, en diversos casos, lo que va a tener que realizar es una “interpretación” de la misma, y no solamente ser un mero ejecutor de ella, tal como, también en no pocas ocasiones, sucede en el ámbito de la justicia laboral.

Al respecto, puede constatarse que las administraciones públicas actuales, no solamente ejecutan las normas que el Poder Legislativo emite, función que tradicionalmente se le reconoce de acuerdo a una perspectiva inicial y tradicional del principio de separación de poderes, sino que también tiene una función

¹³ Entre otros casos, pueden revisarse los argumentos de la apelación precisados por la Intendencia de Lima Metropolitana, en la Resolución de Intendencia N° 007-2015-SUNAFIL/ILM (se puede acceder a dicha resolución mediante el siguiente enlace: <https://drive.google.com/file/d/0B08-Xp1bRNSBT3ktS0Fva243T1k/view>).

¹⁴ Cfr. “Industriales acusan a Sunafil de pretender desnaturalizar los contratos a plazo fijo”. En: *Gestión*. Lima, 22 de mayo de 2016. Consulta: 15 de setiembre de 2020.

cuasi o para jurisdiccional, al momento de analizar una norma aplicable a un caso concreto que es sometido a su conocimiento.

Justamente, tal como lo reconoce un sector de la doctrina constitucional, si bien es cierto, no existe la jurisdicción administrativa, lo acertado, en todo caso, es admitir que la administración pública tiene atribuidas potestades cuasi-judiciales (Castillo, 2007, 79), atribución que le permite estar en constante contacto con una diversidad de conflictos intersubjetivos a fin de resolverlos, aunque no definitivamente.

De este modo, tomando una idea de Bullard (2005, 93), se constata que actualmente la Administración Pública ejerce una función “cuasijurisdiccional” porque, a pesar de impartir justicia, no pueden emitir pronunciamientos definitivos e irrevisables, potestad que es exclusiva del Poder Judicial; es decir, la Administración Pública hace y dice justicia sin perjuicio que corresponda a las Cortes determinar de manera definitiva si hicieron y dijeron justicia de manera correcta.

Lo indicado, siguiendo a Carmona (2007), no significa soslayar el principio de separación de poderes que conforma una de las bases teóricas de nuestro Estado de Derecho en la medida en que, este principio, actualmente, no implica una repartición clara de facultades específicas para cada “poder” del Estado, sino mas bien, desde un punto de vista material, se advierte que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales llevan a cabo, en cierto grado, actos materialmente legislativos, administrativos y jurisdiccionales, lo cual, no hace sino confirmar que no existe una tajante y rígida división de poderes, sino una armónica coordinación entre éstos para realizar óptimamente los fines del Estado.

En suma, ya no estamos en el judicialismo del siglo XIX para seguir insistiendo en una idea rígida de la separación de poderes, que planteaba una tradicional forma de entender el principio de legalidad al cual se encontraba sujeta la Administración Pública; es por ello, que, coincidiendo con Vignolo (2011), somos de la opinión que es urgente adaptar y darle solvencia al principio de legalidad y a la cláusula del Estado de Derecho frente a la nueva idea general de relación entre los poderes estatales, en la que la administración no sólo es un “mero ejecutor jurídico” de los dictados legislativos.

Y es que la inspección del trabajo, en ocasiones, no solamente subsume el supuesto incumplimiento que está investigando, sin mayor dificultad, en alguna de las infracciones previstas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del

trabajo (RLGIT)¹⁵, sino que la situación objeto de su verificación, al relacionarla con los incumplimientos previstos como infracciones en la mencionada norma, motiva un ejercicio valorativo e interpretativo que no tendría por qué dejar de realizar, ante el entendido erróneo de que no cuenta con esa facultad, cuando en realidad, su finalidad es justamente velar por el cumplimiento de la normativa sociolaboral que está interpretando en el marco de su labor de verificación, la cual, indudablemente, debe estar acompañada de la adecuada motivación y las demás garantías correspondientes al debido procedimiento.

Al respecto, hay diversos ejemplos que reflejan que la inspección del trabajo ha desarrollado, en buena cuenta, un ejercicio interpretativo de la normativa sociolaboral, cuyo cumplimiento se encarga de velar, en su labor de investigación y posterior identificación de alguna de las infracciones previstas en el RLGIT. Así, solo por citar algunos casos¹⁶, presentamos el siguiente cuadro que muestra cómo la inspección del trabajo no solo se ha limitado a ser un “mero” verificador del cumplimiento de la normativa sociolaboral:

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de validez de contrato por incremento de actividad	La celebración de este tipo de contrato, debido al crecimiento transitorio o eventual de la producción, no implica la desnaturalización del mismo ya que la celebración de este tipo de contrato, en razón del incremento de las actividades ya existentes, no importará una temporalidad de las mismas, las que por el contrario tienen una vocación de permanencia, sino será su carácter incierto. Asimismo, la Intendencia considera que el hecho de que existan trabajadores contratados bajo esta modalidad realizando labores similares a las llevadas a cabo por personal permanente, no configura por sí solo una causal de desnaturalización, puesto que este tipo de contrato supone precisamente la realización de actividades propias de la empresa conjuntamente con trabajadores contratados a tiempo indeterminado.	Resolución de Intendencia N° 129-2015-SUNA-FIL/INII

¹⁵ Dicho reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR, aunque el mismo ha sido modificado en reiteradas oportunidades.

¹⁶ Algunos de ellos, han sido tomados de: Toyama, Jorge y Rodríguez, Fernando. *Manual de Fiscalización Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 617 y ss.

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de desnaturalización de contrato por necesidad de mercado	En el Acta de Infracción, los inspectores comisionados dejaron constancia que si bien en el plano formal, la empresa ha presentado contratos por necesidades de mercado que señalan la supuesta causa objetiva, esta no ha sido acreditada en la realidad. En el plano de lo real (primacía de la realidad); es decir, las causas que podrían originar un contrato por necesidades de mercado, como son los cambios coyunturales en la demanda de sus productos (pedidos/clientes), si bien ha quedado demostrado, que estos cambios se han dado, también es cierto que no guarda relación con la contratación de personal bajo esa modalidad. Cuando la demanda ha disminuido y ha disminuido la producción se ha incrementado la contratación de personal bajo la modalidad mencionada y viceversa, es decir, que cuando se ha incrementado la demanda y aumentado la producción ha disminuido la contratación de personal bajo esta modalidad, por lo que se habría configurado la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad y la infracción muy grave en materia de relaciones laborales, según lo descrito en el artículo 25 numeral 25.5 del DS 019-2006-TR.	Resolución Directoral N° 452-2013-MTPE/1/20.4
Análisis de la calificación de un trabajador de dirección	En el caso resuelto por la Intendencia, la inspección del trabajo procuraba identificar si una trabajadora, que ejercía el cargo de tesorera, y que había sido considerada por su empleador, como una trabajadora de dirección, lo era realmente, a fin de determinar si estaba en la posibilidad de decidir la oportunidad de su descanso vacacional, dado que no se le había abonado su indemnización vacacional. Al respecto, la Intendencia verificó que dicha trabajadora no era de dirección dado que, de acuerdo a la información de sus boletas de pago y de la planilla electrónica, no ganaba una remuneración alta y tampoco percibía beneficios adicionales como suele suceder con los trabajadores de dirección, tales como el pago de gastos de representación, viáticos, asignación de vehículos, teléfonos, vivienda, viajes, entre otros.	Resolución de Intendencia N° 042-2016-SUNAFIL/ILM

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis sobre la necesidad de que el registro de asistencia cuente con las medidas de seguridad que impidan su adulteración, deterioro o pérdida	Los inspectores comisionados verificaron que el registro implementado por la empresa inspeccionada, permitía la modificación de las horas de ingreso y salida por parte del personal de Recursos Humanos, lo cual no fue negado por la inspeccionada, sino mas bien, alegaba que no se habían advertido específicamente cuáles eran las medidas de seguridad a aplicarse, y que la norma no sancionaba posibilidades de modificación del registro sino la comisión de hechos concretos. Al respecto, la Intendencia señaló que, si bien es cierto el artículo 3 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, no exige de forma concreta qué medidas de seguridad deben aplicarse, deja en libertad al empleador para que, de considerar que debe implementar un registro con soporte físico o digital, adopte las medidas de seguridad para evitar la adulteración, deterioro o pérdida, lo cual no se realizó en el presente caso, lo cual implica prácticamente que no se contaba con dicho registro conforme a ley.	Resolución de Intendencia N° 307-2015-SUNA-FIL/ILM
Análisis de validez de descuento de liquidación de beneficios sociales por adeudos del trabajador	El empleador manifestó que el trabajador reconoció —de manera voluntaria y expresa— que le presentó una rendición de gastos con facturas adulteradas, generando que el empleador le pague una suma indebida que posteriormente le fue descontada de la liquidación de beneficios sociales. La Intendencia de Lima Metropolitana señala que no ha existido una afectación al principio de irrenunciabilidad de derechos dado que “el descuento autorizado por el trabajador en la liquidación de beneficios sociales no puede implicar una renuncia de los derechos puesto que ha sido realizada de manera voluntaria aceptando un adeudo respecto a su empleador”. No se trata de un descuento que haya sido indebidamente realizado por el empleador pues este fue autorizado por el ex trabajador.	Resolución de Intendencia N° 208-2016-SUNA-FIL/ILM

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de validez del pago proporcional de la asignación familiar	El empleador alegó que la asignación familiar es un concepto remunerativo que está sujeto a disminución por inasistencias y tardanzas, siendo así que su cálculo se realizó en función de los días laborados por el trabajador. Al respecto, la Intendencia de Lima Metropolitana manifestó que la Ley N° 25129, que regula la asignación familiar, no establece la posibilidad de realizar pagos proporcionales a favor de los trabajadores con derecho al beneficio, posición que ha sido confirmada en el Informe N° 028-2012-MTPE/2/14, emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en el que se señala que la asignación familiar “no presenta un tinte contraprestativo que conlleve la posibilidad de sujetarla a ningún tipo de descuento, encontrándose el empleador obligado a otorgarlo en su integridad”.	Resolución de Intendencia N° 125-2016-SUNAFIL/ILM
Análisis sobre vulneración del principio de igualdad y no discriminación	El inspector comisionado había verificado las siguientes infracciones en materia de igualdad y no discriminación: i) Que una trabajadora de la empresa inspeccionada, pese a que se encontraba afiliada al sindicato de la misma, había sido excluida de los efectos del convenio colectivo 2013-2014, mediante un acta de acuerdo en reunión extraproceso, mediante el cual se hacía extensivo los alcances de dicho convenio a ocho trabajadores afiliados al sindicato negociante. ii) Falta de otorgamiento del pago del bono económico único realizado en el mes de febrero de 2014 a doce trabajadores que se afiliaron con anterioridad a dicho mes, no obstante haber sido otorgado a otro trabajador que ostentaba la calidad de afiliado. En relación con la primera infracción, la Intendencia señaló que se advierte un trato diferenciado puesto que no se incluyó dentro de los beneficios del convenio colectivo a la trabajadora pese a encontrarse en la misma situación que el resto de trabajadores comprendidos en el Acta de Acuerdo en Reunión Extraproceso.	Resolución de Intendencia N° 164-2015-SUNAFIL/ILM

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
	Sobre la segunda, la Intendencia indicó que la celebración del convenio colectivo 2013-2014 y la decisión del empleador de otorgar en el mes de febrero de 2014 los mismos beneficios de dicho convenio a los trabajadores no sindicalizados, generó que existiera un número de trabajadores que se afiliaron al sindicato previamente a dicho otorgamiento y que no fueran beneficiados ni por el convenio colectivo ni por el acto de liberalidad del empleador, situación que evidencia un trato diferenciado respecto de dichos trabajadores.	Resolución de Intendencia N° 164-2015-SUNA-FIL/ILM
Análisis de afectación de la libertad sindical cuando el empleador elabora cartas de desafiliación sindical	Se evidencia que la elaboración de cartas de desafiliación y tramitación de las mismas por la inspeccionada, constituyen actos de intrusión e intromisión en la administración del Sindicato, la cual debe ejercitarse en forma libre y autónoma de toda acción directa o indirecta por parte del empleado, transgrediéndose así una de las manifestaciones de la libertad sindical, la de desafiliación, decisión que debe ser hecha libre de todo intervencionismo y de manera voluntaria; por ende, podemos afirmar que la inspeccionada sí vulneró la libertad sindical de los trabajadores afiliados al Sindicato, conclusión válida a la que también arribaron el acta de infracción y la resolución apelada.	Resolución Directoral N° 416-2013-MTPE/1/20.4
Análisis de afectación de la libertad sindical mediante despido de sindicalizados por incumplimiento de parámetros de productividad sin base objetiva	La aplicación de tal procedimiento de despido es a todas luces atentatorio contra la libertad sindical toda vez que los criterios de evaluación para determinar la causa justa de despido de cinco dirigentes sindicales que laboraban como gestores de cobranza difícil, incluidos el secretario de organización y el secretario de relaciones exteriores, actas y archivos, quienes gozaban de fuero sindical, supuestamente por haber incurrido en infracción relativa al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral; y al secretario de economía, por no haber cumplido con comunicar debidamente su actualización de domicilio, se tiene que tales despidos han sido interpuestos de forma arbitraria por la empleadora inspeccionada, al	Resolución Directoral N° 48-2013-MTPE/1/20.4

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
	reconocer en apelación que “las metas establecidas a cada trabajador respondían a criterios de cada administrador de agencia, realizados tomando en cuenta cada una de las carteras de cobranza que cada uno de los trabajadores manejaba, no quedando esto plasmado en documento alguno”, de lo que se colige que las metas exigidas a su personal, como en el cargo de gestores de cobranza de cartera difícil, es diseñada por el responsable de cada agencia y para cada trabajador, el cual le es informado por las denominadas “actas de compromiso de baja productividad, no habiendo la inspeccionada acreditado de forma concreta los valores objetivos o bases de cálculo para su determinación y distribución a cada personal.	
Análisis del “esquirolaje interno” como afectación del derecho de huelga	La movilización interna de los trabajadores de una empresa para cubrir las labores de otros trabajadores en huelga, así como en general cualquier otro comportamiento que tenga como finalidad restarle efectividad a la huelga, califican como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales por impedir el libre ejercicio del derecho de huelga, conforme al artículo 25.9 del Decreto Supremo No 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del trabajo dado que tal comportamiento vulnera los objetivos de la huelga, es decir, que exista proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.	Resolución Directoral N° 32-2013-MTPE/1/20.4
Análisis sobre los requisitos a tener en cuenta para proceder con el descuento de la cuota sindical extraordinaria	En el caso resuelto, la empresa inspeccionada indicaba que los descuentos por ayuda solidaria a compañeros y familiares con problemas de salud, por inasistencias a la asamblea y el descuento autorizado por tres trabajadores por ciertos periodos, no cumplían los requisitos de ley para ser considerados como “cuota extraordinaria” puesto que el descuento por ayuda solidaria no establecía los nombres de cada uno, el de inasistencia no era común a todos y el descuento autorizado no fue aprobado por la organización sindical en su estatuto ni en su asamblea.	Resolución de Intendencia N° 231-2015-SUNAFIL/ILM.

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
	Al respecto, la Intendencia indicó que la empresa inspeccionada no consideró que los requisitos legales para proceder con el descuento de la cuota sindical extraordinaria son los referidos, los cuales se encuentran previstos en el artículo 28 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.	

Adicionalmente a lo explicado, cabe indicar que, inclusive, la misma tipificación de diversos incumplimientos sociolaborales como infracciones sancionables por la inspección del trabajo, consta o comprende un tenor “ejemplificativo” a fin de que el intérprete de la misma (inspector, autoridad sancionadora y, eventualmente, el Poder Judicial, en el marco de un proceso contencioso¹⁷), a partir de los supuestos y parámetros expresamente recogidos, pueda concluir que otros supuestos análogos califican como infracciones. Justamente, este tipo de técnica de tipificación¹⁸ ha sido acogida por el RLGIT en algunos casos, como por ejemplo en aquellas infracciones previstas en los numerales 25.9, 25.10, 25.15, 25.17 del artículo 25 del RLGIT.

En segundo término, queremos llamar la atención sobre aquella, también, cuestionada facultad de la Inspección del trabajo de requerir al empleador la reposición de un trabajador mediante la medida inspectiva correspondiente, lo cual está relacionado con una crítica mencionada respecto del tipo de materias

¹⁷ Al respecto, cabe indicar que por ejemplo la Corte Suprema, mediante la Casación Nº 3480-2014-Lima, refiriéndose a la infracción prevista en el numeral 25.9 del artículo 25 del RLGIT, ha interpretado, creemos acertadamente, lo siguiente:

“Décimo Primero: Que, la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, comprende también el caso en que el empleador efectuó movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga, y en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a cualquier medida de acción iniciado por los trabajadores en huelga”

¹⁸ A este tipo de regulación de infracciones administrativas, la doctrina las ha denominado como “cláusulas de interpretación analógica”, y han sido consideradas como válidas por el Tribunal Constitucional. Para una revisión más detallada del tema puede leerse: Espinoza, Frank. *La infracción administrativa laboral*. Tesis de Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Lima, PUCP (Escuela de Posgrado), Lima, 2013, pp. 61 y ss. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5245/ESPINOZA_LAUREANO_FRANK_INFRACCION_ADMINISTRATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consulta: 15 de setiembre de 2020.

a las que la labor de verificación de la inspección no alcanza. Nuestra disconformidad parte de coincidir con la postura del profesor Arce, cuando señala que tanto el Convenio N° 81 como la Ley General de Inspección del trabajo, Ley N° 28806, admiten un ámbito de fiscalización sumamente amplio u omnicomprensivo de materias que contiene la legislación laboral nacional, incluyendo a los derechos de los trabajadores ante un despido (Arce, 2016, 815-816), por lo que, en nuestra consideración, resulta posible que la inspección del trabajo pueda requerir mediante la medida inspectiva correspondiente la reposición de un trabajador¹⁹.

En efecto, por ejemplo, podría suceder que un empleador despidiera a uno o varios trabajadores que han conformado un sindicato o a un trabajador sindicalizado, por el solo hecho de tener esta condición, siendo, ambos casos, supuestos de infracciones recogidos en el RLGIT (ver numerales 25.10 y 25.12 del artículo 25 de esta norma), lo cual, a la vista y análisis del inspector, amerite de la disposición de una medida de requerimiento que permita resarcir el incumplimiento advertido, la cual, en estos casos, consistirá básicamente, en la reinstalación del trabajador afectado.

Dicha medida inspectiva, de acuerdo al artículo 14 de la LGIT, permite que el inspector actuante, al comprobar la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requiera al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, **de las medidas necesarias** para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. Este precepto, se ve complementado por el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT, el cual prevé que las mismas, *“pueden consistir en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se le registre en planillas, se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado y la continuidad del trabajador cuando corresponda, la paralización o prohibición inmediata de trabajo o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, **entre otras**”* (resaltado nuestro).

¹⁹ Una opinión similar a la nuestra, y cuyos argumentos de sustento compartimos, puede revisarse en: Béjar, Elio. “Facultad de la inspección del trabajo para requerir la reposición laboral”. En: *Soluciones Laborales*. N° 135. Gaceta Jurídica, Lima, 2019, pp. 107-117.

Las palabras destacadas que componen los preceptos citados, no dejan duda, en nuestra opinión, sobre la variedad de posibilidades que puede adoptar una medida de requerimiento; inclusive, desde una perspectiva literal de estos preceptos, queda claro que el mandato de la medida inspectiva de requerimiento se puede “amoldar” a cada situación reñida con la legislación sociolaboral y que haya sido advertida por el inspector, de tal manera, que dicha orden de dar, hacer y/o no hacer, que comprende tal medida, pueda consistir, en los casos ejemplificados, en que el empleador reponga al trabajador.

En esa línea, creemos que justamente el RLGIT plantea esta regulación ejemplificativa que puede adoptar la medida de requerimiento, en concordancia con la finalidad a la que apunta la inspección del trabajo; ello, en sentido contrario, nos lleva a pensar que no resultaría coherente, con miras a la eficacia del ordenamiento sociolaboral a la que se dirige la labor de la inspección del trabajo, considerar que esta no cuenta con la capacidad de exigir que el empleador infractor reponga a un trabajador en el caso de la afectación de alguno de sus derechos fundamentales mediante el despido, más aún si este tipo de lesión afecta gravemente el ordenamiento jurídico cuya vigencia y eficacia se le ha encargado vigilar a este servicio público.

En ese orden de ideas, resultarían erróneas las apreciaciones que sustentan que la inspección del trabajo no puede requerir la reposición del trabajador, al estimar que esta facultad sólo está reservada únicamente al Poder Judicial, por tratarse de un reconocimiento de derechos a favor de aquel; y es que, nuevamente, creemos que la diferencia que marca la distancia de las atribuciones de cada vía de tutela que hemos referido, no parten de las materias que cada una de ellas puede revisar, interpretar y resolver, sino, en la fuerza jurídica y medios de coacción que cada una de ellas provee y tiene a su disposición para darle eficacia a las respuestas brindadas a cada caso que resuelven.

Por otro lado, no creemos tampoco que lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley N° 29497 pueda considerarse un fundamento normativo para sustentar que la facultad de disponer la reposición, sea exclusiva de la jurisdicción laboral, dado que aquel precepto, en nuestra opinión, se dirige a establecer un tipo de vía judicial que el trabajador podría emplear para obtener una tutela restitutoria.

Lamentablemente, la postura de negar esta posibilidad a la inspección del trabajo ha sido respaldada, aunque entendemos que con desacierto, en alguna ocasión por el Poder Judicial, en el marco de un proceso contencioso administrativo, en el que, justamente un administrado (empleador) había cuestionado que aquella lo haya sancionado por no haber dado cumplimiento a este tipo de requerimiento.

Nos referimos a la sentencia expedida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00470-2009-0-1801-JR-LA08, la que, en relación con el particular, concluyó que dicha atribución o facultad no ha sido contemplada en las normas inspectivas ya que la misma es exclusivamente jurisdiccional, siendo susceptible de ser ordenada por un juez constitucional en un proceso de amparo, o un juez laboral en un proceso de nulidad de despido, sin realizar mayor desarrollo o motivación para arribar a esta conclusión, lo cual, de por sí ya implica una afectación al deber de motivación adecuada y suficiente de toda decisión judicial.

El referido error, en nuestra opinión, se magnifica al advertir que en la mencionada sentencia la Sala Laboral ni siquiera, aplicando una interpretación literal de las normas inspectivas, llega a advertir que las mismas sí contemplan dicha facultad, tal como lo hemos notar líneas atrás. Ahora bien, cabe precisar que dicha sentencia no tiene el carácter de precedente de observancia obligatoria ni configura un criterio que conforme una doctrina jurisprudencial, por lo que sus efectos se reducirían solo al caso concreto, lo cual, no implica que, en nuestra consideración, dicho razonamiento judicial deje de ser un yerro exento de críticas.

3.2. Los problemas que acarrea la conclusión del procedimiento inspectivo por “cuestión litigiosa” en sede judicial

Otra crítica que se le realiza también a la inspección del trabajo se presenta cuando, en simultáneo con el proceso judicial, conoce de una “cuestión litigiosa” que involucra a los mismos hechos, sujetos, y fundamentos. Al respecto, se sustenta que cuando aquella advierte de la presencia de todos aspectos, debe declinar su intervención y proceder con el archivo del expediente administrativo.

En un primer momento, cuando la SUNAFIL reguló este tema, mediante la Directiva N° 001-2016-SUNAFIL, aprobada mediante Resolución de Superintendencia N° 039-2016-SUNAFIL, dispuso que el inicio de las acciones judiciales durante el trámite de las actuaciones inspectivas, no era causal de inhibición por

parte de los inspectores, salvo que exista mandato expreso que así lo disponga; es decir, en buena cuenta, las actuaciones inspectivas debían continuar, pese a tramitarse en el ámbito judicial la misma “cuestión litigiosa”. Sin embargo, actualmente, ante la derogatoria de la mencionada Directiva, mediante Resolución de Superintendencia N° 031-2020-SUNAFIL²⁰, la vigente normativa de la SUNAFIL prevé que en caso el inspector tome conocimiento que se está tramitando en sede judicial una cuestión litigiosa sobre los mismos, hechos, sujetos y fundamentos, debe disponer su término y proceder con el archivo o cierre de la orden de inspección correspondiente²¹.

Sobre el particular, consideramos que si bien es cierto, a este vigente precepto de la inspección del trabajo, subyace la intención de evitar una posible duplicidad o contrariedad de decisiones, es decir, una idea de generar seguridad jurídica por parte de las vías que el Estado ha puesto a disposición de los ciudadanos para que el ordenamiento sociolaboral obtenga eficacia, dicha intención podría “chocar” y/o afectar directamente los intereses legítimos de un denunciante de adquirir medios probatorios o de reforzar los que ya tiene²², a fin de incorporarlos al proceso judicial iniciado en busca de una tutela por parte de la Judicatura.

En efecto, piénsese en aquel trabajador que ha laborado o brindado sus servicios en la completa informalidad, situación que complicaría la aportación de medios probatorios en un eventual proceso laboral, y que acude a la inspección del trabajo, justamente, para que esta, a partir de su investigación, pueda brindarle los suficientes medios probatorios, que le permitan comparecer, con una adecuada aptitud de actuar pruebas, en un proceso laboral. Inclusive, en el caso de aquel, que habiendo acopiado medios probatorios para obtener una

²⁰ Que aprueba la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INII, Directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva.

²¹ Al respecto, cabe añadir que este cambio de postura a la interna de la Inspección del trabajo, no se ha dado solamente desde que la SUNAFIL es la Autoridad Central del Sistema de Inspección, sino también desde antes de su creación. Cfr. Huamán, Elmer: La suspensión del procedimiento de inspección laboral frente a la existencia de un proceso judicial “vinculado”. En: *Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, pp. 668-674.

²² Recordemos que de acuerdo con el artículo 16 de la LGIT, los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos, aunque, ciertamente, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

respuesta favorable de la Judicatura, requiere de la intervención de la inspección del trabajo para fortificar su material probatorio ante la eventual identificación de una infracción administrativa por parte de su empleador.

Al respecto, cabe caer en cuenta que, inclusive, el artículo 21 de la Ley N° 29497 permite que las partes puedan presentar, extraordinariamente, medios probatorios que se hayan obtenido con posterioridad a los actos postulatorios y hasta el momento previo a la actuación probatoria, lo cual puede darse cuando la inspección del trabajo ha emitido un acta de infracción luego de que el trabajador, eventualmente favorecido con la misma, haya presentado su demanda, la cual, ciertamente, será valorada por el juez, en conjunto con los demás medios probatorios presentados por las partes a fin de dar solución al conflicto puesto a su conocimiento²³.

Por otro lado, la “triple” identidad (sujetos, objeto y fundamento) a la que se refiere la vigente normativa de la SUNAFIL²⁴, para proceder con la conclusión de las actuaciones inspectivas, no se presenta en rigor. Efectivamente, en primer lugar, las partes del procedimiento inspectivo y del proceso judicial no son las mismas (en el primero es la inspección del trabajo frente al empleador, mientras que en el caso del proceso laboral, normalmente, son el empleador con el trabajador), y, en segundo lugar, se advierte también que el fundamento que sustenta las funciones de cada vía de tutela apunta en diferentes sentidos, ya que en el primer caso, se determina la responsabilidad administrativa del empleador, mientras que en el segundo, se define si le corresponde o no el derecho reclamado al trabajador.

Ahora, si bien es cierto, en estricto dicha “triple” identidad no se produce, consideramos que sí queda claro que, por lo menos, el aspecto del “fundamento” de cada una de ellas, puede considerarse como el mismo, en la medida en que mediante ambas vías, el Estado, como Administración Pública y Poder Judicial, busca brindarle eficacia al ordenamiento sociolaboral, por lo que, el trámite en

²³ Nótese que, inclusive, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2018, se ha concluido que, de manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo, fuera de las oportunidades previstas en el artículo 21 de la Ley N° 29497, como por ejemplo, en la vista de la causa correspondiente a la segunda instancia.

²⁴ En relación con ello, cabe precisar que la prevista “triple identidad” a la que se refiere el numeral 7.2.1 de la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INII, apunta a reflejar y recoger en el ámbito inspectivo, lo previsto en el artículo 75 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO-LPAG).

simultáneo del mismo “conflicto”, podría resultar, por un lado, innecesario, inclusive desde un punto de vista de optimización de los recursos públicos, y por el otro, riesgoso, ante la posibilidad de la duplicidad o contrariedad de soluciones que puedan darse en ambas vías.

De esta manera, confrontando esta última idea, con nuestra postura de que las actuaciones investigatorias de la inspección del trabajo no deberían archivarse, creemos que podría, en todo caso, sustentarse que la suspensión referida se concrete en el caso que dichas actuaciones motiven el inicio del procedimiento administrativo sancionador, atendiendo a que de esa forma, por un lado, el trabajador igualmente pueda obtener medios probatorios de carácter público, que le permitan, en conjunto con el restante material probatorio incorporado al proceso, procurarle generar convicción al juez laboral sobre su postura, impidiéndose, por el otro, que la inspección del trabajo prosiga con la determinación de la sanción administrativa propuesta por el inspector mediante dicha acta²⁵ (atendiendo, a que es en el marco del procedimiento administrativo sancionador que la inspección del trabajo finalmente determina que el sujeto inspeccionado ha vulnerado o no la normativa sociolaboral), evitando, de esa manera la posibilidad de que ambos instrumentos estatales de tutela de derechos laborales emitan decisiones disímiles.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En ocasiones, un trabajador que acude al Poder Judicial puede encontrar un respaldo o auxilio probatorio en los productos de la investigación que haya podido realizar la inspección del trabajo. Esta es, ciertamente, una correcta percepción de la labor de la inspección del trabajo, pero ello no implica que solo de esta manera, este servicio público de la Administración del Trabajo coadyuva en la labor de brindar eficacia al ordenamiento sociolaboral.

²⁵ Sobre el particular, cabe recordar que el año 2017, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 1437/2016-PE, que plantea la inclusión, en la LGIT, del artículo 45-A, en los siguientes términos:

“El procedimiento sancionador se suspende cuando el sujeto inspeccionado comunica a la Autoridad Inspectiva de Trabajo que, antes del inicio o durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas, ha sido demandado en sede jurisdiccional por el incumplimiento de las mismas obligaciones, periodos y trabajadores comprendidos en el Acta de Infracción.

La Autoridad Inspectiva del Trabajo que suspende el procedimiento debe comunicar dicha decisión a la autoridad judicial que conoce el proceso judicial que motiva la suspensión”.

El hecho de que la inspección del trabajo no tenga el mismo poder de coerción que la judicatura para requerir el cumplimiento de la normativa sociolaboral, y que la entidad o fuerza de sus decisiones finales sean dispares, no significa que en el desarrollo de su labor no tenga la posibilidad de verificar el cumplimiento de cualquier materia sociolaboral o realizar un ejercicio interpretativo de dicha normativa, cuando corresponda, tal como lo hace el juez laboral, al resolver un conflicto jurídico puesto en su conocimiento.

Reafirmarnos en estas ideas finales, creemos, nos ayudarán también a repensar y a apreciar la real importancia y dimensión que tiene (o debería tener) la labor de la Inspección del Trabajo no solo en la búsqueda de la eficacia del ordenamiento sociolaboral, cuya vigilancia tiene a su cargo, sino también, y a partir de esta finalidad, como instrumento medular con miras a mejorar nuestros niveles y estándares de trabajo decente, como partícipes de una comunidad internacional que apunta decididamente a este objetivo.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, E. (2016). Luces y sombras de la inspección del trabajo. *Libro del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Baylos, A. y Terradillos, J. (1990) *Derecho Penal del Trabajo*. Trotta.
- Bullard, A. (2005). Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas. *Themis*, (51).
- Carmona, J. (2007). La división de poderes y la función jurisdiccional. *Revista Latinoamericana de Derecho*. (7-8). <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>.
- Casale, G. y Sivananthiran, A. (2011) *Los fundamentos de la administración del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo.
- Castillo, L. (2007). Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC? *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos*. Palestra.
- Priori, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et veritas* (26).
- Toyama, J. y García, A. (2011). La Prueba en el Derecho Laboral: El Proceso Inspectivo y la Justicia Oral. *Derecho & Sociedad*, (37).
- Vignolo, O. (2011). La cláusula del estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (131). <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n131/v44n131a10.pdf>.

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA ÚNICA EN LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

*Elmer Huamán Estrada**

Sumario

I. Introducción. II. El comité de investigación de hostigamiento sexual y su papel de órgano de investigación y propositivo de la sanción. III. La declaración de la víctima como prueba exclusiva en los casos de hostigamiento sexual laboral. 3.1. La declaración de la víctima como prueba exclusiva en los casos de hostigamiento sexual. 3.2. Evaluación de la declaración de la víctima como prueba única en los procedimientos de hostigamiento sexual laboral. IV. La presunción de inocencia del trabajador denunciado en los procedimientos de hostigamiento sexual con declaración de la víctima como prueba exclusiva. V. La labor del CIHS y del área de recursos humanos en los procedimientos de hostigamiento sexual con declaración de la víctima como prueba exclusiva. VI. Conclusiones.

* Abogado por la Universidad de Piura y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUCP. Docente de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la UTP. Asociado sénior del área laboral de Lazo & De Romaña Abogados. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia el 2019 en nuestro país de las nuevas precisiones en materia de hostigamiento sexual laboral, a propósito de la emisión del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, norma reglamentaria de la Ley N° 27942, Ley de Hostigamiento Sexual, una serie de dudas surgieron en el ámbito de las relaciones laborales, básicamente, enfocadas en definir la puesta en marcha del papel del empleador como órgano encargado de investigar y sancionar; a la vez, los casos de hostigamiento sexual que se presentan en su ámbito.

Así, bajo la nueva normativa, los empleadores deben contar con un Comité de Investigación de Hostigamiento Sexual (CIHS), órgano paritario conformado tanto por representantes del empleador y de los trabajadores; el que se encuentra encargado de investigar el asidero fáctico y legal de los posibles casos de hostigamiento sexual que se puedan presentar en la empresa y, luego de realizar esta investigación, de recomendar la imposición de una sanción o el archivamiento del caso. Al mismo tiempo, los empleadores, a través de otro órgano distinto a este CIHS que vendría a ser el Área de Recursos Humanos, debe decidir si sanciona o no y qué sanción impone a los trabajadores que hayan cometido los actos de hostigamiento sexual que son imputados.

La labor del CIHS y del área de recursos humanos no será tan complicada en ciertos casos, cuando, por ejemplo, existe abundante material probatorio que les permite a ambos órganos corroborar la existencia de los actos de hostigamiento sexual investigados; sin embargo, existirán otras situaciones, que nos ha develado la puesta en marcha de la normativa en esta materia, en las que la única prueba para concluir un posible caso de hostigamiento sexual es la propia y exclusiva declaración de la presunta víctima.

En este último escenario, la labor del CIHS, encargado de la investigación de presuntos actos de HS, y del área de RH, encargado de sancionar y decidir qué sanción imponer, se torna compleja, ya que, por un lado, se encuentra la dificultad de arribar a una conclusión (existencia de un caso de HS) a fin de tutelar al trabajador afectado y erradicar este tipo de situaciones al interior de la empresa; y, por otro lado, el derecho fundamental al debido procedimiento del presunto hostigador, el cual, para ser sancionado válidamente (incluso, con el despido) ha debido gozar de la garantía del derecho a recibir una sanción

basada en pruebas que soporten los hechos que se le imputan y, asimismo, de ver respetado su derecho a la presunción de inocencia.

La presente investigación busca analizar y brindar pautas para la atención de aquellos casos de hostigamiento sexual laboral en los que la única prueba con la que se cuenta es la propia declaración de la presunta víctima. Por ello, analizaremos, primero, el papel del CIHS en la atención de los casos de hostigamiento sexual; segundo, nos detendremos a analizar el escenario en el que la única prueba del hostigamiento sexual denunciado es la propia declaración de la presunta víctima; tercero, analizaremos si una decisión empresarial fundamentada única y exclusivamente en la declaración de la víctima es conforme con el respeto de la presunción de inocencia del trabajador acusado; y, finalmente, precisaremos algunas pautas dirigidas al CIHS y al área de recursos humanos cuando se presenten estas complejas situaciones probatorias.

II. EL COMITÉ DE INVESTIGACIÓN DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y SU PAPEL DE ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN Y PROPOSITIVO DE LA SANCIÓN

En nuestra actual normativa laboral, existe la obligación de los empleadores que cuentan con veinte (20) o más trabajadores de contar con un CIHS, el cual “investiga y emite recomendaciones de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual”, y que asegura en su conformación la representación de los trabajadores. Si el empleador cuenta con menos de veinte (20) trabajadores, el Comité de intervención frente al Hostigamiento Sexual lo asume un delegado contra el Hostigamiento Sexual.

Este Comité, pues, garantiza la participación de los trabajadores en la investigación de los actos de hostigamiento sexual, así como en la elaboración de las recomendaciones que este órgano trasladará al órgano decisorio de la empresa. Esta participación de los trabajadores, como indican Bermúdez y Prades (2006), se denomina “cogestión”, la cual:

Otorga a los trabajadores un rol activo en la empresa, que a la par de la lucha por el otorgamiento de los beneficios sobre los cuales siempre han actuado los sindicatos, se diferencia de éstos por situar al trabajador en una posición de mayor envergadura, pues de algún modo trataría de asimilarlo a la clase patronal en cuanto al cumplimiento de acciones que normalmente estos como propietarios habían realizado. (p. 13)

Así, queda claro que, a diferencia de otras situaciones en las que el empleador únicamente es el que realiza la investigación de la comisión de posibles incumplimientos de los trabajadores, en materia de hostigamiento sexual, al menos en la etapa de investigación y propuesta de sanción, esa función es compartida entre los representantes del empleador y representantes del trabajador que conforman este CIHS.

De esta manera, el CIHS tiene, conforme lo confiere nuestra normativa, la función de ser el “órgano encargado de (...) investigar los hechos y emitir el informe con las conclusiones de la investigación” (numeral 19.2 del artículo 19 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP), lo que deberá realizar respetando “el debido procedimiento de ambas partes” (numeral 19.4 del artículo 19 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP).

Precisamente, en el ejercicio de esa función de investigar los hechos que giran alrededor del supuesto caso de hostigamiento sexual y de proponer una sanción o el archivamiento del caso, se presentan situaciones complejas para el CIHS como lo serían aquellas en las que la única prueba con la que se cuenta es la declaración de la víctima del presunto acto de hostigamiento sexual.

Y estas situaciones, aunque se pueda pensar preliminarmente que son de difícil ocurrencia, se presentan en ámbitos como el penal y en específico cuando nos encontramos frente a delitos vinculados a la libertad sexual, ya que como nos señala Miranda Estrampes, la experiencia nos enseña que, en una multitud de ocasiones, frente a la posición del acusado o procesado que niega rotundamente los hechos delictivos que se le imputan, se alza la declaración de la víctima u ofendido por el delito como única prueba incriminatoria. (Vizcarra, 2016, p.333)

Por consiguiente, como nos indica Vizcarra (2016):

(l)a declaración de la víctima en los delitos denominados “clandestinos” es vital. Esta declaración es admitida como única prueba de cargo legítima, sobre todo en delitos contra la libertad sexual, pero requiere la presencia de datos periféricos de carácter objetivo que corroboren su versión. (p. 333)

En un mismo sentido, debemos resaltar, a partir de la experiencia práctica en estos asuntos, que resulta complicado para el trabajador víctima de hostigamiento sexual demostrar la afectación de la que ha sido víctima. La doctrina, con relación a este asunto, nos indica que “el carácter secreto del acoso, la ausencia

de evidencias físicas, de testimonios o la parálisis inicial de la víctima, hacen de la aportación de indicios probatorios el problema central (...)" (Poquet, 2016).

Por lo tanto, no debe resultarnos extraño encontrar casos en los que se presenten denuncias de posibles actos de hostigamiento sexual clandestinos, en los que hay una carencia de pruebas materiales y sólo se cuenta con la declaración de la víctima; y que no deben llevar, como exponemos a continuación, a rechazar y archivar estas denuncias bajo el argumento de una falta de pruebas o de que la declaración de la víctima por sí sola no puede sustentar la ocurrencia de este tipo de actos.

III. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA EXCLUSIVA EN LOS CASOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

3.1. La declaración de la víctima como prueba exclusiva en los casos de hostigamiento sexual

Sobre la valoración de las pruebas que debe realizar tanto el CIHS como el área de recursos humanos o el que tome la decisión y ejecute la sanción, debemos partir precisando lo que nos indica el numeral 20.4 del artículo 20 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, que regula lo siguiente:

20.4 Tanto en la etapa de investigación como en la de sanción, la valoración de los medios probatorios debe realizarse tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad de la presunta víctima, considerando particularmente lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

Vemos, pues, que este dispositivo normativo impone el deber al CIHS de valorar las pruebas con las que cuente sobre la denuncia del acto de hostigamiento sexual, tomando en cuenta, primero, la situación de vulnerabilidad de la presunta víctima; y, segundo, deberá realizar esa valoración contemplado lo dispuesto en el artículo 12 del D.S. 009-2016-MIMP.

¿Y qué nos precisa esta última norma en mención? Pues lo siguiente:

Artículo 12.- Declaración de la víctima

12.1 En la valoración de la declaración de la víctima, los operadores y operadoras de justicia, especialmente deben observar:

a. **La posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten**

razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación.

b. La importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.

12.2 Asimismo, deben observar los criterios establecidos en los Acuerdos Plenarios aprobados por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Esta norma de remisión, plenamente aplicable al procedimiento de investigación de los actos de hostigamiento sexual, precisa que la sola declaración de la víctima es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, para considerar culpable al trabajador o trabajadora denunciado, siempre que no hubiera razones objetivas que invaliden esa declaración. Dichas razones invalidantes de la eficacia de la declaración de la víctima serán, a su vez, analizadas desde la evaluación de los criterios de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación; factores que la misma norma nos indica que deben estudiarse y aplicarse a partir de los criterios establecidos en acuerdos plenarios de nuestra Corte Suprema.

Por lo tanto, el CIHS y el área de recursos humanos incurrirían en un desacierto si proceden a archivar una denuncia de hostigamiento sexual bajo el argumento de que el único medio de prueba es la sola declaración de la víctima. En tal sentido, debe tenerse presente que la misma normativa indica que esta prueba es suficiente para concluir en la responsabilidad del presunto hostigador sexual; y, para concluir lo contrario, esto es, en su ausencia de responsabilidad, tanto el presunto hostigador como la propia empresa deberán poder rebatir esta presunción de veracidad de la declaración de la víctima a través de una pauta metodológica que la normativa y jurisprudencia penal más profusamente han analizado y que detallamos en el punto siguiente de este artículo.

3.2. Evaluación de la declaración de la víctima como prueba única en los procedimientos de hostigamiento sexual laboral

Conforme lo hemos indicado en el punto anterior, la declaración de la víctima puede perder su carácter incriminatorio siempre que existan pruebas que permitan derribar su valor probatorio. En este punto, es importante advertir las precisiones contenidas en el “Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanen-

te y Transitoria” de la Corte Suprema, celebrado mediante el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en el que, en el punto 10, se nos ha indicado lo siguiente:

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva.** Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) **Verosimilitud**, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) **Persistencia en la incriminación**, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

Por lo tanto, aunque en la práctica pueda resultar complejo aplicar estas pautas para los miembros del CIHS y del área de recursos humanos del empleador, que no necesariamente son expertos en el Derecho y más aún en el Derecho Penal o en Argumentación Jurídica, se deberá someter a este análisis la declaración de la víctima a fin de confirmar su validez como prueba única en los casos de hostigamiento sexual.

En tal sentido, los miembros del CIHS y el área de recursos humanos deberán analizar, respecto a la declaración de la víctima como única prueba en la imputación de actos de hostigamiento sexual, lo siguiente:

a) Que la declaración de la víctima no adolezca de incredibilidad subjetiva

Como nos indica la jurisprudencia penal se debe examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad.

Por ejemplo, podrá acarrear que la declaración pierda su valor probatorio el hecho de que el trabajador denunciando haya tenido una relación sentimental con la trabajadora denunciante que hubiera finalizado con problemas conocidos públicamente (por ejemplo, publicaciones en Facebook sobre los

problemas sentimentales de ambos trabajadores); o que entre los trabajadores haya existido previamente un litigio civil por ejemplo de alimentos en los que el trabajador obtuvo una sentencia favorable generando con ella un resentimiento en la trabajadora denunciante. O, por indicar otro ejemplo, que haya existido un concurso de ascenso al interior de la empresa en el que ganó un trabajador y el otro, que esperaba el ascenso desde hace buen tiempo, denuncia al ganador de haberlo hostigado sexualmente desde hace varios meses (antes y durante el concurso de ascenso).

Estos ejemplos, sin embargo, no deben por sí solos generar la incredulidad subjetiva del testimonio de la denunciante, pero deberán ser valorados a efectos de poder concluir si debilitan o no dicha declaración.

b) Que la declaración de la víctima sea verosímil

La declaración de la víctima debe ser coherente, sólida, y debe encontrarse acompañada de ciertas corroboraciones periféricas que la hagan una denuncia creíble. Por ejemplo, un caso en materia penal en el que se destruyó la verosimilitud de la declaración se produjo debido a que cuando el presunto agraviado indica se produjo el acto lesivo se encontraba en estado de ebriedad, lo que, para la Corte Suprema (sentencia emitida al momento de resolver el Recurso de Nulidad N° 2172-2015-Lima), además de otras inconsistencias en su relato, produjeron que se le reste verosimilitud al hecho.

Esta verosimilitud es más exigible en casos en los que la comisión del acto de hostigamiento sexual es clandestina, esto es, en la que no hay pruebas materiales del hecho ocurrido. Por ejemplo, una trabajadora denuncia que un compañero de trabajo le dijo una frase de contenido sexista, pero sólo la escuchó ella y no hubo testigo alguno, lo cual se produjo en el centro de trabajo a las 09:00 p.m. cuando ya no había más trabajadores que los dos en la empresa; sin embargo, el denunciado demuestra que a esa hora se encontraba en el cine (y lo logra demostrar), restando, con ello, de toda verosimilitud a la denuncia.

Es importante precisar que el Tribunal del Servicio Civil ha reconocido, en la Resolución N°001962-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala, que:

(...) el hostigamiento o acoso sexual es una falta que suele cometerse de forma clandestina, sin la presencia de testigos y en ocasiones sin dejar rastros o vestigios materiales, lo que naturalmente dificulta contrastar el testimonio de la víctima con otros elementos de carác-

ter objetivo. Por esa razón, es necesario recurrir a otros elementos de prueba o indicios que permitan generar un grado de certeza suficiente para determinar la culpabilidad del procesado en los hechos atribuidos. Un ejemplo sería una **pericia psicológica que evidencie que la víctima padece de síntomas compatibles con episodios de hostigamiento sexual.** También, el **testimonio de quienes puedan haber observado que el investigado(a) haya empleado términos de corte sexual hacia la víctima, o le haya hecho proposiciones reiteradas para citas o actos de similar naturaleza**” (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, podrá servir, tanto a favor como en contra de la verosimilitud de la declaración, aportar esos elementos periféricos que menciona la jurisprudencia penal, siendo ejemplos de ellos una pericia psicológica de la víctima o declaración de testigos sobre el comportamiento o conducta tanto del acusado como de la víctima.

- c) Que la declaración de la víctima sea persistente durante la investigación del acto de hostigamiento sexual

Respecto a este presupuesto de la declaración de la víctima, se exige que esta sea continua y no entre en contradicciones durante la investigación del acto de hostigamiento sexual¹. Así, por ejemplo, podría perder su persistencia una declaración de una trabajadora que, por escrito, informó al CIHS de haber sido víctima de declaraciones sexuales de un compañero de trabajo, pero, cuando se acercó a dar sus declaraciones ante los miembros de este Comité, indicó que todo fue un error o varió los hechos de su declaración.

Sobre este elemento, debe indicarse que no existe normativa que impida o prohíba que el trabajador víctima de un acto de hostigamiento sexual declare más de una vez sobre los actos que denuncia. Asimismo, deberá cuidar el empleador de no infringir la prohibición de revictimización que, conforme lo establece el artículo 15 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, exige que en la actuación de los medios probatorios no se exponga a la víctima a ciertas situaciones como “la declaración reiterativa de los hechos”; prohibición que, no obstante, según la Corte Suprema, “no puede convertirse en un obstáculo para la averiguación

¹ Debemos indicar en este punto que el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 31 de enero de 2005, sobre la persistencia en la incriminación ha señalado que **no se exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajuste a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imposiciones, una base sólida y homogénea.**

de la verdad procesal cuando, precisamente, lo que se discute es la calidad de la víctima de la declarante; (...). La “no revictimización” no es un principio absoluto y, por tanto, no puede estar por encima del derecho constitucional a la presunción de inocencia”².

No obstante, deberá tenerse en cuenta que la retractación de la víctima no necesariamente debe generar que su declaración pierda valor probatorio. Señalamos esto porque la Corte Suprema, a través del VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria celebrado mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, ha precisado lo siguiente:

La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración inculpativa y la corroboración coetánea —en los términos expuestos— que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado —venganza u odio— y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

En tal sentido, consideramos que la prohibición de no revictimización en los casos de hostigamiento sexual en los que sólo existe como prueba la propia declaración de la víctima, especialmente cuando estamos frente a actos “clandestinos” (en los que no hay prueba material del acto de hostigamiento), se debe flexibilizar a fin de permitir que la víctima pueda declarar ante el CIHS a fin de evaluar la consistencia de su declaración y, en tal sentido, que se pueda comprobar su persistencia en el tiempo; asimismo, en caso exista una retractación de la víctima en su declaración, se deberá analizar interna como externamente a fin de poder justificar dejar de lado esa declaración como prueba del acto de hostigamiento sexual.

² Ver sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema al resolver el Recurso de Nulidad N° 3303-205-Lima.

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL TRABAJADOR DENUNCIADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL CON DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA EXCLUSIVA

Como ya previamente lo habíamos deslizado, concluir al interior de la empresa que un trabajador ha cometido un acto de hostigamiento sexual únicamente a partir de la declaración de la presunta víctima, podría colisionar con el derecho a la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, ostenta el trabajador también en el marco de la relación laboral que sostiene con su empleador.

Este derecho a la presunción de inocencia, sin embargo, tal como lo ha precisado nuestro Tribunal Constitucional no sería absoluto sino relativo, pues “parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia está vinculado también con que dicho derecho incorpora una presunción «iuris tantum» y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada mediante una mínima actividad probatoria”³.

Por ello, la presunción de inocencia del denunciado como hostigador sexual en el marco de una relación laboral será válidamente derrotada incluso cuando la única prueba de cargo es la declaración de la propia víctima. No obstante, conforme lo ha precisado el Tribunal Supremo español “(...) aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva, o dicho en positivo, credibilidad subjetiva del testimonio, verosimilitud del mismo y persistencia en la acusación”⁴.

Por consiguiente, la presunción de inocencia que ostenta el trabajador acusado de un acto de hostigamiento sexual no se verá afectada cuando la

³ Sentencia recaída en el expediente N° 2440-2007-PHC/TC, fundamento quinto.

⁴ sentencia del Tribunal Supremo español 269/2014 (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 1845/2013 de 20 de marzo de 2014)

única prueba en contra de él es la acusación de la víctima, siempre que dicho testimonio sea creíble subjetivamente, verosímil y persistente; debiendo, para ello, ser el CIHS cuando investiga y recomienda la sanción a imponer, y el área de recursos humanos de la empresa cuando sanciona, los encargados de valorar esta declaración a la luz de este examen que permitirá sustentarla como prueba suficiente de incriminación del trabajador acusado.

V. LA LABOR DEL CIHS Y DEL ÁREA DE RECURSOS HUMANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL CON DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA EXCLUSIVA

Es evidente la difícil labor del CIHS y del área de recursos humanos en aquellos casos en los que la única prueba de cargo es la declaración de la víctima, en especial, en aquellos casos que son denominados como “clandestinos”, esto es, en los que no hay prueba material alguna que sustente la acusación existiendo como única prueba la declaración de la víctima de haber sido agredida sexualmente por algún compañero de trabajo.

En estos casos, consideramos que la dificultad que ostentan ambos órganos del empleador es dar soporte jurídico a la decisión que vayan a asumir: el CIHS que deberá investigar y evaluar si la declaración de la víctima reúne los presupuestos que la jurisprudencia penal ha establecido para dar validez a esta declaración como prueba inculpatoria; y el área de recursos humanos, que deberá revisar las recomendaciones efectuadas por el CIHS y que deberá tomar la decisión de sancionar o no al trabajador a partir de las pruebas aportadas en la etapa de investigación.

Y precisamos que lo anterior desde nuestro punto de vista implica una seria dificultad ya que los miembros del CIHS son finalmente trabajadores (ya sea que representen en estricto a los trabajadores o al empleador) al igual que lo son los miembros del área de recursos humanos; y no se exige en la normativa que alguno sea un operador jurídico.

No obstante, una manera de paliar esta complicación podría ser el cumplimiento de la obligación impuesta en el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, que establece que el empleador deberá brindar “(u)na (1) capacitación anual especializada para el área de Recursos Humanos o el que haga sus veces, el Comité de intervención frente al Hostigamiento Sexual o el que haga sus veces y los demás involucrados en la

investigación y sanción del hostigamiento sexual, con el objeto de informar sobre el correcto tratamiento de las víctimas, el desarrollo del procedimiento, así como la aplicación de los enfoques previstos [en la normativa]. Esta obligación no será exigible en el caso de las micro y pequeñas empresas, siempre que se encuentran acreditadas en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa — REMYPE”.

Esta capacitación, por consiguiente, deberá enfocarse en brindar estas herramientas y pautas metodológicas jurídicas a los miembros del CIHS y del área de recursos humanos de la empresa. Sin embargo, como la misma norma indica, esta capacitación no será exigible para las micro y pequeñas empresas, por lo que somos de la idea de que en estas organizaciones probablemente los miembros del CIHS o el delegado que cumple esta función tendrá serias complicaciones al momento de evaluar aquellas denuncias en las que la única prueba es la propia declaración de la víctima.

Por otro lado, no debe dejarse de lado, como previamente lo hemos indicado, el derecho al debido proceso del acusado, el que, tanto en la etapa de investigación (numeral 19.4 del artículo 19 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP) como en la etapa ante el área de recursos humanos (numeral 20.2 del artículo 20 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP), será el principal interesado en aportar las pruebas que permitan destruir la eficacia de la declaración de la víctima como única prueba de cargo.

Finalmente, se debe resaltar la importancia en la delimitación, atención y correcto análisis de esta casuística analizada en este artículo, puesto que un escenario en el que el CIHS y el área de recursos humanos archiva una denuncia de hostigamiento sexual señalando que la única prueba es la declaración de la víctima, o el escenario en el que se despide a un trabajador sobre la base de la declaración de la víctima pese a que existían pruebas aportadas por el acusado que destruían la eficacia de esa prueba; podrían generar que el empleador tome decisiones erradas que generen contingencias administrativas (multas de SUNAFIL) o judiciales (demandas ya sea del trabajador víctima de hostigamiento sexual o el trabajador sancionado).

VI. CONCLUSIONES

1. La experiencia práctica nos ha mostrado que existirán casos de hostigamiento sexual en los que la única prueba de incriminación del presunto

hostigador es la propia declaración de la víctima. Esta situación se presenta especialmente en los casos “clandestinos”, en los que el acto de hostigamiento sexual se produjo de manera instantánea sin que quede rastro material alguno; escenario que es frecuente en las agresiones sexuales al interior de las empresas.

2. La declaración de la víctima, conforme con nuestra normativa, es una prueba suficiente que permite derribar la presunción de inocencia que ostenta el acusado. Sin embargo, debido a la carencia de otras pruebas que en estos casos permita sustentar la acusación de la víctima, se exige —conforme a los criterios de la Corte Suprema— que esta declaración soporte un examen en el que se analizará estos tres requisitos: que la declaración de la víctima no incurra en una incredibilidad subjetiva (es decir, que tenga credibilidad subjetiva), que sea verosímil y que sea persistente durante la investigación del acto de hostigamiento sexual.
3. Reconocemos que el análisis y los requisitos antes mencionados, que se exigen para ratificar la validez de la declaración de la víctima, es complejo, puesto que es una metodología propia del Derecho Penal que, sin embargo, es exigida por nuestra normativa laboral en la investigación de los actos de hostigamiento sexual; lo que implicaría, en buena cuenta, trasladar esta labor *cuasi jurisdiccional* a los miembros del CIHS y del área de recursos humanos de los empleadores.
4. Una manera de paliar esta complejidad en la labor normativamente conferida a los miembros del CIHS y del área de recursos humanos la encontramos presente cuando se impone el deber de brindarles una capacitación anual especializada a los trabajadores que conforman estos órganos. No obstante, esta capacitación no es exigida para las micro y pequeñas empresas, por lo que no de realizarse creemos podría generar que al interior de estas organizaciones se asuman decisiones erradas al momento de analizar los casos de hostigamiento sexual que se presenten entre sus trabajadores.
5. Finalmente, reconocemos la importancia de ahondar y examinar asuntos como el analizado en este artículo, puesto que la decisión del empleador de archivar o sancionar a un trabajador (incluso con el despido) en los casos en los que sólo hay como prueba la denuncia del trabajador víctima de hostigamiento sexual, sin tener presente las herramientas que la misma

norma impone revisar (incluso, acudiendo a los criterios judiciales en materia penal), puede generar severas contingencias administrativas o judiciales para el empleador.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bermúdez, Y. y Prades, C. (diciembre, 2006). Algunas consideraciones sobre la cogestión laboral en Alemania, España y Venezuela. *Gaceta Laboral*, 12(3) Maracaibo dic. 2006.
- Poquet, R. (2016). Las dificultades probatorias del acoso laboral. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10). Editorial Aranzadi.
- Vizcarra, P. (2016). Precisiones al Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 Declaración de la víctima suficiente para enervar la presunción de inocencia. *Foro Jurídico*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/19854/19895/>

EL VACÍO NORMATIVO DEL MUTUO DISENSO LABORAL: NECESIDAD DE CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ PARA CELEBRAR EL ACUERDO (RATIFICACIÓN POR PARTE DEL INSPECTOR DE TRABAJO)

*Rosa Isabel Torres Cadillo**

Sumario

I. Introducción. II. Mutuo disenso: La extensión laboral consensuada. 2.1. Mutuo disenso y derecho laboral. 2.2. Carácter irretroactivo del mutuo disenso. 2.3. Ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica derechos de terceros. 2.4. Extinción de un contrato por ambas partes. 2.5. Contrato con cláusulas de mutuo disenso no recibirán indemnización. III. Despido arbitrario o mutuo disenso. IV. Validez del mutuo disenso. 4.1. Carezca de vicios de voluntad. 4.2. El mutuo disenso debe constar por escrito. 4.3. No toda amenaza califica como vicio de la voluntad en la firma de cese por mutuo disenso. 4.4. La intervención del inspector de trabajo en el mutuo disenso. V. Conclusión. VI. Recomendación. VII. Referencias Bibliográficas.

* Abogada, Especialista legal de la Nueva Ley Procesal del Trabajo de la Corte Superior de Justicia del Santa. Magister en Gestión Pública de la Universidad Cesar Vallejo. Egresada de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Santa. Correo: rtorresc@pj.gob.pe.

I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente que el empleador recurra a la coacción hacia sus trabajadores para que puedan dar por finalizado la relación laboral disfrazándolo de mutuo disenso; sin embargo la realidad es otra, luego de la firma, muchas veces, el referido contrato termina en los tribunales por el incumplimiento del pago de compensación por parte del empleador. En efecto, ante estos hechos resulta legítimo implementar como mecanismo de control de los mutuos disensos laborales que el inspector de Sunafil, previa evaluación, pueda ratificar los contratos disensos de tal forma que se garantice el derecho de los trabajadores y sea un mecanismo disuasivo que neutralice futuros fraudes o vicios de la voluntad del contrato, en perjuicio del trabajador.

En nuestra legislación no existe un mecanismo legal que obligue al empleador, como requisito de validez del contrato del mutuo disenso, la ratificación del inspector; ello en merito a un instrumento de control que valide eficazmente la voluntad del trabajador, descartando todo tipo de coacción.

II. MUTUO DISENSO: LA EXTINCIÓN LABORAL CONSENSUADA

Por el mutuo disenso (art. 1313 del Código Civil) las partes dejan sin efecto el acto jurídico sin que esta decisión afecte derechos de un tercero. Según la doctrina, consiste en un contrato que disuelve las obligaciones del contrato anterior, esto es, lo dejan sin efecto. En ese sentido, se considera como el acuerdo donde resuelven extinguir la obligación contractual por voluntad de las partes, de tal forma que son libres de disponer lo suyo. En efecto, el carácter extintivo de la obligación deviene del pleno consentimiento de los contratantes. Cabe resaltar que se trata de un contrato bilateral que necesariamente requiere de un contrato anterior que será extinguida su obligación (Coca-Guzmán, 2020).

A pesar de la protección del trabajador en la legislación, existen mecanismos para dar término a la relación laboral de forma legal, entre ellas destaca el acuerdo de las partes (mutuo disenso). En esta modalidad de extinción del vínculo laboral el empleador es uno de los más favorecidos, puesto que se evita futuros conflictos legales y mayor rentabilidad para la empresa (IONOS, 2020).

2.1. Mutuo disenso y derecho laboral

Esta figura jurídica es frecuente en el derecho laboral peruano, además se encuentra estipulado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

(artículo 16 literal d) donde consigna como una de las causales validas de extinción del vínculo laboral. Claro está que debe ser celebrador por las partes involucradas (empleador y trabajador) para dar por concluida la relación laboral. En tal sentido, se sostiene en la Casación Laboral 20075-2015, Lima (sobre indemnización por despido arbitrario) en que reza “(...) por mutuo disenso genera indemnización cuando haya incumplimiento en el pago de la suma fijada por mutuo acuerdo como indemnización por cese” (Coca-Guzmán, 2020).

2.2. Carácter irretroactivo del mutuo disenso

Es de naturaleza absoluta la irretroactividad del mutuo disenso, salvo en materia de obligaciones donde son las partes quienes flexibilizan sus efectos (sin vulnerar derechos de terceros) en merito a la autonomía de la voluntad privada. Esta condición es sensata, debido a cerrar la posibilidad de que sus efectos sean retroactivos, en las partes que celebran el mutuo disenso, más aún si se trata de un contrato bilateral de contenido laboral, sus efectos tienen que surtir a partir de la suscripción, para poner termino al contrato anterior donde acredita la relación laboral (Coca-Guzmán, 2020).

2.3. Ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica derechos de terceros

Como en todo acto jurídico se tiene que cautelar los derechos de terceros, en tal sentido, resulta valido lo preceptuado por el artículo 1313 del Código Civil (parte final) que estipula que el mutuo disenso se tiene por no efectuado ante la vulneración de derechos de un tercero. Esta norma procura resguardar los derechos que adquirió el tercero con una de las partes que va a suscribir el contrato de mutuo disenso, pues bien, bajo esa misma lógica los actos privados gozan de valides cuando lesionen derechos (Coca-Guzmán, 2020).

2.4. Extinción de un contrato por ambas partes

La forma legal y legítima de dar por concluido una relación contractual consensuada es por medio de mutuo disenso. Aquí las partes empleador y trabajador pueden abordar temas como compensación o algún otro beneficio pecuniario, para dar por satisfecho la conclusión de la relación laboral. En ese contexto, son las partes quienes exteriorizan la intención de extinguir el vínculo contractual laboral, materializándose en el mutuo disenso. Empero, a esta

modalidad le persigue la sombra de la coacción hacia los trabajadores, aquí se presume el abuso del empleador para distorsionar la voluntad del trabajador, en la aparente firma voluntaria del contrato de mutuo disenso. Por tal motivo, es imprescindible que el referido contrato goce de plena validez jurídica y no adolezca de vicios de la voluntad. Cabe precisar que la suscripción del contrato de mutuo disenso no necesariamente se requiere la presencia de los titulares, basta con la representación de sus representantes legales. También es imprescindible que el referido contrato contenga todas las condiciones del término de la relación laboral (IONOS, 2020).

2.5. Contratos con cláusula de mutuo disenso no recibirán indemnización

Algunos empleadores insertan en los contratos laborales cláusulas de mutuo disenso, antes del inicio de la relación laboral, escenario que resulta arbitraria, ante la imposibilidad del trabajador de poder negociar los términos del mutuo disenso, salvo que el trabajador acepte las condiciones, con el objeto de trabajar. Recordemos que entre las modalidades de concluir el vínculo laboral se tiene: la renuncia, vencimiento de contrato, invalidez, despido justificado por falta grave, mutuo disenso. Este último se debe establecer las condiciones que no dejen en desamparo al trabajo que acepta un contrato laboral predeterminado, con cláusula de mutuo disenso. Ello implica que no debe divorciarse de la liquidación y beneficios a favor del trabajador cuando el empleador recurra a la cláusula de mutuo disenso.

Cabe precisar que es de vital importancia descartar toda posibilidad de vicios de la voluntad del trabajador que acepta las condiciones y suscribe el contrato. Se debe recordar los efectos del mutuo disenso, no se condiciona al pago adicional de una indemnización a favor del trabajador, puesto que solo le corresponde los beneficios con arreglo a ley (Juape, 2019).

III. DESPIDO ARBITRARIO O MUTUO DISENSO

La desvinculación del empleador con el trabajador implica el ofrecimiento de alternativas para arribar al contrato de mutuo disenso, tales condiciones deben ser atractivos para que el trabajador los acepte sin mediar ningún acto de coerción toda vez que su decisión es coherente con la plena satisfacción de sus intereses. Ante este escenario, se descarta toda posibilidad de despido arbitrario

y con el pago se sustrae el pago de una indemnización. Por tal razón, el mutuo disenso aparece como una alternativa amigable para concluir la relación laboral con el empleador debiendo ofertar ciertos incentivos (bonificación extraordinaria) para la aceptación voluntaria del trabajador (Tenorio-Pineda, 2020).

IV. VALIDEZ DEL MUTUO DISENSO

4.1. Carezca de vicios de voluntad

Es imperativo que los contratos de mutuo disenso gocen de valides jurídica, esto implica necesariamente que el trabajador suscriba el contrato de manera libre, espontánea y voluntaria su consentimiento, debiendo estar exento de vicios de la voluntad, de conformidad con el artículo 23.1 de la Ley 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, artículo 47 del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el Decreto Supremo 002-97-TR, legislación que prevé la figura del mutuo disenso, siempre que se produzca de manera libre y voluntaria la extinción de la relación laboral. En tal sentido, solo los vicios de la voluntad pueden dejar sin efecto la suscripción del contrato de mutuo disenso. Por lo general los vicios suelen ser la coacción y la intimidación hacia el trabajador (Contadores & Empresas, 2020).

Cabe precisar que la intimidación laboral se materializa por medio del chantaje, manipulación, violencia, generar sensación de temor e incapacidad, siendo frecuente, recurrir a otros trabajadores para tal tarea. Ahora bien, la intimidación pasa a otro plano cuando es grave o de amenaza inminente al trabajador que lesione su integridad. De tal forma, que la contundencia de la intimidación, pueda torcer la voluntad del trabajador y acepte el mutuo disenso. Además, todos estos actos de vicios de la voluntad deben estar acreditado, que permita comprobar en el proceso que bajo la fuerza o amenaza se coaccione la voluntad del trabajador. Por otra parte, el artículo 47 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Formación y Promoción Laboral y el artículo 16 del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral permiten la celebración de convenios de programas de incentivos entre los empleadores y trabajadores. Esta es una clara evidencia de torcer la voluntad del trabajador al inducir y provocar la extinción de su relación laboral por mutuo disenso, bajo la promesa de convenios de ayuda, cuando se formen nuevas empresas (Contadores & Empresas, 2020).

4.2. El mutuo disenso debe constar por escrito

La Corte Suprema, por medio de la Casación Laboral N°19111-2017-Piura, ha establecido que el mutuo disenso es el acto jurídico bilateral donde el empleador y trabajador acuerdan resolver el contrato de trabajo (plazo fijo o indeterminado). Ahora bien, si el pago de la liquidación de beneficios se obtuvo en razón del mutuo disenso, no es exigible (legalmente) que el mutuo disenso obre por escrito. En ese sentido, también la Casación 23414-2017, Piura, sostiene que el mutuo disenso laboral es válido, aunque no conste por escrito si figura en la liquidación de beneficios sociales. Asimismo, para finalizar la relación laboral esta debe acreditarse por escrito o en la liquidación de beneficios sociales, salvo que se acredite vicios de la voluntad como la coacción, intimidación. Por tanto, según la norma vigente basta que haya sido detallada en la liquidación de beneficios sociales o se presente por escrito para dar validez al mutuo disenso (LP Pasión por el derecho, 2019).

4.3. No toda amenaza califica como vicio de la voluntad en la firma de cese por mutuo disenso

Para la Corte Superior de justicia de La Libertad en su Expediente 150-2019-0-1601-SP-LA-02, en su décimo fundamento, califica a la amenaza como aquella que apertura la ineficacia del acto jurídico de mutuo disenso; empero, la amenaza requiere de la condición de ilícito, ilegítimo, antijurídico, compatible con una conducta antisocial, además debe versar de un mal inminente y grave, mas no un futuro incierto e imaginario; adicionalmente debe existir una un nexo causal entre la amenaza y el consentimiento contractual en el mutuo disenso (LP Pasión por el derecho, 2020). En este punto, resulta controversial que la amenaza sea grave e inminente para recién conceder la condición de vicios de la voluntad, en tal sentido, nos preguntamos ¿viciar la voluntad debe ser fuerte y contundente? podría existir otras formas de amenaza real.

Por tal razón, asiste el argumento de implementar como requisito de validez del contrato de mutuo disenso que la misma sea ratificada por un inspector de trabajo u otro funcionario análogo del Ministerio de Trabajo, que evite a futuro esta sensación de temor e inseguridad al momento de suscribir el referido contrato.

4.4. La intervención del inspector de trabajo en el mutuo disenso

Hoy en día existe cierto vacío legal que refuerce la protección de los derechos de los trabajadores ante la posibilidad de ser tentados, inducidos o coaccionados en su voluntad a suscribir contrato de mutuo disenso. Para ello, es imperativo que los referidos contratos cuenten con un instrumento o mecanismo de control que valide eficazmente la voluntad libre de los trabajadores, en la suscripción del mutuo disenso tal como ocurre en otros países.

Este mecanismo resulta un medio garantista a los derechos de los trabajadores, tal como lo sostiene la Casación Laboral 20075-2015-LIMA de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde en su fundamento Décimo Tercero refiere al respecto, “(...) debemos indicar que si bien existe un convenio de terminación de contrato de trabajo por mutuo disenso; sin embargo, la sola suscripción de dicho convenio no puede ser la única condición para la terminación del vínculo laboral, sino que se debe verificar si tal situación no ha vulnerado los derechos fundamentales del trabajador”. En ese contexto, es legítimo y necesario que un tercero, como el inspector de trabajo, verifique y valide los contratos de mutuo disenso, con ello se resta toda posibilidad de amenaza o coacción que vicie la voluntad del trabajador tal como ocurre en otros países (Vásquez-Raffo, 2021).

Tabla 1

Mutuo disenso en el derecho comparado

Perú	Chile	Paraguay	Panamá
TUO del Decreto Leg. 728, LPCL	Código de Trabajo de Chile	Código de Trabajo de Paraguay	Código de Trabajo de Panamá
Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...) d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador. Artículo 19.- El acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo	Artículo 159.- El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: 1.- Mutuo acuerdo de las partes. Artículo 177.- El finiquito, la renuncia y el mutuo acuerdo deberán constar por escrito. El instrumento	Artículo 78.- Son causas de terminación de los contratos de trabajo: (...) b) El mutuo consentimiento, formalizado en presencia de un escribano público o de un representante de la autoridad administrativa del trabajo,	Artículo 210.- La relación de trabajo termina: 1. Por mutuo consentimiento, siempre que conste por escrito y no implique renuncia de derechos.

disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales. Vacío normativo	respectivo que no fuere firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado sindical respectivos, o que no fuere ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo, no podrá ser invocado por el empleador.	o del Secretario del Tribunal del trabajo, o del Secretario del Tribunal del Trabajo del Juzgado en lo Laboral de turno o de dos testigos del acto.	
---	--	---	--

V. CONCLUSIÓN

Los contratos de mutuo disenso laboral adolece con ciertas debilidades que fácilmente puede incurrir en coacción del empleador a su trabajador, por ello, como un mecanismo disuasivo de control, es imperativo la participación de un representante de la autoridad de trabajo como es el inspector laboral, que verifique y descarte cualquier tipo de coacción, donde se acredite la voluntad plena del trabajador en aceptar y suscribir el contrato de mutuo disenso, este mecanismo, ya se viene utilizando en los países vecinos como Chile, Panamá, Paraguay, que a través de sus funcionarios de trabajo validan los contratos que dan termino a la relación laboral como es el mutuo disenso.

VI. RECOMENDACIÓN

Implementación en la legislación laboral, que los contratos de mutuo disenso laboral cuenten como requisito de validez, la ratificación del inspector que permita verificar la validez de la voluntad del trabajador, donde se pueda descartar cualquier posibilidad de coacción.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alva-Canales, A. (2016). *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica.
- Contadores & Empresas (2020, mayo 20). Los convenios de cese por mutuo disenso para establecer programas de incentivos serán válidos cuando carezcan de vicios de voluntad. *Contadores & Empresas*. <http://www.contadoresyempresas.com.pe/index.php?detalle/2/los-convenios-de-cese-por-mutuo-disenso-para-establecer-programas-de-incentivos-seran-validos-cuando-carezcan-de-vicios-de-voluntad-N000014987>

- IONOS (2020, octubre 8). Mutuo disenso: la extinción acordada de un contrato laboral. *Startup Guide IONOS*. <https://www.ionos.es/startupguide/gestion/mutuo-disenso/>
- Juape, M. (2019, mayo 22). Trabajadores que tengan contratos con cláusula de “mutuo disenso” no recibirán indemnización. *Gestión*. [clausula-mutuo-disenso-recibiran-indemnizacion-267653-noticia/](https://gestion.pe/actualidad/empresas/indemnizacion-267653-noticia/)
- La Ley (2018, septiembre 3). ¿El cese del trabajador por mutuo disenso debe constar por escrito? *La Ley, El ángulo legal de la noticia*. <https://laley.pe/art/6070/el-cese-del-trabajador-por-mutuo-disenso-debe-constar-por-escrito>
- LP Pasión por el derecho (2019, octubre 29). Mutuo disenso laboral es válido aunque no conste por escrito si figura en la liquidación de beneficios sociales Casación 23414-2017, Piura. *LP Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/mutuo-disenso-laboral-valido-aunque-no-conste-escrito-figura-liquidacion-beneficios-sociales-casacion-23414-2017-piura/>
- LP pasión por el derecho (2020, julio 8). No toda amenaza califica como vicio de la voluntad en la firma de cese por mutuo disenso (Expediente 150-2019). *LP Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/no-toda-amenaza-califica-como-vice-de-la-voluntad-en-la-firma-de-cese-por-mutuo-disenso-expediente-150-2019/>
- Coca-Guzmán, S.J. (2020, octubre 05). El mutuo disenso (artículo 1313 del Código Civil). *LP Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/mutuo-disenso-derecho-civil/>
- Tenorio-Pineda, C.P. (2020, junio 18). ¿Despido arbitrario o mutuo disenso? He ahí el dilema. *Actualidad Laboral*. <https://actualidadlaboral.com/despido-arbitrario-o-mutuo-disenso-he-ahi-el-dilema/>
- Vásquez-Raffo, B. (2021, marzo 13). ¿Debe el inspector de trabajo ratificar el acuerdo de las partes para extinguir el vínculo laboral? *LP Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/inspector-trabajo-ratificar-acuerdo-extinguir-vinculo-laboral/>



Derecho Penal y Procesal Penal

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

*Carlos Alberto Maya Espinoza**

Sumario

I. Definición de interpretación. II. Sentencias interpretativas estimativas y desestimativas. 2.1 Fundamento. 2.2 Objeto de pronunciamiento. 2.3 Órganos legitimados para emitir las sentencias interpretativas. III. Los riesgos de la interpretación de la ley conforme a la Constitución. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. DEFINICIÓN DE INTERPRETACIÓN

La ley penal como toda ley tiene que interpretarse, aun en los casos en que baste para ello el método literal, es decir no rige el principio de *“in claris non fit interpretatio”*. Pues bien, con mayor razón hay que atribuirle un sentido normativo a la disposición legal, de modo conforme a la Constitución cuando luego de la interpretación se determinen vacíos, lagunas e incongruencias. Esto es, de existir otros sentidos interpretativos no conformes con la Constitución, el Juez tiene que desechar dichas interpretaciones y escoger la que es mas con-

* Presidente de la Corte Superior de Justicia del Santa, periodo 2021-2022.

forme a la Constitución (Sentencias interpretativas de la Ley penal substantiva conforme a la Constitución en sentido estricto).

Sobre el particular el maestro italiano Guastini (2010) nos enseña que:

Cuarto aspecto del proceso de constitucionalización es la interpretación “adecuadora” de las leyes, es decir, la interpretación de las leyes en modo conforme a la Constitución. Este cuarto aspecto refiere, por tanto, a las técnicas de interpretación no de la Constitución, sino de la ley. **No hay texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de la interpretación.** Dicho de otra forma, ningún texto normativo (al menos diacrónicamente) es susceptible de una sola interpretación. Por otro lado, si utilizamos el vocablo “norma” para referirnos no al texto mismo, sino a su significado, podemos decir que cada interpretación recoge de un mismo texto normativo una norma diversa. De esta manera, a menudo sucede de una cierta disposición legislativa –interpretada en abstracto (es decir, simplemente leyendo el texto) o en concreto (es decir, con ocasión de una específica controversia)- es susceptible de dos interpretaciones, de modo tal que la primera da lugar a una norma N1 que contradice una norma constitucional, mientras que la segunda alude a una diversa norma N2 que, al contrario, es del todo conforme a ella. Evidentemente toca al juez elegir la interpretación “correcta”, en el sentido que es su tarea decidir cual interpretación es la preferible. El juez puede, por tanto, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión en el primer modo y, en consecuencia considerarla inconstitucionalmente, o bien interpretarla en el segundo modo y considerar, por tanto, que aquella es conforme a la Constitución. Ahora bien, esta segunda interpretación se suele denominar “adecuadora” (pero podemos llamarla “armonizante”): la doctrina de lengua alemana habla de *Verfassungskonformgesetzauslegung*. La interpretación adecuada es, en buena cuenta, la que adecúa, armoniza la ley a la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (es decir, la norma) que evita toda la contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es obviamente el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional. La interpretación adecuada es otro aspecto importante del proceso de constitucionalización. (pp. 368-370)

Ahora bien, la interpretación de la ley penal conforme a la Constitución se facilita con la diferenciación introducida por la doctrina constitucional italiana ente **disposición** y **norma** y respecto de la cual ya hemos hecho referencia en el capítulo 8.3.1. En efecto, sobre este extremo el maestro Nogueira Alcalá (2004) señala: “los enunciados normativos o preceptos jurídicos, disposiciones o textos

normativos, son diferentes de las normas o proposiciones jurídicas que se desprenden, por vía interpretativa de los textos. El texto es el enunciado normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación, las normas o proposiciones normativas, constituyen el resultado de dicho proceso. Así un enunciado normativo o texto puede tener diversas normas, como asimismo, una norma puede estar contenida en diversos textos, ya que la relación entre enunciado normativo o texto y la norma no tienen necesariamente un carácter unívoco. Esta diferenciación es lo que permite justificar y legitimar algunos tipos de sentencias atípicas, ya que el control de la constitucionalidad recae mas en las normas que se derivan vía interpretación de los enunciados normativos que de éstos últimos” (pp. 86-87).

II. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS ESTIMATIVAS Y DESESTIMATIVAS

En doctrina se distingue entre sentencias interpretativas estimativas y desestimativas. A través de las primeras el Tribunal Constitucional considera inconstitucional determinadas interpretaciones del texto legal y a través de las segundas rechaza el pedido de inconstitucionalidad al considerar que existe una interpretación del texto legal que sí es conforme con la Constitución. Y sobre el particular, el maestro italiano Gustavo Zagreblesky, citado por el profesor Nogueira Alcalá (2006), refiere que ambas son las dos caras de la misma medalla: “la doctrina distingue entre sentencias interpretativas estimativas o de acogimiento (accoglimento) y sentencias interpretativas desestimativas o de rechazo (rigetto). Las primeras consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aun cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones. Las segundas rechazan o desestiman la inconstitucionalidad al establecer la interpretación conforme a la Constitución del enunciado normativo. Ambos tipos de sentencias son, como señala Zagreblesky, las dos caras de la misma medalla” (p. 442).

En doctrina constitucional peruana, también tenemos lo sostenido por el profesor Carpio Marcos (2006), quien sobre dichas sentencias interpretativas refiere que:

El germen de las sentencias «interpretativas» se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana. En efecto, desde el voto del Justice Samuel Chase formulado en el Caso *Hylton y, United Status* (1796),

y poco tiempo después formalizada por la Supreme Court en pleno en el caso *Darmouth Collage v. Woodward* (1819)(pie de página: Cf. Henry J. ABRAHAM, *The judicial process. An introductory análisis of the Courts of the United States, England and France*, Oxford University Press, New York-Oxford 1998, pág.386), un principio de la judicial review of legislation ha sido que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no se puede realizar en todos aquellos casos en los que la ley sea susceptible de interpretarse de conformidad con la Constitución. Así, pues, mediante las sentencias interpretativas, la Supreme Court y los tribunales constitucionales, no declaran la inconstitucionalidad de una disposición legislativa si es que entre las diversas opciones interpretativas que de ésta se puedan derivar, existe cuando menos una que permita que la ley pueda ser interpretada en armonía con la Constitución (interpretation in the harmony to the constitution) (pie de página: Ya en 1910, un clásico como Westel W. WILLOUGHBY (*The Constitutional Law of the United States*, T. 1, New Cork 1910, pág. 42), podría decir que «Los tribunales de los Estados Unidos han reiterado la doctrina de que una ley de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser juzgada inconstitucional si, por medio de una interpretación razonable de la Constitución o de la ley, una y otra pueden ser armonizadas»). (pp. 396- 397) .

Y en los casos en que se atribuya un sentido normativo inconstitucional y que amerite por ello la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal, sin embargo para evitar el *“horror vacui”*, los inconvenientes que ocasionaría dicha declaración, al dejar desprotegidos los bienes jurídicos garantizados con los enunciados normativos que no adolecen de inconstitucionalidad, se hace necesaria la emisión de una sentencia manipulativa integradora, que haga compatible dicho sentido normativo con la ley fundamental.

Precisamente sobre el *“horror vacui”* el profesor Chacín Fuenmayor (2008) nos ilustra indicando que el caso típico es el de “una Ley de pensiones que viola el principio constitucional de igualdad, por establecer requisitos mas engorrosos para el cobro de dichos beneficios para la mujer que para el hombre, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la ley, lo cual produce un vacío que impediría el cobro de pensiones por parte de los beneficiarios, hasta que el parlamento subsane la inconstitucionalidad, lo cual pudiera ser un lapso considerable durante el cual se lesionan el derecho de pensión de los beneficiarios según la ley correspondiente” (pág 69). En ese mismo orden de ideas, la profesora italiana Groppi (2002), en relación a dicho vacío que se generaría, sostiene que: “el vacío sería tan inconstitucional como la norma que se quiere anular y agrega que “la

alternativa a la que se somete a la corte italiana está entre: a) renunciar a su propia función de garantizar la supremacía constitucional (dejando intacta la laguna o la ley cuya eliminación crearía un vacío constitucionalmente inaceptable); o b) invadir el espacio del legislador, colmando ella misma la laguna en nombre de la Constitución” (pág. 76).

Pues bien, de los conceptos vertidos podemos concluir que la interpretación de la ley penal conforme a la Constitución se enmarca dentro del concepto más amplio del control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, por el control de constitucionalidad de la ley en sentido estricto y en aplicación del principio de la supremacía de la Constitución, toda ley que resulte inconstitucional por razones de forma y de fondo es expulsada del ordenamiento jurídico. Y en los casos de la interpretación conforme a la Constitución, también es de aplicación el precitado principio de la supremacía de la ley fundamental. Ocurriendo, sin embargo, que en estos casos queda a salvo el texto de la ley, se salva la ley de su declaración de inconstitucionalidad (tanto en las sentencias interpretativas en sentido estricto como en las manipulativas). Pero, siempre, aun en estos casos, se actuó ejerciendo el control de constitucionalidad de las leyes.

El profesor Díaz Revorio (2003) señala que “algún autor como Guastini R. (*Disposizione v. norma*), entiende que estas sentencias, al igual que buena parte de las sentencias interpretativas de acogimiento, versan sobre normas, en cuanto que dejan intacta la disposición” y si bien es cierto el profesor español Díaz Revorio, luego de presentar una clasificación de sentencias estimatorias y desestimatorias, una clasificación de orden formal y material en las que incluye a las sentencias manipulativas y de insistir en que: “existe un pronunciamiento implícito sobre la constitucionalidad de dicha disposición, al tiempo que hay un pronunciamiento más o menos expreso sobre la constitucionalidad de una – o varias - de las normas que de ella derivan”, sin embargo termina coincidiendo con Guastini al precisar que: “aunque es cierto que la inconstitucionalidad y nulidad solo se produce en el plano de las normas” (pág. 82).

Los maestros Fiandaca y Musco (2006), luego de afirmar que inclusive debe hacerse un control de constitucionalidad sobre las leyes penales favorables al reo: “el control de constitucionalidad sobre las leyes penales en favor, que no puede excluirse del poder de la Corte “sin que se establezcan, en consecuencia, zonas francas que la Constitución no prevé en absoluto, en el marco de las cuales

la legislación ordinaria devendría incontrolable,” (pág. 119), agregan sobre los eventuales riesgos que ello implica: “sin embargo, una vez admitido el control sobre las leyes penales en favor, es necesario evitar el riesgo de que la Corte se arroge el poder de efectuar valoraciones de mérito, que por su naturaleza competen al legislador.

En efecto, es el legislador quien debe decidir si- y cómo – un hecho debe ser incriminado, y si existen situaciones particulares que deban incluirse en el área de lo penalmente relevante. Desde este punto de vista, el control de la Corte se considera admisible solo en el caso de que subsistan algunas condiciones. Es decir: después de verificar que la decisión legislativa es reprimir un cierto tipo de conductas, una eventual discriminación en el tratamiento punitivo de las conductas pertenecientes al mismo tipo hubiere de resultar notoriamente arbitraria (una suerte de “privilegio odioso”) según el principio de igualdad” (pp. 119- 120) y para el caso concreto que analizan del artículo 5º de la Ley 1ª del 3 de enero de 1981, que establece la inimputabilidad de los miembros del Consejo Superior de la Magistratura por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, concluyen: “ahora bien, no puede hablarse de discriminación arbitraria en el ejemplo señalado de la causa específica de inimputabilidad, pues, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional misma, la inimputabilidad de los miembros del Consejo Superior de la Magistratura por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones tiene la finalidad de tutelar un interés superior, es decir, respaldar la actuación de dicho órgano fundamental, establecido en la Constitución, y protegerlo de ataques que podrían obstaculizar su funcionamiento”(pág. 120).

2.1 Fundamento

La ley penal tiene que interpretarse conforme a la Constitución en virtud al principio de la **“supremacía de la Constitución”**, por el cual se tiene claro que la Constitución es la **“norma normarum”**, la norma de las normas, fuente de las fuentes del derecho y al de **“conservación de la ley”**, por el cual corresponde buscar la conservación de la ley, no su abrogación, **“in dubio favor legislatoris”**, en la duda sobre la constitucionalidad de una ley, hay que estar a favor de su constitucionalidad.

Y en relación a dicho fundamento, coincidimos plenamente con el maestro Prieto Sanchís (2000) cuando precisa: “finalmente, la idea de que la Constitu-

ción, más que un límite al legislador, es una norma que directamente ordena amplias esferas de las relaciones sociales presenta un corolario implícito, y es que la defensa de la Constitución no solo comporta una legislación negativa que le diga al legislador solo aquello que no puede hacer, sino que reclama también una legislación positiva capaz de suplir, complementar o corregir al parlamento en la tarea de hacer realidad el programa constitucional. En cierto modo, las sentencias interpretativas y manipulativas responden a esta filosofía” (p. 186).

En la doctrina nacional el profesor Rodríguez Gómez (2006) también nos explica como la expansión de la fuerza normativa de la Constitución, contribuyó a la crisis de la Ley, desde que se asume a la primera como norma jurídica con fuerza vinculante que deja de lado su carácter meramente programático y como de ese modo se hizo factible el denominado control de constitucionalidad de las leyes, a través del cual la potestad legislativa parlamentaria se asume sujeta a una importante limitación.

2.2 Objeto de pronunciamiento

El profesor Díaz Revorio (2003) señala en cuanto al objeto de pronunciamiento, que el mismo está constituido por el texto y la norma y así precisa que: “el objeto de la impugnación es el precepto o preceptos, esto es, el complejo formado por el texto y norma; el objeto sobre el que recae la argumentación del Tribunal es el mismo complejo, ya que en todo caso necesita interpretar el precepto impugnado (exprese o no en su fundamentación dicho proceso interpretativo). Y el objeto del pronunciamiento del Tribunal – y, en su caso, de la inconstitucionalidad – es el mismo precepto en su totalidad, aunque no siempre de la misma manera (...) Por ello, puede afirmarse que el objeto del control de constitucionalidad es el “complejo normativo”, formado por disposición y norma o normas de ellas derivadas (o por el texto y su interpretación), al cual, por la simple necesidad de buscar un término diferente, llamaremos precepto” (pp. 79- 80).

2.3 ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA EMITIR LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Los órganos constitucionales legitimados para emitir sentencias interpretativas, entendiéndose éste concepto en sentido lato, esto es comprendiendo tanto las sentencias interpretativas en sentido estricto como a las manipulativas,

son el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. En efecto en doctrina así es reconocido por el profesor Atienza (2010), quien sobre el particular sostiene que: “e incluso cuando, al resolverlos, los tribunales – preferentemente los tribunales, pero no sólo - emiten lo que se llama “sentencias interpretativas”, esto es, sentencias en las que se señala que tal artículo de tal ley es constitucional siempre y cuando se interprete en tal sentido señalado por el tribunal; o bien “sentencias normativas” (o “manipuladoras”) –aditivas o sustitutivas-, esto es, cuando los tribunales “comportándose como un legislador”, “modifican directamente el ordenamiento con el fin de armonizarlo con la Constitución” (p. 70).

Y en doctrina nacional el profesor Carpio Marcos (2006), compartiendo el mismo criterio, refiere que: “de ahí que esta clase de sentencias no sea empleada exclusivamente por los Tribunales Constitucionales, sino también constituya (o debería serlo) una práctica que deba realizarse por los órganos de la jurisdicción ordinaria. (Este criterio ha sido recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, al disponer que el Juez ordinario sólo pueda inaplicar una ley cuando «no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución»” (p. 397).

Y también lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional en el expediente número 00008-2012-PI/TC – Tipo de Violación Sexual de Menores, precisando que:

De otro lado, cabe precisar que tanto las denominadas «sentencias interpretativas», «sentencias aditivas» o «sentencias sustitutivas», entre otras, forman parte de una tipología de decisiones que **no sólo pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces del Poder Judicial** en la medida en que el artículo 138° de la Constitución establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Dicho examen de compatibilidad comprende la identificación de las opciones normativas que se desprendan de la respectiva disposición legal y permitan su conservación conforme al marco constitucional (Fundamento 61).

En consecuencia, ha quedado claro que no solo al Tribunal Constitucional le compete expedir sentencias interpretativas y manipulativas, sino que también el poder judicial está habilitado para ello. En efecto, los órganos jurisdiccionales de nuestro país están habilitados para emitir ese tipo de sentencias.

III. LOS RIESGOS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Si bien es cierto las sentencias interpretativas tienen su fundamento y justificación, tal como ya se ha desarrollado precedentemente, sin embargo su uso indiscriminado también conlleva toda una serie de riesgos que hay que evitar. En efecto, se podría invadir los fueros del Poder Judicial al imponerse por el Tribunal Constitucional la interpretación más conforme con la Constitución (sentencias interpretativas) o del poder legislativo, al legislar de modo positivo (sentencias manipulativas). Sobre el particular la profesora Gascón Abellán (2013) señala:

Ahora bien, al imponer u orientar la elección entre las varias interpretaciones plausibles de la ley, el Juez Constitucional desempeña una función más propia de un Tribunal Supremo y no exenta en muchos casos de polémica, por el riesgo que entraña de invasión de las competencias de la jurisdicción ordinaria. Y es que, en efecto, so pretexto de la interpretación conforme a la Constitución, el Juez Constitucional podría imponer la (a su juicio) “mejor interpretación” de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Pero de este modo dejaría sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial. En conclusión, los límites que separan la interpretación conforme de la mejor interpretación resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado (aunque no siempre es así) por un permanente ejercicio de self-restraint a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. So pretexto de la interpretación conforme, el Juez Constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones plausibles de la ley) para realizar una simple alteración judicial de ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas. (pp. 16- 17).

Esa misma preocupación muestra el profesor Prieto Sanchís (2000), indicando que: “las primeras (las interpretativas) parten de una distinción entre la disposición legislativa y la norma o resultado de la interpretación realizada sobre aquella que, de entrada, parece suponer una intromisión en el ámbito de la justicia ordinaria, pues implican que el Tribunal Constitucional determina

que interpretación de un enunciado legal resulta conforme a la Constitución o, al contrario, cual debe excluirse por incompatible con la misma; y, naturalmente, debe establecer la interpretación constitucional de un enunciado a presentar la mejor interpretación del mismo solo hay un paso. Con la particularidad de que, al ser las sentencias del Tribunal Constitucional algo más que precedentes autorizados, operando directamente en el ordenamiento a título de legislación, ocurre que esas interpretaciones adquieren la fuerza misma de una disposición legislativa. Dicho de otro modo, las mayores o menores posibilidades hermenéuticas toleradas o queridas por la ley ya no están a disposición de la justicia ordinaria, sino que quedan cercenadas a merced a labor del tribunal, y esto equivale a legislar.

Mas lejos llegan las llamadas sentencias manipulativas, sobre todo en su versión aditiva, mediante las que el tribunal no solo opera sobre las interpretaciones de una disposición, sino que en cierto modo lo hace directamente sobre esta última, añadiendo a la misma aquello que omitió y constitucionalmente no debió omitir el legislador (pp. 186-187).

Por eso mismo y tal como lo señala Groppi (2002) los Jueces han sido reacios a aceptar los términos de una sentencia integradora: “más allá del problema de la invasión de la esfera del legislador las sentencias aditivas producen dificultades también en las relaciones con los jueces: han determinado uno de los raros casos de rebelión de los jueces a la Corte Constitucional, cuando los jueces militares se negaron a aplicar una sentencia aditiva, reconociéndole solamente la parte ablativo, y entendiendo como tarea interpretativa propia la de integrar la laguna” (p. 76).

Por los riesgos ya descritos y precisamente para evitarlos es que coincidimos con el profesor Díaz Revorio (2003) en el sentido que: “el Tribunal Constitucional en la parte decisoria de este tipo de sentencias, debe limitarse (*selfs restraint*) ha precisar las interpretaciones plausibles de la ley que no deben ser utilizadas por el poder judicial, por no ser conformes con la Constitución, permitiendo así que sea el referido órgano jurisdiccional quien señale cual es la interpretación más conforme con la Constitución. En efecto, actuando de modo contrario al indicado, le cercenaría al poder judicial de su función exclusiva de interpretar la ley y de determinar la interpretación más conforme con la Constitución y de la posibilidad de encontrar otra u otras interpretaciones plausibles

quizá más conformes con la Constitución que la que eventualmente señale el Tribunal Constitucional” (pp. 81- 82).

Así el maestro español señala: “de hecho, en algunos casos esta sería la solución más respetuosa con el mayor grado de conservación del precepto. Por ejemplo, si se suponen existentes dos sentidos del texto impugnado, uno de ellos constitucional (N1) y otro (N2) no, sería más adecuado decir que el precepto impugnado es constitucional, salvo que se interprete en el sentido N2, que afirmar que el mismo es constitucional si se interpreta en el sentido N1 y ello porque puede existir una interpretación N3, acorde con la Constitución, desapercibida o no planteada es ese momento, o que planteé la aplicación futura, cuya constitucionalidad no quedaría afectada por el primer pronunciamiento, pero si por el segundo” (págs. 81- 82). Cabe señalar que éste criterio también ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional peruano en el expediente número 00017-2011-PI/TC, al señalar que: “no corresponde a este Tribunal, en principio, determinar cuál es la mejor interpretación de la norma legal, siendo ello competencia de la justicia ordinaria y de la doctrina penal. Sin embargo, sí le es posible advertir cuándo estamos ante una interpretación de la norma penal que resulta inconstitucional”.

“QUID CUSTODES ET CUSTODES”

IV. CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional cumple un rol fundamental en el Estado Constitucional, haciendo respetar la supremacía de la Constitución. Asimismo, en su función de supremo intérprete de la Constitución, interpreta la ley de modo conforme con ella, a través de las sentencias interpretativas y manipulativas.
2. Las sentencias manipulativas normativas pueden ser: aditivas, reductoras y sustitutivas. Asimismo, las sentencias interpretativas pueden ser declarativas, extensivas y restrictivas.
3. Para el caso de las sentencias manipulativas, solo procede usarlas en materia penal, cuando resulten constitucionales y en los siguientes casos:
 - a. En los casos de sentencias aditivas in bonam partem, ya sea que se adicione un elemento objetivo o subjetivo del tipo o alguna causa

de justificación, exculpación ó alguna eximente de responsabilidad penal y siempre y cuando se trate de salvaguardar un derecho ó principio fundamental, así como en los casos in malam partem, siempre que se den los siguientes requisitos concurrentes:

- i. Que se emitan solo en los casos que se encuentre afectado un derecho fundamental como por ejemplo el derecho a la igualdad;
 - ii. Que para evitar la declaración de inconstitucionalidad, solo exista una forma de integración del dispositivo legal. No existiendo así ninguna posibilidad de discrecionalidad ni para el legislativo, ni para el órgano jurisdiccional y por lo que la sentencia manipulativa se configura como legislación “a rime obbligate”.
 - iii. Exista la posibilidad de que por mora del legislador no se emita la ley correspondiente en el plazo razonable y permanezca así dicho derecho fundamental desprotegido por mucho tiempo.
 - iv. Y por último en cuanto a las sentencias manipulativas in malam partem, solo corresponde su uso en los procesos de inconstitucionalidad (control concentrado de constitucionalidad), a fin de no conculcar el principio de irretroactividad de la ley penal. Y por lo mismo no resulta valido su uso por la jurisdicción ordinaria respecto de los casos que en concreto conoce.
- b. En los casos de las sentencias reductoras in bonam partem que reducen el ámbito de lo punible y siempre y cuando se trate de salvaguardar un derecho ó principio fundamental y en los casos in malam partem cuando concurren los requisitos descritos en el acápite anterior.
 - c. En los casos de sentencias sustitutivas cuando son in bonam partem que reducen el ámbito de lo punible y siempre y cuando se trate de salvaguardar un derecho ó principio fundamental e in malam partem, cuando también concurren los requisitos descritos en el acápite “a”.
 - d. En los casos de sentencias de acogimiento parcial con efectos in bonam partem y siempre y cuando se trate de salvaguardar un derecho ó principio fundamental o in malam partem y para éstos últimos casos como el de la sentencia italiana emitida para el del delito de blasfemia previsto en el artículo 724 del código penal italiano y la sentencia colombiana numero C-247 de 2004, cuando concurren los requisitos indicados en el acápite “a” y que ya quedaron detallados precedentemente.

4. El Tribunal constitucional al momento de emitir tanto las sentencias interpretativas como las manipulativas, debe observar los principios constitucionales penales. Las facultades del Tribunal Constitucional de emitir sentencias interpretativas y manipulativas no es irrestricta, sino que tiene límites. Si no los respeta, se convierte en legislador positivo, usurpando así la función parlamentaria y atentando contra el principio de la separación de poderes.
5. La emisión de sentencias manipulativas en materia penal por el Tribunal Constitucional, no afecta el principio de irretroactividad de la ley penal. Las sentencias manipulativas sí satisfacen la exigencia de certeza y taxatividad de una ley penal substantiva
6. El Tribunal Constitucional puede emitir precedentes vinculantes que van a someter a todos los poderes públicos, a la justicia común, etc., pero no puede convertirse en el conductor de la vida política, económica y social de un país, convirtiéndose en recipiendario absoluto de todos los poderes de un Estado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. *"Constitución y argumentación"*, en: "Constitución, derecho y proceso". Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, Editorial Moreno S.A. primera edición, Lima – Perú: Editorial IDEMSA, 2010, 938 págs.
- CARPIO MARCOS, Edgar. *"Principio de Legalidad Penal y Sentencias Manipulativas"*, en Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia, Lima-Perú: Palestra Editores S.A.C., marzo del 2006, año 1 nro. 3. 521 págs.
- CHACIN FUENMAYOR, Ronald. "La legitimidad de las sentencias atípicas de los Tribunales Constitucionales: remedios para el *horror vacui*". Cuestiones jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. II, número 1 (enero-junio 2008), ISSN1856-6073.
- DÍAZ REVORIO F. Javier. *"La Interpretación Constitucional de la Ley"*, Primera Edición, Perú – Febrero del 2003.
- FIANDACA Giovanni. *"Altro passo avanti della consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione"*. Source: *il foro italiano*, gennaio 1998, vol. 121, nro. 1 (gennaio 1998), pp. 25/26-31/32, published by: Societa Editrice il foro italiano ARL Stable URL: <http://www.jstor.com/stable/23192190>
- FIANDACA, Giovani. *"Hermenéutica y aplicación judicial del derecho penal"*, en *"El derecho penal entre la Ley y el Juez. Estudios de derecho penal"*. Primera Edición, Editorial ARA Editores, Perú 2010, 197 págs.

- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *"Derecho Penal. Parte General"*, Editorial TEMIS S.A. Bogota Colombia, 2006, 999 págs.
- GASCÓN ABELLAN, Marina. *"La Interpretación Constitucional"*, en: La Constitución de la República de El Salvador 1983, Ley de procedimientos Constitucionales. 2da edición, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, pp. 1-84, 2013.
- GASCÓN ABELLAN, Marina. *"La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción"*. Revista Española de Derecho Constitucional Año 14 Núm. 41 mayo-agosto 1994.
- GROPPI, Tania. *"¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana"*. Cuadernos Const. de la cátedra Fadrique Furio Ceriol nro. 38/39. Valencia 2002 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710702>).
- GUASTINI, Riccardo. *"Disposición vs. norma"* en POZZOLO, Susana. *"Disposición vs. Norma"*. 1era. Edición 2011. Editorial Palestra. Lima – Perú, 186 págs.
- GUASTINI, Riccardo. *"El esepitismo ante las reglas replanteado"* (http://www.europeana.eu/portal/record/90901/nd_ark_59851_bmcqz404.html).
- GUASTINI, Riccardo. *"Entrevista de Atienza"* (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/entrevista-a-riccardo-guastini-0/>).
- GUASTINI, Riccardo. *"Estudios sobre la interpretación jurídica"*. Traducción: Marina Gascón y Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición 1999, 101 págs.
- GUASTINI, RICCARDO. *"Hart sobre indeterminación, incompletitud y discreción judicial"*, en: *"El postscript de H.L.A. Hart"*, nueve ensayos, Cristina Redondo Editora, Filosofía analítica del derecho, ARA editores E.I.R.L, 1ª edición 2010, 245 págs.
- GUASTINI, Riccardo. *"Lecciones de teoría del derecho y del Estado"*, Librería Communitas EIRL, Primera edición, Lima 2010 Vol. 4., 426 págs.
- GUASTINI, Riccardo. *"Teoría e ideología de la interpretación constitucional"*, prologo de Miguel Carbonell, Editorial Trotta S.A., 2008, 102 págs.
- GUASTINI, Riccardo. *"Teoría e ideología de la interpretación"* (http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/89.pdf).
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *"Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico."* Palestra-Temis, Lima-Bogota, primera edición 2013, 218 págs.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *"Interpretación jurídica y creación judicial del derecho."* Palestra TEMIS 3, Lima-Bogota, primera reimpresión, julio 2007, 295 págs.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *"Crisis de la ley", principios constitucionales y seguridad jurídica.* Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, no 3, invierno 2005/2006. ISSN 1698-7950, págs. 23-42.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *"La corte costituzionale e il legislatore"*. Source: Il foro italiano, ottobre 1981, vol.104, nro. 10 (ottobre 1981) pp. 245/246-269/270, published by: Societa Editrice il foro italiano ARL Stable URL: <http://www.jstor.com/stable/23172998>.

**EL RESPETO DE LOS PLAZOS LEGALES
EN EL RECURSO CASATORIO SEGÚN EL NCPP:
EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN
DEL RECURSO DE CASACIÓN SE DETERMINA DESDE
EL MOMENTO QUE SE NOTIFICA ÍNTEGRAMENTE
LA SENTENCIA**

*Paul Antonio Ruiz Cervera**

Sumario

I. El derecho al recurso como elemento fundamental del debido proceso. II. El Derecho a que se respeten los plazos legales del Recurso de Casación según el NCPP. III. La notificación de las decisiones judiciales según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. IV. El Derecho a un recurso judicial como parte esencial de un modelo de ejercicio del Control de Convencionalidad. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas

* Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo - USAT con estudios de Especialización Avanzada en Derecho Penal y Procesal Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP y, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Cuenta además con una formación en destrezas de litigación oral por el Centro "Acceso Capacitación" de la California Western School of Law - San Diego.

I. EL DERECHO AL RECURSO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO

El derecho a los recursos o conocido también como el derecho a los medios impugnatorios es un contenido implícito de un derecho expreso pues si bien este no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, su reconocimiento a título de derecho fundamental puede inferirse de la cláusula constitucional mediante la cual se reconoce el derecho al debido proceso contenido en el art 139.3 de la Constitución (Sentencias recaídas en los expedientes n.º 5194-2005-PA/TC, 4235-2010-PHC/TC, 00419-2013-PA/TC, 00314-2014-PHC/TC, 02964-2011-PHC/TC).

El Tribunal Constitucional —en su reitera jurisprudencia— ha señalado de manera concreta que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, reconocido en la Constitución en el art 139.6, el cual a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso (Sentencias recaídas en los expedientes n.º 1243-2008-PHC, 5019-2009-PHC, 2596-2010-PA).

Por otro lado, ya en un plano internacional, el ordinal h) del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha reconocido de forma concreta que toda persona dentro de un proceso tiene el derecho a los recursos; tal es así, que señala que: (...) “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado —en varias de sus sentencias— que el derecho a recurrir es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, con el fin de permitir que una decisión adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (sentencias de los casos Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Barreto Leiva vs. Venezuela). Asimismo, la Corte IDH en su sentencia del 30 de enero del 2014, recaída en el caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, señaló que “el derecho a recurrir el fallo ha de ser considerado como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal”.

Como vemos, el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal el proteger el derecho de defensa de todo procesado, puesto que otorga la oportu-

nidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada (Sentencias de los casos Vélez Loor vs. Panamá y Mendoza y otros vs. Argentina).

El derecho al recurso, en definitiva, otorga a las partes la facultad de poder recurrir a un órgano superior para que la decisión dicta en el órgano de menor jerarquía sea revisada y así, si fuese el caso, se subsanen los errores previstos y postulados por las partes que hayan ejercido dicho derecho. No obstante, el cumplimiento de las exigencias formales que determina la ley, también han de ser observadas por los recurrentes, en la medida que ello permitirá avalar y convalidar el ejercicio legítimo del derecho a recurrir los fallos judiciales, y ello, en atención al respeto del principio de legalidad.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha advertido que el denominado derecho a los medios impugnatorios, a la pluralidad de instancias o de acceso a los recursos, es un recurso de configuración legal, el cual implica que “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir” (sentencias recaídas en los expedientes n.º 4235-2010-PHC/TC, 5194-2005-PA, 10490-2006-PA, 6476-2008-PA, 0962-2007-PA, 1243-2008-PHC, 5019-2009-PHC, 6036-2009-PA, 2596-2010-PA).

II. EL DERECHO A QUE SE RESPETEN LOS PLAZOS LEGALES PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN SEGÚN EL NCPP

El artículo 414 del Código Procesal Penal ha establecido, dentro de los parámetros razonables en términos de tiempo, que el plazo para la interposición del Recurso de Casación es de diez días¹.

Por otro lado, el mismo artículo antes citado ha establecido que dicho plazo entrará en rigor luego de haber sido notificado², es decir, que se computará como

¹ Artículo 414.- 1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son: a) Diez días para el recurso de casación.

² Artículo 414.- (...) 2. El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

fecha inicial para la interposición del recurso el día posterior a la notificación de la sentencia o la resolución judicial correspondiente; acto que es corroborado por el art 143 del Código adjetivo en mención³ —al hablar sobre el computo de los plazos—, el cual detalla que se tendrá como día de inicio para la interposición del recurso de casación desde el día hábil siguiente de la notificación de la resolución que se pretende impugnar.

En ese mismo sentido, el art 127 del CPP ha señalado que las Disposiciones (fiscales) y las Resoluciones (judiciales) deberán ser notificadas a los sujetos procesales en un plazo no mayor a las veinticuatro (24) horas, salvo se haya estipulado un plazo menor para la realización de dicho acto (art 127.1 del CPP)⁴. Asimismo, señala que cuando la notificación deba darse en forma de lectura, se leerá el contenido de la misma (resolución) y se le entregará una fotocopia del documento leído (art 127.5 del CPP)⁵.

Cabe detallar, que al no realizarse dicho supuesto, es decir, al no leerse el contenido (y se ha de entender: la parte considerativa de la decisión, que es el tema neurálgico de la sentencia) y al no entregársele copia de la misma (atendiendo, además, a un supuesto fáctico determinado por ley: Principio de Legalidad Procesal), la fecha del plazo para el computo del plazo del recurso casatorio será el día siguiente a la notificación formal de la sentencia de segunda instancia, toda vez, que las partes no han tenido conocimiento del razonamiento, de los argumentos y los fundamentos con lo cual el órgano jurisdiccional tuvo a bien emitir una decisión la cual podría poner en riesgo uno de los derechos fundamentales con mayor resguardo por el Estado: la libertad personal.

Ante ello, y teniendo en cuenta lo antes citado, el artículo 425 del CPP ha establecido —al hablar sobre la apelación de sentencia de segunda instancia— que luego de haber sido leída la sentencia y notificada posteriormente, luego de vencerse el plazo para la interposición del recurso, y al no haberse presentado medio impugnatorio al respecto, el expediente será remitido al juez

³ Artículo 143.- Los plazos se computarán: (...) 5. Los plazos comunes se computarán desde el día siguiente hábil de la última notificación.

⁴ Artículo 127.- 1. Las Disposiciones y las Resoluciones deben ser notificadas a los sujetos procesales, dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas, salvo que se disponga un plazo menor.

⁵ Artículo 127.- (...) 5. Cuando la notificación deba practicarse por medio de lectura, se leerá el contenido de la resolución y si el interesado solicita copia se le entregará.

de primera instancia para la ejecución de la sentencia; como vemos, el mismo Código Procesal Penal, ha establecido que la notificación de la sentencia (y no solo la lectura del fallo) de segunda instancia será el punto de referencia y partida para el computo del plazo para la interposición del recurso casatorio. Tal es así, que si en la misma audiencia de lectura de sentencia se da lectura a la totalidad de la resolución se entenderá por notificada la misma y desde esa fecha se contarán los días para la interposición del recurso casatorio, pero en los casos en que solo se lea la parte resolutive de la decisión, el acto de notificación de la resolución, ya sea mediante la entrega —en copia— del íntegro del fallo en el mismo acto o de forma posterior, al domicilio real o procesal del investigado serán los puntos referenciales para la determinación del plazo para la interposición del recurso.

Como puede apreciarse del tenor literal del artículo en comento, se puede concluir que se trata de la exigencia de cumplir dos actos totalmente distintos: la lectura (se entiende de la sentencia de segunda instancia) y la notificación de dicha sentencia. Ello es así en virtud de que entre ambos verbos (que, recordemos, nos indica acción) existe la conjunción “y”, que lo que hace es conectar estas dos acciones para ser cumplidas copulativamente, por lo que a partir de verificar el cumplimiento del segundo acto, recién podemos entender como inicio del plazo para interponer el recurso de casación. En otras palabras, se requiere cumplir estos dos supuestos, estas dos exigencias distintas: lectura y notificación, luego del cual recién podemos verificar el cumplimiento el plazo para presentar el recurso. No basta pues, la sola lectura de la sentencia, se requiere que esta también sea notificada, como segundo acto a realizarse.

Dicha tesis adquiere mayor credibilidad si consideramos que la inclusión de la conjunción “y” en el citado artículo no hubiera sido necesario en este apartado del artículo, en la medida de que hubiera bastado con decir “Vencido el plazo a que se refiere el artículo 414.1, la Sala devolverá el expediente”. En nuestra opinión, es evidente, que la intención del legislador peruano era garantizar el conocimiento exacto del contenido de la sentencia, algo que solo se logra a partir de tener físicamente dicho documento (notificación), pues solo así se permite su mejor estudio para apreciar la conveniencia de impugnar o no.

No obstante, si bien la Sala Permanente de la Corte Suprema en su sentencia de fecha 26 de diciembre del 2014, recaída en la Casación n.º 119-2013-La

Libertad, ha señalado —en su fundamento quinto, sexto y séptimo⁶— que la notificación de la sentencia de segunda instancia tiene sus efectos desde el día siguiente desde su lectura en audiencia pese a que no se haya entregado una copia del íntegro del fallo (cuando solo se haga lectura de la parte resolutive de la decisión) y, que el juez que omitió el acto de entrega de copias solo acarrea responsabilidad disciplinaria, ello irrumpe flagrantemente los alcances constitucionales y convencionales del debido proceso y el derecho a la defensa del procesado, pues al reconocer la Sala Suprema, en el caso que fue materia de

⁶ Casación n.º 119-2013-La Libertad: “(...) QUINTO: Sobre el particular, de los actuados sobre nulidad de la resolución del diecisiete de diciembre de dos mil trece, obrante a fojas ciento cincuenta y ocho, es posible apreciar de la transcripción del audio de la lectura de sentencia de fojas doscientos veinte que la defensa del recurrente asintió que sólo debe darse lectura a la parte resolutive de la sentencia de vista, luego solicitó copia de la sentencia y se reservó el derecho para interponer recurso de casación, dándose por concluida la audiencia, de modo que la falta de motivación del íntegro de la sentencia esbozada por el recurrente no constituye fundamentos suficientes que puedan dar lugar a que se declare la nulidad de la resolución que declaró nulo el auto de calificación del recurso de casación interpuesto; e inadmisibles por extemporáneo la impugnación, porque el hecho que subsanara la omisión mediante notificación del 11 de enero de 2013, ello no hace sino exteriorizar la omisión de la Sala Penal Superior de no entregar la copia de la sentencia luego de concluida la audiencia de apelación de sentencia, sino transcurrido tres días del referido acto procesal, lo cual de ninguna manera puede ser sancionado con la nulidad de la resolución cuestionada que se ha emitido en un proceso regular. SEXTO: Al respecto, se debe precisar que lo alegado [el plazo se debe computar a partir de la notificación de la sentencia y no del acto procesal de lectura de sentencia], carece de contenido toda vez que el recurrente aceptó que sólo se leyera la parte resolutive del fallo confirmatorio, reservándose su derecho y solicitando copia de la sentencia, de modo que la inacción del órgano jurisdiccional no puede ser considerado como un vicio que trae aparejada la nulidad de la resolución que declaró nulo el auto de calificación de recurso de casación, toda vez que operó la aquiescencia del impugnante. En efecto, fue desestimado la casación debido a que se computó el plazo desde el día siguiente al acto de notificación —ocho de enero de dos mil trece—, y no del acto de notificación —once de enero de dos mil trece—; por consiguiente, la presentación del recurso de casación —veinticuatro de enero de dos mil trece—, fue declarado extemporáneo por esta instancia suprema, resultando intrascendente que la notificación se realizara con posterioridad a la emisión y lectura de fallo porque el plazo comenzó a operar desde el día siguiente a que se leyó la lectura de sentencia. SÉTIMO: Los fundamentos invocados por el recurrente apuntan a instar un reexamen de la situación jurídica ya apreciada y resuelta en la resolución que declaró nulo el auto de calificación de recurso de casación [fojas ciento sesenta]. En todo caso, la falta de control de la Sala Penal Superior de no expedir las copias certificadas en el acto de lectura de ninguna manera puede ser alegado para trastocar el plazo común para impugnar vía casación; toda vez que, la inobservancia del cumplimiento del artículo cuatrocientos veinticinco, numeral seis, del Código Procesal Penal, que señala “Leída y notificada la sentencia de segunda instancia, luego de vencerse el plazo para intentar recurrirla, el expediente será remitido al juez que corresponde ejecutarla conforme lo dispuesto en este Código”, solo acarrea responsabilidad disciplinaria por la demora irrogada al justiciable, pero no origina la nulidad de actos procesales (...)”

análisis en la casación citada, que en el acto de lectura de sentencia solo y únicamente se dio a conocer la parte resolutive de la decisión y que el conocimiento íntegro de la misma se dio de forma posterior y formal mediante su notificación (tres días después de su lectura), respetando las normas y los conductos procesales, lo lógico y legalmente válido hubiera sido que no se declare inadmisibile el recurso casatorio por no haberse presentado dentro del plazo de ley, lo cual se condice con los argumentos hasta aquí alegados.

Esta última posición de la Corte Suprema, con respecto al cómputo del plazo para la imposición de un recurso impugnatorio, fue objeto de debate nuevamente y variada por los mismos magistrados de la Sala Penal Permanente cuando en la Casación n.º 799-2017-Callao del 30 de enero de 2018 señalaron que el acto procesal de comunicación de sentencia se perfecciona cuando se hace entrega a las partes una copia de la resolución leída en audiencia pública ya sea por su entrega inmediata en audiencia o con su notificación formal en el domicilio procesal designado, y desde ese momento es que se debe contar el plazo para la impugnación respectiva, garantizando así el derecho de defensa y el acceso a los recursos.

En tal sentido, se ha de entender que, al no leerse, en primer término, *el contenido* de la sentencia de segunda instancia, ello implica de manera consecuente el incumplimiento de lo establecido en el artículo 127.5 del CPP que establece que “Cuando la notificación deba practicarse por medio de lectura, se leerá el contenido de la resolución y si el interesado solicita copia se le entregará”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la validez de la notificación para que surta efectos depende que cumpla con las formalidades de ley como que se realice al domicilio procesal consignado. En caso de dudas o conflicto de una o más notificaciones debe tomarse en cuenta aquella que no genera dudas respecto de su recepción (Sentencia recaída en el expediente n.º 1044-2009-PA/TC). En caso de doble notificación cualquier de ellas surte efecto legal, siempre que haya sido realizada por el mismo órgano judicial o administrativo.

Queda claro que no puede prepararse, razonarse, argumentar, fijar agravios y menos presentar un recurso de casación, o cualquier otro medio impugnatorio, sin que la defensa de alguna de las partes (ministerio público, imputados, actor civil, et.) tenga material o formalmente la sentencia escrita completa. De no ser así la presentación del recurso es materialmente imposible,

pues ninguno de los actores podrá saber que agravios presentar y formular, que aspectos de la sentencia cuestionar y rebatir. Es decir, sin la notificación de la sentencia la formulación y presentación formal del recurso es una mera ilusión, ya que no se puede siquiera intentar discutir los errores o los vicios del fallo. Sin sentencia, sin la notificación de la misma simplemente no puede haber recurso alguno.

Por otro lado, y siguiendo con el análisis de las alegaciones vertidas por la Corte Suprema en la resolución antes citada, sobre que dicha omisión genera exclusivamente una responsabilidad administrativa por parte del órgano jurisdiccional que omitió la entrega de la copia al momento que se solicitó, es un argumento apartado de la ley y el derecho procesal, del derecho constitucional y del marco de garantías convencionales, en la medida que son los mismo órganos jurisdiccionales los encargados de garantizar la no indefensión de los procesados y, los que tienen que velar por el respeto del debido proceso.

III. LA NOTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cabe detallar, que la Constitución Política en su art 139.3, ha establecido que son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, es decir, que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Al respecto, debe destacarse que el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013, recaída en el expediente n.º 00964-2013-PA/TC, ha sentado como doctrina procesal —según el análisis de la nueva ley procesal penal— que las resoluciones judiciales (sentencias) se tendrá como notificada con su lectura íntegra en audiencia pública:

(...) 6. Que asimismo cabe precisar que conforme al artículo 414 del Nuevo Código Procesal Penal, que fue aplicado al proceso penal que es materia del amparo, los plazos para la impugnación se cuentan desde el día siguiente en que ésta es notificada; asimismo, el artículo 396' del mismo cuerpo normativo prevé que la notificación de la sentencia se da con su lectura integral en audiencia pública. Además, cabe señalar que el artículo 316 de la referida ley procesal prevé que en determinados casos

en los que la redacción de la sentencia revista complejidad, el órgano jurisdiccional puede optar por leer “sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión”, reservando su lectura integral para otra fecha (inciso 2). No obstante, cabe reiterar que conforme al inciso 3 del citado artículo del Código: “La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública”. 7. Que en el presente caso no obra el acta de lectura de sentencia sino únicamente la resolución de segunda instancia que declaró improcedente el recurso de queja, en la que se señala que se dio lectura “de la parte pertinente” de la sentencia. De este modo, no queda claro que en el caso se haya dado lectura total de la sentencia, por lo que no es posible afirmar de modo concluyente que la sentencia haya sido siquiera válidamente notificada. (Fundamentos 6 y 7)

En definitiva, el Tribunal Constitucional tiene una doctrina consolidada al establecer que deben notificarse en su integridad todas las sentencias para poder así ejercer de manera adecuada el derecho de defensa y en particular el derecho al recurso, toda vez que si no se llega a saber el contenido del fallo o las razones por las cuáles se decide de una determinada forma y no de otra no podrá impugnarse de manera razonable ningún fallo.

Por ello, si la decisión judicial no se notifica mediante su lectura integral en audiencia o ni mucho menos por escrito, al ciudadano se le despoja de la posibilidad de recurrir o accionar en términos razonables, cierto o por lo menos cognoscible el fallo, ya que si no sabe las razones por las que se negó su petición no podrá ejercer en forma efectiva y real su derecho al recurso y acudir a otras vías en protección de sus derechos afectados. Si el ciudadano no conoce ni se le informa las razones de la decisión que le perjudica no estará en condiciones materiales de cuestionar y rebatir racionalmente la decisión adversa (Huer-go-Lora, 1998, p. 106).

En efecto, el ciudadano no puede atacar la injusticia de la decisión sencillamente porque no puede decir que la decisión es injusta, desde el momento que no conoce la motivación de la misma (Iacoviello, s.f., 359). Al ignorar las razones de la decisión no puede orientar su defensa, actual y futura. El hecho de que los magistrados cuenten con patologías constitucionales para no motivar los actos que realiza supone colocar a la persona en una situación ni siquiera de incertidumbre, sino de incerteza normativa absoluta que le impide defender los derechos fundamentales involucrados con el planteamiento de su pretensión a la vez que hace inviable la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva,

prevista en el art 139.3 de la Constitución⁷, a través del derecho al recurso y a la pluralidad de instancias, prevista en el art 139.6 de la Constitución⁸, pues si no se conoce las razones del fallo ¿cómo es posible recurrir e impugnar?

Así —por ejemplo— la Corte IDH en la sentencia del caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, concluyó que “si el acto de remoción de la señora Chocrón Chocrón se hubiese motivado, la presunta víctima podría haber preparado en mejor forma los recursos interpuestos para su defensa, sin el margen de error que las conjeturas producen” y además agrega que “en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona (a las partes) la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”. Asimismo, la Corte IDH en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela, precisó lo siguiente:

(...) la falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal. En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.

IV. EL DERECHO A UN RECURSO JUDICIAL COMO PARTE ESENCIAL DE UN MODELO DE EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte IDH ha establecido, dentro de sus grandes aportes jurisprudenciales y de vinculación directa a todos los Estados miembros, que el control de convencionalidad es “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” (Sentencia del caso Gelman vs. Uruguay).

⁷ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

⁸ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia.

Asimismo, ha detallado la Corte IDH que la jurisprudencia interamericana o la “norma convencional interpretada” tiene una doble vinculación: i) una relacionada al caso particular (*res judicata*) dirigida al Estado que ha sido parte material en el proceso internacional; y ii) otra que a la vez irradia efectos generales para los demás Estados Parte de la Convención Americana como una cuestión interpretada (*res interpretata*) (Sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, párr. 67). Ello resulta sumamente importante y especial para el control de convencionalidad, dado que todas las autoridades nacionales de los Estados miembros, conforme a sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes en cada país deben llevar a cabo este tipo de control, pues así se garantiza, en cierta medida, el cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano.

La Corte IDH ha reiterado —dentro de su vasta jurisprudencia— que “es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden jurídico, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención Americana” (Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párrafo 124). Es decir, la Corte IDH ha precisado y destacado que los jueces y órganos de administración de justicia en todos los niveles —de los Estados miembros— están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; además, ha señalado que “en esta tarea, deberán tener en cuenta no solamente el tratado internacional de que se trate, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, Sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile).

No hay que olvidar que el artículo IV de las Disposición Final de la Constitución Política reconoce que las normas relativas a los derechos y libertades de la persona se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Sentencia del caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname). Tal interpretación contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte IDH, guardián último de los derechos en la Región (Sentencias

recaídas en los expedientes n.º 0217-2002-HC/TC, 218-02-HC/TC, 26-2004-AI/TC, 1417-2005-AA/TC).

En ese sentido, podemos inferir que las obligaciones que tiene el Estado peruano, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino que fundamenta su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito (Sentencia recaída en el expediente n.º 2798-04-HC/TC).

Si bien el control de convencionalidad tiene como característica que puede ser ejercido por las autoridades y tribunales en diversos grados de intensidad (según sean sus competencias y facultades legales), el artículo 25 de la Convención Americana⁹ establece claramente el derecho de todas las personas a contar con un recurso judicial efectivo para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho fundamental que la persona que reclama estima tener y que en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo. Como fue mencionado anteriormente, la existencia de estas garantías, y por extensión de un modelo de ejercicio del control de convencionalidad “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (Corte IDH, Sentencia del caso Cantos vs. Argentina, párrafo 52).

V. CONCLUSIONES

El derecho al recurso otorga a las partes la facultad de poder recurrir a un órgano superior para que la decisión dicta en el órgano de menor jerarquía sea

⁹ Artículo 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

revisada y así, si fuese el caso, se subsanen los errores previstos y postulados por las partes que hayan ejercido dicho derecho.

El acto de notificación válida de sentencia requiere cumplir con dos exigencias distintas: lectura y notificación, luego del cual recién podemos verificar el cumplimiento el plazo para presentar el recurso. No basta pues, la sola lectura de la sentencia, se requiere que esta también sea notificada, como segundo acto a realizarse copulativamente.

Las sentencias han de ser notificadas válidamente para poder ejercer de manera adecuada el derecho de defensa y en particular el derecho al recurso, toda vez que si no se llega a saber el contenido del fallo o las razones por las cuáles se decide de una determinada forma y no de otra no podrá impugnarse de manera razonable ningún fallo.

Todas las personas tienen el derecho a contar con un recurso judicial efectivo y útil, en la medida de que toda autoridad competente determine si ha habido o no una violación a algún derecho fundamental que la persona que reclama estima tener y restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Huergo-Lora, A. (1998). La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, (145).
- Cfr. Iacoviello, F. M. (s.f.). La Cassazione penale. *Fatto, diritto e motivazione*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 17 de noviembre de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentencia del 28 de noviembre de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de setiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Sentencia del 1 de julio de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia del 1 de setiembre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia del 14 de mayo de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Sentencia del 30 de enero de 2014.

EL *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

*Hellian Stefanny Caballero Beltrán**

Sumario

I. Introducción. II. Delito. 2.1. Definición. 2.2. Clasificación del Delito. III. Delitos Especiales. 3.1. Delitos Especiales Propios e Impropios. IV. Delito de Enriquecimiento Ilícito. 4.1. Teoría de la Ruptura del Título de Imputación. 4.2. Teoría de la Unidad del Título de Imputación. V. Conclusiones. VI. Referencias Bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El delito es la conducta humana cuya acción u omisión transgrede la ley penal, siempre y cuando no concurren supuestos de ausencia de acción, y será pasible de una sanción penal en tanto el sujeto a quién se le atribuye la acción sea reproachable.

* Abogada por la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, egresada de la Maestría con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, egresada de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Privada Antenor Orrego. Especialista Legal en la Corte Superior de Justicia del Santa.

Ahora bien, el delito tiene distintas clasificaciones, entre ellas encontramos la clasificación por la estructura del tipo y es justamente dentro de esta última donde ubicamos a los delitos especiales y delitos comunes, los cuales se diferencian básicamente por la cualidad especial que posee o no el sujeto activo y que prevé el tipo penal para la configuración del delito.

En tal sentido, los delitos especiales son aquellos en los que la autoría del hecho delictivo está limitada a determinados sujetos, quienes deben tener una especial condición; en cambio en los delitos comunes no se requiere esa cualidad especial del autor, pues éste puede ser cualquier persona.

Ahora bien, los delitos especiales, a su vez, se clasifican en propios e impropios, y la diferencia entre ellos radica en que los delitos propios no tienen una figura similar dentro de los delitos comunes, vale decir son autónomos; mientras que los delitos impropios, si cuentan con un tipo penal similar dentro de los delitos comunes; en consecuencia, para que se configure el delito especial propio, el autor tiene que cumplir necesariamente con esa cualidad especial que establece previamente la norma penal.

En este contexto, tenemos al delito de enriquecimiento ilícito, el mismo que se encuentra tipificado en el artículo 401 del Código Penal y que por la descripción del tipo es un delito especial propio, ya que para su configuración exige que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público; pero ¿Qué sucede cuando también comete el delito una persona que no cuenta con dicha condición?

Al respecto, en la doctrina se han desarrollado dos teorías para calificar y determinar el delito por el cual respondería el particular, la primera de ellas es la teoría de la ruptura del título de imputación y la segunda la teoría de la unidad del título de imputación.

Es importante señalar, que esta última teoría ha sido aceptada y aplicada por el órgano jurisdiccional en la resolución de conflictos jurídicos penales a lo largo de los años, y que ha sido acogida como doctrina legal en el Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116, del 12 de octubre del año 2017.

En tal sentido, respecto de la calificación del *extraneus* en el delito especial propio ha quedado claro que éste será comprendido en calidad de partícipe; sin embargo, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo queda la conducta que despliega el tercero cuando el servidor o funcionario público que ha realizado

el enriquecimiento ilícito ha cesado o ha sido destituido del cargo funcional?, ¿la conducta del *extraneus* es autónoma o accesorio?

Es justamente este importante cuestionamiento el que se pretende responder en el presente artículo, para lo cual se ha efectuado un desarrollo jurídico-doctrinario del delito, clasificación del mismo, de los delitos especiales, el delito de enriquecimiento ilícito, para finalmente analizar la posición del *extraneus* cuando el *inatraneus* del delito de enriquecimiento ilícito ha cesado en el cargo de servidor o funcionario público.

II. EL DELITO

2.1. Definición:

Al respecto, existen dos teorías que definen el delito y son las siguientes:

A. Teoría tripartita: Postulada por Liszt y Beling y que define al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable.

- Típica: La acción u omisión de carácter humano debe encontrarse previamente descrita en el tipo penal.
- Antijurídica: La conducta cometida por el sujeto debe ser contraria al ordenamiento jurídico.
- Culpable: La acción u omisión humana debe ser pasible de reproche y por tanto de atribución de responsabilidad.

B. Teoría bipartita: Según esta teoría no se concibe a la antijuricidad como un elemento independiente de la acción y la culpabilidad en la configuración del delito. Al respecto Roxin (1997), señala:

Esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluyen no sólo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuridicidad se funden en un tipo global (o total) de injusto (Lang-Hinrichsen), que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio de injusto (elementos positivos y negativos, escritos y no escritos, relevantes para la comisión y para la omisión). (p.284)

Por su parte Schunemann (2008), indica que:

Los únicos elementos básicos del sistema penal son el injusto y la culpabilidad, ambos en su sentido específicamente penal. Es decir por un lado, una acción socialmente intolerable, lo cual fundamenta la necesidad de la

intervención penal y, por el otro, una reprochabilidad personal cualificada, que legitima la aplicación del mal de la pena al autor. (p. 14)

El delito es la conducta humana cuya acción u omisión transgrede la ley penal siempre y cuando no concurran supuestos de ausencia de acción, y que será pasible de una sanción penal en tanto el sujeto a quién se le atribuye la acción sea reprochable, vale decir capaz de asumir la responsabilidad que la ley penal prevé con anterioridad a la comisión del hecho delictivo.

El Código Penal peruano en el artículo 11, prescribe que: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”

2.2. Clasificación del Delito

El delito tiene diversas clasificaciones, entre ellas encontramos la clasificación por la acción, por el elemento subjetivo de la acción, por su regulación, por su ejecución y por la estructura del tipo y es justamente dentro de esta última donde ubicamos a los delitos comunes y delitos especiales.

La clasificación de delitos en comunes y especiales obedece a la cualidad que posee o no el sujeto activo y que prevé el tipo penal para que se configure el delito; por ejemplo en el delito de coacción, el artículo 151 del Código Penal, prescribe: “El que mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”; como se puede observar, en este caso la norma no exige que el sujeto activo tenga una cualidad especial, por lo que sujeto activo puede ser cualquier persona.

Sucede lo contrario, por ejemplo, en el delito de peculado, ya que en este tipo penal el artículo 387 del Código Penal, establece: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...)”; en tal sentido, en este caso la norma sí exige que el sujeto tenga la calidad de funcionario o servidor público para que pueda ser considerado como sujeto activo.

A) Delitos comunes:

Al respecto, García (2019) señala: “En los delitos comunes, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser autor del delito, de manera tal que cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad podrá responder como autor” (p.396).

B) Delitos especiales:

Como se indicó anteriormente, este tipo de delitos “(...) exige que el autor del delito reúna una determinada calidad especial. Esta exigencia puede ser expresa (por ejemplo, en el delito de parricidio del artículo 107 del CP) o concluyente (por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria (...))” (García, 2019, p.396).

Ahora bien, después de haber determinado la diferencia entre delitos comunes y delitos especiales, se procede a desarrollar el tema de los delitos especiales para luego ingresar al asunto que nos atañe.

III. DELITOS ESPECIALES

A lo largo del desarrollo de la doctrina penal, a fin de diferenciar y explicar las conductas del autor y partícipe, ha sido frecuente utilizar la teoría del dominio del hecho, que básicamente consiste en sostener que es autor de un hecho delictivo aquél que lo realiza, ya sea por sí mismo o por medio de otro, cuya acción es determinante en la producción del mismo.

Ahora bien, respecto a la teoría del dominio del hecho el doctor Siccha (s.f.) afirma que: “(...) es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho (...)” (p.2).

Por su parte el profesor Gálvez (2017), señala que:

Los delitos de dominio son aquellos cuyo autor no requiere de calificación o cualidad especial alguna y el reproche penal se centra en la concreción de la propia acción; esto es, tiene como núcleo de la imputación a la afectación concreta del bien jurídico (lesión o puesta en peligro) y la participación del agente en dicha afectación. (p.127)

Por el contrario, la teoría de infracción de deber “presupone el incumplimiento de mandatos especiales de los que son destinatarios ciertos grupos de personas como funcionarios o servidores públicos, ciertos familiares respecto de otros, los profesionales, etc.” (Gálvez, 2017, p.144).

Y es justamente ésta teoría la que se utiliza en los delitos especiales, según esta postura: “(...) el autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal” (Salinas, s.f., p.2).

El fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal —como, por ejemplo, el no dañar o lesionar el patrimonio del Estado—, sino deberes especiales impuestos por la ley penal. (Salinas, 2015, p.96)

Ahora bien, los delitos especiales son aquellos en los que la autoría del hecho delictivo está limitada a determinados sujetos, quienes deben de tener una especial condición; en este tipo de delitos para que una persona pueda ser considerada autor, el tipo penal: “(...) exige del sujeto agente unas condiciones personales naturales o jurídicas (sujeto cualificado)” (Márquez, 2008, p.29).

3.1. Delitos Especiales Propios e Impropios: Los delitos especiales se clasifican en delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

Los primeros no cuentan con una figura paralela en los delitos comunes, siendo la cualidad o condición especial del agente el principal fundamento de la imputación penal, por lo que si no presenta la cualificación especial, el hecho no tendrá relevancia penal. Los delitos especiales impropios, por el contrario, cuentan con un tipo común paralelo; en este caso la calificación, ordinariamente sólo configura una circunstancia que da mayor gravedad al hecho. (Gálvez, 2017, p.119)

Al respecto, Márquez (2008) señala:

Dado que los delitos especiales propios se encuentran descritos de manera autónoma, significa que su existencia depende de si mismo y de la condición personal especial del sujeto agente, sin sujeción a otro de naturaleza común, como ocurre con los delitos especiales impropios. (p.36)

IV. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401 del Código Penal, que prescribe: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de

cinco ni mayo de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a las prerrogativas del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

En este punto, cabe hacer una crítica al tipo penal descrito, ya que de éste se deduce que la carga de la prueba se encuentra en manos del imputado y no del Fiscal, por cuanto es el imputado quien debe justificar que el incremento de su patrimonio es legal y no el Fiscal, lo cual sería una clara vulneración al principio de presunción de inocencia, presunción que debe ser desvirtuada con las pruebas de cargo del Fiscal y no del imputado, al imputado no le corresponde acreditar su inocencia, sino al Fiscal su culpabilidad; pero ese será otro tema de investigación.

Ahora bien, en atención al tema de análisis, tomamos como punto de partida el tipo penal descrito en el artículo 401° del Código Penal, y se advierte que se trata de un delito especial, por cuanto no cuenta con una figura similar en los delitos comunes, y tiene como característica principal la condición especial que ostenta el sujeto activo de “funcionario o servidor público, que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos (...)”; pero ¿Qué sucede cuando también comete el delito una persona que no cuenta con dicha condición?.

Al respecto, en la doctrina se han desarrollado dos teorías para calificar y determinar el delito por el cual respondería el particular, y son las siguientes:

4.1. Teoría de la Ruptura del Título de Imputación

Esta teoría sostiene que si comete un delito especial, un funcionario o servidor público y un particular (que no tiene nada que ver con la condición exigida), el primero, por haber infringido su deber responde por el delito especial en calidad de autor, mientras que el segundo responderá como autor de un delito común similar.

Al respecto, el Profesor Gálvez (2017) señala que: “(...) Esta considera que los delitos especiales están referidos exclusivamente a los intraneus, por lo que de participar un *extraneus* este responderá solo por el delito común homologable, subyacente o subsidiario del delito especial (...)” (p.149).

Según la tesis de la ruptura de la unidad de imputación el punto de partida para delimitar la autoría de la participación se encuentra en la institución jurídica de la incomunicabilidad de las circunstancias (Art. 26º del C. P. peruano (...), la cual consagra la exigencia de impedir que la imputación del partícipe *extraneus* se fundamente en el tipo penal especial, sino en un delito común. Argumentan que los tipos penales especiales, como el peculado, solamente irradian su campo de acción sobre los funcionarios o servidores públicos, mas no respecto de los particulares.

Por tanto, según este planteamiento, (en el Derecho penal peruano) los particulares que contribuyen en la realización del delito de peculado únicamente responden sobre la base de un delito común, ya sea como autores o partícipes. Siguiendo dicha lógica, cuando un funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos —cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo— con la contribución de un particular, ocurre que el funcionario o servidor público será autor del delito de peculado si ha tenido el dominio, y el *extraneus*, que no ha tenido el dominio del hecho, será partícipe del delito común (apropiación ilícita). (Salazar, 2005, p.2)

4.2. Teoría de la Unidad del Título de Imputación

Esta teoría sostiene que si comete un delito especial, un funcionario o servidor público y un particular (*extraneus*), el primero, por haber infringido su deber, y sin importar si tuvo o no el dominio del hecho, responde por el delito especial en calidad de autor, mientras que el segundo responderá como partícipe.

Al respecto, Gálvez (2017) señala que:

Para esta teoría el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, tanto en los delitos especiales propios así como en los impropios; pues, si bien no es ni puede ser autor, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito. (p.150)

Así también, en relación a la pena a imponerse, indica lo siguiente:

conforme al artículo 25° del Código Penal, al partícipe (*extraneus*) que ha contribuido con una actuación relevante le correspondería la misma pena que al intraneus; no obstante, como quiera que no ha infringido deber especial alguno el reproche penal exigido no puede ser el mismo que el que corresponde a quien sí lo hizo. Para evitar esta circunstancia de injusticia, el juzgador deberá aplicar al partícipe una pena dentro de los límites de la pena conminada pero siempre por debajo de la pena que le corresponde al autor. (Gálvez, 2017, p.151)

Por su parte, Salazar (2005) sostiene que:

La teoría de la unidad de imputación, en cambio, sostiene que el *extraneus* —si bien es cierto no puede ser autor del delito especial— sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización. (p.3)

Cabe señalar, que esta última teoría ha sido aceptada por el órgano jurisdiccional en varias resoluciones de conflictos jurídico-penales a lo largo de los años, así tenemos el pronunciamiento de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en el Expediente N° 003203-2002: “(...) la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo nomen iuris delictivo (...)”.

Del mismo modo, se tiene lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1813-2003: “En cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia (...)”

Ahora bien, es importante mencionar que el 12 de octubre del año 2017, se desarrolló en la Corte Suprema de Justicia de la República X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA que dio como resultado el ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116, en el que se estableció como doctrina legal, entre otros fundamentos jurídicos, lo siguiente:

En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional.

En consecuencia, respecto de la calificación del *extraneus* en el delito especial propio ha quedado claro que éste será comprendido en el proceso penal en calidad de partícipe, por lo que siendo así no existe mayor problema; sin embargo ¿cómo queda la conducta que despliega el tercero cuando el servidor o funcionario público que ha realizado el enriquecimiento ilícito ha cesado o ha sido destituido del cargo funcional?, ¿la conducta es autónoma o accesoria?

Cabe señalar que en el Acuerdo Plenario antes mencionado, respecto a este problema se indicó que: “(...) si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que despliegue aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos”.

En el presente artículo se discrepa con lo acordado por las siguientes razones:

1. El delito de Enriquecimiento ilícito es un delito permanente y continuo; por lo que si el servidor o funcionario público cesó o fue destituido del cargo funcional y el *extraneus* continúa desarrollando actos posteriores de administra-

ción, custodia o transferencia de bienes y créditos incrementados ilícitamente durante el periodo que el agente ostentó la calidad de funcionario o servidor público, entonces corresponde aplicar la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, en tanto que la conducta desarrollada por el *extraneus* es accesorio a la conducta principal realizada por el *intraneus*. Cabe señalar que para efectos de la contabilización del periodo de prescripción, éste debería de ser a partir del cese de los actos posteriores (de administración, custodia o transferencia de bienes y créditos).

2. Lo determinado en el Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116, se fundamenta en la aplicación de la teoría de la ruptura del título de imputación, para la cual poco importa el grado de participación del *extraeneus* en el delito de enriquecimiento ilícito porque de todas maneras responderá en calidad de autor, ya que sin autor no hay partícipe.

3. Al aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación se le estaría imputando al *extraneus* un delito que no ha cometido, en tanto que se le entablaría un proceso penal por un delito común similar al delito especial propio, lo que a grandes luces atenta contra el principio de legalidad "*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*" (no hay delito ni pena sin ley previa).

Hay que recordar que el principio de legalidad, se encuentra garantizado en el artículo 2, numeral 24, literal d) de la Constitución Política del Perú; asimismo, está reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a su vez tiene rango constitucional, de conformidad a lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución política; por lo que siendo así y estando a lo previsto en el artículo 51 de la Constitución goza de supremacía frente a otras normas y principios de inferior jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico y como tal su observancia es obligatoria dentro del Estado Peruano.

Cabe señalar que, el principio de legalidad se encuentra amparado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Así también, es de advertir que este principio forma parte del debido proceso el cual ha sido recogido en los tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 10 y 11) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 7, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, Artículo 8, numerales 1, 2, 3, 4 y 5) y artículo 9; y por nuestra legislación interna como lo es el artículo 139, numeral

3 de la Constitución Política del Perú y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, entre otros.

En ese sentido, el principio de legalidad posee gran importancia, además porque: “(...) se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales (...)” (Landa, 2002, p.3).

V. CONCLUSIONES

- 1) El delito es la conducta humana cuya acción u omisión transgrede la ley penal, siempre y cuando no concurren supuestos de ausencia de acción, y será pasible de una sanción penal en tanto el sujeto a quién se le atribuye la acción sea reprochable.
- 2) Los delitos especiales son aquellos en los que la autoría del hecho delictivo está limitada a determinados sujetos, quienes deben tener una condición o cualidad especial, por ejemplo la de funcionario o servidor público.
- 3) Los delitos especiales se clasifican en propios e impropios, y la diferencia entre ellos radica en que los delitos propios no tienen una figura similar dentro de los delitos comunes, vale decir son autónomos; mientras que los delitos impropios, si cuentan con un tipo penal común similar; en consecuencia, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial propio.
- 4) La teoría de la ruptura del título de imputación sostiene que si comete un delito especial, un funcionario o servidor público y un particular, el primero, por haber infringido su deber responde por el delito especial en calidad de autor, mientras que el segundo responde como autor de un delito común similar.
- 5) La teoría de la Unidad del título de imputación sostiene que si comete un delito especial, un funcionario o servidor público y un particular, el primero, por haber infringido su deber y sin importar si tuvo o no el dominio del hecho, responde por el delito especial en calidad de autor, mientras que el segundo responderá como partícipe.
- 6) En el Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 ha sido acogida como doctrina legal la teoría de la unidad del título de imputación, respecto de la califica-

ción del *extraneus* en el delito especial propio, siempre y cuando el delito haya sido cometido durante el tiempo que el *intraneus* ostentó la cualidad especial, ya que si no se da esa condición será de aplicación la teoría de la ruptura del título de imputación.

- 7) El delito de Enriquecimiento ilícito es un delito permanente y continuo; por lo que si el servidor o funcionario público cesó o fue destituido del cargo funcional y el *extraneus* continúa desarrollando actos posteriores de administración, custodia o transferencia de bienes y créditos, entonces corresponde aplicar la Teoría de la Unidad del Título de Imputación.
- 8) La aplicación de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en los delitos especiales propios encuentra su fundamento en el principio de legalidad, el mismo que constituye una garantía protegida por la Constitución Política del Perú, así como por tratados internacionales sobre derechos humanos y por lo tanto su observancia es obligatoria a nivel de todos los poderes del Estado, especialmente por el poder que administra justicia.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Gálvez, T. (2017). *Delito De Enriquecimiento Ilícito*. Instituto Pacífico.
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Perú: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Landa, C. (2002). *El Derecho Fundamental Al Debido Proceso Y A La Tutela Jurisdiccional*. Pontificia Universidad Católica del Perú
- Márquez, A. (2008). *La Coautoría: Delitos Comunes Y Especiales*. Diálogos de Saberes.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. T.I. Civitas.
- Salazar, N. (2005). *La Participación De Los Extraneus En Los Delitos De Infracción De Deber*. Revista, (22), 1-27. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/la-participacion-de-los-extraneus-en-los-delitos-de-infraccion-de-deber/>
- Salinas, R. (2015). *La Teoría De Infracción De Deber En Los Delitos De Corrupción De Funcionarios*. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf
- Salinas, R. (s.f.). *Delitos Contra La Administracion Pública: La Teoría De Infracción De Deber En La Jurisprudencia Peruana*. https://www.mpfh.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int_d._adm._publica.pdf
- Schunemann, B. (2008). *El Propio Sistema De La Teoría De Delito*. Revista Para El Análisis Del Derecho, (InDret 1/2008), 1-20. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf>

LA POSESIÓN INMOBILIARIA Y LA USURPACIÓN DE CARA AL BICENTENARIO DE LA REPÚBLICA

*Freddy Jovaldo Rojas Sánchez**

Sumario

I. Introducción: la propiedad y la posesión como realidades sociales. II. Cuestiones problemáticas de la posesión en el ordenamiento jurídico peruano. 2.1. Naturaleza jurídica de la posesión. 2.2. Conservación y pérdida de la posesión. III. Los importantes cambios legislativos. 3.1. Presunción de la posesión del Estado. 3.2. La protección del “derecho” a poseer. IV. Regulación penal. 4.1. El delito de usurpación y su extensión a partir de su modificatoria por la Ley 30076. 4.2. Invasiones y agravamiento punitivo. 4.3. El bien jurídico del delito de usurpación. V. Represión, política social y selectividad. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN COMO REALIDADES SOCIALES

A diferencia de la adquisición derivada de la propiedad (compra venta en su mayoría), propia de la clase alta, y por lo general de la media del país, distinta es la realidad de las clases más desfavorecidas del Perú: la vulnerable (IPM S/ 584.4

* Abogado por la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote. Magister en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Doctor en Derecho. Fiscal Adjunto Provincial Penal de Nuevo Chimbote.

a S/ 1 449) y la pobre (IPM < S/ 548.4), las cuales, en el año 2019, conformaban el 40,2 y 15,3 %, respectivamente, de la población peruana. Los ciudadanos que conforman estas clases sociales, ante la necesidad de contar con una vivienda propia, que no pueden alcanzar de manera formal con sus ingresos, y la insuficiencia del Estado para facilitarles ello, optan comúnmente por las invasiones de terrenos, o la compra o adquisición de la posesión de terrenos invadidos, que se ha convertido en un fenómeno social dentro del cual se cultivan desdeñables y delictivas prácticas, como el tráfico de terrenos y las usurpaciones. Ello ha tenido sustento histórico, en la figura de la “posesión”, regulada en nuestro Código Civil de 1984 (en adelante CC), la cual se considera un derecho real autónomo (Mejorada, 2013), que permite apropiarse de facto de un inmueble, buscando luego su legalización, bajo la “prescripción adquisitiva de mala fe”, o apelando al clientelismo político de las autoridades que turno, en caso de predios del Estado, que avalen y luego formalicen las invasiones.

El Estado, no ha podido o “no ha querido” dar mejores soluciones a estos problemas, manteniendo la histórica tolerancia de las invasiones, a la par de los distintos programas de formalización (Cofopri) y financiamiento (Techo propio), que no han tenido el alcance querido. ¿Qué se ha hecho para avanzar en lo que al acceso a la tierra a todos los peruanos se refiere? La normativa sobre la posesión y la usurpación, y sus problemáticas, puede darnos algunas respuestas y mostrarnos que mejorar.

II. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA POSESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. Naturaleza jurídica de la posesión

La posesión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho constitucional, fundamental o humano. De ahí que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha señalado que constituye una atribución eminentemente legal (Sentencia recaída en el expediente n.º 04549-2015-PHC-TC). Legalmente, se encuentra regulada dentro del primer título de la sección de derechos reales principales del CC, definiéndose en su artículo 896, como: “(...) el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”, remitiéndose a las facultades de la propiedad pasibles de ejercicio de facto, como son: (1) el ejercicio del uso, y (2) el ejercicio del disfrute (Ninamanco, 2020).

Su principal referente jurisprudencial es la sentencia del II Pleno Casatorio Civil (cuyas ideas se repiten en el IV Pleno), la cual acoge para definirla, el concepto de Eugenio Castañeda, para quien “(...) la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente”. Asimismo, se acota que es un “poder de hecho” y que tiene protección jurídica con prescindencia de saber si es o no un derecho, clásico debate en la doctrina, siendo en la actualidad opinión mayoritaria, su aceptación como un derecho (Lama, 2012). Sin embargo, hay razones para discordar. Si bien puede concebirse “derecho”, al “derecho a poseer”, surgido de un título, como la propiedad, el arrendamiento, usufructo (Vásquez, 2013), y al ejercicio práctico de este derecho: *posesión legítima*; no así, a la mera posesión sin derecho: *posesión ilegítima*. Siguiendo a Avendaño y Avendaño (2017):

Tabla 1
Posesión legítima y posesión ilegítima

Posesión legítima (derecho ejercido)	Posesión ilegítima (hecho)
Ajustada a derecho; el poseedor tiene derecho a poseer en virtud de un título válido y vigente.	No ajustada a derecho; el poseedor no tiene derecho a poseer, sea porque su título no es válido (ilegitimidad general), ha fenecido o no lo tiene (posesión precaria)

Cosa distinta es que la posesión ilegítima pueda ser objeto de protección jurídica, regulación jurídica y reconocimiento jurídico. Ello se explica en los siguientes sentidos:

Sobre su protección jurídica: No se busca proteger ultimadamente a la posesión, sino a la propiedad, en situación de indefinición probatoria, a la cual sirve como un indicio privilegiado. Como en el proceso penal, se protege a quien es imputado, presumiéndosele inocente, porque en efecto podría serlo, ya que solo se puede definir ello luego de un ejercicio probatorio en juicio; al posesionario, se le protege presumiéndosele propietario porque podría determinarse que lo es luego de una instancia probatoria en juicio. Así, la posesión sirve no solo al propietario, sino a quien tenga derechos derivados de este a la posesión

—usufructuario, usuario, habitante—, frente a urgencias o dificultades para probar su título, por medio de la presunción de propietario de quien la ejerce —art. 912 del CC—; pudiendo de esta manera defenderse, invirtiendo la carga de la prueba. A su vez, se les protege, también frente a la dificultad de probar el título inmediatamente, frente a un acto de perturbación o de despojo, pues la sola posesión permite su defensa extra judicial o judicial inmediata, restituyéndose en su estado inicial. Se protege así a la “posesión”, sin precisar si es legítima o ilegítima, si y solo si, se está ante un estado de indefinición judicial; luego de ya definida judicialmente, no es protegida. Bajo esta clásica concepción, como lo concebía Ihering, se ofrece una protección general a los propietarios, sobre todo con la defensa posesoria, que acepta como “daño colateral”, por considerarlo estadísticamente insignificante, favorecer en algunos casos al poseedor ilegítimo.

Sobre su regulación jurídica: Sirve para la tipificación de la “posesión ilegítima”, como una suerte de delito civil, estableciendo la responsabilidad civil objetiva del poseedor de mala fe, por la pérdida o detrimento del bien, aún por caso fortuito o fuerza mayor —art. 909 del CC—; su obligación de entregar los frutos —art. 910 del CC—, y la calificación de precario —art. 911 del CC— que permite acceder a la tutela sumarísima por medio del desalojo (así como la flagrancia permite un juicio rápido en lo penal). No obstante, por principio de justicia, regula también para el poseedor de buena fe el poder hacer suyo los frutos —art. 908 del CC— y, para el poseedor en general, poder retirar sus mejoras y a ser compensado por las que no pueden ser retiradas —art. 917 del CC—.

Sobre su reconocimiento jurídico: La posesión ilegítima es un elemento que, adheridos otros, permite la adquisición de la propiedad inmueble por prescripción adquisitiva —art. 950 del CC— en 2 sentidos: (a) como subsanación de quien trató de obtenerla regularmente con justo título, que devino en inefectivo, frente el descuido de la propiedad, estando a su fin social tras haberse mantenido cierto tiempo sin usar mientras si lo hizo el adquiriente inefectivo —5 años—, y (b) como una forma excepcional de lograr la adquisición de propiedad, no tanto por el adquiriente —pues actúa de mala fe— sino por el descuido de la propiedad estando a su fin social, de haber mantenido largo tiempo sin usar su propiedad mientras que otro sí —10 años—. En ambos casos, el fundamento es el fin social de la propiedad que hace perder el derecho al propietario quien la descuida o no la ejerce, así como lo hace el abandono del bien durante 20 años, que hacer perder la propiedad a favor del Estado —art. 868.4 del CC—.

Pierde así sentido la concepción de la posesión ilegítima como derecho. Los invasores no deberían tener derecho pero consideran tenerlo pues ha sido el propio Estado el que ha venido guardando silencio dejando que, dentro de lo ilícito, las personas satisfagan por sí mismas sus necesidades, dada su incapacidad de generar políticas sociales que permitieran asegurarles el acceso a una vivienda propia, digna, formal y asequible (Espinoza, 2021).

2.2. Conservación y pérdida de la posesión

Un problema de la posesión (ilegítima), que se liga a su concepción de derecho y al uso que se le ha venido dando por los invasores, es lo referente a su mantenimiento, pese a tratarse de una cuestión de hecho, cuando se ha perdido contacto con el bien. A saber, en el artículo 904 del CC, complementando la noción estrictamente fáctica de la posesión —art. 896 del CC—, dota al ejercicio posesorio de una presunción jurídica *iure et de iure* de su continuación, entre los espacios temporales que, por situaciones pasajeras, el sujeto ya no está en contacto con el bien hasta que vuelve a tomar contacto. La finalidad es dar al ejercicio posesorio real una completitud jurídica de continuidad, necesaria para los efectos jurídicos ligados a la posesión, como la presunción de propiedad —art. 912 del CC—, las defensas posesorias —arts. 920 y 921 del CC— y la prescripción adquisitiva de dominio —art. 950 del CC—. Por otra parte, en el artículo 922 del CC, se regula como causal de extinción de la posesión al abandono. Una interpretación lógica de esta causal, a la luz de la noción fáctica de posesión —art. 896 del CC—, que exige solamente el elemento fáctico (*corpus*), hace concluir que el abandono es la desvinculación de este elemento; sin embargo, la Corte Suprema, en la Casación n.º 2566-2015-Ucayali, ha sustentado una interpretación, siguiendo a un sector de la doctrina, que exige además del abandono fáctico (*corpus*), un elemento subjetivo (*animus*): la “intención de no ejercitar en lo sucesivo ningún poder de hecho ni de derecho sobre el bien”.

El asumir esta posición de la necesidad del “*animus*”, no solo implica asumir un elemento extralegal, asistemático con el artículo 896 del CC, sino asumir consecuencias prácticas inconsistentes e incongruentes; en primer término, por la dificultad que implica probar un ánimo de abandono; si mi alejamiento consiente y por un periodo considerable, sin una justificación, no es suficiente para probar abandono, ¿de dónde entonces se va a probar que no quiero ya ejercer en lo sucesivo ningún poder de hecho o de derecho sobre el bien? ¿Tendría que declararlo

yo mismo? ¿Una infidencia? ¿Cómo se indaga sobre una situación interna, que no precisa de lo objetivo para manifestarse? En ese sentido, asumir dicha posición mayoritaria equivaldría a que nunca pueda darse el abandono, mucho más si por lógica económica, aplicada al poseedor, nadie va a querer desprenderse de un activo que le va a beneficiar. Seguir un criterio así favorece la práctica de los traficantes de terrenos pues estos, respecto de sus lotes que algunas veces pudieron haber estado en posesión, de por sí o por otros (testaferros), evidentemente nunca van a tener el ánimo de dejar de ejercer poder sobre los mismos, entonces puede permitirse que una sola persona, en cada lote que va invadiendo cada vez más, mucho más, digamos unos 1000, sea considerado poseedor de todos estos lotes dado que no tiene el ánimo de abandonarlos. Una consecuencia, evidentemente ilógica, que no se condice con el mencionado artículo 896, pues habría 999 lotes en los que, en los hechos, como se exige, no hay posesión y, sin embargo, seguirían vinculados a una persona como su titular. Se desarrolla así, por interpretación, una suerte de *posesión-propiedad* pues se trataría ahora de una vinculación jurídica del poseedor con la cosa, independientemente de su dominio de hecho, lo cual fomenta la posesión no solo por necesidad (que es valedera para muchos peruanos), sino por negocio, para quien realmente no necesita una vivienda, dando pie al tráfico de terrenos, al beneficio personal, lo cual precisamente se busca combatir. Habría que ver aquí, una aclaración, si en lo que todo caso se busca, es favorecer al necesitado.

III. LOS IMPORTANTES CAMBIOS LEGISLATIVOS

3.1. Presunción de la posesión del Estado

Es a partir de la Ley 29618, del 24 de noviembre de 2010, que el Estado da un giro en su política de tolerancia: se deshabilita jurídicamente toda invasión de los inmuebles estatales, estableciendo una presunción *iure et de iure* de posesión del Estado en ellos (Ninamanco, 2020). El reconocimiento jurídico de hecho que hace el artículo 806 del CC, de la posesión ilegítima, en caso de la propiedad estatal, es inaplicable, resolviéndose la antinomia por el principio de temporalidad a favor de la Ley 29618. Luego, es inexistente, legalmente, la posesión ahí donde opera la presunción (Ninamanco, 2020; Soria, 2020). Esto es incluso, para los ejercicios posesorios anteriores a la vigencia de la ley —lo que fue objeto de reforma en su proyecto original—, los cuales ya no tienen existencia a partir de su vigencia (Ninamanco, 2020). Como consecuencia de ello

y de la imprescriptibilidad de los inmuebles de dominio privado del Estado que también establece la ley, los invasores ya no tienen siquiera reconocimiento, ni expectativas, en el caso de la propiedad estatal.

3.2. Protección del “derecho” a poseer

Luego, con la Ley 30230, del 12 de junio de 2013, se afina el giro, aunque más moderadamente, en favor de la protección de la propiedad sobre la posesión ilegítima. Por un lado, se reforma el artículo 920 del CC que regula la defensa posesoria extrajudicial, ampliando cualitativamente sus alcances: (1) ampliando la titularidad para ejercer la defensa, no solo al “poseionario” sino al “propietario” de un inmueble que no tenga edificación o se encuentra en dicho proceso contra un ocupante precario; (2) estableciendo protecciones contra el ejercicio de defensa a favor del propietario, salvo que haya operado la prescripción, donde debe incluirse, desde el artículo 65 de la ley, la protección a los predios tanto bajo “competencia”, “administración” y “propiedad” del Estado; también a favor del ocupante precario, que ha usufructuado el bien por lo menos 10 años; (3) estableciéndose el apoyo de la Policía Nacional del Perú y las municipalidades, a efectos de garantizar la defensa posesoria. Por otro lado, la ley regula la “recuperación extrajudicial de la propiedad estatal”, por la cual no solo se faculta, sino que obliga a las entidades estatales a repeler toda invasión u ocupación ilegal sobre inmuebles bajo su competencia, administración o de su propiedad, así como a recuperarlos extrajudicialmente, para lo cual tienen auxilio policial.

Con ambas figuras fundamentadas en la necesidad de proteger la propiedad privada y estatal frente de las invasiones, se abandona el sentido clásico protector de la posesión en estado prejudicial, pues el legislador ya no tolera el costo colateral de que, en algunos casos, esta protección termine beneficiando al poseedor ilegítimo, en buena cuenta invasores de terrenos de propiedad privada y estatal; y esto, por considerar que la posesión actualmente viene protegiendo más que al propietario, a los ilegítimos, en desmedro de los propietarios y el Estado, quienes se ven obligados a seguir largos procesos para hacer prevalecer su derecho. Esto último, incluso, va más al ofrecer al propietario también por dicha vía, desnaturalizándola, una forma más rápida y directa que el proceso de desalojo, para hacer prevalecer el verdadero “derecho de posesión”, que nace del título (Solís, 2020). Resulta interesante lo indicado por Solís (2020), respecto de que más se asemeja a una toma de posesión legítima, ampliando el atribu-

to reivindicativo de propiedad, como una acción particular. Si bien es cierto, dichas regulaciones pueden traer cabida a arbitrariedades, al dejar la acción a los particulares, es una opción legislativa legítima y justificada, en tutelar de mejor manera la propiedad, dejando claro que es lo que se protege, por medio de la posesión.

Tabla 2

Estructura de la nueva defensa posesoria extra judicial

Sujeto activo	Sujeto pasivo
Poseedor legítimo o ilegítimo (precario)	Procede: Pretensor ilegítimo (precario) y legítimo No procede: Pretensor propietario, salvo si ha alcanzado prescripción adquisitiva No procede: Pretensor Estado, propietario, o en “competencia” o “administración” sobre inmueble.
Propietario (sin edificación/ en proceso)	Procede: Poseedor precario, salvo haya usufructuado por lo menos 10 años
Propietario Estado	Procede: Poseedor ilegítimo (precario)

IV. REGULACIÓN PENAL

4.1. El delito de usurpación y su extensión a partir de su modificatoria por la Ley 30076

Inicialmente, se reguló en el 202 del Código Penal de 1991 (en adelante CP), las tres modalidades clásicas de usurpación: (a) la usurpación por destrucción o alteración de linderos (inciso 1), sancionando al que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera sus linderos; (b) la usurpación por despojo (inciso 2), sancionando al que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real; c) la turbación de la posesión (inciso 3), sancionando al que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble. La pena era de entre 1 a 3 años de pena privativa de libertad (en

adelante PPL), que complementada por los supuestos agravados del artículo 204 del CP, como el uso de armas, inmueble reservado para fines habitacionales y multiplicidad de personas, pensados contra actos grave violencia y contra personas que ejercían vivencia, se elevaba el marco punitivo de entre 2 a 6 años de PPL.

Es a partir de la publicación de la Ley 30076, el 19 de agosto de 2013, que el legislador concreta mejoras cualitativas, no solo al precisar el medio típico “violencia” de la usurpación por despojo y turbación de la posesión —lo que la jurisprudencia ya había venido haciendo—, sino que el cambio cualitativo más trascendental es la regulación de una cuarta modalidad de usurpación, que viene a ampliar los alcances de la modalidad de despojo, la *usurpación por ingreso ilegítimo*, incorporada por modificación, en el inciso 4 del artículo 202, sancionado al “(...) que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”. Esta modificación, supone un avance en la tipificación de acciones que no eran cubiertas por la modalidad de despojo, en dos sentidos: 1) en cuanto al accionar despojante que no emplea los medios típicos de dicha modalidad —el ingreso clandestino— y 2) en cuanto a la protección ya no del “ejercicio posesorio” (circunstancia fáctica), sino de un “derecho” (circunstancia jurídica) que se contraponen al ejercicio posesorio de otra persona.

Con esto último indicado, se prescinde del sentido jurisprudencial clásico de tutela de la posesión, ampliándose hacia sujetos que no están en ejercicio del uso o disfrute del inmueble, sino lejos del mismo, siendo lesionados por ende ya no en su situación fáctica, sino en cuanto a su derecho, a contraponerse a la toma posesoria de otra persona. Así, el delito de usurpación da también un giro en su regulación, acorde a los Proyectos de Ley 1911/2012 y 1897/2012, que han dado origen al cambio, con la finalidad de proteger al propietario de las invasiones (y el tráfico de terrenos) y también de la “prescripción adquisitiva de mala fe”, de lo que debe entenderse, aunque no se haya dicho así, que en la práctica se ha derogado. Confirma ello, cuando en el último proyecto de ley, se señala:

(...) se busca componer armónicamente, el derecho civil a la prescripción adquisitiva con el derecho constitucional a la propiedad. (...) si bien se garantiza de acuerdo a la legislación civil la adquisición por el paso del tiempo, Álvarez Caperochipi considera que la verdadera función de la usucapión no es facilitarle las cosas al usurpador (...) sino servir de prueba definitiva de la propiedad a efectos que cualquier adquirente, incluso a título derivativo,

pueda ampararse en la posesión a título de dueño por el término de ley, de tal manera que la usucapión sirve para subsanar la eventual irregularidad o nulidad de los títulos.

Y, en ese sentido, es válido concluir que esta nueva modalidad criminaliza todo ejercicio posesorio ilegítimo (sin derecho) sobre inmuebles, lo que implica: (1) a nivel normativo, que aún más ahora, la posesión ilegítima no puede ser derecho y, si lo hubiera sido, se ha dado su derogación tácita ¡ya no hay derecho a poseer ilegítimamente un inmueble sino cárcel! (2) a nivel social, la criminalización total de las invasiones, con necesidad o no, individual o masiva, por vivienda o por lucro, traficante o no traficante; no dándose campo a la tolerancia con fines de formalización ni a formas de adquirir por dicha vía un derecho.

Ni siquiera es posible tratar de buscar una compatibilidad con la prescripción, que permita mantener su vigencia y del uso de la posesión ilegítima, apelando a que esta última es pública, y la usurpación por ingreso ilegítimo clandestina. A saber, la publicidad de la posesión para la usucapión, como lo ha señalado la Corte Suprema, en la Casación n.º 3815-2017- Lima Norte, implica que se ejerza de forma visible y no oculta, no requiriéndose que el propietario tome conocimiento de la situación posesoria ajena, bastando la objetiva posibilidad, de acuerdo a los cánones sociales, de que cualquier tercero advierta la existencia de la posesión; siendo lo contrario, como lo señala Berastain (2020), la posesión clandestina, que se ejerce sin el conocimiento del público: los vecinos. De ahí que el autor, pone como ejemplo de clandestinidad a la persona que ingresa por las noches a un inmueble por un forado en la pared pero que, antes del amanecer, se retira.

Por el contrario, lo que exige la usurpación por ingreso ilegítimo es el ingreso, además de ilegítimo, “(...) con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”, y si bien puede asimilarse a un sentido de clandestinidad, como lo indica Salinas (2019), ello debe entenderse como “(...) aquello que se hace a escondidas del propietario o poseedor del inmueble, asegurándose que quien tenga derecho a oponerse, desconozca de dicho ingreso al predio”. Así las cosas, de una mirada a ambos conceptos de “clandestinidad”, no son lo mismo. La clandestinidad contraria a la publicidad de la usucapión, está referida al público colindante o general, frente al cual se despliegan los actos posesorios con *animus domini*; mientras que la clandestinidad de la usurpación por ingreso ilegítimo, se refiere a quienes tienen derecho a

oponerse. Es en ese sentido compatible, que se ejerza posesión pública hacia los vecinos (publicidad), pero clandestina respecto de quien tiene derechos sobre el inmueble (usurpación). No hay vacío legal. La posesión ilegítima es delito y la prescripción adquisitiva de mala fe, en la práctica, ha sido derogada.

Tabla 3

Objeto de protección de la usurpación antes y después de la Ley 30076

Usurpación	Antes de la modificatoria	Con la Ley 30076
Protección al poseedor contra el despojo	Por violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza	Por ingreso ilegítimo, por actos ocultos, en ausencia del poseedor
Protección al titular de derecho no poseedor		Contra el ingreso ilegítimo, con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse

4.2. Invasiones y agravamiento punitivo

El otro extremo de la línea reformadora de la Ley 30076 es el endurecimiento punitivo que acompaña muchas veces irrazonablemente, toda reforma legislativa de “mano dura”. No solo elevó el marco punitivo simple, sino el agravado, de 4 a 8 años PPL, incluyéndose la agravante específica, que hace agravada toda invasión, sin darle mayor lesividad a la conducta o aumentar la culpabilidad, de colocar, entre otros, instalación de esteras, plásticos u otros materiales (inciso 6). Con ello se ha buscado reforzar la protección preventiva con la amenaza penal, con el claro objeto de desalentar las invasiones y tráfico de terrenos, sin que el legislador diferencie las ocupaciones que puedan darse por necesidad de vivienda, de forma individual, o los asentamientos espontáneos de vivienda, que importan un fenómeno distinto al tráfico de terrenos y los fenómenos delictivos en su seno. La premisa es que no es ya lo que acontece en la realidad, sino un fenómeno corrompido. Pero esto no es del todo cierto, no puede generalizarse a todas las personas que recurren a las invasiones bajo estos calificativos, muchos recurren, aunque arriesgándose a los traficantes de terrenos, por una necesidad real de vivienda propia, que evidentemente no van a poder alcanzar de otra

forma, y el Estado no alcanza a facilitarlo. El agravamiento punitivo, destructivo, hace ver una política de “muerto el perro, muerta la rabia”.

Y mucho más con las posteriores agravaciones de la figura agravada, que alcanza su mayor grado de dureza, con el Decreto Legislativo 1187, del 16 de agosto de 2015, que no solo se agregan otras figuras agravadas, sino que agrava nuevamente su marco punitivo, ahora, de 5 a 12 años de PPL, lo que implica ya un cambio punitivo cualitativo, pues al elevar el mínimo de pena, ya no es posible una pena suspendida —art. 57 del CP—, sino de cárcel efectiva. Y tomando en cuenta que estas conductas siguen dándose, muchas veces por desconocimiento, necesidad y el fomento que hacen los traficantes de terrenos a la población más humilde, bajo promesas de seguridad y apoyo estatal, la represión penal va a ser destructiva de muchas familias, quizás no merecedoras de tal desproporcionalidad.

4.3. El bien jurídico del delito de usurpación

La Corte Suprema, en el R. N. n.º 2477-2016-Lima, ha señalado que el delito de usurpación protege todo tipo de posesión, no solo “legítima”, sino también “ilegítima” y “precaria”. De lo desarrollado, hay contundentes razones para discordar: El bien jurídico tutelado solo puede ser la “posesión legítima” con derecho en virtud de un título. La fundamental razón es que bajo nuestro actual desarrollo de la estructura constitucional interna que debe respetar toda regulación penal, la idea de bien jurídico penal, conforme lo ha definido el TC, se afilia por su doctrina constitucional vinculante (Sentencia recaída en el expediente n.º 1761-2014-PA/TC), a la tesis constitucionalista estricta de bienes jurídico penales, que exige que para ser tales, requieren de un reconocimiento explícito o implícito en la Constitución (García, 2019). Así lo ha señalado el TC en distintas sentencias, como en la recaída en el expediente n.º 0006-2014-PI/TC, en la que señala que hay una vinculación obligatoria y de identidad del concepto de “bien jurídico penal” con el concepto de “bien jurídico de relevancia constitucional”, esto es, con los “derechos” y “principios” recogidos en la Constitución, y los que de ella emanan, enfatizando que: “(...) detrás de cada tipo penal debe haber al menos un bien jurídico con relevancia constitucional”. De no ser así, la estructura constitucional interna por medio de sus principios reguladores, en este caso el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, hace inválida la intervención penal, pues como se ha reconocido en la Sentencia recaída en el

expediente n.º 0012-2006-PI/TC: “(...) el establecimiento de una conducta como ilícita, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional”.

La posesión solo de hecho, sin derecho, “ilegítima”, no tiene reconocimiento constitucional; por ende, no puede reconocerse en ella un bien jurídico penal. Distinto es el caso de la posesión legítima que deriva en génesis de la propiedad, un derecho fundamental; y de los derechos que de ella derivan, por su facultad de disposición —como el usufructo, el uso, arrendamiento—, siendo así una extensión de este derecho. Así, tiene sentido cuando se protege al “poseedor”, “tenedor” o “titular de otro derecho real”, entendiéndose como legítimos, en virtud de un derecho. Y esto se refuerza desde el sistema interno del delito de usurpación, cuando se protege ahora expresamente, bajo la modalidad de ingreso ilegítimo, al titular de un derecho no poseedor —propietario, usufructuario o arrendatario—, contra quien busca ser poseedor ilegítimo. Además, es de considerar otros argumentos sistemáticos. La protección de la posesión sin más, sin preguntarse si es legítima o ilegítima, solo tiene sentido en una tutela de urgencia, en situación de indefinición probatoria prejudicial, en la cual es preferible proteger al poseedor porque podría ser propietario (presunción de propietario). Tal tutela urgente que, si correspondería a las defensas posesorias, no es la corresponde a un juicio por usurpación, con fase probatoria. Además, la posesión ilegítima no es un derecho, se regula la posesión ilegítima y la precaria, para establecer consecuencias adversas al poseedor; responsabilidad civil y el poder ser sujeto de un procedimiento sumarísimo en beneficio del demandante, e incluso eximir el proceso, con la nueva defensa posesoria extrajudicial en el caso del propietario frente al precario; entonces, no es una situación valorada por el ordenamiento jurídico civil, sino desvalorada (Reynaldi, 2020), no pudiendo ser bienes jurídicos en tanto que estos son “(...) situaciones, objetos, estados o procesos valorados positivamente (...)” (Szzaranki, 2012).

La justificación de la Corte Suprema, en el R. N. n.º 2477-2016-Lima, parece apuntar más a protegerse a los poseedores de no ser privados de la posesión sino por vía ilícita, lo que se refiere a un bien jurídico diferente: la potestad del Poder Judicial de administrar justicia que ya se protege con el delito de ejercicio arbitrario de derecho —art. 417 del CP—, no pudiendo ser el bien jurídico de la usurpación.

Reconcebir la usurpación así, en similar sentido a Reynaldi (2020), bajo las modificaciones por las leyes 30076 y 30230, implica aceptar las siguientes consecuencias jurídicas:

Tabla 4

Estructuras diferenciadas del delito de usurpación

S. Pasivo	Acción ilícita	S. Activo	Bien jurídico	Delito
Titular con derecho no poseedor	Alteración de linderos Ingreso ilegítimo	Persona sin derecho	Facultades de la propiedad	Usurpación
Poseedor legítimo	Alteración de linderos Despojo Turbación Ingreso ilegítimo	Persona sin derecho	Facultad de la propiedad ejercida	Usurpación
Poseedor ilegítimo	Alteración de linderos Despojo Turbación Ingreso ilegítimo	Titular con derecho	Reserva de la facultad de administrar justicia al PJ	Ejercicio arbitrario de derecho
Poseedor ilegítimo	Alteración de linderos Despojo Turbación Ingreso ilegítimo	Persona sin derecho	No hay, salvo otros delitos	Atípico, salvo otros delitos

V. REPRESIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y SELECTIVIDAD

Es claro, del material normativo analizado, que el *quid* de las modificaciones estatales sobre la posesión y la usurpación es combatir las invasiones y los lastres indeseables que arrastra, como el tráfico de terrenos y las conductas delictivas que se gestan en su entorno. Para tal efecto, el Estado no ha reaccionado con una modificación estructural de estas dos instituciones, sino con una política de fuerza, autorizando la autodefensa al propietario y limitándosela al posesionario; una política de desconocimiento, inhabilitando jurídicamente toda posesión estatal y derogando, en la práctica, la prescripción adquisitiva; y una política de terror: criminalizando la posesión ilegítima con un endurecimiento punitivo destructor.

Sin embargo, no se aclaran muchos de los aspectos problemáticos, lo cual no favorece la predictibilidad y genera espacios para la corrupción, sino que sobre todo, no resuelven el problema de fondo de las invasiones, que más allá de un problema normativo, de acatamiento y disuasión, es un problema social, que requiere ser abordado por el Estado con una política de soluciones estructurales, y que no excluya, sino más bien integre a las poblaciones más desfavorecidas del país, sin desproteger los derechos de los otros sectores poblacionales ¿Se ha avanzado con ello en contrapartida a la represión estatal? No. Espinoza (2021), investigador del Grupo de Análisis para el Desarrollo (Grade), al ser entrevistado con motivo de las invasiones en el cerro Lomo de Corvina (propiedad de una empresa minera) y del Morro Solar (zona intangible), indicó que las invasiones son un problema que tiene 60 años en el Perú, y cuya razón es que no se producen suficientes viviendas, dignas, formales y asequibles, para que la gente pueda acceder a ellas. Indicó que cada año, las ciudades del Perú necesitan unas 140 000 viviendas nuevas, y solo 40 000 se producen al año de manera formal, dejando a las otras 100 000 familias necesitadas de vivienda, a buscárselas como pueden, siendo lo que hacen ocupar espacios de manera informal, normalmente a través de traficantes.

Como he indicado, tomando los datos de 2019 (antes de la pandemia), las clases *vulnerable* y *pobre* del Perú, conformaban el 40,2 y 15,3 % de la población, respectivamente. Este es el grueso poblacional que, por sus bajos ingresos, no llegan a alcanzar el acceso formal a la propiedad; de ahí que es dentro de este grupo poblacional que ha surgido el uso y capitalización de la “posesión

ilegítima”, como un falso “derecho real” con el que se negocia dentro del tráfico comercial propio de estos sectores, lo cual puede calificarse, en analogía al mercado mobiliario, como el “submercado de la posesión inmueble”. Según un estudio de Grade, las 43 ciudades más grandes del país se expandieron en un 47% en cuanto su suelo urbano entre 2001 y 2018; y, de esta expansión, 47% de las ocupaciones fueron ilegales, 46% particiones informales y apenas 6% urbanizaciones formales. Apenas el 1% fue para proyectos de vivienda social (Agencia EFE, 2021). Esto refleja, el gran papel que ha tenido el uso de la “posesión ilegítima” para estos sectores, ha sido y es todavía, la forma en que han “equiparado la balanza” frente a la desigualdad. Ahora, sin ese activo el Estado precisa implementarles eficaces programas de acceso a una propiedad predial, sea bajo el desarrollo de productos crediticios, financiamiento estatal, inversión privada, la habilitación y repartición planificada de tierra, entre otros, enfocados en la vivienda, que es un derecho fundamental que sí se le exige asegurar (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente n.º 0018-2015-PI/TC), por sobre el explote económico.

Por otra parte, no obstante reconocer el carácter indeseable de la posesión ilegítima y hasta la necesidad de su criminalización, su agravamiento punitivo es desproporcionado, pues pone a todos los invasores bajo “un mismo saco”, como a los traficantes de terreno y los usurpadores violentos. Incluso, bajo la interpretación (equivocada) de la posesión ilegítima como bien jurídico de la usurpación, se termina sancionando con el mismo marco punitivo a un titular de derecho sobre el inmueble, lo cual es por lo menos injusto. Se requiere que el legislador haga distinciones en el tratamiento punitivo, identificando los distintos ámbitos de lesividad y culpabilidad de las diferentes conductas que pueden darse dentro de las invasiones, a efectos de su proporcional represión penal, sobre todo de cara al principio de resocialización, pensando que muchas veces, se trata de familias que buscan alcanzar una vivienda en desigualdad.

Por ejemplo, debe reconocerse legalmente (para no dar cabida a las interpretaciones dispares que no favorecen la predictibilidad y generan espacios para la corrupción) que el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la propiedad y los derechos que derivan de ella, como la posesión legítima, no así la posesión ilegítima, que no obstante a su claro contrasentido normativo, es doctrina mayoritaria y asumida por la Corte Suprema, lo cual da cabida a consecuencias desproporcionadas, como sancionado con pena efectiva mínima de 5

años al titular de un derecho quien trata de recuperar su bien frente al invasor, lo cual no puede ser, debiendo ser sancionados, si el caso fuera, por el delito de ejercicio arbitrario de derecho y otros delitos que correspondan por los excesos. Deberían evaluarse también las agravantes de colocación de esteras u otros materiales, que hacen automáticamente agravadas las conductas y obedecen a una lógica de conducta simple, y el sentido de la agravante de multiplicidad de personas, puesto que puede dar cabida a sancionar un ingreso ilegítimo de una familia a un inmueble —por ejemplo, padre y madre—, no representando ello la mayor lesividad que exige la agravante, de mayor capacidad efectiva como cuando se realiza un despojo por violencia y amenaza. De esta forma, deberían poder acceder estas personas, bajo condiciones normales y siendo agentes primarios, a una pena suspendida, a la vez que se efectiviza la protección del derecho del titular del inmueble, mediante defensas posesorias, recomponiendo así el derecho, y permitiendo la resocialización e integración normativa del invasor; en contraposición, a quienes sí cometen actos de usurpación bajo amenaza y violencia, conductas de mayor lesividad.

VI. CONCLUSIONES

1. No hay una clara regulación de la posesión (como respecto a su naturaleza jurídica) y la usurpación (como respecto a su bien jurídico) que permita respuestas coherentes en todos los casos, debiendo recurrirse a la interpretación que, si bien es una opción válida, no favorece la predictibilidad y genera espacios para la corrupción.
2. El *quid* de las modificatorias estatales sobre la posesión y la usurpación es combatir las invasiones y los lastres indeseables que arrastra, como el tráfico de terrenos y las conductas delictivas que se gestan en su entorno.
3. El Estado no ha reaccionado con una modificación estructural de estas instituciones, sino con una política de fuerza, autorizando la autodefensa al propietario y limitándosela al posesionario; de desconocimiento, inhabilitando jurídicamente toda posesión estatal y derogando en la práctica, la prescripción adquisitiva; y de terror: criminalizando la posesión ilegítima con un endurecimiento punitivo destructor.
4. Pese a la política represiva, el Estado no ha avanzado en garantizar para todos los peruanos, fundamentalmente a las clases más desfavorecidas del

Perú, el acceso a una vivienda propia, requiriéndose eficaces programas sea bajo el desarrollo de productos crediticios, financiamiento estatal, inversión privada, la habilitación y repartición planificada de tierra, entre otros, enfocados en la vivienda.

5. Se precisa un tratamiento punitivo diferenciado, identificando los distintos ámbitos de lesividad y culpabilidad de las diferentes conductas que pueden darse dentro de las invasiones a efectos de su proporcional represión penal, sobre todo de cara al principio de resocialización, pensando que muchas veces se trata de familias que buscan alcanzar una vivienda en desigualdad.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agencia EFE. (21 de abril de 2021). *Invasores por necesidad: la deuda eterna de Perú con las viviendas sociales*. Gestión. <https://gestion.pe/peru/politica/invasores-por-necesidad-la-deuda-eterna-de-peru-con-las-viviendas-sociales-noticia/?ref=gesr>
- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2019). *Derechos Reales*. PUCP.
- Berastain, C. (2020). Prescripción adquisitiva. En M. Muro & M. Torres (Coord.), *Código Civil Comentado* (pp. 362-376). Gaceta Jurídica.
- Espinoza, A. (20 de abril de 2021). *Investigador de Grade sobre invasiones: "Es tarea del Estado construir más viviendas"*. Canal N. <https://canaln.pe/actualidad/investigador-grade-sobre-invasiones-tarea-estado-construir-mas-viviendas-n433992>
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- Lama, H. (2012). *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Motivensa.
- Mejorada, M. (2013). La Posesión en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, 40, 251-256.
- Ninamanco, F. (2020). Definición de posesión. En M., Muro & M. Torres (coord.), *Código Civil Comentado* (pp. 57-72). Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2019). *Derecho Penal. Parte Especial* (vol. 2, 8ª ed.). Iustitia.
- Solís, M. (2020). Defensa posesoria. En M., Muro & M. Torres (coordinadores). *Código Civil Comentado* (pp. 190-212). Gaceta Jurídica.
- Soria, F. (2020). El proceso de prescripción adquisitiva sobre bienes de dominio privado del Estado. Algunas precisiones a la Ley N° 29618, a la luz de sentencia emitida por Corte Suprema. *Actualidad Civil*, 68, 239-270.
- Reynaldi, R. (17 de mayo de 2020). La posesión precaria como elemento extra típico del delito de usurpación. *LP* <https://lpderecho.pe/posesion-precaria-elemento-extra-tipico-usurpacion/>

- Szzaranski, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política criminal*, 7(14), 378–453. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000200005>
- Vásquez, A. (2013). *Derechos reales. Los Bienes. La posesión* (tomo I, 2ª ed.). San Marcos.



Derecho Civil y Procesal Civil

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO Y EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE CONDENA: PROPUESTA DE APLICACIÓN AL PROCESO CIVIL EN ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

*Joseph Gerson Villanueva Zegarra**

Sumario

I. Introducción: Reseña de un caso judicial. II. El cumplimiento de la sentencia como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 2.1. El derecho de acceso a la jurisdicción. 2.2. El derecho a la efectividad de la resolución judicial (cumplimiento de la sentencia). III. La persona jurídica societaria y la doctrina del levantamiento del velo. 3.1. La persona jurídica societaria y responsabilidad patrimonial. 3.2. La doctrina del levantamiento del velo societario. 3.3. Tratamiento legal en sistemas jurídicos extranjeros. 3.4. Propuesta de aplicación del levantamiento del velo corporativo en el proceso civil peruano en la etapa de ejecución para hacer efectiva la sentencia de condena. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

* Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Candidato a Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y administrativo por la Universidad San Pedro. Conciliador extrajudicial. Abogado litigante en Derecho Civil en el Estudio jurídico Villanueva Abogados y Asociados. jovz22@outlook.com

I. INTRODUCCIÓN: RESEÑA DE UN CASO JUDICIAL

Si usted es un acreedor judicial con sentencia favorable pero llegada la etapa de ejecución se da cuenta que su contraparte emplea fraude por abuso de la persona jurídica para burlar sus derechos, es decir, crea empresas para no cumplir su obligación de pago, surge la pregunta ¿es posible desconocer o desenmascarar al deudor que actúa con fraude? ¿Es posible aplicar el “levantamiento del velo societario” en un proceso civil en etapa de ejecución de sentencia?

A propósito, se reseña el siguiente caso laboral real, en el que el demandante fue un trabajador de una determinada empresa, pero cuyo titular conformó un grupo empresarial familiar. Lo interesante del caso fue que finalmente el demandante consiguió que la última empresa creada (activa), a pesar que alegaba ser empresa distinta, cumpla con la sentencia dirigida contra la primera empresa (desactivada) en su respectivo proceso, puesto que se demostró que demandante continuó prestando sus servicios y que recién se enteró de las distintas razones sociales cuando concluyó su vínculo laboral.

El juzgado aplicó el principio de carácter persecutorio de los créditos laborales así como el levantamiento del velo societario. Con lo que se hizo efectivo el derecho subjetivo.

Por tanto, el trabajo presentado propone aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario en un proceso civil en la etapa de ejecución de sentencia a fin de que la sentencia de condena sea cumplida. El interés de este trabajo viene dado por los casos en los que la parte demandada (natural o jurídica), a fin de evitar que su patrimonio sea materia de embargo, intenta blindarlo legalmente.

En primer lugar, se examinará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y su manifestación en el cumplimiento de la sentencia. Después, se abordará la naturaleza de la persona jurídica societaria y los presupuestos para la doctrina del levantamiento del velo societario. Y finalmente fundamentaré la aplicación del levantamiento del velo societario en el proceso civil peruano en etapa de ejecución de sentencia para hacer efectiva la sentencia de condena.

II. EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

2.1. El derecho de acceso a la jurisdicción

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra consagrado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú y lo integran derechos fundamentales. Entre los que se encuentra el derecho de acceso a la jurisdicción, entendido como “el derecho que tiene todo sujeto a acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar la protección de cualquier derecho o interés frente a cualquier situación de lesión o amenaza de lesión” (Priori, 2019, p. 82).

2.2. El derecho a la efectividad de la resolución judicial (cumplimiento de la sentencia)

A nivel jurisprudencial, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (pronto cumplimiento de la sentencia), lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC: “El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada” [fundamento 11].

De una ejecutoria condenatoria nace un derecho: “el derecho de exigir el cumplimiento de la pretensión que ha sido reconocida y amparada por la sentencia” (Vidal, 2013, p.127).

Así, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, consiste en hacer efectiva la tutela obtenida a través de la sentencia, es decir, no es suficiente que el derecho de crédito sea cierto y reconocido en el título de ejecución (Sentencia firme) para configurar el cumplimiento de la sentencia sino que para concretar la tutela jurisdiccional efectiva es necesaria su ejecución. Es menester que la sentencia se realice materialmente.

III. LA PERSONA JURÍDICA SOCIETARIA Y LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

3.1. La persona jurídica societaria y responsabilidad patrimonial

La persona jurídica es un sujeto de derecho, como centro de imputación jurídica, cuya naturaleza es distinta a la persona natural, es decir, cuenta con

subjetividad y autonomía. Por consiguiente, las titularidades jurídicas le son imputadas directamente, al igual que sus obligaciones y responsabilidad (Pazos, 2005). De ese modo, este beneficio constituye un velo corporativo al accionista o propietario de la empresa (véase Figueroa, 2011).

Si bien en materia de personas, existe el principio de la personalidad diferenciada (art. 78 Código civil peruano), es importante indicar que existe una distinción en cuanto al instrumento a utilizar en el caso de la limitación de la responsabilidad y en el caso de la limitación del patrimonio. Según Bianca, comentando el artículo 2740 del Código Civil italiano, considera en primer lugar que la “limitación de la responsabilidad constituye, ciertamente, una excepción al principio de universalidad de la responsabilidad patrimonial” (2005, p. 191), y que en el caso de la limitación del patrimonio es la acción revocatoria el instrumento a utilizar; esto es así, porque mediante la acción revocatoria no se pretende ni es su finalidad que la responsabilidad recaiga sobre el adquirente del bien o bienes que disminuyan el patrimonio del deudor.

Por tal razón, si lo que se pretende es la extensión de la responsabilidad (noción distinta a la de patrimonio) a terceros adquirentes, no entraría a tallar propiamente la acción revocatoria.

En ese sentido, siendo la limitación de la responsabilidad del socio una excepción al principio de responsabilidad patrimonial, es preciso que esa limitación de responsabilidad sea acorde al fin previsto legalmente y no sea usado como un escudo protector de las acciones judiciales por cobro de acreencias, sea para proteger al socio o la persona jurídica deudora.

Esto es claro en el caso de una persona jurídica cuyos socios conocen la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones pero resulta que los bienes que conforman su patrimonio son enajenados: en este caso la responsabilidad está intacta aunque el patrimonio del deudor haya disminuido, dado que la responsabilidad se originó antes de la disminución patrimonial (De Castro y Bravo, 1932).

No podríamos pensar que se extiende la responsabilidad al adquirente tanto como se transfirió los bienes. La transmisión de bienes que constituyen el patrimonio del deudor hacia terceros adquirentes bajo un ropaje formal de figura societaria pero cuya realidad (principio de Primacía de la realidad) evidencia que se trata de una conducta fraudulenta —por tratarse de los mismos socios conformantes de la sociedad primigenia—, que atenta contra la buena

fe entendida como creencia en la licitud de la celebración del acto jurídico. Tal conducta fraudulenta es contrarrestada con la acción revocatoria pero esta no es suficiente para extender la responsabilidad civil.

Para algunos, se recomienda la acción pauliana, y definitivamente que es un remedio eficaz, sin embargo, estas acciones tienen el inconveniente que sus plazos de prescripción son muy cortos (02 años) y además, en el caso de la acción pauliana no tiene como efecto el levantamiento del velo societario. Y no es raro que suceda porque estamos hablando de conductas fraudulentas que persiguen causar perjuicio a terceros bajo subterfugios legales, amparándose inclusive en el plazo de prescripción a fin de seguir incumpliendo sus obligaciones. En ese sentido, los plazos tanto en la acción pauliana como en la figura de la responsabilidad extracontractual podrían acarrear un nuevo perjuicio al tercero defraudado.

Por ello, el levantamiento del velo resulta ser un remedio más eficaz con un plazo de prescripción más largo, estando que con la acción pauliana “no se garantizaría tutela rápida en el caso de uso fraudulento de la persona jurídica, porque no es tal su objeto, como sí lo es la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario que ataca de forma directa el fraude a la ley” (Guerra, 2007, p.280).

Para la aplicación del levantamiento del velo societario en sede nacional, ya en la Exposición de Motivos y Comentarios de nuestro Código Civil se señaló “existen situaciones en las cuales, al distorsionarse la finalidad propia de la persona jurídica, es posible exigir a los integrantes o miembros de la persona jurídica, en ciertos casos, el pago de deudas formalmente imputadas al centro unitario ideal que, a nivel normativo, constituye la persona jurídica. Ello ha llevado a algunos autores a considerar que, cuando se abusa de la persona jurídica, el juez puede ‘descorrer el velo de la persona jurídica’ —superar la forma— para evitar la consumación de actos ilícitos.”

Así como en el Ante proyecto de Reforma al Código Civil, respecto a la consecuencia jurídica en su Artículo 78 inciso 3 señala: “el juez podrá, a solicitud de parte legitimada:

Desestimar excepcionalmente la calidad de sujeto de derecho de la persona jurídica, imputando las consecuencias a los integrantes o directivos responsables; y,

- a) Declarar inoponibles frente al afectado, en todo o en parte tales actos. Como vemos, se ha considerado oportuno ampliar este artículo 78, abordando explícitamente el fraude a través de la persona jurídica, para que el juez quede facultado a desestimar la calidad de sujeto de derecho autónomo de la persona jurídica.
- b) Morocho (2021) señala que en la jurisprudencia peruana se ha aplicado en materia de propiedad intelectual, asimismo Farfán (2018) menciona su aplicación en la jurisprudencia laboral. Y también se ha aplicado en materia tributaria (López, 2017).

3.2. La doctrina del levantamiento del velo societario

3.2.1. Naturaleza jurídica

Se sostiene que “el levantamiento del velo constituye un instituto autónomo, con su propia fundamentación, y con un resultado propio” (López, 2017, p. 124). Por otra parte, Andrade (citado por Farfán, 2018, p.21), precisa que la teoría del levantamiento del velo societario tiene una naturaleza jurídico procesal.

En otro sentido: “un resultado que puede obtenerse utilizando como medio otras instituciones diversas, (fraude, representación, abusos de derechos, etcétera), en realidad ha de precisarse que no se trata del resultado último, sino de un resultado intermedio que sirve a finalidades ulteriores, como la protección de derechos a terceros, sean estos de carácter privado o —como en el fraude fiscal— públicos” (Gonzáles de Murillo y Merino Jara, 1994, p. 674).

3.2.2. Funciones

Esta doctrina tiene la función de “prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar el velo” y así examinar los reales intereses que existen o latén en su interior” (De Ángel Yágüez, 1997, p. 44); así como “alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura” (Boldó Roda citado por Ortiz, 2003, p. 575). “Se le imputan las responsabilidades a los socios directamente, pero sin que ello implique la desaparición de la persona jurídica, pues no se procede su disolución, es decir la vida jurídica de la sociedad no termina” (Jaramillo, 2011, p. 127).

3.2.3. Institutos jurídicos relacionados al levantamiento del velo: Fraude a la ley y abuso del derecho

3.2.3.1. Fraude a la ley

Un elemento central en la conducta del deudor es que emplea a la figura societaria como mero instrumento o recurso legal para enervar una prohibición legal.

Es de destacar que la sanción al fraude a la ley no necesariamente debería ser la nulidad del acto siempre y cuando la sanción distinta esté prevista legalmente. Así, siendo que precisamente el deudor pretende evadir la responsabilidad que constituye una norma general, es a través del fraude a la ley que se debería extender dicha responsabilidad (debida aplicación de la norma).

Lo que significaría que el acreedor afectado podría interponer cualquiera de los remedios o pretenderlos acumulativamente, según el caso concreto. Esto es que por un lado, si se plantea la pretensión de nulidad, el acreedor tendría un plazo prescriptorio de 10 años contados desde que se puede ejercer la acción para formularlo y en caso de la pretensión de acción revocatoria tendría un plazo de 02 años para ejercerlo. La cuestión se da en el aspecto procesal, es decir, si ello puede ser planteado en el mismo proceso a pesar que se encuentre en etapa de ejecución o tiene que ser vía acción.

3.2.3.2. Abuso de derecho

Se encuentra proscrito expresamente en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, asimismo en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que refiere: «*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.*»

3.3. Tratamiento legal en sistemas jurídicos extranjeros

3.3.1. En el sistema argentino

En Argentina, la Ley de Sociedades Comerciales Ley N° 19550 promulgada en el año 1972, que establece en su “Artículo 54.- La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para *violar la ley*, el orden público o la *buena fe* o para *frustrar derechos de terceros*, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la

hicieron posible quienes responderán solidaria o ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Principio de la personalidad diferenciada (art. 143 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina), en ese sentido, el Principio de separación patrimonial no es absoluto, según el artículo 144 del mismo cuerpo sustantivo.

3.3.2. En el sistema ecuatoriano

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en razón de que:

(...) en la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines (Diners Club S.A. vs. Chupamar S.A., 2001).

3.4. Propuesta de aplicación del levantamiento del velo corporativo en el proceso civil peruano en la etapa de ejecución para hacer efectiva la sentencia de condena

“El levantamiento del velo refuerza —no elimina—, a institutos jurídicos, como el fraude de ley o el abuso del derecho.” (López, 2017, p. 122). El levantamiento del velo implica que la forma societaria es dejada sin efecto y por tanto la autonomía de la persona jurídica, de manera que para el suscrito cumple una función correctiva del abuso, “desviación en el uso de la persona jurídica” (Jaramillo, 2011, p. 126).

Sobre la utilidad de la calificación en la ley del fraude civil, si bien no propiamente en el ámbito civil, aunque sí en materia laboral, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, el Decreto legislativo N.º 856, en el literal b del artículo 3 califica el fraude a la ley laboral, entre otros supuestos, “*cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro del trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas (...).*”

Resulta ilustrativo el análisis siguiente respecto al fraude a la ley en el ámbito laboral « (...) *La ley (artículo 3 inciso b) del Decreto Legislativo N° 856) ya*

*califica en el plano laboral que **conductas** son fraudulentas y lo que deberá hacer (el juez) en todo caso es invocar la norma jurídica pertinente al caso concreto (...), el magistrado está facultado para resolver **aplicando** los derechos sustantivos que pretenda eludir el empleador (...)*» (Huerta, 2003, p. 62).

Las conductas fraudulentas se dan también en el fraude a la ley civil, en el caso de una persona jurídica societaria deudora, que precisamente tiene como objetivo seguir en el incumplimiento de la obligación y seguir defraudando al acreedor. Esta característica del incumplimiento de las obligaciones ocurre tanto en el ámbito civil como laboral, aunque obviamente no tienen la misma prioridad o naturaleza; sin embargo la figura del fraude a la ley opera en cualquier ámbito del derecho.

De modo que si los supuestos de fraude a la ley están expresados en la propia ley, será de ayuda en la aplicación de la técnica al caso concreto, sin perjuicio su desarrollo se dé en sede jurisprudencial. Considero que es útil que la ley califique las conductas fraudulentas que sirven de base a la jurisprudencia para aplicar la norma evadida en el caso concreto o evitar un abuso en el ejercicio de un derecho.

Sin embargo, ¿Es necesario que la teoría del levantamiento del velo societario esté respaldada normativamente para su aplicación? Consideramos que no, por lo siguiente:

Si basáramos que su aplicación esté basado estrictamente en que esté normado expresamente, no habría lugar a su aplicación y no se obtendría la finalidad del ordenamiento peruano y también de la sociedad que es el evitar el uso del fraude en las operaciones económicas.

Por el contrario, si esta técnica jurídica puede aplicarse a partir de la jurisprudencia con un uso recurrente por la judicatura se obtendría la promoción de la buena fe en el ejercicio de los derechos y de los deberes y a su vez que la sociedad conozca e identifique el fraude cometido a través de personas jurídicas ya sea para evitarlo (porque puede ser desvelada si lo hace) o ya sea para denunciarlo (si identifica el supuesto de hecho para su aplicación).

Considero que el levantamiento del velo en un proceso puede ser considerado a la vez que recurso o técnica jurídica como medida o providencia judicial que permite extender la responsabilidad destinada a conseguir la satisfacción del crédito exigible en un caso concreto.

Recordemos que con base en la teoría de la nulidad del negocio jurídico, la nulidad puede ser declarada por el juez cuando resulte manifiesta (finalidad ilícita), conforme al artículo 220 del Código Civil, esto es, puede ser declarado de oficio incluso (hasta antes de la expedición de la sentencia) en un proceso iniciado en el que no sea objeto de la pretensión la nulidad del acto jurídico.

Entonces, si ocurre que un acto jurídico se celebra en etapa de ejecución de sentencia y es considerado nulo o fraudulento por una de las partes y pide al juez del proceso se declare su nulidad o ineficacia, ¿el mismo podría declararlo así en etapa de ejecución de sentencia? Podemos esbozar una respuesta a partir de un pleno jurisdiccional regional civil del año 2014, ya que es la realidad de los hechos (primacía de la realidad) la que origina el análisis de estos supuestos en sede judicial. Dicho pleno jurisdiccional concluye que sí es posible analizar la validez de actos jurídicos en etapa de ejecución de sentencia celebrados después que la sentencia expedida en dicho proceso haya quedado ejecutoriada.

“La solicitud de esta clase de inoponibilidad puede efectuarse también por vía de excepción, mediante su acumulación a una acción principal de distinta naturaleza, con motivo de un incidente, o en general con ocasión de *cualquier procedimiento en* que ello resulte necesario para obtener la debida protección de una persona a quien se ha buscado perjudicar injustamente. Asimismo, (...) el levantamiento del velo puede *aplicarse siempre que ello resulte necesario para dar la debida protección a una persona* que se ha intentado perjudicar mediante un abuso de la personalidad jurídica, y sin necesidad de un juicio declarativo previo” (Ugarte. J., 2012, p.721). Así, “la prueba del dolo o la mala fe con que ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente” (Andrade, 2009, pág. 15).

Al respecto en la jurisprudencia comparada se ha indicado que el levantamiento del velo “permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre las otras, que esta o estas últimas no son sino el “alter ego” de la dominante, utilizado para obtener un resultado antijurídico” (Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N.º 1527-2008. Considerando Séptimo).

Concretamente la acción de nulidad de acto jurídico no pretende como resultado la extensión de responsabilidad a consecuencia de un levantamiento del velo societario. Es decir, la nulidad del acto jurídico resulta insuficiente para tutelar el ejecutante en un proceso con sentencia de condena, dado que tendría que iniciar un nuevo proceso y someterse a la prueba de la causal de nulidad pertinente que contiene el acto o negocio jurídico, con el riesgo de ser vencido en dicha vía, lo que atentaría contra la tutela jurisdiccional efectiva.

Y si en caso resultare vencido, tendría un aparente derecho de indemnización por daños y perjuicio pero que a la conclusión del proceso dicha acción estaría prescrita, lo que resulta en un callejón sin salida para el ejecutante.

Es importante resaltar que la teoría del levantamiento del velo para el cumplimiento de la sentencia requiere para su aplicación conocer las circunstancias propias del caso concreto. Así, lo considera el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.º 00023-2005-PI/TC, que en su fundamento jurídico 46 precisa que “la delimitación del contenido de los referidos derechos no puede prescindir de las circunstancias de hecho que rodean cada caso concreto” (f.j. 46).

Si bien el levantamiento del velo resulta ser una institución jurídica, también puede entenderse como un remedio o una técnica a utilizar para evitar el menoscabo de los derechos de acreedores frente a deudores que han manifestado comportamientos contrarios a derecho (Urbina, 2011). Aunque propiamente la acción pauliana se emplea en el fraude a los acreedores, esta técnica del levantamiento puede aplicarse a pesar que no se declare alguna nulidad o ineficacia de un acto jurídico, pero que sí ocurra posiblemente el fraude a la ley o abuso del derecho. Esto es necesario resaltarlo.

Entonces lo que trata la doctrina del levantamiento del velo es justamente desvelar el patrimonio del deudor (persona natural o jurídica), bajo el ropaje de alguna figura legal.

No obstante, debemos recordar que se requiera la configuración de un daño al acreedor por el abuso de las formas jurídicas, pues no se pretende desconocer las adquisiciones de bienes del deudor realizadas por parte de los sujetos de buena fe.

Los bienes transferidos con el propósito de defraudar al acreedor ¿son bienes presentes o regresan al patrimonio del deudor? La doctrina del levantamiento

del velo corporativo permite conocer y evidenciar el patrimonio del deudor que conforman bienes presentes, pero blindados legalmente, para desarrollar toda una teoría del ejercicio abusivo del derecho de la persona jurídica.

Por cuanto con la aplicación de la referida doctrina se demuestra que los bienes que aparentemente ya no forman parte del patrimonio del deudor, materialmente, son bienes presentes, y en consecuencia, conforman el patrimonio del deudor. Por tanto, constituyen bienes sobre los que recae la ejecución.

Por mi parte, propongo *que esto pueda aplicarse inclusive en la etapa de ejecución de sentencia de condena, a fin de hacerla efectiva*. La aplicación de esta figura en dicha fase del proceso ha sido admitida en la jurisprudencia comparada y también en la casuística nacional, como el caso reseñado al inicio del presente trabajo.

Así, se ha propuesto para una casuística ordenada y agrupada “tres importantes grupos de casos, el primero de ellos, es cuando la obligación eludida nace de un contrato, el segundo sucede ante la elusión de una obligación derivada de una ley y el tercero cuando el vínculo obligacional que se esquiva surge de una responsabilidad extracontractual)” (Morocho, 2021, p. 64).

“Son dos los elementos que deben apreciarse para determinar cuándo se está frente a un caso en el que se puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo:

La existencia de una persona jurídica cuyos atributos reconocidos por ley son aprovechados ilegalmente por sus integrantes.

La existencia de una obligación cierta, cualquiera sea su fuente, la cual es eludida o pretendida de eludir a través del hecho generado por el primer elemento” (Morocho, 2021, p. 65). El procedimiento que propone es el siguiente:

1. *Comprobación de un acto jurídico*
2. *Relación del acto jurídico con una persona jurídica*
3. *Posible incumplimiento de una obligación convencional o legal o afectación del derecho de un tercero a causa del acto jurídico*
4. *Constatación de la divergencia entre la finalidad real y la apariencia exterior*

Al respecto, se coincide en considerar que “Es de vital importancia la constatación del sustrato patrimonial y personal de la persona jurídica (los sujetos

que actúan a través de ella y los bienes que ésta emplea), pues circunstancias como la pertenencia de la persona jurídica a un grupo de sociedades, la identidad de socios o asociados entre dos personas jurídicas o la actuación de una sola persona natural a través de la persona jurídica (por ejemplo, el caso de las E.I.R.L. o del socio mayoritario-gerente general) son elementos que constituyen el caldo de cultivo más común para el acaecimiento de supuestos en los que resulta aplicable la técnica del levantamiento del velo” (Morocho, 2021, p. 78).

De esta manera, se debe distinguir entre la situación que da lugar al levantamiento del velo sin haber proceso en trámite de la que ocurre habiendo proceso en trámite. En ese sentido, la nulidad vía acción habiendo un proceso iniciado comporta una carga al demandante, que frente a la defraudación de su deudor, tiene que iniciar un nuevo proceso, que como hemos referido puede ser propiamente la acción de nulidad o también la pretensión de indemnización de daños. En suma, ambas pretensiones por las cuales opte el interesado se tendrán que ventilar en un proceso independiente, en vez de, más bien, poder acumularse en el proceso e incluso en etapa de ejecución de sentencia. Lo alegado tiene sustento en el segundo párrafo del artículo 690 del Código Procesal Civil. Como consecuencia de ello, creo que se puede solicitar la técnica del levantamiento del velo societario en etapa de ejecución de sentencia, notificando a los socios de la persona jurídica instrumentalizada, a lo que se deba extender la responsabilidad de la sociedad deudora.

5. *Supresión de los atributos de la persona jurídica en el caso concreto*

Al respecto, se coincide en considerar que “el juzgador suprime los atributos de la persona jurídica a los que se pretendía acudir o emplear para amparar el acto en cuestión. Por ejemplo, si el juez descubre una relación de identidad entre una sociedad tercerista y el deudor demandado por estar la primera dominada por la voluntad del segundo, la consecuencia jurídica que aplica es la de ignorar tanto la capacidad procesal como la independencia patrimonial de la sociedad” (Álvarez de Toledo Quintana, citado por Morocho, 2021, p. 80).

6. *Aplicación de las consecuencias jurídicas pertinentes*

Sobre el particular, “Desvelada la realidad oculta tras la máscara, la litis debe quedar resuelta solo con la nulidad de la ilicitud por el incumplimiento de la obligación o la afectación de un derecho, o, además, con la aplicación de la ley correspondiente al sujeto “enmascarado”. (Morocho, 2021, p. 80).

En ese sentido, corresponde a los abogados litigantes —sobre la base del abuso del derecho y fraude a la ley— detectar y solicitar la correcta aplicación de esta figura en un caso concreto así como el involucramiento de parte de la judicatura en dicha aplicación, para así conseguir el desarrollo jurisprudencial de esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la satisfacción del derecho material (derecho a una decisión efectiva), basado en una situación de urgencia no implica la vulneración del derecho de defensa de la contraparte, en su vertiente de ser suficiente y oportunamente informado, siempre y cuando la misma pueda tomar conocimiento oportuno y pueda formular oposición que tenga la posibilidad legal de revertir la decisión judicial.

Debido a que el derecho a una decisión efectiva se debe ponderar con el derecho a la defensa, en tanto es responsabilidad del Estado la plena vigencia de ambos derechos fundamentales. La oportunidad a que la contraparte conozca la decisión y pueda formular argumentos, se conoce como el contradictorio postergado (Priori, 2019).

En atención a la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 04663-2007-PA/TC, Lima del 19/01/2010 se señala que: “6. (...) Evidentemente no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios para la defensa produce un estado de indefensión (...). Esta será constitucionalmente relevante cuando aquella indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo”.

Ahora bien, si con tal blindaje se pretende evadir una pretensión dirigida por la parte acreedora, o más aún defraudar la tutela judicial concedida al ejecutante para el pago de una obligación, dicha tutela a favor del demandante —que resultó vencedor en el proceso— está claramente afectada y por tanto, deja de ser efectiva, vaciándose de contenido, a pesar de estar garantizada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Por tal motivo, el efecto es que en ejecución de sentencia, el demandante es vencedor “en el papel”, en tanto se desconoce la existencia de algún bien de propiedad del deudor que sea susceptible de ejecución, lo que le impide realizar de manera efectiva el cumplimiento de la sentencia en calidad de cosa juzgada.

Porque la aplicación de dicha teoría evitará que el demandante con sentencia favorable inicie otro proceso judicial, lo que constituiría una carga adicional

que tendría que soportar el acreedor añadido a la mala fe desplegada por su contraparte. Asimismo la aplicación de dicha doctrina coadyuvaría a remediar el abuso de derecho y fraude a la ley cometidos por el deudor en contra del acreedor ejecutante.

Por otra parte, el permitir la aplicación de la teoría del levantamiento del velo en la etapa de ejecución de sentencia en el proceso civil significaría una tutela jurisdiccional efectiva y la efectividad del derecho de crédito del demandante en ejercicio de las medidas legales convenientes.

IV. CONCLUSIONES

1. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales es reconocido a favor de las partes procesales, personas naturales o jurídicas, que en un proceso concluido persiguen el cumplimiento de una sentencia de condena (efectividad) en un plazo razonable.
2. El levantamiento del velo es una técnica judicial excepcional que opera a pedido de la parte perjudicada por la utilización fraudulenta de la estructura societaria y el abuso de la responsabilidad limitada, es decir, procede cuando hay un **abuso** de las formas jurídicas en la creación de figuras societarias y se cause un daño a un tercero.
3. Los fundamentos de esta doctrina son el principio de justicia material al caso concreto y el de primacía de la realidad para contrarrestar o corregir el abuso del derecho y el fraude a la ley, en otras palabras, contrarrestar la ilicitud, así como la injusticia por abuso del derecho, y en resumidas cuentas, el fraude.
4. El levantamiento del velo societario tiene como efecto desconocer la responsabilidad limitada de una persona jurídica societaria en un caso concreto, siempre que se acredite fraude a la ley y el abuso de derecho; empero no se extingue la capacidad de la persona jurídica ni se produce su disolución.
5. La técnica judicial del levantamiento del velo societario es efectiva para el cumplimiento de la sentencia en mayor grado que otras acciones contempladas en el marco legal nacional. El ejecutante puede solicitar el empleo

de esta técnica para enervar el fraude cometido por abuso de la persona jurídica.

6. Es posible jurídicamente hablando la aplicación en un proceso civil en etapa de ejecución de sentencia, por consistir en un remedio suficiente para la satisfacción de la acreencia del ejecutante y el cumplimiento de la sentencia, sin perjuicio del derecho de defensa de los posibles afectados.
7. Si bien no existe respaldo normativo a la técnica del levantamiento del velo para abordarla, aunque exista proyectos normativos, no es impedimento legal para su aplicación razonable por la judicatura, por tratarse de una doctrina jurisprudencial.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, S. (2009). El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. *FORO: Revista de Derecho*, 7-35.
- Bianca, M. (2005). El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones. *Derecho PUCP* (58), pp. 187-201. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085130>
- Boldó, C. (2000). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*. Aranzadi.
- De Ángel, R. (1997). *La doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*. (4ta. Ed.), Civitas.
- De Castro, F. (julio 1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 C.C. *Revista de Derecho Privado*, XIX (226).
- Farfán, S. (2018). Tratamiento y aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en grupos empresariales para garantizar el pago de beneficios sociales en el derecho peruano (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Figuerola, D. (noviembre 2011). Levantamiento Del Velo Corporativo Latinoamericano: Aspectos Comparados Con El Derecho Estadounidense (30).
- González, J. y Merino, L. (1994). *El levantamiento del velo en el marco de la defraudación tributaria*. RDFYHP.
- Guerra, J. (2007). *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima* (Tesis doctoral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Huerta, H. (2003). *El carácter persecutorio de los créditos laborales*. Rodhas.
- Jaramillo, L. (2011). Desestimación de la personalidad jurídica en el derecho societario Colombiano. *Revista CES DERECHO*. 2(2), pp. 125-133.
- López, L. (2017). *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.

- Morocho, O. (2021). *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica: utilidad y aplicación al caso civil*. (Tesis de pregrado). Universidad de Piura.
- Ortiz, P. (2003). Desestimación de la persona jurídica. *Ruptura* (46), pp. 571-581.
- Pazos, J. (2005). La capacidad de la persona jurídica: apuntes indiciarios. *IUS ET VERITAS*, 15(31).<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/1241>
- Priori, G. (2019). El proceso y la tutela de los derechos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ugarte, J. (2012). Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), pp. 699-723.
- Urbina, I. (2011). Levantamiento Del Velo Corporativo: Sentencia De La Corte Suprema de 2 de junio de 2009 (ROL N° 1527-2008). *Revista chilena de derecho*, 38(1), pp. 163-171. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100008>
- Vidal, F. (2013). Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad. *LEX*, 11(11), 117-128. <https://doi.org/10.21503/lex.v11i11.6>

EL MODELO DE MODIGLIANI Y LA CUANTIFICACIÓN DEL CRÉDITO ALIMENTARIO EN SEDE JUDICIAL

*Gilberto Mendoza del Maestro**

Sumario

I. Introducción II. Punto de Partida: ¿Qué contiene el derecho a los alimentos? 2.1. ¿El contenido es patrimonial o no patrimonial? 2.2. ¿Qué son los alimentos? III. Características. 3.1. Pensión variable. 3.2. ¿Puede fiscalizarse el destino de los alimentos? IV. Condiciones. 4.1. La existencia de una norma legal que establezca dicha obligación. 4.2. El estado de necesidad del solicitante. 4.3. La posibilidad económica de los demandados. V. Cuantificar: he ahí el problema. 5.1. Cuantificación de los alimentos en sede jurisdiccional. 5.2 Cuantificación de los alimentos y el “ciclo de vida”. VI. ¿Cómo cuantificar en los procesos de otorgamiento de la pensión de alimentos? 6.1 Condiciones de vida. 6.2 Necesidad del acreedor alimentario. 6.3 Posibilidad de los obligados. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.

* Profesor a tiempo completo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente la Defensoría del Pueblo ha publicado un interesante estudio denominado *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos* (Defensoría del pueblo, 2018), en el cual de una muestra interesante de 3512 expedientes archivados a nivel nacional de las Cortes Superiores de Justicia¹ en las cuales recopilan y procesan información sobre el proceso del derecho a los alimentos² —desde los diferentes agentes— nos muestra información poco conocida sobre diferentes situaciones que existen en la tramitación de los procesos de alimentos en el Perú.

Así pues, del total de expedientes estudiados, el 55,9% culminó con una sentencia estimatoria por mensualidad (Defensoría del pueblo, 2018, p. 71), dentro de los cuales el 81,2% se concedieron una mensualidad entre 1 a 500 soles, un 13,4% se otorgaron mensualidades entre 501 y 1000 soles; un 2,4% la mensualidad fue entre 1001 soles y 2000 soles; y el 0.8 % con un monto superior a los 2000 soles.

En este último caso, los montos superiores a 2000 soles son poco frecuentes, destacándose el caso de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla que registra el más alto porcentaje con un 7,7%, seguido por Lima con un 5,6% (Defensoría del pueblo, 2018, p. 72).

Debe de tenerse en consideración en relación a lo anterior un dato importante vinculado son los estudios del INEI sobre la canasta básica familiar, la cual ha evolucionado a través de los años siendo que históricamente en el 2012, el costo promedio mensual de la canasta básica por persona fue de S/ 284 y de S/ 1 136 si se consideran cuatro miembros en un hogar.

En el 2013 fue de S/ 292 por persona y S/ 1 168 si son cuatro miembros en un hogar. Al año siguiente S/ 303 por persona y S/ 1 212 por cuatro miembros en un hogar. En el 2015 S/ 315 por persona y S/ 1 260 si son cuatro miembros en un hogar, Finalmente en el 2016 el costo mensual fue de S/ 328 por persona y S/ 1 312 por cuatro miembros en un hogar (Camara de comercio de Lima, 2018).

¹ 313 órganos jurisdiccionales correspondientes a las 33 Cortes Superiores.

² Hacemos la precisión que utilizamos la expresión de “derecho a los alimentos”, dado que nos parece más preciso que “derecho de alimentos” que normalmente se difunden en los títulos de los textos académicos (Cantuarias, 1987, p. 84) (González-Fuentes, 2007).

Entonces si bien el estudio nos brinda valiosa información sobre el resultado de la cuantificación de alimentos actual en el país, no nos brinda los criterios —y por tanto tampoco una sistematización de los mismos— que utilizan los jueces para determinar el monto.

Este es el área en el cual se desenvolverá el presente trabajo, verificar los criterios que utilizan en el poder judicial para determinar el monto asignado por concepto de los alimentos, partiendo por la hipótesis que en sede judicial la cuantificación de los alimentos es intuitiva sin un análisis profundo.

El objetivo del presente trabajo, es luego de verificar esta realidad, brindar una herramienta a los jueces a partir de un modelo básico (Modigliani) a fin que se tome en cuenta al momento de emitir la cuantificación de los alimentos.

Ahora bien, dado que la muestra que se tiene en el informe es alta, y para nosotros inalcanzable, hemos trabajado con la recopilación de 50 sentencias emitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao (en adelante SJPLC) del cual hemos extraído ciertos criterios que serán analizados a continuación.

II. PUNTO DE PARTIDA: ¿QUÉ CONTIENE EL DERECHO A LOS ALIMENTOS?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 resguarda el derecho de proteger el nivel de vida adecuado de todas las personas, dando énfasis en la tutela de los niños. El fundamento dicha tutela es la denominada solidaridad familiar³, la cual se concretiza en preservar la vida e integridad del acreedor alimentario satisfaciendo sus necesidades esenciales (Wodok, 2002, p. 34) y brindándole la oportunidad de una vida digna garantizándole un desarrollo personal adecuado.

Los alcances de dicha relación jurídica alimentaria en nuestro ordenamiento tienen un contenido amplio, tanto subjetiva como objetivamente. Subjetivamente porque se establece respecto a padres en relación a sus hijos, tanto como de los hijos a padres cuando estos son adultos mayores (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 381-

³ Para mayor desarrollo Auletta quien previamente difundió “diritto di partecipazione alle sostanze della famiglia” (AULETTA, 1984, p.24).

2013) y entre cónyuges (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1761-2014).

Objetivamente respecto al contenido el cual si bien no se encuentra definido en nuestro ordenamiento, ni el artículo 472 del Código Civil (en adelante CC) ni el artículo 92 del Código de Niños y Adolescentes (en adelante CNA), nos brindan alcances de aquello que debe tenerse en cuenta al momento de determinar, es decir: a) Sustento b) habitación c) vestido d) educación e) instrucción f) capacitación para el trabajo g) asistencia médica y psicológica h) recreación.⁴ Asimismo se extiende a los gastos de la madre desde la concepción hasta el post-parto.

Téngase en cuenta, tal como lo analizaremos en el modelo de ahorro-gasto líneas posteriores, que el ser humano al nacer requiere el cuidado y atenciones para poder sobrevivir. Asimismo, los primeros años desarrolla ciertas capacidades que no podrá realizar de forma independiente, por lo que sus padres son los encargados de brindar el sostén para su adecuado desarrollo físico, intelectual, de su personalidad y de índole moral.

2.1. ¿El contenido es patrimonial o no patrimonial?

Un primer tema interesante a dilucidar dado que de forma intencional hemos colocado como título “crédito alimentario”, es determinar si el derecho a los alimentos es de naturaleza patrimonial con lo cual se le aplica las reglas de las obligaciones en su exigibilidad y mutación, o es un tipo de relación distinta que se construye con elementos propios por lo que su estructura no puede analizarse con los lentes del derecho civil patrimonial.

Para responder esta interrogante, podemos plantear una respuesta más general para fundamentar nuestra posición ¿La construcción de la autonomía privada es igual en el derecho de familia que en el derecho civil patrimonial?

En el derecho civil patrimonial la construcción del concepto de autonomía privada según la posición normativa del negocio jurídico que acogemos parte por validarse a propósito de la fuente de validez superior que tiene como

⁴ Téngase en cuenta que el CC hace una distinción del contenido de los alimentos en sentido amplio y los estrictamente necesarios en el artículo 473.

cima los derechos fundamentales recogidos en la constitución y a partir de ello tiene un efecto multiplicador como fuente de producción de relaciones jurídicas diversas.

Este ejercicio de la fuente de producción no tiene un criterio orientador previo, dado que son las partes las que determinaron su contenido ya sea mediante la autonormación y autocontrol.

Esto es distinto al esquema del derecho de familia, en el cual la construcción se basa en un esquema de Poder-Función en el cual este último extremo se nutre de criterios orientadores (Ferri, 2001, p. 12), como el interés superior del niño.

Dependiendo la intensidad del énfasis, esto puede llevar a un análisis en el cual se evalúe para el estudio de los actos de autonomía privada, la verificación de conductas que tiendan a tomar en consideración el interés público como signo distintivo del derecho de familia (Mortati, 1935, p. 90), lo cual va a orientar el enfoque del derecho a los alimentos desde una perspectiva extrapatrimonial (De Ruggiero, 1934, p. 31).

No obstante, debemos tener cuidado con este enfoque dado que si bien existen criterios orientadores en el caso del Derecho de Familia -Interés Superior del niño— esto no determina por ejemplo que el derecho a los alimentos tenga estructuralmente una naturaleza jurídica distinta al crédito, sino lo que va a existir son prerrogativas especiales de estos en su interacción con otras instituciones jurídicas.⁵

En este sentido consideramos que la naturaleza del derecho de alimentos es compleja dado que de un lado tiene parte de contenido extrapatrimonial, no en el sentido que no pueda ser ni gravado ni cedido, dado que esto no deriva en que pertenezca a relaciones familiares de naturaleza distinta a las obligacionales. Sino que el derecho a los alimentos a nuestra consideración —en general— contiene un aspecto extrapatrimonial el cual es propio de las relaciones familiares, los cuales en la práctica no son efectivamente exigibles más sí son susceptibles de protección.

⁵ Muestra de ello lo encontramos por ejemplo en la preferencia en el cobro en procesos concursales.

Ejemplo de esto se verifica en el derecho que tienen los hijos a que se les brinde afecto y las condiciones para un adecuado desarrollo emocional, pero que —por ejemplo en el caso del afecto— no pueden exigirse o compelerse de forma efectiva (Cuarto Juzgado de Paz letrado de Familia de Chorrillos, sentencia emitida en el expediente n.º 218-2014). En caso se disponga talleres de ayuda psicológica para acercar padres e hijos, esto no obliga a los padres a modificar su “afecto” por dichas medidas.

Lo que sí puede determinarse es que si las conductas del padre o madre son nocivas para el desarrollo emocional del menor, pueda requerirse la suspensión o restricciones en el régimen de visitas.

De otro lado, al igual que Messineo (1954) consideramos que también —y sobretodo— el contenido es patrimonial tanto por su definición en los dispositivos normativos, en su naturaleza de deber y el quantum, así como en su aplicación judicial dado que es verificable en todos los procesos que en el presente texto se analizan, es por ello que diversos autores le atribuyen la naturaleza de “*obbligazione come un diritto di credito*” (Vincenzi, 1973, p. 789) o de “*credito alimentare*” (Provera, 1972 p. 159).⁶

2.2. ¿Qué son los alimentos?

La palabra “alimentos” viene del término latino *alimentum* el verbo *alĕre*, el cual es definido por la DRAE como “Prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades” (Real Academia de la Lengua Española, 2018).

Nosotros vamos a delimitar a efectos del presente trabajo al derecho a los alimentos como las obligaciones privilegiadas de fuente principalmente heterónoma que nacen del vínculo filial entre padres e hijos desde la concepción.⁷

Ahora bien, en doctrina se distingue entre fuente heterónoma y de autonomía privada. En este último caso se brinda como ejemplo los supuestos de legados que se imputan como alimentos de un no obligado, lo cual en estricto

⁶ Ténganse en cuenta que enfatizan el aspecto patrimonial (BARASSI, 1932, p.244) donde se afirma que en silencio de la ley en familia en alimentos deberá aplicarse las reglas generales de las obligaciones.

⁷ Dejamos de lado la obligación de alimentos entre cónyuges intencionalmente, y nos enfocaremos sólo en el derecho de los alimentos de los padres a los hijos.

tiene características de liberalidad mas no así de alimentos en sentido estricto,⁸ pero que en el ámbito del derecho de familia se le ha atribuido la condición de alimentos en virtud a actos de autonomía privada.

De igual forma debe distinguirse entre la fuente de la obligación y la ejecución de la misma. La fuente de la obligación es principalmente legal, aunque pueden darse manifestaciones de autonomía privada, según lo previamente mencionado, en la ejecución de la misma como autonormación. En razón de ello, en el derecho comparado se distingue entre la causa inmediata de la obligación es la ley, y la causa mediata que puede diversificarse en el vínculo conyugal, la legítima parentela, natural o civil; la afinidad, la gratitud, el infortunio (Manito, 1995, p. 6).

Dicha fuente genera relaciones obligatorias que están compuestas en términos generales por un elemento subjetivo (los sujetos), un elemento objetivo (la prestación), y el interés del acreedor (Giorgianni, 1958, p. 61).

Así pues, tenemos en el elemento subjetivo la vinculación entre el deudor y el acreedor alimentario. Sobre este último es necesario advertir que al tenerse en cuenta que el artículo I del Código del Niño y el Adolescente considera niño a todo ser humano desde la concepción, por lo que se ha incluido dentro de las obligaciones a alimentos los gastos en que se incurran en el periodo de gestación hasta el parto en los cuales se incluyen los controles periódicos prenatales, medicinas, la intervención misma del parto hasta los gastos que se acarreen en el postparto con un plazo de caducidad que se extiende hasta el año contados desde el nacimiento.

El elemento objetivo es la prestación a cargo del deudor alimentario el cual se verifica en el brindar sustento, las condiciones para tener una morada, la vestimenta, los gastos en educación, el grado de instrucción, la capacitación para el trabajo, la asistencia médica y psicológica, la recreación. Asimismo, se amplía para los gastos en que incurra la madre desde la concepción hasta el parto.

Debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de esta obligación se cumple *in natura* o por equivalente debería cumplirse primero *in natura* o *in specie*, sa-

⁸ Artículo 766°: El legado de alimentos, si el testador no determinó su cuantía y forma de pago, se cumple asignando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los Artículos 472° a 487°.

tisfaciendo de forma directa las necesidades del menor (Secco & Rebuttati, 1957, p. 153). En caso no pueda cumplirse de esta forma, entonces puede realizarse el pago *en dinero o por equivalente*.

Lamentablemente en nuestra realidad la regla es al revés cuando se causaliza judicialmente, dado que de las sentencias revisadas en todas las ocasiones tanto el petitum de la demanda como la sentencia se concretizan en un monto de dinero.

La justificación de ello, quizá de índole práctica, parte del grado de conflictividad entre los padres por lo cual se busca evitar situaciones de tensión dado que el contacto continuo de entrega de bienes puede generar conflictos, por lo que la vía más utilizada es el depósito en cuenta bancaria.

Finalmente, el interés del acreedor, el cual recoge tanto las necesidades básicas materiales y espirituales, que puedan tener los acreedores alimentistas en función de su dignidad personal a fin de no privar su subsistencia en un primer momento, y su libre desarrollo de la personalidad.⁹

III. CARACTERÍSTICAS

Ahora bien, habiéndose indicado que el derecho a los alimentos tiene naturaleza mixta, vamos a centrarnos en sus características.

En primer lugar enfatizar que en nuestro ordenamiento en sentido estricto el derecho a los alimentos es un crédito privilegiado. Esto lo podemos verificar en los casos de cobro dado que tienen preferencia en los procedimientos concursales tal cual lo indica la Ley 27809 en su segundo considerando del artículo 42.1 y en su característica de inembargabilidad regulada en el artículo 648.7 del Código Procesal Civil (en adelante CPC).

Resalta su carácter personalísimo, toda vez que es *intuitu personae*. Esto se determina dado que los derechos a los alimentos se otorgan heterónomamente por la calidad de los sujetos y la relación jurídica que existe entre los mismos, la cual no existe si se otorgan a favor de terceros.

⁹ Es interesante verificar lo señalado en el Codice Civile Italiano que menciona elementos de la relación obligatoria: Art. 1174 del Codice italiano: Las prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor.

En razón a ello se deriva la característica de intransmisibilidad, toda vez que se indica que no se transmite mortis causa a los herederos.¹⁰ Ahora bien, en el caso de transmisiones inter vivos consideramos que por su naturaleza no puede ser considerado intransmisible, en especial en nuestro medio donde la determinación del monto derivado del derecho a los alimentos no es producto de un análisis profundo sobre las condiciones que existen en los diferentes casos tal como lo desarrollaremos en los siguientes apartados.

Nuestra posición entonces se orienta en el sentido de que por su naturaleza sí podría aplicarse el artículo 1208¹¹ en especial en los casos que los acreedores alimentarios sean mayores de edad en los casos en que —por ejemplo— deban pagar cursos de perfeccionamiento los cuales no estén contemplados en la sentencia que en el caso en concreto se determine en la determinación de los alimentos.

Toda vez que el derecho a los alimentos cuando es determinado es un ingreso periódico, no encontramos obstáculos en la práctica para poder cederlo a fin de financiar sus estudios, y recibir de forma anticipada los meses que le correspondería en el año a fin de poder cancelarlos, y el tercero que financia poder cobrar de forma mensual obteniendo cierta utilidad.¹²

Ahora bien se ha señalado en nuestro medio:

Se impide que la obligación alimentaria pueda ser objeto de transferencia o cesión por actos inter vivos al ser una obligación *intuito personae*. El artículo 1210¹³ del Código Civil corrobora este carácter inalienable cuando establece que la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la naturaleza de la obligación. (Canales-Torres, 2013, p. 10)

Esta opinión no puede compartirse dado que justamente por la naturaleza de la obligación es un crédito que una vez cuantificado puede ser sujeto de cesión. Por su naturaleza entonces no nos encontramos en un supuesto de intransmisibilidad.

¹⁰ Artículo 486° La obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728. En caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los gastos funerarios.

¹¹ Artículo 1208°: Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.

¹² Véase por ejemplo el producto bancario denominado adelanto de sueldo.

¹³ Artículo 1210°: La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. (...).

Ahora bien, dicho artículo 1210 también prohíbe la cesión de derechos cuando esta se oponga a la ley, pudiendo interpretarse esto conjuntamente con el artículo 487 el cual señala que el derecho de pedir alimentos es intransmisible e intransigible. La lectura de dicho artículo entonces debe tener en cuenta que la limitación es para “pedir alimentos” con lo cual hace sentido que otra persona (*intuito personae*) no pueda requerir a título propio los alimentos del acreedor alimentario o que se pueda transar no requerirlos.

Lo que no creemos que esté prohibido, por lo menos no se deduce de dicho dispositivo normativo, es que una vez definida la cuantía de los alimentos, en función de las necesidades del acreedor, dado que estaríamos en una especie de suministro en un periodo de tiempo, no puedan administrarse las prestaciones incluso de forma anticipada mediante la cesión de derechos.

En el caso de los menores de edad sería necesaria la autorización judicial previa debida fundamentación, y en el caso de los mayores de edad ellos serían responsables de administrar ello.

De otro lado, dicho artículo también otorga la característica de incompensable¹⁴ al crédito alimentario, el cual a partir de una lectura literal del artículo 1290 se realiza la siguiente deducción: Los derechos a los alimentos son créditos inembargables, el artículo 1290 prohíbe de forma expresa la compensación de créditos inembargables, por tanto el artículo 487 estaría acorde a ello.

Acogen dicha interpretación: “No se permite la compensación de la obligación alimentaria con alguna otra obligación existente entre el acreedor y el deudor alimentario. Esto último se comprueba, en lo dispuesto en el artículo 1290 del Código Civil que prohíbe la compensación del crédito inembargable (...)” (Canales-Torres, 2013, p. 11).

No podemos compartir dichos comentarios dado que si bien puede ocurrir que el menor genere daños a propiedad ajena, y el padre tenga que responder por ello. Es evidente que dicha responsabilidad patrimonial no puede trasladarse al menor vía compensación de alimentos.

Otro es el escenario en el cual los padres aseguran por salud a sus hijos y realizan el pago de forma completa y no fraccionada a fin de poder obtener un

¹⁴ Debe recordarse que nuestro Código Civil aborda la compensación en el artículo.

descuento por el pago inmediato. En estos casos consideramos que dicho pago sí puede tomarse en cuenta para el suministro de los alimentos toda vez que forman parte del mismo.

3.1. Pensión variable

De otro lado dado que las condiciones cambian en el transcurso del tiempo¹⁵, tiene como característica el ser variable. Dicha variación puede ser de tipo pasivo como activo.

Cuarto.- (...) el artículo 482° (...) al señalar las causas por las cuales la pensión de alimentos puede aumentar o disminuir, y trata exclusivamente de las variaciones que puede experimentar la pensión de alimentos a consecuencia de una modificación en el aspecto pasivo (una disminución del patrimonio del deudor alimenticio) o en el aspecto activo (un incremento en los ingresos del alimentista) y a las circunstancias personales en las que se encuentre el obligado, siempre que sean de tal entidad que justifiquen el cambio solicitado. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1370-2015)

En el aspecto pasivo entonces de un lado con el transcurso del tiempo se presume aumentan las necesidades salvo en los casos en que los hijos alcanzan la mayoría de edad, supuesto en el cual se extinguiría de forma general el derecho a los alimentos, excepto en el caso que no se puedan proporcionar sus propios medios de subsistencia por supuestos de discapacidad física o mental, teniendo los que alegan tener afectada su capacidad la carga de la prueba: “Octavo.- (...), las demandadas no acreditan padecer de alguna discapacidad física o mental que les impida solventar sus propios gastos, por lo que se puede concluir que ha desaparecido en ellas el estado de necesidad, (...)” (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 316-2015).

Ahora bien, si el acreedor alimentario sigue estudios exitosos la pensión continúa, mientras duren los mismos y no cuando estos hayan culminado como en el caso que falte el procedimiento del bachillerato:

¹⁵ Se determinó como pensión el 40% de los ingresos del demandado, pero como la edad se encontraba en edad escolar se indicó que la necesidad iba a incrementarse. (SJPLC, expediente No. 2342-2014).

Octavo.- (...) la obligación de alimentos, sin embargo, ésta puede extenderse más allá de esta fecha en el caso de que el hijo mayor de edad siga una profesión u oficio con éxito, esto es, sólo mientras curse estudios y no cuando estos hayan culminado y sólo se encuentra pendiente realizar un trámite administrativo para obtener el grado de bachiller, (...). (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 316-2015)

Sólo para precisar estudios exitosos no sólo se refiere a estudios universitarios sino también a pre universitarios dado que se indica en el juzgado “se debe valorar la voluntad y constancia de la alimentista para ingresar a una universidad (...)” (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 6544-2003-CI).

Finalmente, debe tomarse en cuenta en los casos de aumento de pensión de alimentos, dependiendo el caso en concreto debería poderse reconvenir el cese de los mismos como se puede observar en el siguiente considerando:

Octavo.- Respecto al incremento de las necesidades de la alimentista (...), cabe resaltar que esta actualmente cuenta con 28 años de edad y ha formado una familia, en la cual ha procreado a su menor hija (...) de 01 año de edad. Asimismo, la alimentista ha culminado su carrera de Fotografía Profesional (...), y actualmente se viene desempeñando en el cargo de Sub-Gerente de la empresa GRUPO KHANA S.A.C., (...). Además de ello la alimentista es dueña de la empresa ARTISTICA-MENTE con RUC (...); por lo que, queda acreditado que la alimentista puede solventar adecuadamente sus necesidades en forma personal. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 849-2015)

En este caso se declaró infundada la demanda de aumento de alimentos, pero no cesó la obligación alimentaria a pesar que estaba acreditada la situación que la alimentista ya podía valerse por sí misma.

Ahora bien, respecto a la situación activa, puede variar también la situación del obligado. De un lado esta variación puede ser positiva al aumentar los ingresos del obligado y para ello deberá “compararse la situación de los ingresos en la conciliación o resolución de alimentos que otorga la pensión de alimentos, y la situación nueva” (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 849-2015).

En sentido distinto cuando los ingresos disminuyen ya sea por los ingresos laborales o en otros porque la situación cambia por enfermedad (Segundo

Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 846-2009)¹⁶ o el retiro (60 años)¹⁷ puede exonerarse del pago de alimentos cuando se pone en riesgo la propia subsistencia una vez fijada la pensión de alimentos.

En ese sentido, el juzgado señala que “(...) se considerará su edad (71) años; lo cual, lo convierte en una persona que le será difícil generar ingresos para atender su subsistencia (...)” (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 381-2013). Esto no implica que quien no tenga trabajo, puede alegar ello para incumplir con los alimentos, tal cual como se indica:

Octavo.- Sobre la existencia de posibilidades económicas del obligado.- (...) más aun con la prueba de oficio ordenada en audiencia única, se acredita que fue el demandado quien voluntariamente renuncia a su centro laboral (...), sin embargo en dicho informe se puede apreciar el demandado percibía un ingreso mensual ascendente de S/1,965.00 soles, y que por tanto está en capacidad de reinsertarse al mercado laboral; en ese sentido, se encuentra acreditada la posibilidad económica del demandado para cubrir las necesidades de su menor hijo (...). (SJPLC, Expediente No. 352-2015)

Ahora bien, en caso tenga otros menores hijos el acreedor alimentario, el transcurso del tiempo no implica per sé la posibilidad de reducción de la pensión. En un caso al momento de celebrarse el acta de conciliación el señor tenía 4 hijos a parte del menor al cual se le había otorgado alimentos. En dicho momento resolvieron otorgar el monto de S/.350 a S/.200 de alimentos.

¹⁶ Si bien este caso no es de alimentos de menor, sí lo es de alimentos entre ex cónyuges que si bien tienen como fundamento la sentencia de divorcio, la juzgadora resalta la merma económica, por la cual determina el cese de la obligación alimentaria. Décimo SEGUNDO: “(...) en estos años las posibilidades económicas del demandante, han disminuido por cuanto tiene que destinar una parte de sus ingresos para atender temas de salud; por lo cual, corresponde amparar la demanda.” No obstante esto en el expediente No. 846-2009 (SJPLC) sobre cese de alimentos a la ex cónyuge, se determina el interés más que por la capacidad adquisitiva del demandante de cese de alimentos, por si continúa el estado de necesidad de la demandada.

¹⁷ “(...) a la fecha cuenta con 60 años de edad; lo cual demuestra que desde que se fijó la pensión de alimentos a la fecha la situación laboral del demandado varió, pues ahora es un profesional que percibe una pensión de retiro; consideración por la cual se acredita la variación de sus posibilidades económicas”. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 316-2015) (El subrayado es nuestro).

Dos años después requirió la reducción de alimentos, lo cual fue denegado de plano dado que según el criterio del juzgado no había disminuido las posibilidades económicas del deudor alimentario (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 624-2016). Si utilizamos el criterio del propio juzgado en otros casos en donde el transcurso del tiempo hace presumir el aumento de las necesidades, el razonamiento en este caso fue contradictorio dado que 2 años después todos los hijos probablemente han aumentado sus necesidades.

3.2. ¿Puede fiscalizarse el destino de los alimentos?

Algunos autores en nuestro medio han señalado:

En nuestra opinión diremos que resultaría lesivo, para el derecho alimentario, que se permitiera al alimentante actuar judicialmente para indagar por el destino final de su aporte económico; primero porque aquél deudor no tiene capacidad moral para hacerlo, ya que cometió una infracción y substracción (SIC) de carácter ético, moral y legal de ésta obligación inexcusable para con su alimentista; y segundo, porque ésta acción inexcusable para con su alimentista; y segundo, porque ésta acción implicaría una constante revisión del proceso mismo, y por consiguiente, una excesiva y harto ociosa “judicialización” del proceso alimentario (...). (Campana, 2003, pp. 35-36)

No se puede compartir lo manifestado por dicho autor porque generaliza una situación que no es aplicable a todos los casos, siendo que si uno de los padres desea brindar alimentos de manera judicial voluntariamente, el otro puede negarse. Se invita a la conciliación, y estos procesos normalmente son declarados improcedentes al presentarse en el poder judicial.

Por lo que el argumento ético no es suficiente para sustentar la posición de dicho autor, aún más porque la gran cantidad de procesos de alimentos son respecto a menores de edad los cuales son representados por la madre (generalmente) o por el padre. En este sentido, si los representantes directos no administran de forma adecuada los alimentos, debería existir una supervisión en los mismos.

Somos conscientes que esta idea no se puede generalizar a todos los casos dado que al final en relaciones conflictivas puede dar pie a mayores conflictos. Sin embargo, si el padre o la madre que no tiene la tenencia otorga alimentos,

y puede acreditar que lo otorgado es utilizado para otros fines y no para beneficio del menor, dado que quizá no se cumple con los pagos de necesidades del menor como la educación o vestimenta, la supervisión está plenamente justificada.

Este escenario es lamentablemente menos posible en nuestra realidad, tal como lo comprobaremos al final en el estudio de las resoluciones del juzgado en estudio, cuando no existe un análisis debido en la cuantificación de los alimentos. Evidentemente si los números que se otorgan son meramente intuitivos, poder realizar una labor de supervisión en nuestro país es inviable.

IV. CONDICIONES

Una vez revisadas las características, corresponde analizar el marco en el cual se analizan las condiciones para determinar los alimentos.

Entonces tenemos el artículo 481 del Código Civil señala que deben existir para que se pueda otorgar los alimentos: (i) la existencia de una norma legal que establezca dicha obligación (ii) el estado de necesidad del solicitante, y (iii) posibilidad económica de los obligados a prestarlos; tomándose en consideración las circunstancias y las obligaciones que tengan los obligados.

Si se quiere brindar una aproximación para la determinación de los alimentos podemos señalar:

Necesidad (n) = Posibilidad del Obligado 1 (O1) + Posibilidad del obligado 2 (O2)

En el que Posibilidad de los obligados (O1, O2) = (x,y) (n)

por lo que (n) = x(n) + y(n)

donde $0 < (x,y) < 1$; donde $x + y = 1$

Así pues $(x,y) (n) \leq$ Ingreso —necesidades básicas— obligaciones de igual naturaleza

Téngase en cuenta que el juzgado sólo considera equiparables otras obligaciones de tipo alimentario y no por ejemplo las que tienen los obligados con sus padres lo cual consideramos un error si es que se lleva una debida cuantificación (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1442-2015).

En nuestro ordenamiento tomando en consideración que como regla se puede afectar hasta el 60% de los ingresos del padre o madre que no tienen la tenencia, se ha verificado la siguiente inferencia sin mayor análisis:

- Si no tiene carga familiar: (0.6) Ingresos: o sea (0.6)ⁱ¹⁸
- Si tiene otro hijo: (0.3) Ingresos: o sea (0.3)ⁱ
- Si tiene otros 2 hijos: (0.2) ingresos: o sea (0.2)ⁱ¹⁹
- Si tiene otros 3 hijos: (0.15) ingresos: o sea (0.15)ⁱ (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2045-2015).

Es interesante verificar ello en el proceso de prorrateo de alimentos seguido en el expediente No.2045-2015 en el cual se reconoció que mediante proceso 5878-2008-CI se había otorgado la pensión de 60% en total por 2 menores del deudor alimentario. Que mediante Acta de Conciliación SS°15-183, de fecha 19 de noviembre de 2015, se acordó otorgar 30% (15% por cada menor) por 2 hijos menores del deudor alimentario distintos a los que previamente habían obtenido la pensión vía judicial.

En ese sentido el juzgado señaló:

SEXTO: Procedencia de la redistribución de los ingresos afectados: Analizados así los hechos, esta Juzgadora considera necesario efectuar una nueva redistribución de los porcentajes que percibe cada alimentista, teniendo en consideración las condiciones de cada uno de ellas respecto de la renta afectada, adecuándolo hasta el máximo establecido por ley (...) (SJPLC, expediente 2045-2015).

Luego de dicho considerando sexto, siguió la parte resolutive en la cual se asignó el 15% por cada hijo sin analizar en concreto ni las condiciones de los beneficiarios ni del obligado. Asimismo tampoco se realizó el análisis de las obligadas.

¹⁸ Puede ser en porcentajes o montos fijos. En la sentencia del expediente n.º 1249-2015 la argumentación giró en asumir la remuneración mínima vital en dicho periodo (850) y como no se habría acreditado otra obligación se asignó sin ningún análisis el monto de S/.500 soles (58,82%) (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1249-2015). La misma carencia de análisis la encontramos en la sentencia del expediente n.º 2096-2015.

¹⁹ En el caso de la sentencia del expediente n.º 2138-2012 se determinó un monto proporcional igual al 20% para cada menor dado con lo cual cumplían con el máximo 60% que puede afectarse del obligado (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2138-2012).

4.1. La existencia de una norma legal que establezca dicha obligación

Nos hemos aproximado al derecho a los alimentos como las obligaciones privilegiadas de fuente principalmente heterónoma que se originan desde el vínculo filial entre padres e hijos desde la concepción.

Dichos alimentos pueden proporcionarse voluntariamente o ser exigidos en un proceso dado que detrás del mismo se encuentra satisfacer las necesidades básicas de los menores que ellos por sí mismo no pueden proveerse.

En el caso que nos encontremos en un proceso según el artículo I del Título Preliminar del CPC debe respetarse el debido proceso debiendo (según el artículo III) el juez debe resolver un conflicto de intereses apreciando todos los medios probatorios en su conjunto en base a la lógica y a su experiencia personal, para arribar a un razonamiento eficiente y certero para lo cual deberá coadyuvar la prudencia, objetividad y espíritu reflexivo del juzgador (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1370-2015). En ese sentido formalmente el juzgado señala:

Segundo.- Ahora bien, una de las actividades intelectuales más trascendentes que realiza el Juzgador dentro del proceso es el relativo a la apreciación de la prueba, siendo que de su evaluación jurídica depende el sentido de las resoluciones interlocutorias que expide, como en la que decide finalmente el resultado de la materia controvertida, constituyendo por tanto la motivación de su pronunciamiento; nuestro Código adjetivo recoge un sistema valorativo único y ponderado en virtud del cual el Juzgador aprecia todos los medios probatorios en su conjunto en base a la lógica y a su experiencia personal, para arribar a un razonamiento eficiente y certero para lo cual deberá coadyuvar la prudencia, objetividad y espíritu reflexivo del juzgador. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1370-2015)²⁰

Ahora bien, en este tipo de procesos los principios y normas procesales, según lo dispuesto en el Precedente Judicial del Tercer Pleno Jurisdiccional de Familia, se flexibilizan²¹; muestra de ello es que no es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar alimentos.

²⁰ Lamentablemente del contenido de esta y demás resoluciones no se verifica dicho análisis en conjunto de los medios probatorios, siendo el caso mencionar que puede denotarse en muchos casos la determinación del monto en función de intuición que de un análisis lógico.

²¹ "... los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, eventualidad, formalidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros ...".

Si bien dicha flexibilización es necesaria en este tipo de procesos dado que existen diversos casos en los cuales uno de los obligados esconden sus ingresos, dicha política debe aplicarse para ambos obligados dado que se verifica en todos los procesos estudiados en el presente texto, sólo se analiza a uno de los obligados y en función de sus ingresos se determina la pensión, lo cual puede ser un análisis incompleto del tema materia de estudio.

En términos específicos hemos indicado que:

$$n=(x)n + (y)n$$

pero en nuestro ordenamiento se tiende a determinar que:

$$n= (0.6) (i01)$$

Ahora bien, ¿Cómo se acredita el vínculo? Es reiterado en los procesos de alimentos la relación familiar se acredita suficientemente con la partida de nacimiento (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2342-2011).

Asimismo debe tenerse en cuenta que en este Juzgado los casos de rebeldía causa presunción legal relativa de los hechos expuestos en la demanda de alimentos, en referencia al incumplimiento de la obligación alimentaria con sus hijos.

4.2. El estado de necesidad del solicitante

En sede judicial se parte del presupuesto que la minoría de edad acredita estado de necesidad del menor (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2342-2011), dado que ella no le permite valerse por sí mismo y solventar necesidades a través más de los ingresos que del patrimonio preexistente. Adicionalmente se justifica este criterio por el desarrollo biofísico del cual depende el crecimiento físico intelectual del menor (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 144-2015).

Si se parte del concepto de necesidad como carencia material, en caso estas se encuentren satisfechas, no debería otorgarse alimentos. Tómese en cuenta el supuesto que un menor reciba una herencia de su madre que falleció una casa y recibir una renta mensual de alquileres de bienes por montos muy superiores a los que había planteado en la demanda por alimentos.

Si las necesidades materiales del menor ya han sido cubiertas, consideramos que no debería declararse fundada la demandada de alimentos,²² por lo que concordamos con Bustamante Oyague cuando al definir la característica de irrenunciabilidad a los alimentos señala: “(...) dado que como derecho le está conferido a la persona del beneficiario, quien siempre que se encuentre en estado de necesidad podrá pedirselo a los obligados frente a él (...)” (Bustamante & Reyna, 2003, p. 4), por lo que en sentido contrario cuando no se encuentra en dicha necesidad, no deberá otorgarse en el ámbito patrimonial.

En igual sentido: “(...) por ello para reclamar alimentos basta alegar que se carece de bienes y se encuentra en estado de necesidad, pasando entonces al demandado la carga de la prueba de que el demandante tiene bienes y le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades; (...)” (Bustamante y Reyna, 2003, p. 11).

Asimismo tal cual lo hemos señalado debe indicarse que las necesidades incrementan con el transcurso del tiempo. Un niño recién nacido no tiene las mismas necesidades que uno de 6 años u otro de 12 años. En ese sentido el Juzgado interpreta que el sólo el transcurso del tiempo acredita el incremento de las necesidades (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1370-2015).

El transcurso del tiempo es un elemento importante en el análisis, pero es esencial in concreto analizar el estado de necesidad del menor. Los juzgados tienden a otorgar alimentos sobre el máximo legal $n=(0.6)i$, con lo cual llegamos a la situación que si los padres no incrementan sus ingresos, entonces los menores encontrarán insatisfechas sus necesidades con el transcurso del tiempo de forma permanente.

Frente a esta consecuencia evidente, el juzgado no tuvo mejor idea —como veremos más adelante— exigiéndole al obligado que debe buscar mayores ingresos.

Es por esta razón que vamos a analizar a continuación la necesidad de trabajar con un modelo económico para la asignación de alimentos, dado que su cálculo no puede ser necesariamente un porcentaje de lo que ganan los padres $n=(0.6)i$.

²² Esto no quiere decir que el padre no tenga deberes para con su hijo, pero estos no se verifican en el plano patrimonial sino extrapatrimonial.

Ahora bien, llegados a la mayoría de edad el artículo 473 del CC señala que fenece el derecho a los alimentos, salvo cuando el menor alimentario no se encuentre en aptitud de subsistir por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Es decir, no basta la mayoría de edad, sino que no puedan valerse por sí mismos.

En estos casos por ejemplo si una persona logra ser bachiller o tener alguna profesión, esto implica que no se le siga otorgando alimentos, salvo incapacidad de mantenerse (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 403-2016).

4.3. Posibilidad económica de los demandados

Según lo dispuesto en el CC en sus artículos 474 y 475, interpretado conjuntamente con el artículo 93 del CNA los padres están obligados a prestar alimentos a sus hijos.

En principio, tal como ya lo hemos adelantado, la obligación es de ambos padres, no obstante, en el ámbito judicial sólo es evaluado el que es demandado.

Del modelo de resolución que utiliza el Juzgado en la mayoría de los casos tiene el siguiente tenor:

Segundo.- Condiciones para la exigibilidad de alimentos: (...) (iii) posibilidad económica del obligado a prestarlos; de analizar y verificarse las mismas, el juzgador debe establecer la obligación alimentaria de manera proporcional. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 403-2016) (El subrayado es nuestro).

En todas las resoluciones con dicho tenor, no ha existido análisis de las necesidades del menor ni que ambos padres son los obligados, sino única y exclusivamente se ha enfocado en los ingresos de uno de los obligados.²³

Si bien formalmente se coloca la obligación de ambos padres, en el análisis de las resoluciones no se desprende la revisión de las posibilidades económicas de ambos padres, sino igualmente sólo de uno de ellos:

Sétimo.- Sobre el estado de necesidad del menor alimentista: (...) entendiéndose que dicha obligación es de ambos padres y no solo uno de ellos, lo que deberá ser meritulado en su real contexto al fijarse los alimentos que

²³ En los casos estudiados sólo en los ingresos del padre.

correspondan a cargo del demandado. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 352-2015).

Ahora bien, lamentablemente en la práctica esto no se cumple dado que no hemos encontrado un solo caso en que el juzgado haya analizado la posibilidad de ambos obligados.

V. CUANTIFICAR: HE AHÍ EL PROBLEMA

5.1. Cuantificación de los alimentos en sede jurisdiccional

De la revisión de los diversos expedientes citados en el presente trabajo hemos podido detectar diversos errores desde temas de fondo en la utilización de conceptos, aparente motivación en todas las sentencias utilizando sí citas de normas legales más no analizando ni la necesidad de los menores, ni la posibilidad de ambos obligados sino sólo de uno, por lo cual en ninguna de las sentencias se verificó un criterio claro de porqué se otorgaban dicho monto o porcentaje.

Así pues de un lado se distingue en el derecho de las obligaciones por la naturaleza de la obligación las de tipo divisibles e indivisibles; y por cómo se obligan las partes en parciarias, mancomunadas y solidarias.

Entonces dado que estamos frente a obligaciones de fuente heterónoma, imaginemos que los padres tengan un solo hijo. En este caso nos encontramos frente a una obligación parciaria de la pensión alimenticia que debería ser repartida entre los 2 padres según sus posibilidades.

Este resaltado de exigencia que se analice la capacidad de ambos obligados es necesaria, y el juzgado formalmente lo ha señalado en diversas resoluciones “Obligación de ambos padres que deberán meritarse en su real contexto” (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 3223-2013); pero que en ningún caso de los citados ha realizado, lo cual puede llevar a procesos innecesarios cuando esté en discusión la tenencia del menor.

Véase lo señalado por el juzgado:

Debería determinarse no sólo la prestación que deberá cumplir uno de los obligados sino de ambos, en especial cuando no esté claro quién tiene la tenencia del menor: (...) si bien las partes no acreditan con ningún instrumento la tenencia del menor Eduardo Matias Farfán Vilca, la pensión que se fija deberá ser administrada por el progenitor que en su oportunidad la acredite. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2969-2015)

Entonces, según el expediente si el padre al final obtiene la tenencia el proceso de alimentos no habrá sido útil, debiéndose realizar un nuevo proceso contra la madre.²⁴

Ahora bien, si un padre tiene 3 hijos, también nos encontramos frente a un supuesto de parciaridad pero no inicialmente de la pensión alimenticia sino de cuanto deberá responder por cada uno de los obligados. En este caso de forma abstracta, sin análisis del caso en concreto, sería el 20%.

Evidentemente el análisis es más complejo que este esbozo, lo cual no se tiene claro en el juzgado:

Sexto: (...) si bien la pensión puede dividirse, la obligación es indivisible, de este modo cuando concurren varios deudores frente a un acreedor, la pensión total se completa con el aporte que cada cual da como obligación independiente. En cambio cuando concurren varios acreedores lo que se divide no es el monto de la pensión dada, sino la renta gravada al deudor a esta operación por la cual se reparten en proporciones la renta de un deudor a fin de que sean ejecutables las pensiones fijadas se llama prorratio (...). (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2138-2012).

De otro lado, la determinación de la cuantía no deriva de un análisis que se verifique en la sentencia: En algunos casos se establece un monto fijo²⁵, en otros un porcentaje²⁶ proporcional entre sus hijos²⁷ la cual debería depender de la necesidad de cada menor, aunque a veces el criterio utilizado puede parecerse no coherentes.

²⁴ Igual supuesto lo encontramos en el caso que a partir de sus ingresos ascendente a S/ 2878.16 soles, se fijó como pensión el 25% de sus ingresos, pero dado se encontraba en trámite el proceso de tenencia, se determinó que la pensión alimenticia la administrará (la hará efectiva), el progenitor que ostente la tenencia de la menor (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1868-2015).

²⁵ 255 soles para cada uno (30%) para cada menor sobre el monto de referencia de 850 soles (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 598-2016). En otros casos habiéndose acreditado el ingreso básico de 1,940.10 se otorgó el monto de 350 soles para 2 menores (en total 700) (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2812-2014).

²⁶ Se estableció la pensión del 25% de los ingresos del padre que su básico asume a la suma de S/.3600 (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 992-2015).

²⁷ 20% en caso de 3 hijos (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1660-2016); 15% para 4 menores (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1043-2016).

En la sentencia del expediente 995-2016, teniendo el padre 3 hijos 2 de 6, 8 y 15 años, el juzgado otorgó el 30% al de 6 años, debiendo recibir los menores de 8 a 15 años el restante 30% lo cual en principio no es lógico dado que por edad las necesidades de los niños de 8 y 15 años serían mayores (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 995-2016).

Esta incoherencia, ha derivado en muchos casos a que el juzgado asuma el criterio de que todo “niño llega con pan bajo el brazo” dado que en el caso el tener más hijos (3) no merma sus posibilidades económicas sino por el contrario demuestra que tiene mejores ingresos:

(...) esto a consideración de la Juzgadora no disminuye sus posibilidades económicas, por el contrario el tener otros hijos demuestra que cuenta con mejores ingresos para asumir su obligación alimentaria, tanto más si no acredita padecer de ninguna deficiencia física que le impida generar ingresos (...). (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 3071-2015)

Lo cual lleva en diversos casos a exceder de forma manifiesta el umbral del 60% de los ingresos dado que por ejemplo en ocasiones frente a la existencia de 3 menores, se otorgó el monto de 400 soles (tomando en consideración el sueldo de 750 soles del deudor alimentario) a favor de uno de ellos (53,3%), dejando el resto para sus otros menores hijos lo restante exhortándole a generar mayores ingresos: “(...) a S/ 400.00 soles, pues al ser el padre un trabajador independiente está en la obligación de esforzarse y generar mejores ingresos en beneficio de sus tres hijos (...)” (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2808-2015).

Con lo cual al criterio de los ingresos de los padres, el juzgado mide lo que probablemente pueda generar con un esfuerzo mayor y no sobre lo que realmente obtiene, lo cual es un despropósito dado que puede desproteger a los otros menores con dicho criterio dejándolos en situación de desamparo.

5.2. Cuantificación de los alimentos y el “ciclo de vida”

Se señala que ya acreditadas la necesidad, el entroncamiento, hay que cuantificar (Aguilar-Llanos, n.d., p. 25), para lo cual siendo conscientes de los problemas mencionados previamente en el desarrollo del presente texto, hemos trabajado con el modelo elaborado por el economista Franco Modigliani (1954)

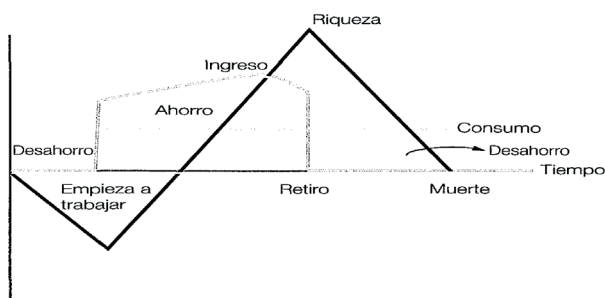
y por Ando (1963)²⁸ sobre el ciclo de vida y el ahorro a partir de su observación de que el ingreso fluctúa a través del transcurso de la vida de las personas y que el comportamiento del ahorro personal está determinado por el momento en el cual se encuentra la persona en ciclo de vida.

Así pues, tenemos que los primeros años no hay posibilidad de ahorro, por lo que sólo consume teniendo más gastos que ingresos. No obstante ello, llega un momento en el cual nuestros ingresos son mayores que nuestros gastos, por lo que la línea tiene un pendiente creciente. Estos ingresos se consumen y parte de ellos se ahorran, los cuales aumentan en el transcurso del tiempo hasta que llegan a un tope, luego del cual estos disminuyen y empezamos a consumir los ahorros hasta que fallecemos tal cual se verifica en el siguiente cuadro (Larrain, 2002, p. 417):

Figura 1

Hipótesis del ciclo de la vida en el consumo y el ahorro

Hipótesis del ciclo de vida en el consumo y el ahorro

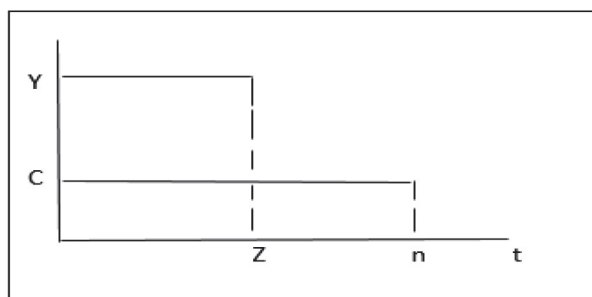


A lo que pretendemos llegar con este modelo sencillo es determinar que lo que se tiene que cubrir con los alimentos es el triángulo inferior invertido que representa el momento desde que nacemos hasta el momento que empezamos a producir riqueza.

²⁸ También es importante analizar su discurso para el Premio Nobel publicado en American Economic Review, junio de 1986.

Para llegar a esto tenemos los siguientes presupuestos: Imaginemos que la vida total de la persona es representada por n (periodo de tiempo). Ahora bien, el periodo laboral es representado por Z .

Figura 2



Toda vez que es un modelo, la renta Y , el tipo de interés es I y el consumo es C son constantes. Durante los n periodos de vida hay una renta (Y), existiendo z periodo laboral, tiempo en el cual el consumo c es constante.²⁹

En ese sentido en el periodo z va a ver un excedente de los recursos dado que los ingresos son mayores a lo consumido, lo cual va a ser utilizado en el periodo que ya no se trabaje. Si asumimos que la variación de la riqueza cuando nació y cuando falleció es igual a 0, por lo que Valor presente de consumo es igual al valor presente de la renta.

En este caso el valor presente del consumo es $n \cdot c$ y el valor presente de la renta es $z \cdot y$ por lo que el consumo es igual a: $c = \frac{z}{n} \cdot y$

Entonces si el periodo laboral es 70 años y el periodo de vida es 90, siendo el ingreso 1000 soles y el consumo 700.

Entonces cada momento de su vida consume $(70/90) \cdot 1000$ lo cual da como resultado: 777,77.

²⁹ El gráfico lo hemos simplificado a efectos del objeto del trabajo pero puede revisarse (Modigliani, 1987, p. 7).

Ahora bien respecto al ahorro podemos distinguir 2 situaciones: si trabaja o si no trabaja. En caso trabaje ($t \leq z$) significa que el ahorro se obtendrá de la renta menos el consumo ($s = y - c$) lo cual reemplazando nos da la siguiente ecuación: $y - y = y$

En nuestro caso entonces tendríamos $(90-70)/90 * 1000$ lo cual da como resultado 222,22.

Por lo tanto el total del ahorro total cuando trabaja es $y \cdot z$

En caso la persona no trabaje, ($t \geq z$) y no reciba pensión probablemente esté consumiendo sus ahorros $S = 0 - y = -y$.

Por lo que en el caso en concreto el desahorro será igual $-(70/90) * 1000 = 777.77$

Y el desahorro total = $-y(n-z)$

Por ello, comparando el ahorro en el periodo de trabajo $y \cdot z \geq 0$ y el desahorro en el periodo de jubilación (asumiendo que no se recibe pensión) $-y(n-z)$ debe dar lugar a la suma de 0.

Ahora bien si desea entenderse el patrimonio que va almacenando mientras que trabaja, se obtiene por el ahorro y multiplicado por el tiempo que se desea calcular t

$y \cdot t$

En caso desee analizar el patrimonio almacenado máximo tenemos lo obtenemos en función del ahorro y multiplicado por el periodo del trabajo z .

$y \cdot z$

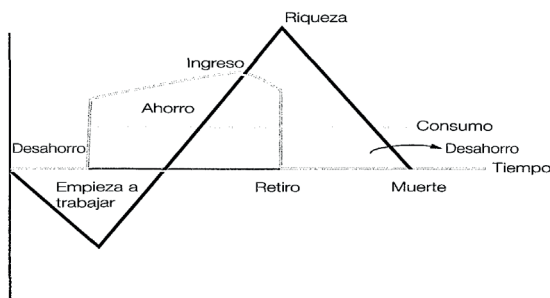
Y a partir que vaya consumiendo entonces tendremos todo lo que ha ahorrado y menos lo que vaya consumiendo de los ahorros $y(t-z)$ siendo t el periodo en el cual desea calcularse.

Con esta información podemos entender mejor la figura 1: (Larrain, 2002, p. 417):

Figura 3

Hipótesis del ciclo de vida en el consumo y el ahorro

Hipótesis del ciclo de vida en el consumo y el ahorro



Al inicio de la vida estamos en una situación de desahorro, por lo que la etapa en la cual no producimos es cubierta por nuestros padres.

Sétimo.- (...) el menor (...) tiene a la fecha 02 años de edad, y tratándose de necesidades alimenticias de un menor, especialmente si es un menor de dos años de edad, las mismas que se presume sin admitirse prueba en contrario. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2496-2015).

Se tiende a señalar que esta es creciente:

(...) Finalmente, encontrándose la menor en etapa escolar, sus necesidades se incrementarán paulatinamente; por tanto, la demandante y el demandado se encuentran en igualdad de condiciones para generar mejores ingresos, y así brindar la mejor atención posible a su hija. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2408-2015).

Recién cuando empezamos a trabajar obtenemos ingresos los cuales sirven para nuestro consumo como para ahorrar. Ese punto de inicio de generar ingresos y ahorro es variable, dado que en algunos casos empieza con lo mayoría de edad, cuando culminan los estudios superiores (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2247-2014-FC) hasta un plazo máximo de 28 años. Y en otros casos es más complicado por causas de incapacidad física o mental:

Quinto.- (...) Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2066-2015)

Una vez que llegamos al retiro, vamos a consumir lo ahorrado en la etapa del trabajo.

Esto es interesante para el análisis del derecho de alimentos dado que lo que se tiene que satisfacer es la etapa de desahorro inicial. Pero los obligados estarán dependiendo del momento de su vida en la etapa creciente de consumo más ahorro o en la etapa de consumo lo ahorrado previamente.

Si bien este modelo que se basa en la gestión del ahorro para la jubilación no es el fiel reflejo de nuestra realidad dado que el ingreso no es constante, sino que fluctúa a través del tiempo, es útil.

VI. ¿CÓMO CUANTIFICAR EN LOS PROCESOS DE OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS?

Tomando en consideración lo previamente desarrollado, y en función de la limitación de espacio del presente texto, vamos a esbozar algunos criterios que podemos considerar útiles para la cuantificación de la pensión de los alimentos.

En primer lugar, un presupuesto será verificar las condiciones en la cual viven tanto los menores como los padres. En segundo momento deberá determinarse la necesidad del acreedor alimentario. En tercer lugar deberá determinarse la posibilidad económica de los obligados.

6.1. Condiciones de vida

Por condiciones de vida nos referimos a la ubicación de la residencia, del patrimonio que poseen como por ejemplo si tienen inmueble propio, viven con sus padres, o en inmueble alquilado, si tienen carro o no, entre otros.

Esto es relevante a fin de determinar el costo de vida del menor al que debería aspirar en las condiciones que sus padres pueden otorgarle.

Así por ejemplo en otro juzgado del Callao se señaló:

28. Sin embargo, de acuerdo al costo de vida en la Provincia Constitucional del Callao deviene en imposible que un menor pueda subsistir con 225 Nuevos Soles mensuales, debiendo además tenerse presente que según datos del año 2013, la línea de pobreza total (canasta básica per cápita mensual) es de 292 Nuevos Soles. (Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Hogares Anual, 2013), es decir el monto mínimo para la subsistencia de una persona incluyendo productos alimenticios y otros servicios equivale a tal cantidad. (Primer Juzgado de Paz letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 0039-2014)

En España por ejemplo se puede ingresar a una tabla de referencia de alimentos³⁰ en el cual por ejemplo introduciendo la misma información pero diferente residencia del menor la pensión de alimentos es distinta.

Así por ejemplo en el año 2018, la custodia monoparental con ingreso de los padres de 1000 euros cada uno con un solo hijo en la Comunidad Autónoma de Extremadura provincia de Cáceres en la localidad de Aldea del Cano asciende a una pensión de 140 euros.³¹ En cambio, con las mismas condiciones en la Comunidad Autónoma de Cataluña provincia de Barcelona y en la localidad de Arenys del Mar la pensión total asciende a 196 euros.

6.2. Necesidad del acreedor alimentario

En principio debemos señalar que la satisfacción necesidad de los acreedores alimentarios tiene el límite del 60% de los ingresos los obligados, es decir sólo puede ser satisfecha si: $n \leq (0.6)i$ (O1; O2).

Aplicación de esto lo encontramos en el siguiente caso: Si el sueldo mínimo es 850, tiene 2 hijos, se puede afectar sólo hasta 510. Por tanto se otorga como pensión 300 soles para el acreedor alimentario que demanda:

(...) en ese sentido, se encuentra acreditada la posibilidad económica del demandado para cubrir las necesidades de su menor hija en una proporción máxima que por ley puede ser equivalente hasta el sesenta por ciento de su remuneración total (60% de 850 = 510), (...), en este caso en aplicación de las reglas de la sana crítica, la pensión a fijarse deberá ascender a S/ 300.00 soles. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2245-2015)

³⁰ <http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/>

³¹ Debe tenerse en cuenta que no se encuentran incluidos los gastos de vivienda (hipoteca, alquiler, IBI) y educación de los hijos entre otros gastos que deberán ser evaluados casuísticamente.

El gran inconveniente que hemos encontrado es que no se cuantifica la necesidad del menor. Una forma sencilla es el realizar un listado de las necesidades del menor en la cual se indiquen montos aproximativos de lo que se gasta para luego determinar cuál es el monto que van a asumir cada uno de los obligados.

En dicha lista puede ir por ejemplo: Alimentos (desayuno, almuerzo y cena, y adicionales que requiera el menor diario y mensual), Educación (gastos de pensión colegio/universidad/instituto, útiles escolares, otros estudios), Salud (medicinas, atención), Vestido, Recreación, entre otros.

Una vez determinados estos montos, los cuales incluso se pueden establecer criterios de actualización a fin de no requerir nuevas demandas de alimentos —pudiendo ser de ayuda la tabla de Düsseldorf³²— corresponde determinar la posibilidad de los obligados.

6.3. Posibilidad de los obligados

La determinación de los ingresos de los demandados, puede ser advertido de los ingresos declarados, del criterio de sumar los gastos para determinar su poder adquisitivo (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1370-2015)³³. Asimismo se toma como referencia lo que percibía en su último centro laboral o en caso de no tener mayores elementos de convicción se les asigna la remuneración mínima vital vigente (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 352-2015). Finalmente el juzgado también observa la potencialidad del trabajo, aunque no ha brindado criterios lógicos de cómo obtener ello.

Estos criterios son útiles para determinar la medida en que pueden cubrir los obligados la necesidad del menor debiendo señalar que si aumenta las necesidades del menor debe afectarse las posibilidades de los obligados. Pero si aumentan las posibilidades de los obligados, esto no afecta las necesidades del menor, sino en todo caso puede afectar las condiciones de vida.

³² Véase http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/Tabelle-2018/Duesseldorfer-Tabelle-2018.pdf

³³ El demandado en su escrito de apersonamiento señaló que percibía la suma de S/. 900.00 soles mensuales en su condición de chofer de carros. No obstante ello afirmó que en gastos tenía: S/. 913.00 soles (gastos de su menor hijo) y S/.250.00 soles (arrendamiento), estos suman S/. 1,163.00 soles. La jueza a partir de la suma de gastos determinó que el verdadero ingreso es de S/.1163 nuevos soles (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1370-2015).

Debe realizarse un análisis serio de esto a fin de evitar resoluciones sin análisis de fondo que justifican la asignación en: i) obligación del padre de asistir a sus hijos ii) No existan otras obligaciones iii) no hay deficiencias físicas; se asigna un monto arbitrario sin ninguna justificación que puede ser S/ 250.00, S/ 400 S/ 450.00 S/ 600 soles o a argumentaciones poco sólidas:

Octavo.- Resulta importante señalar que si bien la primigenia pensión fue acordada en el monto de S/ 100.00 soles, el demandado ahora señala que puede aumentar la pensión a S/ 200.00 soles, vale decir el demandado confirma que sus ingresos si se han incrementado, (...), a consideración de la Juzgadora se fijará como nueva pensión la suma de S/ 300.00 soles. (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 1726-2015.)

O de otro lado, la asignación se produce en porcentajes (V.g 30%) siendo uno de los argumentos que se tiene para otorgar porcentajes es que si bien los hijos aumentan sus necesidades con el transcurso del tiempo, también es cierto que los padres pueden incrementar los suyos. En este sentido, al aumentar sus ingresos, aumentaría la pensión, por lo cual ya no sería necesario un reajuste (Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao, sentencia emitida en el expediente n.º 2700-2013), como si la pensión de alimentos fuesen acciones de empresas.

Entonces tendrá que evaluarse la posibilidad de ambos obligados tomando en consideración para cuantificar normas como la Ley 30550 que modifica el artículo 481 del Código Civil “El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente”.

VII. CONCLUSIONES

1. Actualmente no existen criterios definidos para cuantificar la pensión de alimentos, toda vez que no se verifica el análisis de la necesidad del menor.
2. Asimismo, se toma en consideración sólo la cuantificación del obligado demandado y no de ambos padres.
3. Es necesario hacer un esfuerzo al momento de cuantificar la pensión de alimentos, siendo el modelo de Modigliani uno sencillo a tomar en cuenta para coadyuvar a los magistrados a determinar una pensión más acorde con la realidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar-Llanos, B. (n.d.). Las necesidades económicas del acreedor alimentario como uno de los criterios a tomar en cuenta para fijar la prestación alimentaria. *Gaceta Jurídica. Claves para ganar los procesos de alimentos: Un enfoque aplicativo de las normas la doctrina y la jurisprudencia*.
- Ando, A. (1963). The Life Cycle hypothesis of saving: aggregate implications and test. *American Economic Review*.
- Auletta, T. (1984). *Alimenti e solidarietà familiare*. Milano.
- Barassi. (1932). *Dell'obbligo degli alimenti, in Osservazioni intorno al progetto di riforma del libro 1° del código civile*. Milano.
- Bustamante, O.E. & Reyna, A.L.M. (2003, Enero 01). Alimentos. *Gaceta Jurídica. Cuadernos jurisprudenciales*.
- Cámara de comercio de Lima (Ed.) (2018). *Sube el costo de la canasta básica y aún no está del todo cubierta*.
- Campana, M.M. (2003). *Derecho u obligación alimentaria*. Jurista editores.
- Canales-Torres, C. (2013). Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en la jurisprudencia.
- Cantuarias, F. (1987). Derecho de alimentos a favor del hijo alimentista. *Themis*, (8).
- Defensoria del pueblo (Ed.) (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. Lima.
- De Ruggiero. (1934). *Instituzioni di diritto civile*. Milano.
- Ferri, L. (2001). *La autonomía privada*. (L. S. Mendizábal, Trans.). Comares.
- Giorgianni, M. (1958). *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Bosh.
- González Fuentes, C.G. (2007). *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Banco Mundial: Poder Judicial.
- Larrain, F.Y. (2002). *La economía global*.
- Manito, A. (1995). *L'obbligazione legale degli alimenti*. Noccioli.
- Messineo, F. (1954). *Manuel de Derecho Civil y Comercial*. EJEa.
- Modigliani, F.Y. (1954). *Utility Analysis and the consumption function: an interpretation of cross*. Rutgers University Press.
- Mortati. (1935). *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*. Roma.
- Provera, G. (1972). *Degli alimenti*, Art.443-338.
- Real Academia de la Lengua Española (Ed.) (2018, Septiembre 7). In Diccionario RAE. <http://dle.rae.es/?id=1rm36tt>
- Secco, L. & Rebutti, C. (1957). *Degli alimenti: Commento del titolo XIII del libro I del Codice civile*. Milano
- Vincenzi, D. (1973). *Gli alimenti, struttura giuridica e funzione sociale*. Milano.
- Wodok, W. (2002) Familiäre Solidarität – Der Verwandtenunterhalt im italienischen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Kindesunterhalts und sozialrechtlicher Aspekte. *Bd/Vol.3441*.

INTERRUPCIONES TENDENCIOSAS DE LA USUCAPIÓN

*Luis Diego Ricser Esquivel**

Sumario

I. Introducción. II. Sobre la prescripción usucupativa y extintiva. III. ¿Cuándo se interrumpe la prescripción? IV. Ineficacia de la interrupción. V. Análisis de un caso curioso. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo gira en torno a la interrupción de la usucapión y los supuestos que tornan dicha interrupción en ineficaz. Sobre el particular, la interrogante que surge es la siguiente: ¿El abandono del proceso priva de eficacia al acto de interrupción de la demanda aun cuando esta haya sido correctamente notificada y no existan vicios procesales? Para la Sala Civil de la Corte Supe-

* Estudiante del 11º ciclo de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Santa y segirista de la Corte Superior de Justicia del Santa.

rior de Justicia del Santa el abandono no hace ineficaz al acto interruptorio. Veremos, en lo sucesivo de cuatro tópicos, si lo sostenido por la Sala resulta ser acertado o no.

II. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN USUCUPATIVA Y EXTINTIVA

En nuestro ordenamiento civil, la prescripción tiene dos variantes: la prescripción adquisitiva y la extintiva (Rubio, 2019). Con la primera se gana un derecho, que es el de la propiedad (Ramírez, 2017); y con la segunda se pierde la oportunidad de hacer valer un derecho¹. En ambas, el elemento común es el decurso del tiempo que, así como puede hacer que el poseedor se convierta en propietario, puede también, en sentido opuesto, privar a alguien de la posibilidad de reclamar a otro lo que considera que le corresponde.

La prescripción usucupativa y extintiva difieren, además, en el fundamento que las justifica. La usucapción se funda, principalmente, en la actividad económica y gestión productiva que realiza el poseedor frente a la inacción dañina del propietario (Gonzáles, 2013). En cambio, la prescripción extintiva encuentra su razón de ser en la certeza que brinda al sujeto pasivo de saber que al cabo de un tiempo ya no podrá ser compelido judicialmente (Díez-Picazo, 2007).

Por otro lado, mientras que para que se configure la prescripción liberatoria, se debe aunar a la inercia del titular y al decurso del tiempo, el no reconocimiento de la deuda, para la extinción del vínculo y la causa obligacional² (Troisi citado por Veiga, 2019); para la constitución de la usucapción, la inactividad debe estar presente en solo uno de los sujetos, pues el usucapiente debe encontrarse en posesión del bien y no dejarla abandonada a su suerte.

Como en ambos institutos jurídicos el tiempo es un elemento central, ambos pueden verse interrumpidos por actos humanos o de la propia naturaleza. La interrupción si bien está regulada en el Libro IX *prescripción y caducidad* del

¹ La conceptualización de la acción como derecho subjetivo, como el derecho de acción, determina, entonces, que deba diferenciarse de las pretensiones que generan los derechos subjetivos, pues lo prescriptible no es la acción como derecho sino la pretensión que se quiere hacer valer mediante el ejercicio del derecho de acción (Vidal, 2012, pp. 123-124).

² Esta tesis ha sido acogida por nuestra Corte Suprema en la Casación 468-2017-Lima en donde estableció que las características de la prescripción extintiva son tres: el transcurso del tiempo, la inactividad de la parte titular del derecho subjetivo y la falta de reconocimiento del sujeto pasivo de la relación jurídica. El primero es un hecho natural en el que se establece un inicio y un final, mientras que los otros dos están relacionados con el comportamiento de los sujetos.

Código Civil, nada obsta para que se aplique al plazo de la usucapión, cuyo efecto de adquisición de la propiedad dependerá en gran medida por el paso del tiempo. Dicho esto, abordaremos los supuestos de interrupción en el siguiente apartado.

II. ¿CUÁNDO SE INTERRUMPE EL DECURSO PRESCRIPTIVO?

El Código Civil en su artículo 1996 señala cuatro supuestos que configuran la interrupción de la prescripción:

Artículo 1996.- Interrupción de la prescripción

1. Reconocimiento de la obligación.
2. Intimación para constituir en mora al deudor.
3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor; aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
4. Oponer judicialmente la compensación.

Solo uno de los cuatro supuestos de interrupción tiene incidencia en el decurso prescriptivo de la usucapión: la notificación de la demanda. Por ello, el análisis de este artículo se circunscribirá a esta causal.

De una lectura exegética de esta causal se infiere que el plazo de prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda, y así lo ha entendido nuestra Corte Suprema por muchos años. Sin embargo, hoy en día, la corte de vértice ha cambiado de criterio y ha señalado en profusa jurisprudencia que esta causal debe ser interpretada en el sentido de que el acto de interrupción no es el emplazamiento sino la mera presentación de la demanda (Casación n.º 12736-2016-Lima Este, Casación n.º 774-2011-Huánuco, Casación n.º 2982-2010-Huaura y Casación n.º 603-2014 Callao).

Comulgamos con este razonamiento, pues lo que se debe valorar son las acciones que, dentro de sus posibilidades, pudiera realizar el demandante con la debida diligencia y no las acciones de terceros que están fuera del alcance del accionante.

IV. INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN

Así como existen casos en los que la prescripción se interrumpe, también hay supuestos en que los actos interruptorios pese a haberse producidos pierden *a posteriori* su eficacia en determinadas circunstancias. El artículo 1997 del Código Civil enumera, limitativamente, tres supuestos:

Artículo 1997.- Ineficacia de la interrupción

Queda sin efecto la interrupción cuando:

1. Se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 1996 inciso 3.
2. El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvencción o de la excepción con la que ha opuesto a la compensación
3. El proceso fenece por abandono.

Sobre el supuesto de *no notificación de la demanda* consideramos que esta causal ha caído en desuso porque el acto interruptorio ya no es la notificación, sino la mera interposición de la demanda. De manera que, poco y nada importa si se notifica o no al demandado³ pues la interrupción ya se produjo desde el momento en que se presentó la demanda, lo que continúa —que es el emplazamiento— es responsabilidad del órgano jurisdiccional y no del demandante.

En ese sentido, haciendo uso de un argumento *a pari*, si se acoge la tesis de que el retraso en la notificación de la demanda no debe perjudicar al accionante en su interés de requerir el cumplimiento de una obligación, entonces también se debe reconocer que la falta de notificación no puede tributar en agravio del demandante, pues tanto el retraso como la falta de notificación son actuaciones que están bajo responsabilidad de la administración de justicia, por lo que resulta lógico sostener que la falta de notificación —cuando sea culpa del órgano jurisdiccional— no enerve la eficacia del acto interruptorio.

En las otras dos causales, consideramos que es válida la pérdida de eficacia de la interrupción. La razón estriba en que en los dos últimos supuestos del artículo 1997 no se trata de una actuación del órgano jurisdiccional, sino más bien de un acto abdicativo del propio demandante que hace que el acto de interrupción, *rectius* la presentación de la demanda, pierda su eficacia.

³ Cabe precisar que no se está colocando al demandado en un estado de indefensión, pues si el proceso continúa con una incorrecta notificación de la demanda el demandado podría recurrir al remedio procesal de la nulidad, pero ello tampoco quiere decir que la interrupción deba quedar sin efecto, pues el demandante cumplió con presentar su demanda en el tiempo debido.

Así, en el supuesto contenido en el inciso 2 es el actor quien libremente decide desistirse de su demanda, *rectius* del proceso⁴, mostrando desinterés en la satisfacción de su derecho. En el supuesto del inciso 3, que recoge el abandono, ocurre algo similar. Aquí existe una suerte de renuncia tácita, pues el demandante con su inactividad dentro del proceso transmite al juzgador el mensaje de que no está interesado en el cumplimiento de la obligación a cargo de su contraparte.

Como es de verse, en uno y en otro caso, la interrupción de la prescripción pierde su eficacia retroactivamente ya sea por el desistimiento o por la inactividad del demandante. Ambas razones resultan ser suficientes para privar de eficacia al acto interruptorio, pues, de lo contrario, se estaría avalando un ejercicio abusivo del derecho, concretamente del derecho de acción, al permitirse que se demande con el único propósito de interrumpir la prescripción y no con el fin de conseguir tutela, ya que luego el accionante o se desiste o deja de actuar en el proceso.

En ese orden de ideas, consideramos que la intención del legislador al introducir estas reglas del inciso 2 y 3 del artículo 1997 fue la de evitar las interrupciones tendenciosas, que solo buscan interrumpir el decurso prescriptorio por mero capricho del demandante sin perseguir otra finalidad. En suma, la ineficacia constituye, en nuestra opinión, un castigo para el que postula su demanda con el afán de interrumpir tendenciosamente la prescripción al luego desistirse o dejar el proceso en abandono.

V. ANÁLISIS DE UN CASO CURIOSO

El 2 de marzo de 2021, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa en la sentencia recaída en el expediente n.º 790-2018-0-2501-JR-CI-01 revocó la decisión de primer grado y declaró infundada la demanda de

⁴ Sobre el particular hay que tener presente que en el lenguaje del CC el desistimiento “de la demanda” equivale a lo que hoy el CPC denomina “desistimiento del proceso” (artículo 343 del CPC) y no ciertamente la otra figura de desistimiento prevista por el CPC con el nombre de “desistimiento de la pretensión” (artículo 344 del CPC). Y ello no solo porque el inc. 1 del artículo 439 del CPC lo establezca así sino además porque cuando se produce un desistimiento de la pretensión, si el juez lo aprueba, es como si se hubiera declarado infundada la demanda con sentencia firme. Ergo, es por demás obvio que frente a una demanda que se tiene por infundada (con efectos irreversibles) la prescripción ya nada cuenta (Ariano, citada por Gutiérrez 2003, p. 275).

prescripción adquisitiva de dominio al considerar que no se había cumplido con el requisito de estar en posesión por el plazo de 10 años, en atención a que:

(...) El accionante ostenta la posesión del inmueble sub litis desde el 01 de enero del 2005, por lo que los 10 años de posesión habría cumplido el 01 de enero del 2015; sin embargo, *el plazo fue interrumpido por la demanda de desalojo por ocupación precaria (julio del 2008)*, por lo que no se perfeccionó la usucapión, incidiendo en el plazo que se vino produciendo la posesión, *por lo que se generó un nuevo cómputo de plazo que debe empezar a correr a partir del 01 de julio del 2010 día siguiente de la notificación de la resolución de abandono* [cursivas añadidas], por lo que, a la fecha de interposición del presente proceso de prescripción adquisitiva esto es 25 de mayo del 2018, el demandante cuenta con 07 años y 10 meses de posesión, tiempo que resulta insuficiente para fines de la usucapión (...).

La Sala, además, apoyó su decisión en profusa jurisprudencia de la Corte Suprema en la cual se estableció el criterio —expuesto líneas arriba— de que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, poniendo especial énfasis en la Casación n.º 2260-2014-Arequipa para argumentar que:

(...) si el propietario pretende el desalojo por precario, y órgano jurisdiccional declara improcedente o infundada la demanda, entonces no podría perjudicarse al propietario por el errado criterio jurídico de su abogado, y con ello dejar sin efecto la interrupción de la usucapión (...).

Más allá del criterio desfasado y superado de la Casación n.º 2260-2014-Arequipa, pues en esta se sostiene que la notificación de la demanda destruye la pacificidad de la posesión⁵, se trata de una cita impertinente por la discordancia que hay entre los hechos que conoció la Corte Suprema y los hechos sobre los cuales se pronunció la Sala. Los hechos de la Casación estaban referidos a un proceso que se declaró nulo por presentarse una demanda que fue declarada improcedente. Mientras que los hechos que conoció la Sala versan sobre un abandono del proceso. Por tanto, no podría ser de aplicación la ejecutoria suprema.

Comprendemos que la Sala haya citado esta casación para reforzar su tesis de que si la interrupción de la prescripción se configura pese a que se haya declarado improcedente la demanda, entonces con mayor razón se producirá en un proceso donde no se declaró improcedente la demanda y no hubo vicios de

⁵ La Corte Suprema en la Casación 1064-2015 Lima señaló que el envío de cartas notariales o demandas lejos de desvirtuar la posesión pacífica, son actos pacíficos y como tales solo pueden ser considerados como actos de interrupción.

nulidad en el proceso. El argumento *a maiori ad minus* que emplea la Sala para fundar su decisión pareciera ser correcto; sin embargo, no lo es.

El abandono del proceso —como se ha visto supra— es una causal de ineficacia de la interrupción, lo que quiere decir que, si en un proceso se declara el abandono, la interrupción generada por la postulación de la demanda queda sin efecto y de modo retroactivo. Incluso, la interrupción quedará sin efecto cuando la demanda haya sido correctamente notificada y no exista vicios en el proceso. En este supuesto, lo que importa es verificar la inactividad de las partes dentro del proceso para determinar si se debe dejar sin efecto la interrupción o no.

Así, la Sala se equivoca al centrar su análisis únicamente en la presentación de la demanda y su correcta notificación para concluir que el decurso de la usucapión había sido interrumpido, pues deja de lado los incisos 2 y 3 del artículo 1997, especialmente este último que recoge el supuesto de ineficacia por abandono del proceso, que responde a una lógica distinta a la del inciso 1.

El basamento del inciso 3 del artículo 1997 es que, por un lado, la desidia del demandante de continuar con el proceso debe ser castigado con la ineficacia de su acto interruptorio (demanda) y, por el otro, evitar el ejercicio abusivo del derecho de acción al demandar con el único propósito de interrumpir tendenciosamente la usucapión, sin tener el interés de recibir realmente la tutela del órgano jurisdiccional.

En ese sentido, si bien la demandada presentó anteriormente una demanda de desalojo el 07 de julio de 2008 a efectos de interrumpir la usucapión del demandante, lo cierto también es que luego se desatendió del proceso, por lo que el juez terminó por declarar el abandono de este el 01 de julio de 2010. El efecto de ello es que la demanda de desalojo del 2008 perdió su efecto interruptivo y, por lo tanto, el tiempo de la usucapión debió proseguir su curso con normalidad.

El error de no evaluar correctamente la figura del abandono en el proceso, llevó a la Sala a cometer otro error: considerar que el plazo de la usucapión debe reanudarse desde el 1 de julio de 2010, esto es, desde el momento en que se declaró el abandono. Esta afirmación no es acertada, pues el abandono del proceso no da lugar a una reanudación del plazo prescriptorio, sino que, por el contrario, deja sin efecto el acto de interrupción y el plazo continua como si no se hubiera presentado el acto de interrupción, es decir, la demanda.

En definitiva, la interrupción de la demandada fue una interrupción tendenciosa de la usucapión que, penosamente, fue avalada por la Sala creyendo que quizás con su fallo estaba favoreciendo a la tutela jurisdiccional, pero lejos de ello lo que hizo fue amparar un ejercicio abusivo del derecho.

VI. CONCLUSIONES

1. Tanto el desistimiento del proceso como el abandono de este resultan ser razones suficientes para privar de eficacia al acto interruptorio, pues, de lo contrario, se estaría avalando un ejercicio abusivo del derecho, concretamente del derecho de acción.
2. La intención del legislador al introducir estas reglas del inciso 2 y 3 del artículo 1997 fue la de evitar las interrupciones tendenciosas, que solo buscan interrumpir el decurso prescriptorio por mero capricho del demandante sin perseguir otra finalidad.
3. La ineficacia de la interrupción constituye, en nuestra opinión, un castigo para el que postula su demanda con el afán de interrumpir tendenciosamente la prescripción al luego desistirse o dejar el proceso en abandono.
4. Si se acoge la tesis de que el retraso en la notificación de la demanda no debe perjudicar al accionante en su interés de requerir el cumplimiento de una obligación, entonces también se debe reconocer que la falta de notificación no puede tributar en detrimento del demandante, pues tanto el retraso como la falta de notificación son actuaciones que están bajo responsabilidad de la administración de justicia.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Díez-Picazo, L. (2007). *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Thomson Reuters.
- Gutiérrez, W. (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica.
- González, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales* (Tomo II). Jurista Editores.
- Ramírez, E. (2017). *Tratado de Derechos Reales* (Tomo II). Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (1989). *Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil*. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vidal, F. (2012). Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad. *Lex*, 11, pp. 117-128. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i11.6>
- Veiga, A. (2019). *La prescripción en el contrato de seguro*. Civitas.



Derecho Judicial

SISTEMA DE ELECCIÓN DE JUECES EN ARISTÓTELES ¿AZAR O DEMOCRACIA?

*Victor Juniour's Salinas Tume**

Sumario

I. Introducción. II. El azar griego en la elección de magistrados. III. ¿Quién debe elegir? IV. ¿A quién se debe elegir? VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La obra de Aristóteles está interconectada. Hay, al menos en las características de los magistrados, una coherencia entre los capítulos de *La Política*. Ahora, si bien en este libro Aristóteles trata sobre la cosa pública, no es menos cierto que para referirse a ello, echa mano de las virtudes de las personas y de la idea de la justicia, ambos tópicos desarrollados en *Ética* a Nicómaco. Por tanto,

* Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional del Santa. Candidato a magister con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Redacción Académica y Científica por la Universidad Católica San Pablo. Adjunto de cátedra en Derecho Procesal Constitucional. Asistente judicial en el Órgano Desconcentrado de Control de la Magistratura del Santa. País de origen: Perú. Correo: victor.salinas5@unmsm.edu.pe. ORCID: 0000-0003-4864-1619.

la ética que el filósofo griego desarrolla en *Ética a Nicómaco* es un puente para que luego reflexione sobre el poder en *La Política*.

Política, como lo venimos sosteniendo, es la principal obra de Aristóteles donde se encuentran sus doctrinas sobre la distribución y el ejercicio del poder. Ahí, a mayor abundamiento, el filósofo griego da alcances sobre naturalismo político, jerarquía social, visión de la mujer, formas de Estado, economía, naturaleza de los gobernantes y pedagogía. Hay, sin embargo, un tópico que ha pasado desapercibido pese a su relevancia y actualidad: sobre la forma de elegir a los magistrados.

Por magistrados, en las líneas posteriores, deberá entenderse el mismo sentido que Aristóteles aplica en su obra: un sentido amplio. Y es que no son muchas veces las que Aristóteles hizo referencia a la práctica judicial (Aramburo, 2016). De esta manera, magistrado será no solo la autoridad judicial que resuelve un caso, sino también la autoridad administrativa que, en la Antigua Grecia, tomaba decisiones. Estas van desde el gobernador de algún pueblo acabado de conquistar hasta el más reconocido de los titulares del poder. Para todos ellos es de aplicación el término magistrado.

Ahora, volviendo al tema principal del presente trabajo, es importante precisar que Aristóteles no solo sustenta su idea de democracia en la *Ekklesía* (asamblea del pueblo, órgano deliberativo y legislativo) o en los tribunales, que no plantean dificultades al respecto; sino también cita un gran número de principios relativos al ejercicio de las funciones públicas. Dos de estos son, el que (i) todos los ciudadanos tienen derecho de sufragio para la elección de los magistrados y (ii) el derecho y la potestad a desempeñar una magistratura. Tanto la regla formal expuesta como los principios señalados forman el *corpus* de la democracia aristotélica.

Evidentemente, cuando Aristóteles se refiere a la magistratura y dentro de ella a los magistrados, lo hace en un sentido amplio de la función pública, que no está referida exclusivamente a los jueces, pero en esta oportunidad concentrémonos en ellos. En ese sentido, para Aristóteles, la forma de elegir a los jueces y de ser elegido como juez debe estar estrechamente vinculada al principio democrático. Esta inclusión de oportunidades a todas las personas para administrar justicia parte de una idea de igualdad y ha sido denominada, por el profesor Serrano (2005), como la universalidad aristotélica.

No obstante, el planteamiento del filósofo griego es desde una perspectiva deóntica, esto es, propone cómo *deberían* ser las elecciones de los jueces. Es más, el propio Aristóteles sostiene que así como la elección de magistrados se puede guiar del principio democrático, también podría ejercerse con arreglo al azar, como en realidad ocurrió en algunos pueblos. No olvidemos que, constantemente, Aristóteles juega en pared con civilizaciones como los lacedemonios, candiotas o cartagineses.

De esto se infiere que la elección democrática no necesariamente era lo que ocurría en la Antigua Grecia, cuyo periodo comprende, aproximadamente, desde el año 1200 a. C. hasta 146 a. C. En ese sentido, resulta justificado preguntarse ¿Cómo era la forma de elección de los jueces en la Antigua Grecia y cuál sería el impacto de las contribuciones aristotélicas?

I. INSACULACIÓN Y EL AZAR GRIEGO EN LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS

Las decisiones jurídicas más trascendentes, al inicio de la historia, siempre han tenido un acercamiento con el azar. En varias conferencias, Taruffo ha sostenido que cuando un caso es verdaderamente difícil, lo mejor sería resolverlo con el lanzamiento de una moneda.

De manera similar, Chase (2005) comenta la experiencia de los Azande. En este pueblo del centro norte de África, cuando se imputaba adulterio a uno de los esposos, la agraviada relataba los hechos al jefe de la tribu. Lo mismo hacía la otra parte. Luego, el jefe fijaba una fecha para presenciar el pronunciamiento del oráculo, previa aprobación de las partes. Llegado el día, se hacía ingerir a un pollito una sustancia tóxica preparada ritualmente. Con ello, se pronunciaba la fórmula “Oráculo, si (tal, tal) durmió con (tal, tal), y si la conoció como hombre, deja morir al pollito”. Entonces, la vida o muerte del pollito resolvía el caso. Ninguna de las partes se iba disconforme. En ese momento, se asumían como autores de una infidelidad que tal vez nunca cometieron o aceptaban en silencio un pecado lujurioso.

Y es que el azar tiene esa autoridad de crear una aceptación irrefutable que se origina de un acto voluntario (voluntad de querer someterse al azar). Nada, ni una sentencia, es tan pacíficamente aceptado como el resultado de un método decidido por la voluntad de la naturaleza. Aquí es donde el ser humano, tácitamente, acepta la voluntad de algo superior a él.

Lo mismo ocurría en la Antigua Grecia, a través de un proceso llamado insaculación. Este determinaba, no la solución de una controversia intersubjetiva de intereses, sino la elección de las personas que ocuparían los cargos públicos más importantes. De esta manera, como lo advertimos, no debe sorprender que la toma de decisiones, en sus tiempos fundamentales, se alimentó sobremanera del azar. Respecto a la insaculación, Álvarez (2018) lo explica con claridad.

Sobre el particular, el proceso se llevaba a cabo con una máquina llamada *kleroterion*, que era un bloque de piedra perforado por decenas de ranuras (en cada una de ellas iría el nombre de los candidatos, a través de curiosas chapas). El procedimiento era verificado por un oficial de justicia (*archon*), quien colocaba (aleatoriamente) varias bolas negras y blancas en la parte superior del *kleroterion*. Estas bolas descendían por toda la máquina y se detenían en algunos nombres, solo las bolas blancas, donde estas se detenían, determinaban a los candidatos elegidos.

Este sistema lúdico de elección de magistrados se usaba para fijar qué personas pasaban a integrar la *Boulé* (consejo) o el tribunal popular de *heliastas* (de nivel inferior a la *Boulé*). Créase o no, la Universidad Carlos III de Madrid, en 2019, presentó una réplica debidamente patentada del *kleroterion* ateniense. La presentación actual difiere de la original en que aquella es más rápida (por no ser de piedra) y por apreciarse el transcurso de las bolas; es decir, hay más transparencia y ofrece una plena aleatoriedad¹.

La posición de Aristóteles (1986) sobre cómo debe llevarse a cabo las elecciones de los magistrados no está definida. En *La Política*, solo pone el tema sobre la mesa: “esto se hace por elección de votos o por suerte, o por ambos procedimientos juntamente” (p. 176).

De esta falta de precisión destacamos que al menos se contempla la suerte o azar como una posibilidad para elegir a los magistrados, lo cual se corresponde —qué duda cabe— con el *kleroterion* antes descrito. Por eso, es importante dar cuenta del contexto en el que vivía el filósofo griego, con el propósito de darle sentido material a su pensamiento.

¹ Al respecto, pueden consultarse los siguientes link de acceso a las noticias mencionadas: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50968044> y <https://elcomercio.pe/tecnologia/tecnologia/el-kleroterion-la-maquina-que-aseguraba-que-la-democracia-en-atenas-fuera-justa-noticia/>.

Ahora, es también una posibilidad el sistema de elección mixta, según Aristóteles. Es decir, que un grupo de autoridades sean elegidas por voto y el otro grupo, mediante el azar. Ahora, es verdad que, como en el ejemplo de los Azande, para aplicar un mecanismo de azar, antes debe contarse con la declaración de voluntad de los intervinientes. En ese sentido, entendemos que la elección sería mixta en la medida en que no se logre el acuerdo pleno del procedimiento de azar y se resuelva hacerlo mixto. Es decir, el carácter mixto dependerá del pueblo porque si de la autoridad se trata, esta preferirá hacer un solo procedimiento por lo burocrático que puede convertirse la dualidad.

Si no es por esta razón, no encontramos justificación válida, ni en la propia realidad griega de aquel tiempo, para concebir esa posición mixta. Por el contrario, insistimos en que esta podría generar mayor burocracia para el órgano encargado de la elección, puesto que tendría que preocuparse por dos procedimientos absolutamente distintos y que, sin embargo, se iluminan por la luz de la democracia, que era el planteamiento fundamental en el pensamiento aristotélico.

Mucho se ha ganado, mientras tanto, con resaltar las elecciones al azar o a la suerte (si queremos emplear el término del filósofo griego). De esta manera, resulta importante incidir en el efecto pacífico y sumiso hacia el pueblo que genera el azar. Nadie lo cuestiona. Cada quien asume su responsabilidad en aceptar dejar andar la suerte. Si consideramos que hay una abierta controversia y discusión sobre la forma de escogencia de los magistrados, cuando la autoridad es ineficiente, cobra absoluta valía una elección al azar. Con las elecciones dejadas a la suerte se ahorra en ese conflicto interno, ahorro que es muy valioso para quien ejerce el poder porque sería más virtuoso.

No se puede cerrar un apartado como este sin dejar de mencionar cuáles serían las eventuales ventajas y desventajas de la implementación de un sistema de elecciones al azar. Así, apoyados en Álvarez (2018), hemos de señalar que, por una parte, dentro de las bondades de este sistema encontramos que representa la diversidad social, hay igualdad de posibilidades en las elecciones y se eliminan los nexos con la corrupción (no habría influencias o recomendaciones). Por otra parte, el sistema de elecciones al azar es desventajoso porque podría haber una eventual incapacidad del candidato para el cargo y porque sus ideas no representan a la mayoría (no ha habido voto mayoritario como en la democracia).

La tarea para el politólogo (no nuestra en este espacio) será pues poner en una balanza los beneficios y perjuicios enumerados, y así concluir si es necesario o no volver al sistema de elección antiguo para aplicarlo en los tiempos actuales.

III. ¿QUIÉN DEBE ELEGIR?

Sobre el problema respecto a la determinación de quién debe elegir a los magistrados, Aristóteles vuelve a identificar que en el escenario se tiene, por un lado, que sean elegidos por todo el pueblo; y, de otro lado, que sean elegidos por un grupo específico de personas. A lo cual, el filósofo griego reitera una respuesta mixta. De esta manera, enfatiza en que “digo de esta suerte: que unos magistrados los elijan personas particulares, y otros, todo el pueblo” (p. 176).

Si bien la consignada es la respuesta que se obtiene de la obra aristotélica, la ruta que se sigue para tal fin es el análisis de las formas de gobierno. De esta manera, en la aristocracia, quienes elegirán a los magistrados son un grupo de personas; mientras que en la democracia, será todo el pueblo el que elegirá a sus representantes, mediante sistemas de elección popular abiertos y transparentes. Finalmente, de haber una monarquía, queda claro que sería el titular de la corona el que elija a los magistrados, de acuerdo a sus intereses.

Aristóteles no comulga con el ideal monárquico y da paso a una posición mixta entre la democracia, que siempre defiende, y la aristocracia. Para explicar la posición, debemos enfatizar que la historia enseña que el sistema de elección de jueces, en sus inicios, ha sido eminentemente político. Luego, de la mano con una función más fiscalizadora del pueblo, se han creado órganos colegiados que eligen a los jueces, a través de un procedimiento, que en el mejor de los casos evalúa el mérito (Monroy, 2020). Es decir, desde antaño, la respuesta al *quién* debe ser el que elija al representante, era una autoridad política. Solo la elección del gobernador podía estar en manos de todo el pueblo. Lo que queremos decir aquí, es que no es posible establecer un sistema de elección popular para elegir a cada uno de los miembros de la magistratura. Este solo se reserva a la autoridad con más alta investidura.

Conforme a lo expuesto, si bien se ha concluido pacíficamente que la elección del gobernador debe dejarse en las manos del pueblo, no se advierte la misma claridad en la forma de elección de los jueces. Dentro de los alcances del presente trabajo está también especificar sus límites, y este es uno de ellos.

No podemos concluir, junto con la premisa inicial, que los jueces deben ser elegidos por todo el pueblo, aunque esto sea defendido por el constitucionalismo popular. Tratando de encontrar una respuesta en Aristóteles es que encontramos sentido a su posición mixta. Es decir, la elección de la principal autoridad de una nación le corresponde a todo el pueblo; sin embargo, la elección de autoridades específicas y con funciones no ejecutivas, le corresponde a un grupo de personas. Lo primero se sustenta en la idea democrática, lo segundo en una idea aristocrática.

Si bien lo expuesto permite encontrar sentido real a la tesis mixta aristotélica sobre *quién* debe elegir al gobernante, también trastoca una idea pura de forma de gobierno. Es decir, un gobierno democrático no podría amparar un sistema de elecciones aristocrático o encargar a unos cuantos la elección de sus autoridades (por más que estas no sean las principales). Por consiguiente, una idea mixta de elección de magistrados no se corresponde con una idea pura de forma de gobierno. De esto, podemos inferir que Aristóteles no amparaba una forma de gobierno pura, sino que admitía excepciones como la que acabamos de ver en la forma de elegir a los magistrados.

IV. ¿A QUIÉN SE DEBE ELEGIR?

Ahora, respecto al *a quién* debe elegirse para que gobierne, encontramos que Aristóteles (1986) propone que “se han de elegir de toda suerte de gentes o determinadamente de algunos, como si dijéramos, conforme a la cantidad de la hacienda o conforme al lustre del linaje, o conforme al valor de la virtud, o por otra cosa análoga” (p. 175).

Aquí hay que analizar con cuidado esta afirmación. De una lectura rápida podríamos concluir que todos, sin distinción alguna, pueden formar parte del amplio espectro del público a ser elegido como autoridad. Sin embargo, esto no es cierto porque el propio Aristóteles, en las líneas seguidas de *La Política* aduce que hay características mínimas que debe cumplir el gobernador, a fin de que su propósito para con el pueblo sea aprobado.

El cumplimiento de algunas cualidades es la mejor garantía de un buen gobierno. Dentro de estas destacan algunas que pasamos a mencionar y detallar, a fin de alcanzar una idea completa del pensamiento aristotélico en lo que se refiere a la elección de magistrados. En este apartado es cuando más de cerca

podremos apreciar las contribuciones del filósofo griego en cuanto a su idea de ética.

El gobernador debe tener experiencia

El buen gobernador debe tener experiencia. De esta manera, Aristóteles (1985) sostiene que “el joven no es un discípulo apropiado para la política”. No obstante, debe quedar claro el sentido y alcance del término joven pues el filósofo griego se refería a la persona que no es débil sino fuerte de carácter: un carácter maduro. En palabras de Cadavid (2011), refiriéndose al pensamiento aristotélico, “el joven es dócil en sus pasiones, mientras que el hombre adulto ha vencido ya mediante la experiencia y el temple de carácter, los apetitos y las pasiones que antes se le hacían incontrolables”. Concluía el filósofo que, entonces, la edad madura sería cuarenta años.

De esta manera, podría afirmarse que tienen ventaja los que eligen al que se distingue, más por el valor que por la edad. Por consiguiente, la edad no es un factor relevante para Aristóteles, mas sí la experiencia o aprendizajes producto de las vivencias. Solo una persona con suficiente experiencia podría dar garantía de un gobierno adecuado.

No debe anteponer sus intereses al interés general

El requisito de la experiencia influye mucho en la toma de decisiones y con ello también en la anteposición de los intereses privados que del interés público. Esto no debería ocurrir con el gobernador ni con el juez, ya que en cualquier cabeza es suficiente tentación para el inicio o continuidad de la corrupción. Considera Aristóteles (1986), que el magistrado que se deja llevar por sus intereses individuales generará un régimen malo impregnado de tiranía.

En general, consideramos que la inexperiencia puede desencadenar todas las antípodas de las virtudes que continuaremos mencionando. En lo que atañe al interés público por sobre el interés individual, esto forma parte del discurso ético de Aristóteles que se justifica en que el propósito del ser humano es la felicidad. Por tanto, se opone a esta la generación de infelicidades en los demás. En ese sentido, será feliz quien realice sus quehaceres en armonía con la felicidad del pueblo, esto es, lleve bien la administración de una nación.

El magistrado debe ser virtuoso

Aristóteles divide las virtudes en dos clases: dianoéticas o intelectuales y virtudes éticas (estrictamente morales). La virtud es el término medio dentro de dos actitudes humanas opuestas: el valor es la virtud entre la cobardía y la temeridad; la liberalidad es la virtud entre la avaricia y la prodigalidad (Marías, 2007).

En otra prosa, “las virtudes son de dos clases: las intelectuales, que conducen al saber y la verdad, y las morales, que nos relacionan con nuestros semejantes” (Aramburo, 2016).

En línea de lo expuesto, el gobernador virtuoso cumplirá sus funciones con conocimientos sobre el arte de gobernar y lo equilibrará con sus valores éticos. De otra forma, y sin ese equilibrio, no será posible ejercer un gobierno exitoso. En realidad, todas las personas cuentan con virtudes, solo que las del gobernador deben estar especialmente marcadas y practicadas porque el sustento de la ética es un discurso y una práctica a la vez.

El magistrado debe tener bienes

Aristóteles (1985) sostiene que “Si a la gente de poco se le da el señorío de cosas muy grandes e importantes, hacen a la República muy notables daños” (p. 99). Aquí hay una posición de bastante desconfianza manifestada por el filósofo griego, ya que resalta en aturdimiento del poder, que logra cambiar las personalidades o formas de ver las cosas. Agrega, en ese sentido, que la “elección de los magistrados no solamente conforme a la virtud, sino también conforme a la riqueza y hacienda” (p. 100)

Agrega el filósofo en mención que “el que compra los cargos por dineros los compra para ganar con ellos, porque no es razonable que el que es pobre y virtuoso pretenda ganar con el oficio, mientras que el ruin y a quien le cuesta su dinero no quiera ganar con él” (p. 101) Esta cita es pertinente porque refleja el apetito económico del candidato, lo cual no debe tolerarse como perfil mínimo para gobernar.

Finalmente, se sostiene que “Ni está bien que el que ha de ser electo para senador, él mismo lo pida y lo pretenda, juzgándose por digno. Porque el que es apto para serlo había de ser electo, quisiera o no quisiera” (Aristóteles, 1985, p. 89).

Debe ser capaz de realizar investigaciones éticas

Conocida es la relación y acuerdos entre la filosofía platónica y la aristotélica, una de ellas es la búsqueda de la verdad. Aristóteles también la aceptaba. De aquí partimos para sostener, junto con Aramburo (2016), que una de las cualidades de debe tener un magistrado (y aquí sí es aplicable a la condición de jueces, también) es la capacidad de *realizar investigaciones éticas*.

Esta cualidad no es más que la habilidad para resolver problemas. Se inicia con la apreciación de los hechos (*phainomena*), con los que se plantean los problemas (*aporiai*), que en el argot jurídico vendría a ser la materia controvertida. Identificada la *aporiai* se procederá a realizar un escrutinio racional que se materializará en un criterio (*endoxa*). Esta es pues la forma para llegar a la verdad.

El magistrado que goce de habilidades para realizar investigaciones éticas desempeñará una actividad apreciable para el pueblo y sobre todo reaccionaria a los problemas de una nación o derivados de un conflicto intersubjetivo de intereses. Por consiguiente, se convierte en una cualidad que le es exigible a todo magistrado para ser elegido por el pueblo, el grupo o el azar.

Ahora, si bien la *endoxa* vendría a ser el criterio que todo magistrado emplea para resolver una controversia, la *prudentia* vendría a ser, en estricto, “lo más necesario y difícil de lograr: la mejor decisión posible”, y eso sí es de aplicación directamente al juez. La *juris prudentia* es, por consiguiente, el concepto aristotélico más influyente de toda la historia del pensamiento jurídico. De acuerdo con ello, el uso de la *prudentia* “asegura una ideal combinación entre intuición y racionalidad en la realización práctica y concreta de una máxima general” (Aramburo, 2016).

Debe tenerse en cuenta que la ética no es cualquier discurso racional, de naturaleza distinta de la acción humana. Por el contrario, quien pronuncia un discurso ético, no por ello practica los preceptos morales que dice profesar en todas sus actividades (Aramburo, 2016)

Por las razones expuestas, realizar las investigaciones éticas en el sentido que hemos mencionado, así como justificar racionalmente y al amparo de las leyes las decisiones, es un requisito imprescindible para quien quiera hacerse con la administración de un territorio.

Debe conocer los límites de la ley

La *prudentia* está ligada también al cumplimiento de la ley porque si una decisión se precia de justa y racional debe pues seguir parámetros establecidos previamente por una autoridad o gobernador; más aún si Aristóteles era de la idea que la ley, así como la ciencia, son universales. Por consiguiente, el propio sentido común le dictaría el juez sobre el recto sentido de la ley, y por ende la aplicaría para resolver un caso con específica cualidad intelectual.

La teoría del justo medio es una metáfora geométrica (Aramburo, 2016) porque no es una posición intermedia entre dos valores; sino que es un dar y recibir, un tener y un carecer. De lo cual se advierte una idea de reciprocidad en el concepto de justo medio. Asimismo, para Aristóteles (1985), la decisión magistral tiene que estar justificada porque “no debe permitirse que mande un hombre sino la razón, porque el hombre manda en interés propio y se convierte en tirano”.

Aristóteles es consciente que el legislador realiza una función incompleta, que al dictar leyes deja vacíos inevitables, porque no puede conocer a plenitud la realidad socioeconómica de la *polis*. Es en este contexto en el que el juez debe resolver con acuerdo a la equidad. Es decir, solo aplica esta medida si y solo si la ley no es suficiente para resolver el caso concreto conforme a la *prudentia*.

V. CONCLUSIONES

1. El pensamiento aristotélico concibe dos principios relativos al ejercicio de las funciones públicas, que son el que todos los ciudadanos tienen derecho de sufragio para la elección de los magistrados; y el derecho y la potestad de desempeñar una magistratura. En consecuencia, los principios señalados forman el *corpus* de la democracia aristotélica.
2. Las principales controversias que giran en torno al sistema de elección de magistrados en el pensamiento de Aristóteles son las que se refieren a cómo debe elegirse, quién debe elegir y a quién(es) se debe elegir. Sobre cada una de estas cuestiones, el filósofo griego ha dado respuestas mixtas.
3. Aristóteles propone que los magistrados sean elegidos a través del voto y a través de un procedimiento al azar. Este último solo cobra viabilidad en la medida en que el pueblo así lo decida. Si esta decisión se dejara en manos de la autoridad, se perfilaría solo por una forma de elección por

el trámite burocrático que exigen ambas. El procedimiento de elección al azar es históricamente practicado y se dio en la Antigua Grecia con la insaculación.

4. Respecto a quién debe elegir a los magistrados, Aristóteles sostiene que debe ser tanto el pueblo como una cantidad específica de personas. Esto se justifica en que la autoridad general o gobernador de una *polis* debe ser elegido necesariamente por el pueblo (posición democrática), sin embargo los jueces u otras autoridades que no administran un territorio, deben ser elegidos por un grupo de personas (posición oligárquica). Por tanto, Aristóteles no ampara una forma de gobierno pura para el sistema de elección de magistrados.
5. Respecto de a quiénes deben elegirse como magistrados, Aristóteles sostiene que deben ser cualquiera del pueblo que cumpla con características como tener experiencia, no debe anteponer sus intereses particulares, debe ser virtuoso, tener bienes, no tener muchos cargos, ser capaz de realizar investigaciones éticas, conocer los límites de la ley, obrar conforme al justo medio y ser coherente.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, J. (2018, abril 28). Insaculación, el sistema de elección de cargos por sorteo que hunde sus raíces en la democracia ateniense. *La brújula verde*. <https://www.labrujulaverde.com/2018/04/insaculacion-el-sistema-de-eleccion-de-cargos-por-sorteo-que-hunde-sus-raices-en-la-democracia-ateniense>
- Aramburo, J. (2016). El papel del juez en las lecturas aristotélicas actuales. *Misión jurídica*, 11, 217-230. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5846060.pdf>
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea*. *Ética Eudemia*. Gredos. http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles_Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf
- Aristóteles. (1986). *La Política*. Ediciones Nuestra Raza.
- Cadavid, I. (2012). Una posición política desde el ergón. El gobernante virtuoso según Aristóteles. *Ars boni et aequi*, 8, 265-285. <https://s083b868538dd3401.jimcontent.com/download/version/1398110966/module/8950028471/name/Libro%20Aristoteles.pdf>
- Chase, O. (2005). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Marcial Pons.
- Karmy, R. (2006). Sobre la “decisión” en la prudencia de Aristóteles. Una introducción al problema de lo animal y lo humano. *Polis*, 14. <https://journals.openedition.org/polis/5184>
- Marías, J. (2007). *Historia de la Filosofía*. Revista de Occidente.

Monroy, J. (2020). *Temas de Derecho Procesal*, 3. Communitas.

Serrano, E. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. *Isonomía*, (22), 123-160. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006&lng=es&tlng=es.

UN MODELO DE ANÁLISIS ARGUMENTATIVO A UNA SENTENCIA JUDICIAL, A PROPOSITO DEL SONADO CASO PENAL CONTRA EL JUEZ ESPAÑOL BALTASAR GARZÓN (ENTRE LA FALTA DE DEBIDA MOTIVACIÓN Y LA PREVARICACIÓN)

*César Jesús Pineda Zevallos**

Sumario

I. Introducción. II. Planteamiento del problema. 2.1. Elementos del problema. 2.2. Razones que hacen interesante el problema. 2.3. Dificultades que entraña. III. Análisis y evaluación de las argumentaciones dadas en la sentencia. 3.1. Exposición de hechos. 3.2. Aplicación del método de análisis de argumentación de Manuel Atienza. 3.3. Diagrama del método de análisis. 3.4. Evaluación y críticas de las razones argumentativas dadas en la sentencia. 3.4.1. Primer escenario argumentativo: “la afirmación de hechos probados”. 3.4.2. Segundo escenario argumentativo: “las cuestiones previas”. 3.4.3. Tercer escenario argumentativo: “la determinación de los ilícitos penales”. 3.4.3.1. La argumentación no coherente. 3.4.3.2. ¿Una instancia plural? 3.4.3.3. La existencia de indicios. 3.4.3.4. La interpretación del artículo 51.2 de la LOPG. 3.4.3.5. La cláusula “previniendo el derecho de defensa”. IV. Propuesta de solución al problema y argumentación en favor de la solución. 4.1. Posibles soluciones a los problemas evidenciados en la sentencia. 4.2 Sustento argumentativo a favor de la solución al problema. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

* Abogado y bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Tecnológica del Perú, Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de los cursos Derechos fundamentales y Razonamiento jurídico. Abogado en ejercicio.

I. INTRODUCCIÓN

Es probable que la mayoría de los ciudadanos españoles (y con mayor razón desde el ámbito de comunidad jurídica), hayan escuchado o conocido la sentencia penal que condenaba al magistrado Baltasar Garzón a 11 años de inhabilitación de sus funciones por la comisión del delito de prevaricación. Quizás muchos de ellos no hayan comprendido las razones que implicaban esa condena, quizá otros la consideraban injusta (pues era asociada —como castigo— por el rol activista que tuvo contra los crímenes del franquismo) y casi en su totalidad, desde el ámbito de la comunidad jurídica, consideraron que la sentencia estuvo bien dada.

Es sobre esta última afirmación por la que deseamos realizar el presente trabajo pues, más allá de que un magistrado pueda haber sido un excelente funcionario en el desempeño de su función jurisdiccional, aquello no lo exime para que pueda ser sancionado en caso esa excelencia haya desaparecido en su actuación jurisdiccional para convertirse en arbitrariedad.

No obstante, si bien nadie puede negar que el mal desempeño de la función pública debe ser sancionada y que al parecer muy pocos podrían negar la lesión del derecho a la defensa de los imputados por la actuación de Baltazar Garzón, nosotros pretendemos analizar las razones de dicha decisión y determinar si la lesión a un derecho fundamental (en el contexto de la dación de una resolución judicial) merecía la imposición de una sanción penal y, por ende, la inhabilitación al ejercicio de la función jurisdiccional.

Es así que el presente trabajo no se encamina a determinar los alcances del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, del secreto a las comunicaciones o del derecho a la intimidad, ni tampoco tratar de demostrar que no haya existido lesión alguna al derecho fundamental a la defensa. Sino más bien, se encamina por analizar la argumentación vertida por la extensa sentencia del Tribunal Supremo español en lo penal a fin de determinar si haya existido algún tipo de falta de coherencia en su desarrollo o pueda ser probable que, por momentos, la sala penal juzgadora, haya confundido sus roles de juzgador penal del delito de prevaricación, para así mimetizarse en un juzgador de instancia superior de la resolución que es materia de cuestionamiento penal.

Es ese último supuesto donde consideramos que la falta de debida motivación (sujeta a corrección en una instancia superior) y la comisión del delito

de prevaricación los divide un hilo muy delgado. Y si bien existe amplia jurisprudencia, citada así en la sentencia, que determina los alcances de dicho delito penal, consideramos que aún los mismos puedan llegar a ser más delimitados. Siendo ello así, el trabajo planteado se divide en tres sub capítulos, el primero, donde se procede al estudio del planteamiento del problema, el segundo, donde se destina a realizar un análisis y críticas a la argumentación jurídica dada en la sentencia y, en el tercero, se exponen las propuestas de solución al problema, así como su fundamentación.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los fines principales que tiene toda administración de justicia es el poder dirimir un conflicto de intereses de manera justa, sea cual fuese el tipo de proceso en el que se encuentre un justiciable, ya sea civil, penal, laboral o cualquier otro.

No obstante, la búsqueda de una resolución justa no puede implicar que se desconozcan elementos básicos que garanticen el normal desenvolvimiento del proceso. Su desconocimiento, vulneración o simplemente inobservancia, implicará que el resultado (por más justo que éste puede ser considerado), sea contrario a derecho, justamente porque en un Estado de Derecho¹ “los fines” no solo son relevantes para éste sino también “los medios”.

El planteamiento del problema en el caso de la sentencia Baltasar Garzón surge como consecuencia de la pregunta: “qué tan motivada o no deba estar una resolución judicial para poder determinar que no se haya cometido el delito de prevaricato” y ello es en base a dos perspectivas sujetas a análisis. La primera se refiere al claro “enfrentamiento” que existe (en la actuación del juez Garzón) entre el respeto al ámbito protegido de los derechos fundamentales de: secreto a las comunicaciones, secreto profesional del abogado y el derecho de defensa del justiciable frente al fin legítimo del Estado en la persecución del delito. Mientras que la segunda se evidencia con relación al ejercicio de su derecho a la independencia judicial, entendido como la no interferencia de la función jurisdiccional por agente externo al proceso.

¹ De ahí que no todo Estado con derechos pueda asemejarse a un Estado de Derecho. En: DÍAZ GARCIA, Elías. “Estado de derecho y democracia”. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, año 2001-2002, N° 19-20, p. 203.

2.1 Elementos del problema

Los elementos del problema son el posible conflicto entre el respeto al ejercicio de los derechos fundamentales de los investigados de la causa penal y, por el otro, el límite al ejercicio de la función jurisdiccional en la dación de una resolución justa, sin que ello implique la limitación irracional o irrazonable a la independencia judicial.

2.2. Razones que hacen interesante el problema

Sin perjuicio de la clara y precisa descripción de los hechos del caso (el cual será detallado en “apartado” siguiente), los mismos versan en resumen sobre la actividad jurisdiccional del juez Baltasar Garzón en el caso Gürtel, que mediante Resolución Auto de 19 de febrero 2009 ordenaba *“la interceptación de las comunicaciones de los procesados, determinación del grado de ilicitud, personas implicadas y enlace con Letrados”*, en presunta vulneración de la norma contenida en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)², hecho el cual habría configurado la comisión del delito de prevaricación contenido en el artículo 446.3 del Código Penal y del delito contenido en el artículo 536, párrafo 1 del Código Penal sobre “delitos cometidos por funcionarios públicos sobre escuchas y grabaciones con violación a las garantías constitucionales”.

El hecho no pasaría de ser un caso típico de conflictos entre el ejercicio de los derechos fundamentales, si no fuese porque existen elementos adicionales que lo convierten en un caso aún más interesante. El primero de ellos es por el protagonismo del magistrado judicial, al convertirse así en una figura muy notoria en la sociedad (querido por unos y no apreciado por otros). El segundo de los elementos es por la envergadura que envuelve al caso, no siendo éste un proceso común sobre un ilícito penal, sino uno de gran importancia por la determinación de actos de corrupción, entre otros, que afectó los cimientos de un reconocido partido político, conocido también como el caso Gürtel. El tercer elemento es por ser un caso en el que “la búsqueda de la dación de una resolución que aspira a justa”, en el afán de “perseguir el delito”, generó la afectación de las garantías judiciales que le asistían los procesados, que dio como resultado la interposición de un proceso penal en su contra por el delito de prevaricación, para así finalmente ser condenado e inhabilitado de la función judicial.

² Se deja constancia que la alusión a toda ley o norma en el presente ensayo se hace con referencia al ordenamiento jurídico español.

No obstante, lo interesante no solo parte del hecho de que el caso investigado haya sido uno de alta importancia en la sociedad española (justamente porque en él se trataría de destapar un alto índice de corrupción y su relación con un importante partido político español), o que el juez sometido a proceso penal haya sido una de las figuras más “controvertidas” en el ámbito judicial, ya sea por sus investigaciones contra el grupo terrorista ETA, porque se declare competente para conocer los “crímenes” en la época del franquismo o porque haya iniciado las investigaciones por los casos de genocidio contra el dictador Augusto Pinochet (entre otros), sino porque, jurídicamente, evidenciaría que el inicio del proceso penal en su contra (por prevaricato), se da por la forma de interpretar un determinado dispositivo legislativo y motivar una resolución judicial.

Sin embargo, lo que lo hace más interesante aún es cómo la sala suprema sanciona al referido magistrado, por unanimidad, con 11 años de inhabilitación en el ejercicio del cargo judicial (al fin y al cabo por evidenciar una mala motivación de la resolución judicial —auto— que ordenaba el escuche de las conversaciones telefónicas), en base a una sentencia que consideramos evidencia errores de coherencia, ergo, también de motivación.

Así, la “hipótesis” que se esboza es que no toda resolución que alberga un tipo de motivación (por ende, un tipo interpretación), deba ser sujeta a cuestionamiento penal.

2.3. Dificultades que entraña

La primera dificultad es determinar si la sentencia evidencia algún grado de falta de coherencia narrativa y si, en algún extremo, la Sala Suprema transforma su rol a un juzgador de instancia plural donde se tramitaba la investigación penal y, la segunda dificultad es determinar qué tan indebidamente motivada deba estar una resolución judicial para ser sujeta a un cuestionamiento penal por el delito de prevaricato.

III. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES DADAS EN LA SENTENCIA

3.1. Exposición de hechos

Si bien el método de análisis argumentativo descrito en el punto 3.2 bastaría con entender el razonamiento dado en la Sentencia del Tribunal Supremo,

Segunda Sala de lo Penal del 09 de febrero de 2012 (en adelante la sentencia), se considera pertinente hacer un escueto resumen de los hechos a fin de facilitar aún más su comprensión total.

Los hechos que dan origen a la expedición de la sentencia surgen a consecuencia de la toma de decisiones asumida por el magistrado Baltasar Garzón Real (el acusado), Juez del Juzgado Central de Instrucción N° 5 del Juzgado, donde se tramitaba las Diligencias Previas N° 275/2008. En dicha causa se investigaba hechos que podrían configurar los ilícitos penales de asociación ilícita, tráfico de influencias, falsedad, blanqueo de capitales, defraudación, atribuidas a un conjunto de personas de las que se consideraba integrantes de una organización delictiva. Es decir, se investigaba hechos ilícitos vinculados a una gran corrupción política que, entre otros, tocaba también como principales implicados a uno de los partidos políticos más importantes de España como es el Partido Popular, cuyo máximo representante haya sido Mariano Rajoy Brey, quien también fuese Presidente del Gobierno de España³.

Así las cosas, “habría resultado probado” que *“a juicio policial, se hacían suponer que, a pesar que los máximos responsables de la organización (denunciantes del proceso penal por prevaricato y otro) se encontraban en prisión provisional, se consideraba que continuaban con su actividad delictiva (...). Según entendían los funcionarios (...), en esas actividades pudieran estar interviniendo algunos abogados cuyos miembros estaban identificados”*⁴.

A razón de dicha información, el 19 de febrero de 2009 el acusado, exponiendo los motivos que fundan dicha decisión, así como a la interpretación realizada al artículo 51° de la LOGP, *“ordena la interceptación de las comunicaciones de los procesados, determinación del grado de ilicitud, personas implicadas y enlace con letrados (...) previniendo el derecho de defensa, por un periodo desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”*⁵. Visto ello, los funcionarios policiales solicitaron una aclaración sobre el término de *“previniendo el derecho de defensa”*, a lo que

³ Entre los años 2016 a 2018. Es de precisar que, como consecuencia de la expedición de la sentencia en el caso Gürtel, se aprobó la moción de censura presentada en su contra, al determinarse así que su partido político se habría financiado ilegalmente. Consultado el 02 de agosto de 2019: <http://www.rtve.es/noticias/20180524/caso-gurtel-audiencia-nacional-condena-pp-lucrarse-trama-gurtel-acredita-caja/1738968.shtml> y https://elpais.com/politica/2018/05/24/actualidad/1527149285_477313.html

⁴ Sentencia Tribunal Supremo, Segunda Sala de lo Penal 09/02/2012, pp. 5 y 6.

⁵ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

fue aclarado por el acusado indicando que dicha orden abarcará *“transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación”*⁶.

Al 13 de marzo de 2009 los funcionarios policiales presentaron un informe de los hechos, así como solicitaron la prórroga del mandato contenido en el auto del 19 de febrero, petición la cual no fue opuesta por el Ministerio Público, aclarando así la salvaguarda al derecho de defensa de los imputados con sus letrados⁷. La misma que fue concedida mediante auto de 20 de marzo de 2009 bajo los mismos términos.

Por informe de Ministerio Fiscal del 23 de marzo de 2009, dirigido al acusado, el Fiscal reitera que, en lo sucesivo, se excluya toda comunicación que se refiera al ejercicio de defensa de los imputados; dictándose así auto de 27 de marzo de 2009, ordenando *“excluir las transcripciones de las conversaciones mantenidas de los imputados Correa, Crespo, Antoine Sánchez y de sus letrados, que se refieran a estrategias de defensa”*⁸.

Finalmente, los imputados Peláez, Correa⁹ y Crespo denunciaron los hechos como delitos contenidos en los artículos 446.3 y 536, párrafo 1 del Código Penal antes descritos.

3.2. Aplicación del método de análisis de argumentación de Manuel Atienza¹⁰

Pa: ¿Cometió el acusado el delito de “prevaricato” contenido en el artículo 446.3 del Código Penal (C.P.) y el “delito de uso de artificios de escucha y graba-

⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁷ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁹ Siendo así condenados mediante sentencia dictada por la Segunda Sala en lo Penal de la Audiencia Nacional el 28 de mayo de 2018. Consultado el 03 de agosto de 2019: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-Nacional-condena-a-penas-de-hasta-51-anos-de-prision-a-29-de-los-37-acusados-en-el-caso-Gurtel->

¹⁰ El análisis argumentativo de la sentencia es realizado a través del “método de representación de argumentos” elaborado por Atienza reflejado, finalmente, en un diagrama por fechas: ATIENZA, Manuel y LOZADA PRADO, Alí. *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos, Quito, 2009 pp. 31-57. Ver también: ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, pp. 207-214.

ción, con violación de las garantías constitucionales”, contenido en el artículo 536, pfo 1° del C.P.¹¹

Af: La cuestión central se relaciona con el respeto al derecho de defensa de los imputados y la finalidad del Estado en la persecución del delito. Así, no se analiza la suficiencia de indicios, motivación o su proporcionalidad sino solo su valoración jurídica penal.

Ak: Son hechos probados en el proceso.

Aa: El acusado tramitaba las Diligencias Previas N° 275/2008, en la que se investigaba hechos complejos como blanqueos de capitales, corrupción, entre otros más.

Ab: A juicio de la policía, los imputados, a pesar de encontrarse en prisión, continuarían ejerciendo actividad delictiva, que es materia de investigación, a través de sus abogados.

Ac: Por auto de 19 de febrero de 2009, el acusado emite orden de intervención de las comunicaciones de los imputados Crespo, Correa y Sánchez, incluida las realizadas con sus abogados, “previniendo el derecho de defensa”. Término que fue aclarado a petición.

Ad: A petición policial, se solicitó prórroga de la intervención (con anuencia del Ministerio Fiscal); que fue concedida el 20 de marzo de 2019, bajo los mismos términos.

Ae: El 27 de marzo 2009, a razón del informe del Ministerio Fiscal, el acusado dispuso “excluir las transcripciones de conversaciones con referencia a estrategias procesales”.

Ag: Como cuestión previa, el acusado planteó seis cuestiones previas:

Qa: ¿Es procedente la recusación de los Magistrados Srs. Marchena y Varela?

1a: Las recusaciones fueron ya planteadas y desestimadas en su día.

¹¹ Se deja constancia que la representación de los argumentados en el presente sub capítulo, ejemplificados así en preguntas, negaciones, afirmaciones o argumentos que sustentan su deducción, son detraídos textualmente o resumidos de la sentencia.

1b: Respecto al magistrado Marchena, su recusación fue rechazada por extemporánea.

1c: Respecto al magistrado Marchena, el hecho de haber sido juez instructor contra el acusado, en otra causa, no es mérito suficiente para formular su recusación.

1d: Respecto al magistrado Varela, su recusación ha sido rechazado por extemporánea y por falta de fundamento con relación a la supuesta imparcialidad.

Na: No es procedente la recusación.

Qb: ¿Tiene derecho el acusado a someter su fallo a una instancia superior?

1e: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) da como excepción a la instancia plural los casos donde la persona sea juzgada por el más alto tribunal del país.

1f: No corresponde a la Sala completar la legislación para habilitar estos supuestos.

Nb: No tiene derecho.

Qc: ¿Es permisible la admisión de pruebas ya propuestas y denegadas en su día?

1g: En cuanto a la unión de testimonios en las Diligencias Previas N° 01/2009, **no** se menciona de manera concreta supuestos en particular que merezcan su unión al caso.

1h: En cuanto a las sentencias dictadas por instancia superior, que revocaron sus mandatos, no son pertinentes, salvo sean relativos a la vulneración del derecho de defensa.

1i: Con referencia a la petición de volcado del contenido completo de las interceptaciones, no es necesario conocer todo su tenor, basta solo saber que la orden de interceptación fue hecha por personas quienes participaban de la investigación penal.

Nc: No es procedente admitir estas pruebas.

Qd: ¿Es procedente la admisión del auto que revoca el sobreseimiento de unos abogados?

1j: Los letrados a los que se refiere no fueron sujetos de interceptación.

Nd: No es procedente.

Ne: No es procedente la admisión de medios probatorios.

Ah: Se admitió como prueba testifical la declaración de Vicente Marato.

Ai: Se admitió la audición de cintas que contienen las conversaciones grabadas.

Aj: Son procedentes la admisión de medios probatorios.

Qe: ¿Se configura la comisión del delito contenido en el artículo 446.3 del C.P.?

Av: Cometerá delito de prevaricato aquel juez o magistrado que, a sabiendas, dictase una resolución o sentencia injusta en contra de un reo por delito grave o menos grave.

Qf: ¿Se configura los elementos objetivos del tipo?

An: El acusado conocía el resultado de las intervenciones de los imputados.

1k: Inexistencia de indicios sobre posible actuación criminal de los letrados.

1l: Inexistencia de precisiones a fin de garantizar la custodia de las grabaciones.

1m: Inexistencia de instrucciones a los funcionarios policiales para evitar que estos escucharan determinadas conversaciones o prescindieran de ellas en las transcripciones.

1n: Se han suprimido de las transcripciones párrafos enteros a petición del Ministerio Fiscal, a razón que se consideraban vulneratorios del derechos de defensa.

1ñ: El acusado sabía cuáles eran las consecuencias de sus mandatos, ello se desprende de no establecer excepción alguna y por colocar la frase “previniendo el derecho de defensa”.

Añ: El delito de prevaricato no es un ataque a la independencia del juez, sino una exigencia democrática dentro de un Estado de Derecho.

1o: El poder judicial está sujeto a la Constitución y a las demás normas del ordenamiento.

1p: El Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, bajo pretexto de aplicar la ley, actúa solo con su propia subjetividad, atribuyendo significados irracionales a la norma.

1q: Una resolución es injusta cuando carece de toda interpretación razonable y no pueda ser jurídicamente defendible.

1r: Las sentencias: STS nº 4 de junio de 1996, STS 877/1988, STS nº 2338/2001, STS 806/2004, STS nº 333/2006, y otras, desarrollan los alcances del delito de prevaricato.

Ao: Se configura el elemento objetivo del tipo.

Qg: ¿Se configura el elemento subjetivo del tipo?

Qh: ¿Existe la intención del acusado en vulnerar el derecho de defensa de los imputados?

Ap: El término “a sabiendas” es la inclusión expresa del dolo, que es el conocimiento de la injusta resolución que se emite.

Aq: La justicia obtenida a cualquier precio, en este caso, con vulneración al ejercicio del derecho de defensa, no es justicia.

1s: Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso Azko y Akros/Comisión) el derecho de defensa es un principio fundamental de la Unión”.

1t: La eficacia de los principios de contradicción, igualdad de armas y prohibición de indefensión, legitiman la función jurisdiccional y convierte a un proceso en uno justo.

1u: En la eficacia del derecho de defensa se haya la confianza a la asistencia del letrado.

1v: Si se perdiera la confidencialidad entre letrado e imputado, su asistencia perdería mucha de su utilidad para el ejercicio de la defensa.

1w: No es necesario que el infractor haya tenido un aprovechamiento expreso con el ejercicio indebido de la interceptación de las comunicaciones entre letrado y defendido.

1x: La vulneración del derecho de defensa (al caso) reduce la protección de otros derechos como el derecho: a) a no declarar, b) al secreto profesional, c) a la intimidad.

1y: El derecho de acceso del imputado a su abogado no es absoluto. Sin embargo, sus restricciones no pueden llegar a derivar al proceso en uno no equitativo.

1z: La limitación descrita, en párrafo anterior, según el TC exige tres supuestos: previsión legal, una justificación suficiente (que sea proporcional) y una autorización judicial.

2a: La mera posibilidad de que un imputado preso siga cometiendo ilícitos, con la ayuda de un letrado, no significa la permeabilidad de la supresión de su confidencialidad. Se debe evidenciar una creencia genuina de ello (STEDH Caso *Castravet contra Moldavia*).

2b: Si bien en la STS nº 2026/2001, se afirmó que el secreto profesional puede ser interferido, sin embargo, en relación al caso en concreto son supuestos diferentes.

Ar: Se presenta peculiaridades con relación al derecho de defensa, cuando el imputado se encuentra privado de su libertad y que no han sido observadas por el acusado.

2c: El ejercicio de derecho de defensa del imputado en prisión (en relación a su letrado defensor), es de especial sujeción dado que es el que mantiene con el centro penitenciario.

2d: Las únicas limitaciones al derecho a la asistencia letrada son las dadas en la ley penal.

As: El artículo 51.2 de la LOGP debe interpretarse en el sentido que las condiciones de “autorización judicial (con respeto a las garantías judiciales) y en casos de terrorismo” como exigencias acumulativas y no alternativas.

2e: En la STC 183/1994 se interpretó el artículo 51.2 de la LOGP y se determinó que los supuestos de autorización judicial y terrorismo son exigencias acumulativas.

2f: En las STC 200/1997 y en la STC 58/1998, se ratifica el criterio de la STC 183/1994.

2g: La Sala del Tribunal Supremo en lo penal, que juzga la causa por prevaricato, ha seguido la doctrina jurisprudencial descrita en la STC 183/1994.

2h: Parte de la doctrina entiende que cuando existan indicios de una posible actuación criminal por parte de letrado, en una investigación por delito grave y con autorización judicial, se podrá acordar la intervención de esas comunicaciones.

At: Las resoluciones del acusado no encuentran apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni en el artículo 276.2 del anteproyecto del C.P.

2i: Aunque el artículo 276.2 del anteproyecto hubiera estado vigente al momento de los hechos, tampoco podría haber sido válida su aplicación. Ello se debe a que la conducta del acusado (expedición de los autos) se caracterizó por la absoluta inexistencia de indicios.

2j: Si bien el acusado argumenta como defensa que la STEDH Caso Kopp contra Suiza, y STEDH Tsonyo Tsonev contra Bulgaria permiten la intercepción de las comunicaciones por creer que existe abuso de privilegio de letrado y revista carácter delictivo. Sin embargo, en la STEDH S. contra Suiza o en la STEDH Lanz contra Austria y otras, dicha limitación debe estar prevista de garantías suficientes y adecuadas contra los abusos.

Aw: El acusado sí tuvo la intención de vulnerar el derecho de defensa de los imputados.

Qy: ¿Tuvo el acusado la intención de emitir una resolución injusta?

Ax: Aspectos que han sido referidos en el Plenario de la Sala y han sido rechazados.

2k: Carece de trascendencia si los autos emitidos fueron por iniciativa propia o a petición. La Constitución le demanda la dación de una resolución debidamente motivada.

2l: Es cierto que en anteriores oportunidades la Sala Suprema ha establecido requisitos exigibles para la restricción válida de los derechos a la intimidad, confidencialidad y secreto a las comunicaciones. Sin embargo, dichos supuestos difieren al presente caso.

2m: Si bien no se ordenó la intervención de la comunicación de los letrados, en los hechos, sí se procedió a limitar la confidencialidad letrado-imputado.

2n: No corresponde a los funcionarios policiales, ni al Ministerio Fiscal, validar las actuaciones judiciales. Siendo el juez al que corresponde la protección de los derechos.

2ñ: La afirmación sobre que la medida adoptada era la única que podía ser tomada, no puede ser aceptada por cinco razones: 1) Una investigación criminal no justifica cualquier tipo de actuación. 2) Una decisión inmotivada (como la sujeta de análisis), afecta la esencia del Estado de Derecho. 3) La decisión adolece de bases fácticas que la apoyen. 4) No existe indicio alguno que respalde tal decisión. 5) Nada impedía poder ordenar otro tipo actuaciones tendientes a buscar la misma finalidad buscada, como la vigilancia.

2o: La cláusula relativa “a la salvaguarda del derecho de defensa”, no se le puede reconocer efecto alguno por ser, en la práctica, meramente formal.

Qz: ¿El acusado emitió una resolución injusta?

2p: El acusado emitió la orden de intervención de las comunicaciones de los imputados y a cualquier letrado, sin excepción y sin la más mínima evidencia de comisión de ilícito.

2q: No solo el artículo 51 de la LOPG debió ser interpretado sino también, y en conjunto, con los artículos 14.3 y 17 del PIDCP, los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, los artículos 10.2, 18, 25.2, 24.2, 55.2 y 120.3 de la Constitución y el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2r: El acusado no se valió de ningún método de interpretación usualmente admitido del derecho. No se trata de una interpretación errónea, sino un acto arbitrario.

2s: La injusticia resulta del mandato de interceptación porque solo existía indicios de posible actividad criminal de los imputados, pero no de los abogados.

2t: La actuación del acusado ocasionó una drástica reducción del derecho de defensa de los imputados, propio de actuación en regímenes totalitarios.

2u: La aplicación de la ley fue hecha apartándose del criterio del TC, dañando el derecho de defensa de los imputados (difícil así de reparar) y el secreto profesional de los letrados.

Ay: Sí la emitió.

Qaa: ¿El acusado tuvo la intención -“a sabiendas”?

2v: La inclusión de la cláusula “previniendo el derecho de defensa” demuestra que el acusado sabía que dicha orden lesionaba el derecho de defensa los imputados.

2w: El acusado carecía de razones aceptables para poder emitir la orden de interceptación porque no evidenció indicios de actividad ilícita de los letrados.

Az: Sí tuvo la intención.

Aaa: El acusado sí tuvo la intención de emitir una resolución injusta.

Aab: Se acredita los elementos subjetivos del tipo.

Aac: El acusado cometió el delito de prevaricato contenido en el artículo 446.3 del C.P.

Qab: ¿Se configura el delito cometido en el artículo 536, pfo 1° del C.P.?

Aad: El art 536, pfo 1° del C.P. castiga al funcionario, agente o autoridad que, mediante causa por delito, intercepte las comunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, reproducción, grabación de cualquier señal de comunicación, con violación a las garantías constitucionales.

2x: La conducta típica se consuma con la mera utilización de los artificios técnicos.

2y: El elemento objetivo del tipo resulta probado porque existe resoluciones que ordenan la interceptación de las comunicaciones entre los imputados y sus letrados.

2z: En cuanto a la violación de las garantías constitucionales, ésta demanda una razón suficiente para la restricción del derecho, que en el caso es ausente.

3a: En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el acusado sabía que su mandato implicaba la utilización de artificios técnicos.

3b: Los resultados posteriores de la comisión del delito de prevaricato darán lugar a valorar la comisión de otro delito.

Aac: El acusado ha cometido el delito cometido en el artículo 536, pfo 1° del C.P.

Qac: ¿Se puede aplicar la pena descrita en el artículo 536, pfo 1° del C.P.?

3c: El numeral 3 del artículo 8 del Código Penal señala que “el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.

Aad: Al ser un concurso aparente de leyes, aplicando el principio de consunción, la causa se resolverá utilizando al delito de prevaricación como precepto más amplio.

3d: No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

3e: En cuanto a la pena se toma en cuenta la conducta del acusado, la vigencia de las decisiones ilegales y la calificación sobre el concurso aparente de los dos delitos descritos.

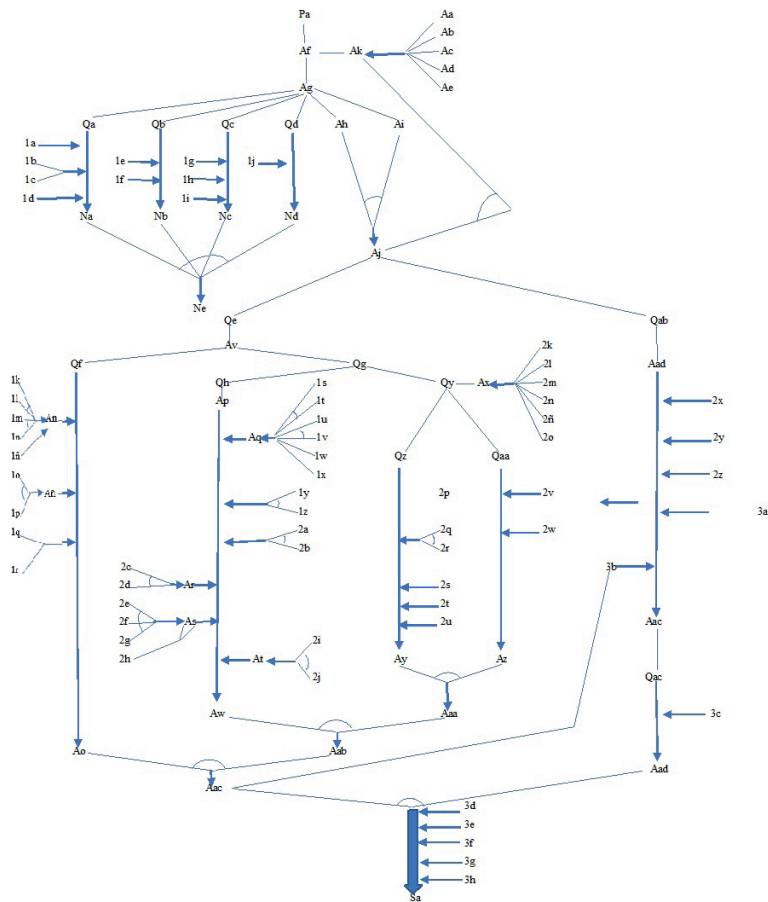
3f: La pena de inhabilitación produce la pérdida del cargo que se posee durante el tiempo de la condena impuesta y la privación de los honores que tuviera.

3g: El delito de prevaricato no prevé la protección de un bien jurídico individual, asimismo, no se ha fundamentado los perjuicios que merezcan dar una indemnización.

3h: Se procede a la condena de costas.

Sa: Se condena a Baltasar Garzón Real como autor del delito de prevaricato contenido en el artículo 446.3 del C.P. y el “delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación, con violación de las garantías constitucionales”, contenido en el artículo 536, pfo 1° del C.P., a una pena de multa de 14 meses con una cuota de 6 euros diarios, a 11 años de inhabilitación de la función del cargo de juez o magistrado y al pago de costas procesales. Sin condena sobre la responsabilidad civil.

3.3. Diagrama del método de análisis:



3.4.1. Primer escenario argumentativo: “la afirmación de hechos probados”

A fin de responder a la pregunta central se desarrollan (como se ha indicado) tres escenarios. El primero de ellos es con relación “a la afirmación de hechos probados”, los que servirán de sustento en la dación de las posteriores razones argumentativas. Siendo así cinco los hechos que se dan por probados no admitiendo, por tanto, razón en contra.

El primer escenario es un tanto peculiar de analizar, no porque las afirmaciones brindadas puedan ser irracionales o irrazonables¹², sino por cuanto son premisas dadas por ciertas. Y es que si bien en ellas se indica el medio probatorio que las avala, no es menos cierto que el lector de la sentencia no pueda llegar a saber si, sobre dichas afirmaciones, haya podido existir algún tipo de controversia por alguna de las partes, cuestionando ya sea su veracidad o su completitud, como por ejemplo: la afirmación de la existencia de otros medios probatorios relevantes (de ahí que se considere que, en toda sentencia, se deba *evidenciar* el tratamiento que se haya dado a *todos* los medios probatorios de las partes, es decir, a los ofrecidos, los admitidos, los actuados y, finalmente, a cómo han sido valorados¹³). Por lo tanto, resulta así un tanto difícil poder determinar la corrección de este primer escenario¹⁴, no pudiéndose examinar o identificar, “con exactitud”, qué tan cierta puedan ser ellas y qué tan posible era la existencia de un “problema de prueba”¹⁵.

¹² Irracionales en el sentido que no exista una correcta inferencia lógica (silogismo) que de paso a esa afirmación Ver: GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica*, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional, Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, Alicante, 31 enero 2012, p. 36. Consultado: 07 de agosto 2019 <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/20530>. O no razonables, entendidas “*prima facie*”, según Atienza, como una contraposición a decisiones jurídicas racionales (aceptable). En: ATIENZA, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, N° 27, setiembre-diciembre 1989, pp. 93 y 94.

¹³ De ahí que se dé observancia al contenido constitucionalmente protegido del “derecho fundamental a la prueba”. En: sentencia 06712-2005 HC/TC peruano f.j. 15. Teniendo en cuenta, también, las limitaciones que ello suponga para su protección. En: sentencia 133/2014, de 22 de junio TC español f.j.6.

¹⁴ Salvo claro si se pudiese tener acceso de lectura de todo el expediente judicial.

¹⁵ MACCORMICK, Niel. “La argumentación silogística: Una defensa matizada”, trad. Juan Antonio Pérez Lledó. *Doxa*, N° 30, 2007, p. 332; ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 113.

3.4.2. Segundo escenario argumentativo: “las cuestiones previas”

Un segundo escenario bien determinado son las denominadas “cuestiones previas” (seis planteadas así por el acusado relativas, entre otras peticiones, a la admisión de “algunos” medios probatorios) y que la Sala Suprema procede a resolver. En ellas no existe mayor comentario que se pueda realizar, salvo precisar que de las seis cuestiones previas planteadas, cuatro de ellas son rechazadas a razón de un sustento debido. Sin embargo, en cuanto a las dos últimas cuestiones (sobre admisión de medios probatorios), la Sala Suprema dio cuenta que su admisión (“Ah y Aj”) fue hecha en su día.

3.4.3. Tercer escenario argumentativo: “la determinación de los ilícitos penales”

El tercer apartado es, sin duda, el que merece mucha más atención, no solo por el extenso de su desarrollo sino porque en él se procede a dar respuesta a la pregunta central del problema planteado. En él, como se observa, se bifurca su solución a través del desarrollo de dos preguntas, la primera, si el acusado ha cometido el delito de prevaricato y, la segunda, si el acusado ha cometido el delito de interceptación de las comunicaciones o uso de artificios técnicos, con violación a las garantías constitucionales.

3.4.3.1. La argumentación no coherente

No obstante a lo señalado en el párrafo anterior, se desea precisar el argumentado dado en “modo de afirmación” por la Sala y sobre la que sería “el cimiento” de todo el desarrollo argumentativo de la sentencia para poder resolver el caso y este es que “Af: La cuestión central se relaciona con el respeto al derecho de defensa de los imputados y la finalidad del Estado en la persecución del delito. Así, no se analiza la suficiencia de inicios, motivación o su proporcionalidad sino solo su valoración jurídica penal”.

Entiéndase entonces que la causa se desarrolla en base a dos supuestos, *prima facie*, opuestos de ejercicio “en el presente caso”: el derecho de defensa y la finalidad legítima del Estado en la persecución del delito¹⁶, que devendría

¹⁶ Ahora, si bien se reconoce al derecho a la defensa como un derecho fundamental, no es menos cierto que también la doctrina ha establecido que no existe derechos fundamentales de tipo absoluto (más allá de la clasificación hecha por Dworkin entre derechos absolutos y relativos. En: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 2ª ed., Ariel, Barcelona,

a comprender “qué tan legítimo fue la limitación del derecho fundamental a la defensa de los imputados”.

El hecho no pasaría de ser un caso típico de “conflicto de derechos fundamentales frente al ejercicio de una atribución constitucional” sino es porque (además de las acotaciones hechas en el apartado 1 del presente trabajo), refiere la sentencia expresamente, “desde sus inicios”, que la citada causa no sería resuelta en base a la determinación de la suficiencia de indicios, motivación o proporcionalidad de las medidas (autos) expedidos por el acusado, sino únicamente en base a una valoración jurídico penal.

En primer lugar, el razonamiento de la Sala es un tanto particular, por cuanto se entiende desde la doctrina que los posibles conflictos entre derechos fundamentales o atribuciones constitucionales (como el que es en este caso) son usualmente resueltos a través del principio de proporcionalidad¹⁷, el cual es así dejado de lado expresamente¹⁸. Y, en segundo lugar, lo que resulta mucho más llamativo e importante que lo primero, es que a pesar que se refiera en la

1989, pp. 160 y 161), pudiendo estos ser limitados. En: PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades* (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas), N° 8, 2000, pp. 429-431. Sin embargo, pueda existir también excepciones a ello que es así compartida por otros autores, como la dignidad (solo restringida cuando se afecta la dignidad de otro). En: STARCK, Christian. “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”. En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Dykinson, Madrid, 2008 p. 266; o el derecho a la no esclavitud o a la no tortura. En: ABAD YUPANQUI, Samuel. “Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar”. *Themis*, segunda época, N° 21, Lima, 1992, p. 7.

¹⁷ En adición a ello, y si bien es imposible negar la relación que exista entre el ejercicio de los derechos fundamentales, los principios, o entre las finalidades constitucionales que fija un Estado, su posible conflicto podrá ser resuelto mediante el uso del “principio de proporcionalidad” o “máxima de proporcionalidad” acuñado por Alexy. En: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 111-115, deviniendo finalmente en la determinación de su contenido esencial o constitucionalmente protegido a través de su “ponderación”, ver mejor: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 81-90; 763-806.

¹⁸ Ahora bien, el hecho que en una causa donde verse el posible conflicto de derechos fundamentales no sea resuelta aplicando el principio de proporcionalidad, no significa que su argumentación no sea correcta o arbitraria. Por el contrario, existe un sector de la doctrina que también pone en duda dicha aplicación por considerarla “incierto o aleatorio que resulta de la aplicación de estos controles”. En: GARCIA AMADO, Juan Antonio. “¿Qué es ponderar?

sentencia que no se tomará en cuenta (para ser resuelta la causa) la determinación de la suficiencia de indicios, la motivación o la proporcionalidad de las medidas sujetas a control, en los hechos (o en párrafos posteriores), realmente sí lo toman en cuenta expresamente. Deviniendo así en una argumentación no coherente¹⁹.

Efectivamente, a fin de demostrar la comisión de los delitos contenidos en los artículos 446.3 y 536, pfo 1° del C.P, la sentencia determinó (entre otros argumentos claro está) “la inexistencia o insuficiencia de indicios que avalaran dicha interceptación”, así como también que la decisión tenía que encontrarse “debidamente motivada” y que la medida haya debido de ser “proporcional” (esto es, sujeta a ponderación), los cuales son así reflejados en los argumentos: “1k, 1z, 2a, 2b, 2i, 2k, 2l, 2ñ, 2p, 2s, 2w”. Entonces, si bien es cierto que en la sentencia se hace una valoración jurídico penal de los autos, también lo es el hecho que toma en cuenta los extremos de insuficiencia de indicios, de su falta de debida motivación, así como su carencia de proporcionalidad. Razonamiento el cual lo convierte en uno “no coherente” con la narración del argumento principal dado como base para poder resolver la causa y que fue así descrito al inicio de la sentencia en su afirmación “Af”.

3.4.3.2. ¿Una instancia plural?

El tema, sin duda, es delicado, en tanto se trata de un proceso penal incoado contra un magistrado, no por el hecho de tener la condición de tal, sino por la emisión de un acto en pleno ejercicio de sus funciones. Ahora bien, el delito de prevaricato, como el del uso de artificios técnicos con violación de garantías constitucionales no es menos delito que cualquier otro tipificado en el C.P. (más allá de la diferencia en la imposición de su pena). Sin embargo, lo resaltante de ellos es que son configurados a causa de la dación de una reso-

Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, N° 13, 2016, p. 17.

¹⁹ Pudiendo ser así ser equiparado, desde nuestra perspectiva, como una falta de “coherencia narrativa” (narrativa no congruente), cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación. Ver mejor: sentencia 0728-2008 HC/TC peruano f.j 7; sentencia 57/2006, de 27 de febrero TC español f.j. 3. Ver también: COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 158 y ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 119-120.

lución judicial que, *prima facie*, esboza razones argumentativas que sustentan la decisión tomada.

No falta razón a la sala para haber colocado la afirmación “Af” como base principal del desarrollo de su sentencia, pues con ella deja claro que su análisis se remitirá a la configuración de los ilícitos penales descritos. Y es que, el análisis de la “suficiencia de indicios, la proporcionalidad de la medida o su motivación” no corresponde, en absoluto, a un tribunal penal ajeno al proceso (bajo riesgo de interferir en la función jurisdiccional, ergo, bajo nuestra opinión, en la independencia del juez²⁰ y es que, si bien el Tribunal Supremo en lo penal forma parte del Poder Judicial y, obviamente, no es ajeno a él, sí es un órgano que es ajeno al proceso mismo [hasta ese momento] donde se discute la configuración de los ilícitos penales de asociación ilícita, tráfico de influencias entre otros más), sino únicamente al tribunal superior de aquél juez, o colegiado, que haya emitido la resolución cuestionada.

En ese sentido, el hilo divisor entre la determinación de los ilícitos sometidos a proceso penal y la revisión de las resoluciones judiciales, como si fuese un tribunal de alzada, es sumamente delgado y casi difícil de poder diferenciar en la práctica. Tal es así que la argumentación dada en la sentencia (para configurar comisión de los ilícitos) se basa decididamente en la determinación de la “inexistencia de indicios” en la expedición de los autos. Determinación la cual, *per se*, no le corresponde afirmar a un tribunal penal ajeno al proceso, sino en principio al superior jerárquico quien confirme o no la legalidad o constitucionalidad de la medida incoada.

Es por ello que, en nuestra consideración, la sentencia no hace sino en la práctica, cuestionar la motivación de los autos dictados por el acusado, con especial incidencia a la interpretación realizada al artículo 51.2 de la LOGP que (por más que así lo mencione y desmienta en su único fundamento (afirmación “Añ”)), al fin y al cabo, sí afecta la independencia judicial. Prueba de ello (entre otros supuestos) es cómo en la sentencia se indica, expresamente, que el acusado “*no debió de haber interpretado el artículo 51.2 de la LOGP de manera*

²⁰ Entendida así a la independencia judicial como “la peculiar forma de obediencia que el Derecho exige a sus jueces”. En: AGUILÓ REGLA, Josep. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Insomnia*, N° 6, abril 1997, p. 74. Considerado así como uno de los principios que está en el “centro del constitucionalismo”. En: AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Doxa*, N° 24, 2001, p. 450.

aislada, sino de manera conjunta con normas internacionales, como también con otras normas del mismo ordenamiento jurídico español (argumento “2p”), como si aquél se comportase (en ese extremo) como un tribunal de instancia superior.

Ahora bien, lo afirmado en el párrafo anterior no puede dar cabida a que se desconozca la existencia del delito de prevaricato²¹, pero sí a tratar de delimitar, lo más estrechamente posible, los alcances en la configuración de una resolución “injusta”²² a fin que la misma no sea simplemente confundida con una resolución indebidamente motivada o insuficientemente motivada²³. Justamente a fin de no poder lesionar la independencia judicial (pretendiendo ser un órgano de instancia superior) al momento de la toma de una decisión, la cual es ejercida en representación del Estado (en este caso) a través de la persecución del delito dentro del marco, claro está, del respeto a un debido proceso o tutela procesal efectiva²⁴. En ese sentido, consideramos que la Sala Suprema (al momento de la expedición de la sentencia) confunde un tanto su rol de juzgador penal de

²¹ Es más, la sentencia es clara al determinar los alcances del delito de prevaricato (argumento “1q”), respaldando dicho razonamiento con argumento de autoridad, contenido en diversas sentencias del Tribunal Supremo en lo penal, ejemplificadas así en el argumento “1r”.

²² Tarea la cual no es para nada sencilla y que haya sido materia de discusión por una gran e importante sector de la filosofía (Kelsen, Ross, Hart, Rawls, Marx), en cuanto a los alcances que ella deba tener. Ver mejor: ATIENZA Manuel. *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 150-165 y ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 195-2008. Sin perjuicio de hacer referencia a la obra que, por excelencia, desarrolla el tema de la justicia y los principios de la justicia. En: RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed., 9ª reimp. (2006), Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 62-118; cuya respuesta antagónica (en términos generales) encuentra reflejo en la obra Nozick al plantear (frente a una teoría de la justicia distributiva de Rawls) una teoría retributiva de la justicia. Ver: NOZICK, Robert. *Anarquismo, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, pp. 153-227.

²³ Las cuales, claro está, sean sujetas de control dentro del mismo proceso en las que hayan sido expedidas a fin de cuestionar (en términos dados por De Asís) su validez entendida como “motivación suficiente”, su motivación completa, o su motivación correcta. Ver: DE ASÍS ROIG, Rafael. *El juez y la motivación en el derecho*, dykinson, Madrid, 2005, pp. 31-32. Como también pueda ser sujetar de control a través de la identificación de su contenido constitucionalmente protegido. Ver: sentencia 0728-2008 HC/TC peruano f.j 7; sentencia 213/2003, de 1 de diciembre, TC español f.j.4, sentencia 08/2005, de 17 de enero, TC español f.j.3, sentencia 15/2005, de 31 de enero, TC español, f.j. 5, sentencia 95/2005, de 18 de abril, TC español, f.j. 2 y sentencia 59/2006, de 27 de febrero, TC español, f.j. 3, entre otras más.

²⁴ Cuyos ámbitos de protección, o manifestaciones del debido proceso, se encuentre en: el debido proceso sustantivo o sustancial (observancia de los principios, valores, derechos fundamentales, bienes jurídicos constitucionales y que la decisión sea razonable) y en el debido proceso adjetivo o procesal (que abarca: el derecho al proceso —posibilidad de acceso al proceso— y el derecho en el proceso: respeto a las garantías esenciales que enmarcan el proceso). En:

los delitos incoados contra el acusado, para transformarse en un tribunal de alzada (o de instancia superior al de juez de instrucción) y revocar así —en la práctica— el razonamiento hecho por el magistrado.

3.4.3.3. *La inexistencia de indicios*

Ahora bien, no es que toda la sentencia evidencie solo razones que revoquen el criterio dado por el magistrado y se desconozca la naturaleza penal de juzgador de los delitos de prevaricato y otro, sino que la sala suprema se vale, en gran parte, de argumentos propios de una instancia superior a dicha investigación penal (como es la determinación de inexistencia o insuficiencia de indicios, ya descritos en párrafos anteriores, o la debida interpretación del artículo 51.2 de la LOGP), para luego completar el análisis jurídico penal (elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo) en la determinación de la comisión de los ilícitos penales.

En ese contexto, podemos centrar tres tipos de argumentos desarrollados en el referido tercer escenario²⁵, los cuales sirven de sustento en la sentencia para determinar la configuración de los ilícitos penales cometidos por el acusado, entre ellos son: la determinación de la inexistencia o insuficiencia de indicios, la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP y el cuestionamiento a la frase “previniendo el derecho de defensa”

Con relación a la inexistencia o insuficiente de medios probatorios, podemos encontrar dichas razones en los argumentos: “1k (letrados), 2a (imputados), 2i (no refiere), 2l (no refiere), 2ñ (no refiere), 2p (letrados), 2s (letrados) y 2w (letrados)”. Aquí es pertinente recordar, conforme al análisis realizado que la causa versa sobre el eje central de la afectación (difícilmente de reparar - argumento “2u”) del derecho de defensa “de los imputados”. Sin embargo, cuando en la sentencia se sustenta ello (entre otros argumentos claro está) se destaca la inexistencia de indicios en contra de “los letrados” de los imputados.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2014, pp. 308-313.

²⁵ Sin perjuicio de afirmar el hecho que existen otros tipos de argumentos en la sentencia, dentro del análisis de los elementos objetivos, normativos y subjetivos de los tipos penales, que determinaron su configuración. Sin embargo, dada la extensión del presente trabajo, se prefiere dar prioridad a esos tres.

Así, de los ocho argumentos expuestos en la sentencia que hacen referencia a la deficiencia o inexistencia de indicios (indicados en el párrafo anterior), cuatro de ellos hacen indicación expresa a la inexistencia de indicios con relación a los letrados, mientras que tres de ellos refieren, de manera general, la inexistencia de indicios sin indicar su relación con los letrados o los imputados, lo que daría a entender que esa “inexistencia de indicios” es también para con los imputados. De ahí que, con total coherencia-claridad, se podría haber afirmado que la afectación al derecho de defensa de los imputados se debió a la dación de un mandato sin existencia de indicios que lo avale. Sin embargo, se entendería (hasta ese momento) que la lesión al derecho de defensa de los imputados es a razón de la afectación sufrida al secreto profesional de los letrados de los imputados, pues la afectación de ese derecho repercutiría en la afectación del derecho de defensa.

No obstante a lo señalado, consideramos que si bien no hubo identificación de los letrados, no hubo quizá precisión del mandato, ni mayores elementos que sustentaran la orden de interceptación, sí consideramos la existencia de un indicio primigenio y que sirvió de sustento para la dación de los autos cuestionados, y este es llamado “juicio de la policía” que determinaba que los imputados seguían cometiendo ilícitos a través de sus abogados. Hecho el cual no puede ser negado y que puede constituir como un indicio.

Ahora, si bien la sentencia en el argumento “2a” refiere (con relación expresa a los imputados) que la mera probabilidad que los imputados sigan cometiendo ilícitos con ayuda de sus letrados no significa permitir la supresión de la confidencialidad, a lo que, según la jurisprudencia del TEDH, exigiría evidenciar una creencia genuina de ello. Y que si bien, la dación de un solo indicio no es, en absoluto, suficiente para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental, no es menos cierto tampoco el hecho que se desconozca su calidad de indicio, existente como tal²⁶. De ahí pues que si ha o no existido indicios suficientes (como

²⁶ En efecto, el razonamiento inductivo dado por el acusado (la probabilidad o la creencia que los imputados seguían cometiendo ilícitos penales con sus abogados) es “sumamente débil”, en tanto dicho razonamiento se apoya en una débil premisa o indicio relativo a ello, como es el “juicio de la policía”. Ver: MORESO, José Juan y VILAJOSANA Josep María. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 181-182 y ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., 8ª reimp., Trota, Madrid, 2018, pp. 173-175 y 177-178.

sería el uso de pluralidad de indicios²⁷) para la emisión del mandato de restricción del derecho de defensa de los imputados, es un hecho que deba ser conocido por el órgano superior jerárquico y no una instancia ajena a dicho proceso.

3.4.3.4. La interpretación del artículo 51.2 de la LOGP

Asimismo, previa a la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, la sentencia determina los alcances del delito de prevaricato indicando que “el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez actúa con simple subjetividad y atribuye significados irracionales a la norma” (argumento “1p”), o también determinando que una resolución es injusta “cuando carece de toda interpretación razonable y no pueda ser defendida jurídicamente” (argumento “1q”), complementando dicho razonamiento con argumentos de autoridad expuestos así en diversas sentencias del tribunal supremo (argumento “1r”). Es decir, que una norma carezca de interpretación racional puede asemejarse al cuestionamiento de su forma lógica de razonamiento, como también al procedimiento-discurso que justifica la dación de esa interpretación (justificación externa)²⁸. Mientras que una interpretación no será ser razonable, en la medida que su resultado “no sea aceptable” por ser contrario “al sistema de valores de una comunidad jurídica”²⁹.

Desde ese enfoque podemos observar que la sentencia trata el tema de la “razonabilidad”, por ende, la interpretación dada por el acusado al artículo 51.2 de la LOGP no sería aceptable. En efecto, según lo dispuesto en la afirmación “As” y los argumentos “2e, 2f y 2g”, el artículo 51.2 de la LOGP debe ser interpretado en el sentido que “la autorización judicial y los casos de terrorismo no son exigencias alternativas sino acumulativas, según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 183/1994, ratificado así por sentencias posteriores del mismo Tribunal Constitucional, como es así seguido por la

²⁷ En cuanto al uso de la prueba de la prueba indiciaria, este ha sido desarrollado en la sentencia 267/2005, de 24 de octubre, TC español, f.j.3; sentencia 728-2008 HC/TC peruano, ff.jj. 24-29, sentencia 4278-2011 HC/TC peruano f.j. 3 y Tribunal Supremo español, Segunda Sala Penal, sentencia 700/2007 f.j.2; Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Perú Cas. N° 628-2015 Lima, ff.jj. 4-5.

²⁸ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p.247.

²⁹ *Ibidem*, p. 247-248 y, como bien refiere Atienza: “aunque la caracterización de lo razonable sea un trabajo imposible de realizar, sí es posible, al menos, poder cerrar un poco más su indeterminación”, sin perjuicio de también considerar a lo razonable como el logro de aceptación mayoritaria de un resultado. Ver: ATIENZA, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”, *op. cit.*, p. 104.

jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo penal”. De ahí que, al no evidenciar la investigación penal (instruida por el acusado) el delito de terrorismo, habría devenido en una interpretación arbitraria, tal y como es así descrito en los argumentos “2r y 2u” de la sentencia, al indicar que “el acusado no utilizó ningún método de interpretación usualmente admitido por el derecho³⁰, apartándose así de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”.

Aquí existen algunas consideraciones a tomar en cuenta. Y es que, en nuestro criterio, no toda interpretación que es realizada apartándose del “común razonamiento interpretativo dado por la doctrina o la jurisprudencia debe, *per se*, ser catalogada como arbitraria”, pues existe la posibilidad que ese razonamiento interpretativo dado por la mayoría (doctrina o jurisprudencia) no sea el correcto, o no sea el que mejor proteja los derechos fundamentales y les otorgue eficacia. Por ello “una posición activa de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales³¹ con observancia del medio social donde se inserte esa “actividad judicial”³², puede otorgar respaldo a nuestra posición, así sea o no compartida por la mayoría³³.

No obstante a ello, no compartimos la interpretación dada por el acusado (al establecer requisitos alternativos y no acumulativos sobre la posibilidad del mandato de interceptación de las comunicaciones de los imputados) justamente

³⁰ Cabría preguntarse entonces ¿cuáles son los métodos usualmente admitidos de interpretación del derecho? que no son mencionados en la sentencia. En todo caso, consideramos que no pueda afirmarse que un determinado método de interpretación pueda prevalecer, *per se*, frente a otro método de interpretación. De ahí que existan diversos criterios generales de interpretación normativa y de metacriterios (que son los presupuestos de los criterios generales de interpretación). Ver: DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 182-213.

³¹ En nuestra opinión, también en la medida que abarque un grado mayor de protección de dichos derechos.

³² Sobre el activismo judicial ver: ATIENZA, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, nota del 06 de junio de 2019 en “Legis Ámbito Jurídico”. Consultado el 04 de agosto de 2019 <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>

³³ Sin perjuicio, claro está, como bien señala Vega, que esa actividad jurisdiccional no desconozca esos “nuevos límites y parámetros” en la corrección de las reglas en los denominados casos difíciles. De ahí que (siguiendo al mismo autor), por ejemplo, desde el normativismo, el activismo judicial en un Estado constitucional se encuentre justificado, en la medida que la razón de corrección de una regla esté permitido en casos de grave contradicción a los valores o principios constitucionales, como puede ser así ejemplificado en el conocido caso Riggs vs. Palmer. Ver: VEGA LÓPEZ, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Doxa*, N° 41, 2018, pp. 130-13.

porque aquella, en vez de permeabilizar la protección efectiva de un derecho fundamental lo que hace, por el contrario, es restringir “aún más” su ejercicio. Es más, el ámbito penal o sancionador, está restringido por la aplicación del principio *pro persona* cual, para este tipo de supuestos, demanda al juzgador no una interpretación amplia de la norma sancionadora, sino estricta-restrictiva, la cual va de la mano con la observancia del principio de taxatividad por parte del legislador en la dación de normas que limiten derechos³⁴. Sin embargo, ello no quita que dicho razonamiento interpretativo haya estado fundamentado (equivocado pero fundamentado) y que además, según los argumentos expuestos por el acusado (recogidos así en la sentencia pero no expresados en los autos cuestionados), hayan tenido mayor sustento argumentativo de índole jurisprudencial y doctrinal.

En efecto, consideramos que tres son los argumentos que se desprenden de la sentencia que permiten afirmar que el razonamiento del acusado, en los autos, sí podía tener sustento doctrinal y jurisprudencial. El primero de ellos se encuentra en el argumento “2j”, al evidenciar que, según el TEDH dicha intervención de las comunicaciones letrado-abogado sí podría darse, en caso se demuestre el abuso de privilegios del letrado y aquello revista un carácter delictivo. Hecho el cual, en todo caso y como frente a cualquier limitación del ejercicio de un derecho fundamental, los mismos deban de ostentar garantías suficientes y adecuadas contra los abusos. El segundo de ellos es que la misma sala suprema penal que juzgó el caso, en otra de sus sentencias STs n° 2026/2001, dispuso que sí era permisible, excepcionalmente, las interceptaciones telefónicas letrado-cliente, pero dicho mandato debía ser ponderado (argumento “2b”). Y el tercero es que en la misma sentencia (afirmación “2h”) se afirma que parte de la doctrina posibilita la intervención de las comunicaciones de los letrados, cuando se evidencie indicios de una posible actuación criminal.

Ahora, no se puede dudar de la necesidad del juzgador de interpretar los enunciados normativos, los principios o derechos fundamentales³⁵, debido a que no toda causa judicial puede ser resuelta aplicando la mera literalidad

³⁴ Ver mejor: sentencia 09-2007 AI/TC - 10-2007 AI/TC peruano (acumulados), f.j. 104 y sentencia 86/2017, de 19 de julio, TC español, f.j.5.

³⁵ Por carecer éstas de un único sentido material. Ver: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 44.

de su morfología normativa, justamente porque no toda *litis* judiciales versará sobre casos fáciles³⁶ de resolver, sino también difíciles de afrontar³⁷. Es más, la existencia de problemas de indeterminación del derecho³⁸ es un factor que no se puede negar y que pretende aún la doctrina solucionar.

De ahí que, en un Estado Constitucional, como refiere Lifante, la interpretación normativa no sea simplemente atribuir un significado a un texto jurídico, “sino una interpretación en el seno de una práctica normativa vinculada a textos” cuyo objetivo sea la búsqueda de esa “mejora” interpretativa de la norma, tanto entre los autores de la norma creada como de sus intérpretes participantes³⁹. Es por ello que tampoco cualquier tipo de interpretación normativa deba ser admitida como válida *per se* (máxime si muchas de ellas traen como consecuencia la lesión de un derecho fundamental, como fue el hecho por el acusado). Bien por eso Andrés Ibañez refiere, de manera directa, que la actuación del acusado “eliminó el derecho de defensa de los imputados, al dictar un mandato *sin apoyo legal y sin soporte de indicios de delito*, actuando al margen de la ley”⁴⁰.

3.4.3.5. La cláusula “previniendo el derecho de defensa”

El tercer argumento desarrollado en este último escenario hace referencia a la frase “previniendo el derecho de defensa” el cual, paradójicamente, según la sentencia, evidenciaría que el acusado sí era consciente de que su decisión afectaba el derecho de defensa de los imputados (argumentos “1ñ y 2v”), haciéndola puramente formal. Argumento el cual, además de que vaya unido al hecho que dicha frase haya sido solicitada de aclaración por parte de la policía (falta de precisión) y que no haya existido “indicios de actuación delictiva”, no

³⁶ PECZENICK, Aleksander. *On Law and Reason*, Law and Philosophy Library, Kluwer Academic Publisher, volume 8, Netherlands, 1989, p. 19.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 146 y 147.

³⁸ Bien por ello Ródenas vincula los alcances de la indeterminación del derecho con la derrotabilidad de las normas jurídicas. Estableciéndose así cuatro parámetros comunes de indeterminación del derecho: 1) Indeterminación causal de las decisiones judiciales, 2) indeterminación debida a defectos lógicos de los sentidos jurídicos, 3) indeterminación lingüística del derecho y 4) indeterminación debido a problemas de coherencia normativa o congruencia. En: RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. *Doxa*, N° 24, 20071, pp. 65-69.

³⁹ LIFANTE VIDAL, Isabel. *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 214-217.

⁴⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Caso Garzón: necesario distinguir”. *Isonomía*, N° 37, octubre 2012, p. 195.

significa comprender *per se*, que el acusado siempre tuvo la intención de lesionar dolosamente el derecho a la defensa de los acusados. Por el contrario, somos de la opinión que su no inclusión si agravaría aún (o añadiría un indicio más para la configuración de ese dolo), la intención de lesionar dicho derecho y no, por el contrario, que su inclusión pueda contribuir, paradójicamente, a entender lo contrario.

Finalmente y aunque no es objetivo del presente trabajo, consideramos que sí ha existido una lesión al derecho fundamental de defensa de los imputados (como también al secreto de las comunicaciones de los letrados), como bien refiere la sentencia. De ahí que se esté también de acuerdo con parte de la argumentación así esbozada en ella, en especial con la descrita en la afirmación “Aq” que refiere: *“la justicia obtenida a cualquier precio, en este caso, con vulneración al ejercicio del derecho de defensa, no es justicia”*. Sin embargo, existen extremos en los cuales no se está de acuerdo pues, en nuestra consideración, confunde la sala suprema su rol de ser juzgador de un delito penal, para transformarse en una instancia plural que “en los hechos”, da vistos de revisar el fallo judicial del “inferior jerárquico”. Es por ello que la afirmación central de toda su argumentación “Af”, la que sirviese de base o cimiento para su posterior desarrollo argumentativo, no guarde coherencia con algunos extremos desarrollado en argumentos posteriores. En todo caso, y como se puede observar de lo descrito, consideramos que la sentencia no se hace sino criticar, en la práctica, la motivación de la resolución judicial de los autos sujetos a control, ello trae como consecuencia preguntarnos qué tan factible, o permisible, pueda ser que una resolución judicial, que no se encuentre debidamente motivada, por ende, supuestamente “injusta”, sea sujeta de análisis punitivo en un proceso penal por prevaricato y qué otra no.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA Y ARGUMENTACIÓN EN FAVOR DE LA SOLUCIÓN

Como en cualquier Estado de Derecho, la exigencia de la motivación será una pieza fundamental en el aparato judicial. Así, dentro de las diversas funciones que dicha exigencia pueda tener⁴¹, nos parece más resaltante aquella por

⁴¹ Entre ellas las denominadas “endoprocesal y extraprocesal”. Ver: sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, de 01 de julio de 2011 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) f.j. 118.

el cual, los litigantes, puedan conocer las razones por las cuales su petitorio fue rechazado o fue aceptado, es decir, conocer al menos “las razones de la sin razón”⁴². Sin embargo, no son cualquiera las razones que deban ser así aceptadas (ya no solo por los litigantes sino también por toda la comunidad jurídica que ve, en dichas sentencias, el reflejo del *ius puniendi* del Estado o el cumplimiento de alguna finalidad constitucional) para dar por bien motivada una determinada resolución judicial, sino serán aquellas que superen (en principio), el filtro de su corrección tanto racional como razonable. Proscribiéndose así, con toda razón, cualquier tipo de decisionismo basado en la mera voluntad del juez⁴³.

No obstante, delimitar los alcances del contenido de la debida motivación no es una tarea fácil ni que tampoco se pueda ambicionar en este trabajo, sin embargo, aquello no es óbice para inferir que, a través del empleo de la debida motivación (desde nuestra perspectiva), el magistrado aspire (como un ideal) a la dación de una resolución lo más justa posible⁴⁴, cuyo sustento abarque “argumentos formales, materialmente correctos y sólidos”⁴⁵ (que en sí superen la corrección formal, la dación de un válido silogismo jurídico, su corrección material —justificación externa— así como sea una decisión razonable). De ahí que el acto de motivar, como refiere Atienza, consista en la actividad de dar buenas razones justificativas (que son razones válidas en Derecho) a fin de lograr una persuasión sobre la decisión tomada⁴⁶. Es por ello que la exigencia de la motivación se constituye en un “*parámetro de legitimación interna o jurídica como de la legitimación externa hacia la sociedad, de la función judicial*”⁴⁷.

⁴² ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger; LUJÁN TUPEZ, Manuel y CASTILLO ALVA, José Luis. *Razonamiento judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 337.

⁴³ De ahí que dicha decisión “nunca llegue a constituir una justificación suficiente”. Ver: AGUILÓ REGLA, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*, LLeonard Muntaner Editor, Palma, 2008, p. 27.

⁴⁴ Bien por ello Perelman refiere que “*el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable, debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si es justa o, por lo menos, razonable*”. En: PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Diez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988, p. 97.

⁴⁵ VEGA REÑON, Luis. *Introducción a la teoría de la argumentación, problemas y perspectivas; Derecho & Argumentación*, Palestra, Lima, 2009, pp. 98-99.

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. “Qué es motivar”. Consultado el 20 de agosto de 2019, en el blog: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/02/que-significa-motivar.html>

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997, p. 623. O como mencionase Von Jhering: “una forma incomparablemente más oportuna de legitimar su actuar” (en cuanto a la obligación del juez en la explicación de su sentencia). En: VON JHERING, Rudolf. *Lo Scorpo nel Diritto*. Einaudi, Torino, 1972, p. 281.

Así pues, si bien no es intención del trabajo proceder al desarrollo de los alcances de la debida motivación, sí es posible indicar cuál es su contenido constitucionalmente protegido, visto así desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional.

Como ya se ha referido en pío de página atrás, el ámbito de protección del derecho a la debida motivación se encuentra ejemplificado en las sentencias del Tribunal Constitucional español N° 213/2003, de 1 de diciembre, f.j.4; N° 08/2005, de 17 de enero, f.j.3; N° 15/2005, de 31 de enero, f.j. 5; N° 95/2005, de 18 de abril, f.j. 2; N° 59/2006, de 27 de febrero, f.j. 3 entre otras y, de manera más concentrada, en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 728-2008 HC/TC f.j. 7, donde se delimita su contenido constitucionalmente garantizado a seis supuestos, entre ellos a saber: a) inexistencia de motivación o motivación aparente b) falta de motivación interna del razonamiento, c) deficiencia en la motivación externa, d) motivación insuficiente, e) motivación sustancialmente incongruente y f) motivaciones cualificadas. Entendiendo así que, cualquier resolución judicial que configure alguno de los seis supuestos descritos por la sentencia, permeabilizarán su protección constitucional, por haberse acreditado la vulneración a la debida motivación. Sin embargo, pretender que cualquiera de esos supuestos sea causal suficiente para incoar una denuncia penal por prevaricato (al no expedirse, por lo tanto, una resolución justa sino arbitraria), es completamente desmedido, debiéndose así restringir su permeabilidad a los supuestos que consideramos más extremos.

4.1. Posibles soluciones a los problemas evidenciados en la sentencia

Visto ello, proponemos como solución al problema planteado que solo las resoluciones judiciales (incluida la sentencia) puedan ser sujeta a un análisis penal (por el delito de prevaricato) cuando evidencien una: a) motivación inexistente, b) una motivación abiertamente aparente, c) cuando pese a existir motivación, la misma adolezca del desarrollo de los presupuestos más básicos (de índole constitucional o legal) para dar solución al caso⁴⁸ y d) en los casos en

⁴⁸ Los tres supuestos así esbozados, como posible solución al problema, son tomados (en modo de comparación) con los supuestos descritos en la Resolución Administrativa N° 360-2014-CE-PJ, del 22 de octubre de 2014, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, cual determina como falta “muy grave” del juez, la no motivación total o parcial de su resolución judicial.

que la interpretación normativa realizada sea absolutamente irrazonable, no pudiendo ser mínimamente defendible en lo jurídico, deviniendo así en lo absurdo.

4.2. Sustento argumentativo a favor de la solución al problema

En efecto, no toda lesión al derecho a la debida motivación pueda o deba considerarse como un supuesto válido para que, frente a ella, se posibilite la interposición de una denuncia penal por prevaricación, por más injusta que la resolución pueda así considerarse.

Y es que, habilitar la vía penal para el cuestionamiento de las resoluciones que sean así consideradas “injustas”, es abrir el camino a que el juzgador penal (que no tenga porqué ser el juzgador competente o el juez natural en la tramitación de la causa donde se ha dictado la supuesta resolución “injusta”) pueda, finalmente, ser el órgano quien determine el grado de “injusticia” que quizá tenga una determinada resolución judicial, no solo dictada en el ámbito penal, sino también en cualquier otro.

Entonces, si bien el acto de definir qué es la justicia y, por ende, qué es una resolución justa, sea aún un tema difícil de determinar (pues no es un ámbito para nada pacífico). Sí es posible determinar (al menos *prima facie* en el presente caso) cuando un justiciable se podrá encontrar con una resolución que sea injusta, sea cual fuese el sentido del fallo así arribado por el juzgador. Es en esos supuestos, como el descrito en la solución al problema, donde será permisible que el juzgador penal pueda examinar el grado de injusticia que se haya cometido al momento de la expedición de una decisión judicial, sin perjuicio, claro está, que dicha decisión también pueda ser sujeta de control por ante el superior jerárquico.

Así pues, para efectos de una sanción penal, una resolución judicial será injusta cuando reúna de forma conjunta o por separado cuatro supuestos diferentes. El primero de ellos es cuando el fallo judicial no evidencie razones justificativas de su decisión, siendo claramente fruto del puro decisionismo del juzgador.

El segundo de ellos será cuando el fallo judicial evidencie cualquier tipo de razones que pretendan dar sustento a la decisión tomada, sin que las mismas tengan poco o ningún sentido con el caso, por ejemplo, en los supuestos en la que la decisión judicial tenga como justificación abundantes citas doctrinales o

jurisprudenciales que poco o nada tengan relevancia con el desarrollo del caso o incluso, teniéndolas, dichas copiosas citas hacen imposible que el litigante pueda realmente observar o, identificar, cuál ha sido el razonamiento propio del juez que lo ha llevado a la toma de la decisión judicial. De ahí que dicho supuesto albergue la denominada “motivación aparente”.

El tercero de los supuestos se refiere cuando el juez claudica en su deber de analizar los presupuestos más básicos, de índole legal o constitucional, y que son necesarios para dar solución al caso, como es, por ejemplo, el hecho que se tramite un proceso civil por desalojo y, el juzgador, no haya previamente determinado cuáles serían los supuestos en que dicha petición pueda configurarse.

Finalmente, el cuarto supuesto se configurará cuando la interpretación normativa realizada por el juez sea “absolutamente irrazonable”, en el sentido que no exista la más mínima posibilidad que, dicha interpretación, pueda ser defendida jurídicamente por algún sector de la doctrina o la jurisprudencia. De ahí que dicho tipo de interpretaciones puedan así asemejarse con interpretaciones de tipo absurdas, basadas así en el mero decisionismo arbitral de otorgarle un determinado sentido (caprichoso) a un enunciado normativo.

En ese sentido, consideramos que los tres primeros supuestos no evidencian mayor elemento problemático para su comprensión. El primero de ellos es en la medida que la falta de dación de razones que apoyen una decisión judicial que “dirima un conflicto de intereses”, es la causal más evidente que pueda existir para que un juez sea sancionado penalmente por claudicar en la obligación de sus funciones, sencillamente, en no legitimar su función jurisdiccional y basarse en el mero decisionismo. Aquí es pertinente recordar lo descrito así por Malem Seña, citado así por Atienza, por la que *“La motivación supone construir un razonamiento lógicamente válido donde una premisa hacer referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o el fallo”*⁴⁹, a lo que cabría agregar, que esa decisión no solo sea racionalmente válida sino también razonable, es decir, aceptable.

Ahora bien, según la definición escrita en el párrafo anterior, conforme a su autor, es pasible que los jueces puedan cometer errores judiciales al momento

⁴⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 148-149.

de motivar sus decisiones judiciales. Así pues, como cualquier ser humano (imperfecto por naturaleza), el ser humano también es pasible de cometer errores dentro del ámbito jurisdiccionales, para ello y siguiendo al mismo autor⁵⁰, se tipifica 8 tipo de errores judiciales relacionados al ejercicio de la motivación judicial, de los cuales se está claramente de acuerdo (en cuanto, en resumen, se cuestiona la validez de la construcción de las premias y la relación con su decisión⁵¹). Sin embargo, no se está de acuerdo en el último de los errores así indicados relativos a la “ausencia de motivación” (cual difiere a una motivación implícita⁵²), justamente porque aquél, no es, en nuestra consideración, un error propiamente dicho, sino una clara manifestación de claudicación del ejercicio de su función jurisdiccional.

El segundo supuesto también es claro de poder ser comprendido en la medida que, como ya se ha dejado claro, la decisión judicial debe estar apoyada en razones que, en principio, sea fruto del propio razonamiento elaborado por el juez y plasmado así en la resolución judicial que dirime un determinado conflicto de intereses. El litigante lo que buscará es saber cuáles han sido las razones para que, ese juez, haya desestimado o aceptado la petición formulada. En tal sentido, si en una resolución judicial se observa que su decisión se encuentra apoyada en simples citas doctrinales o jurisprudenciales, o incluso, en base a una copia exacta del dictamen fiscal, o la demanda, o contestación de la demanda de una de las partes, inobservándose así el razonamiento propio del juez sobre el caso o, por lo menos, las razones que justifican la toma de una postura al citar una determinada jurisprudencia o doctrina, o simplemente hacer suya las opiniones dadas en un dictamen fiscal o lo expuesto por una de las partes, se evidenciaría, sin duda alguna, que el acto de motivación se encuentra “encubierto” por razones que no son propiamente fruto del razonamiento del juez, sino simple copia de lo que se pueda haber resuelto en otro caso, estudiado por algún jurista o peti-

⁵⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁵¹ Los cuales podrían ser sencillamente asemejados a los cuatro problemas de corrección de las premisas fácticas y normativas: “problema de prueba, problema de calificación, problema de interpretación y problema de relevancia. En: MACCORMICK, Niel. “La argumentación silogística”, *op. cit.*, 323-323.

⁵² Motivación por el cual se le permita conocer al justiciable, de manera implícita, las razones, criterios fácticos o jurídicos, en el que el juez apoya su decisión. En: Acuerdo Plenario de las Salas Penales Supremas del Poder Judicial del Perú N° 06-2011/CJ-116 f.j. 11. Y que también tendría relación con las denominadas “desestimaciones tácitas”. En: Sentencias del Tribunal Constitucional español 41/2007 de 26 de febrero, f.j. 3.

cionado por una de las partes. De ahí que esa sea considerada una motivación aparente.

El tercero de los supuestos tampoco evidenciará mayor reparo en su comprensión, justamente porque dentro de las razones que hacen viable una determinada motivación, un elemento imprescindible que siempre deba de estar, es el análisis del presupuesto básico (ya sea constitucional o legal) sobre el cual el juez haya debido, previamente, dejar en claro los alcances de él o la comprensión que éste tenga sobre la norma. Por ejemplo, si se tratase de una demanda de amparo contra una resolución judicial por falta debida motivación, el juez previamente habrá debido de determinar cuáles son los supuestos de procedencia de una demanda de amparo por vulneración a la debida motivación o si, por ejemplo, se ha negado la habilitación urbana de un bien inmueble, el juez, previamente a su concesión o rechazo en la vía contenciosa administrativa, habrá tenido que interpretar los alcances de dicha norma que posiblemente permita ello, así sea una interpretación de índole literal. Caso contrario, se estaría en supuestos en los que el juzgador se encuentre totalmente desvinculado de aquellas normas básicas, dadas por el legislador o el constituyente, que regulan un determinado supuesto jurídico y, en vez de ello, siendo sustituido por el criterio discrecional que el juzgador pueda tener, sin referencia alguna a una norma básica que ayude a resolver la litis.

El último supuesto es el que, quizá, pueda tener algún tipo de atingencia. Y es que, al igual que el término injusticia, no deseamos caer en un supuesto conflictivo de determinar, que pueda significar una carta abierta para que el juez penal pueda considerar, de manera abiertamente discrecional, qué es razonable para él y qué cosa no lo es.

Obviamente todos los supuestos así descritos como solución al problema planteado son interpretables (y es que casi todo en el derecho es susceptible de ser interpretado), y este último supuesto no tendría por qué ser la excepción. Sin embargo, como ya ha sido identificado en páginas anteriores, el término “qué es lo razonable”, es un supuesto tan o cual difícil así de delimitar como el mismo concepto de justicia, que pueda así ser aceptado pacíficamente por todos, pero no por ello no se pueda llegar a tratar de “cerrar su indeterminación”⁵³.

⁵³ ATIENZA, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”, *op. cit.*, p. 104 y AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, 248.

En efecto, como hemos advertido, una resolución judicial no solo debe estar racionalmente motivada, sino también dicho resultado deba ser considerado como razonable. Razonabilidad la cual irá de la mano con la comprensión y observancia de los valores y principios que se albergue en una sociedad para que así dicha decisión pueda ser aceptada. Es por ello que la decisión del juez siempre apuntará a buscar la realización tanto de los principios de seguridad jurídica y paz social, pero sin desconocer los demás principios y valores albergados en una sociedad, se encuentren o no positivizados. Bien por ello MacCormick refería que el juez deba ser considerado como un agente racional, por el que no solo cuente con la virtud de ser racional sino también otros como el de tener “*el buen juicio, justicia, humanidad, compasión*”⁵⁴.

No obstante, la falta de razonabilidad que aquí se está refiriendo es aquella que, además de ser obviamente injusta, es producto de un tipo de interpretación que carezca mínimamente de un sentido interpretativo aceptable y, por ende, defendible. De ahí pues que se refiere que este tipo de interpretación, que es considerada así como no razonable, es equivalente a una interpretación meramente caprichosa, producto del puro decisionismo del juez, sin que la misma no se encuentre avalada por razón alguna sería que la permita ser comprendida por el resto de la comunidad jurídica, es por ello que su resultado es asemejado como un tipo de interpretación absurda. Y es que, como bien refiere Lifante, si “*la labor interpretativa (en un sentido dianoético) consistirá en brindar argumentos a favor de atribuir un determinado sentido a un objeto*”⁵⁵, y el juez llegase a renunciar a ese tipo de actividad, no brindando argumentos que sustenten el sentido interpretativo dado, sumado al hecho que la interpretación realizada dista de cualquier tipo de sentido interpretativo que pueda ser defendible, deviniendo así en lo absurdo, podremos afirmar que, en estos casos, será permisible una sanción penal contra el juez que haya dictado ese tipo de resolución y que albergue ese tipo de interpretación.

Existirán, claro está, otros tipos de supuestos en los que es posible considerar a la resolución como no motivada, por ende, injusta, ya sea porque no se comparte el criterio así arribado por el juez, se considere que el juez actúa

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 129.

⁵⁵ LIFANTE VIDAL, Isabel. *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, p. 49.

con un desmedido formalismo o tenga una determinada ideología⁵⁶ que no sea a fin a la nuestra. Empero y por más equivocado que esté el razonamiento así empleado por el juez, en la medida que éste se encuentre fundamentado con buenas razones, su injusticia no podrá ser materia de análisis en el fuero penal.

Es más, en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional español sentencia 213/2003, de 01 de diciembre, f.j. 4, se determina, con total elocuencia, que el derecho a la debida motivación “*no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales*”, es decir, permeabilizando el hecho que pueda existir una resolución judicial que sea injusta pero que, en la medida que esté bien motivada y no lesione derechos fundamentales, no pueda ser sujeto de reforma vía control constitucional, entiéndase por tanto, tampoco meritoria de sanción penal.

De ahí pues que consideremos que si bien el razonamiento dado por el acusado, como fundamento de la interceptación de las comunicaciones letrado-imputados es claramente violatorio del derecho de defensa de los imputados y del secreto profesional de los letrados, dicho razonamiento (equivocado como tal y por tanto injusto), no deba ser sujeto de sanción penal por estar motivado y no configurar alguno de los cuatro supuestos así esbozados como solución al problema.

Finalmente, somos conscientes que pueda haber supuestos en los que, pese a encontrarse debidamente motivada una resolución judicial, ésta haya sido emitida con total injusticia, cuyas verdaderas razones de su expedición no hayan sido las expuestas así en la resolución, sino son aquellas que se encuentran ocultas en el interior del juzgador, accionadas así por móviles egoístas o corruptos los cuales merezcan la más alta y drástica sanción penal, nos referimos así a las denominadas “motivaciones hipócritas”⁵⁷, generadas intencionalmente en la conocida etapa del “*contexto de descubrimiento*”⁵⁸. Sin embargo, pretender someter el análisis de una resolución judicial a un proceso penal por “ser injusta”,

⁵⁶ De ahí pues que sea innegable que, en todo tipo de interpretación normativa, se esté inmersa (de manera innata al juez) una particular “ideología judicial en la aplicación del derecho”. En: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de Ezquiaga Gazunas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 55-56.

⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 146-147.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello, Trotta - Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Madrid, 2011, pp. 14 y 15.

partirá, no por tratar de evidenciar que la resolución se encuentre “indebidamente motivada”, sino en demostrar que ha existido móviles ajenos al proceso, que haya permitido la dación de esa resolución injusta.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El magistrado Baltasar Garzón ha sido una figura jurídica y pública mediática, su nombre ha sido, sin duda alguna, conocido por la gran mayoría de los ciudadanos españoles y también, en un determinado sector, por ciudadanos y juristas del exterior de España, entre otros, por su labor en el caso Augusto Pinochet, los crimines contra el franquismo, crimines de ETA, entre otros. Fue su labor activista la que reflejo en la ciudadanía su reconocimiento mediático y, por un sector de ella, cierta simpatía (como lo fuera incluso de público conocimiento por el destacado jurista Eugenio Zaffaroni). Sin embargo, lo destacado de su función, por un lado, no lo exime, ni le da carta libre a que “ese activismo”, por otro lado, se convierta en un absolutismo arbitrario en su afán de investigación penal.

Queda claro que la emisión de los autos dictados por el acusado ha lesionado el derecho defensa de los imputados. Sin embargo, consideramos que el razonamiento expuesto en la sentencia de sala suprema penal que condena a Baltasar Garzón adolece (en una parte considerable) de una falta de coherencia entre lo que fue la finalidad o el argumento central de lo que sería su desarrollo argumentativo, con lo que es el desarrollo de su sentencia. Evidenciándose, asimismo (en ciertos sectores de su razonamiento) una cierta mimetización con las funciones de un órgano superior jerárquico del proceso donde se tramitó la investigación penal dirigida por Baltasar Garzón.

Es así que, desde nuestra perspectiva, en el fondo lo que ha examinado la sentencia suprema es el tipo de motivación que ha realizado Baltasar Garzón en sus autos, configurándolas así como un delito por prevaricación y otro. De ahí que consideremos que no cualquier falta a la debida motivación de toda resolución judicial deba ser asemejada como un delito de prevaricato, mucho menos que toda resolución que pueda ser considerada injusta deba ser sancionada penalmente.

Es en ese sentido que, a fin que el supuesto normativo de “prevaricación”, no sea una norma penal que abarque cualquier tipo de supuesto donde se considere a una resolución judicial como “injusta”, se ha delimitado sus alcances de

acción a cuatro supuestos de solución así descritos en el tercer sub capítulo del presente trabajo y que los cuales abarcan, desde nuestra consideración, la falta más grave y lesión que se pueda tener al ámbito del contenido constitucionalmente protegido del deber jurisdiccional de la debida motivación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Caso Garzón: necesario distinguir”. *Isonomía*, N° 37, octubre 2012, pp. 169-200.
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Insomnia*, N° 6, abril 1997, pp. 71-79.
- ____ “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Doxa*, N° 24, 2001, pp. 429-457.
- ____ *Sobre Derecho y argumentación*, LLeonard Muntaner Editor, Palma, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ATIENZA Manuel. *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- ____ “Sobre lo razonable en el Derecho”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, N° 27, setiembre-diciembre 1989, pp. 93-110.
- ____ *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- ____ *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.
- ____ *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., 8ª reimp., Trota, Madrid, 2018.
- ____ “Siete tesis sobre el activismo judicial”, nota del 06 de junio de 2019 en “Legis Ámbito Jurídico”. Consultado el 04 de agosto de 2019 <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>
- ____ “Qué es motivar”. Consultado el 20 de agosto de 2019, en el blog: <http://lamirada-depeitho.blogspot.com.es/2014/02/que-significa-motivar.html>
- ATIENZA, Manuel y LOZADA PRADO, Alí. *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos, Quito, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- _____. *El juez y la motivación en el derecho*, dykinson, Madrid, 2005.
- DÍAZ GARCIA, Elías. “Estado de derecho y democracia”. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, año 2001-2002, N° 19-20, pp. 201-217.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, N° 13, 2016, p. 17 (1-22).
- GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica*, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional, Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, Alicante, 31 enero 2012, pp. 1-48.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- MACCORMICK, Niel. “La argumentación silogística: Una defensa matizada”, trad. Juan Antonio Pérez Lledó. *Doxa*, N° 30, 2007, pp. 321-334.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA Josep María. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NOZICK, Robert. *Anarquismo, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.
- PECZENICK, Aleksander. *On Law and Reason*, Law and Philosophy Library, Kluwer Academic Publisher, volume 8, Netherlands, 1989.
- PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Diez-Picaso, Civitas, Madrid, 1988.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. *Derechos y Libertades* (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas), N° 8, 2000, pp. 429-468.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed., 9ª reimp. (2006), Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. *Doxa*, N° 24, 2007, pp. 63-83.
- VEGA LÓPEZ, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Doxa*, N° 41, 2018, pp. 123-150.
- VON JHERING, Rudolf. *Lo Scorpo nel Diritto*. Einaudi, Torino, 1972.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de Ezquiaga Gazunas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger; LUJÁN TUPEZ, Manuel y CASTILLO ALVA, José Luis. *Razonamiento judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE ALEPH IMPRESIONES SRL
JR. RISSO 580, LINCE, LIMA-PERÚ.
DICIEMBRE DE 2021



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL SANTA

Av. Pardo N°832 - Chimbote
Telf. (043) 483280