



ILUSTRE
COLEGIO DE
ABOGADOS
DE LIMA

REVISTA DEL FORO N° 103



- 2016 -

Revista del Foro N° 103

Revista del Foro N° 103



Ilustre Colegio de Abogados de Lima

Ilustre Colegio de Abogados de Lima
Decano: Dr. Pedro Angulo Arana
Director de Comunicaciones e Informática: Dr. Oswaldo Serván Cayetano

Comisión Ejecutiva de la Revista del Foro 103
Presidente: Oswaldo Serván Cayetano
Vice Presidente: Camilo Arbieto Fuentes
Secretario: Jean Carlos Zegarra Roldán

Comisión Ejecutiva de la revista del foro y otras publicaciones
Oswaldo Serván Cayetano
Camilo Arbieto Fuentes
Jean Carlos Zegarra Roldán
Edda Karen Céspedes Babilón
Jorge Luis Reyes Huaman
Eduardo Daniel Jimenez Jimenez
Gerard Henry Angles
Remigio Zumaeta Orellana
Saidy Alcaide Lozano
Hector Luis Pittman Villarreal
Juana Madge Saravia Uceda
Jose Homero Silva Asenjo
Alicia Doris Rodriguez Berrocal

© Ilustre Colegio de Abogados de Lima
Av. Santa Cruz 255 Miraflores, Lima -Perú
Teléfonos: +51 - 710-6636 / +51 - 710-6637
www.cal.org.pe

Editor: Fernando Obregón Rossi
Diseño y Diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Colaboración: Tania Temoche Sábchez, Rocío Huamán Ureta, Consuelo Talledo Arias

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Lima 5 - Perú

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°2015-17277

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los editores.

Lima, febrero del 2017

sumario

ALCANCES NORMATIVOS, DOCTRINARIOS Y PROCESALES EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004 <i>José Mejía</i>	15
COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE LA LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA <i>Jorge Luis Palacios Palacios</i>	29
CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES <i>María Rosario Velásquez Oyola</i>	45
CONFLICTO ENTRE LAS CAUSALES DE DESPIDO Y REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL <i>Víctor Rosado Samos</i>	69
DEL DICHO AL HECHO HAY UN BUEN TRECHO. EL PRODUCTOR MINERO ARTESANAL Y EL PEQUEÑO PRODUCTOR MINERO <i>Emerson Galiano Gallardo</i>	79
DERECHO Y LENGUAJE: A PROPÓSITO DEL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL <i>Manuel Miranda Canales</i>	95
EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, CONCEPTO Y SUS IMPLICANCIAS <i>Demetrio Rojas García</i>	103
LA TÉCNICA DEL CONTRAINTERROGATORIO Y EL EXAMEN DEL ACUSADO: EVALUACIÓN DE SU APLICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL <i>Wilmer Roy Quispe Umasi</i>	115
EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS- FLAGELO SOCIAL <i>Carlos Martínez Díaz</i>	133
EL DERECHO DEL NIÑO A MANTENER VÍNCULOS FAMILIARES CON AMBOS PROGENITORES <i>William Homer Fernández Espinoza</i>	145
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE UN RECURSO DE CASACIÓN PENAL <i>César Jesús Pineda Zevallos</i>	161
EL ESTADO, LAS FUERZAS ARMADAS Y EL EJÉRCITO PERUANO EN LA DEFENSA Y LA SEGURIDAD NACIONAL “LINEAMIENTOS DE LA INTERACCIÓN DEL ESTADO, LAS FF.AA. Y EL EJÉRCITO” <i>André Javier Fournier Romero</i>	179

EL MECANISMO DE PROMOCIÓN DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA CON ENERGÍAS RENOVABLES EN EL PERÚ <i>Edwar Rafael Díaz Villanueva</i>	193
EL PROCESO INMEDIATO EN CASO DE FLAGRANCIA. ¿UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DEL PROCESO SUMARIO? <i>Rafael Vega Llapapasca</i>	209
EL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL EN EL PERÚ ¿Es posible la emisión del Certificado Registral Inmobiliario en el cual se señale todos los copropietarios? <i>Gaby Analí Fernández Espinoza</i>	237
ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DE LOS TIPOS HOMICIDAS AGRAVADOS REFERIDOS AL PARRICIDIO Y AL ASESINATO <i>Silfredo Jorge Hugo Vizcardo</i>	249
ESTUDIO PRÁCTICO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA <i>Luiggi V. Santy Cabrera</i>	285
¿EXISTE EL MARCO JURÍDICO PARA EL USO DE ARMAS NO LETALES POR LOS SERENAZGOS MUNICIPALES? UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL <i>Pedro A. Hernández Chávez</i>	305
EXTERNALIDADES POSITIVAS EN LA GENERACIÓN DE ENERGÍA HIDROELÉCTRICA. EFICIENCIA EN EL USO DEL AGUA Y REPERCUSIONES ECONÓMICAS EN LOS AGENTES <i>Jacancarlos Jair Vega Lugo</i>	325
EL DILEMA DEL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ: LA DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y HACIA UN “NUEVO” SISTEMA DE PENSIONES MULTIPILAR <i>Javier Paitán Martínez</i>	341
TRABAJO JURIDICO-ACADEMICO Y CULTURAL <i>Encinas Abril</i>	359
ES POSIBLE ANALIZAR LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO EN LOS PROCESOS DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA <i>Edgardo Alan Quispe Lira</i>	369
POPULISMO PUNITIVO Y EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA. LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL <i>David A. Alan Castillo</i>	379
LA DESPROPORCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO RESPECTO A INTERVENCIONES POR INFRACCIONES DE TRANSITO <i>Iris Falla Segura</i>	395
HABEAS CORPUS Y ADOLESCENTE INFRACTOR DE LA LEY <i>Maria Margarita Renteria D.</i>	405

HACIA UN SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE. PARA QUE LA JUSTICIA LLEGUE PRONTO, Y A TODOS <i>Hugo Huayanay</i>	419
INSTITUCIONALIDAD, POLÍTICA DE ESTADO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL SECTOR TURISMO <i>R. Manuel Burga Solar</i>	433
LA CAPACIDAD DE DELEGAR LA FUNCION DE LEGISLAR <i>Edwin Hugo Masseur Stoll</i>	443
LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN COMO MEDIOS ALTERNATIVOS Y SALUDABLES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS <i>Ximena Ramírez Zegarra</i>	461



Dr. Manuel Vicente Villarán Godoy (1914).

presentación

La Dirección de Comunicaciones e Informática Jurídica del Colegio de Abogados de Lima, se complace en llevar a cabo la edición de la Revista del Foro N° 103, revista emblemática, cuya primera edición data del año 1914 durante la gestión como Decano el Dr. Manuel Vicente Villarán, revista esperada por los colegas abogados y del mundo jurídico en general, revista conformada con la colaboración y análisis de destacados miembros de la orden. Se tocan diferentes tópicos de interés de las diferentes especialidades del derecho, artículos de gran nivel y rigurosamente escritos.

La revista del foro considera oportuno hacer una remembranza del Dr. Manuel Vicente Villarán Godoy (nació en Lima el 18 de octubre de 1873 y falleció en Lima el 21 de febrero de 1958) abogado, catedrático universitario, Ministro de Justicia (Presidencia de Augusto B. Leguía), Decano del Colegio de Abogados de Lima (1914-1915), precisamente durante su gestión como Decano apareció la Revista del Foro N° 1. Además fue Rector de la Universidad Mayor de San Marcos y como político fue senador de la República por Junín.

Lima, febrero de 2017
Oswaldo Serván Cayetano
Director de Comunicaciones e Informática Jurídica

ALCANCES NORMATIVOS, DOCTRINARIOS Y PROCESALES EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

Por: José Mejía

SUMARIO: I. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004 II. CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA III. ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA IV. PRINCIPIOS QUE DEMARCAN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA V. OPORTUNIDAD PARA PLANTEAR LA PRISIÓN PREVENTIVA VI. TRÁMITE PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA VII. LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA. CONDICIONES Y CARÁCTER VIII. LA AUSENCIA DE DEBIDA MOTIVACIÓN INCIDE EN LA ADOPCIÓN DE UNA PRISIÓN PREVENTIVA “ARBITRARIA”

I.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

El Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)¹ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú contiene el texto del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 actualizado a junio del 2016 con las modificaciones realizadas al texto original por diversos dispositivos legales, a continuación presento el texto pertinente a la prisión preventiva que se regula en los siguientes artículos:

CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

LIBRO SEGUNDO: LA ACTIVIDAD PROCESAL.

SECCIÓN TRES: LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL.

TÍTULO III: LA PRISIÓN PREVENTIVA.

CAPÍTULO I: LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

¹ <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-nuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Artículo 268.- Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Artículo 269.- Peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Artículo 270.- Peligro de obstaculización

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Artículo 271.- Audiencia y resolución

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.
2. Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia lo dispuesto en el artículo 8, pero la resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El Juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. El Fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.
3. El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.
4. El Juez de la Investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

II. CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA

Para Cintia Loza Ávalos²: “la Prisión Preventiva, es una medida cautelar de carácter coercitivo, personal y provisional que afecta la libertad personal durante un breve periodo de tiempo.

La decisión judicial de ordenar la prisión preventiva a un imputado por la presunta comisión de un delito, se hace con el fin de garantizar que el proceso que se le sigue no se vea obstaculizado, interrumpido o demorado de alguna forma. Ello no significa un adelanto de la condena, es decir, que no se está recluyendo al imputado porque se crea que su responsabilidad es evidente.

Esta medida tiene como justificación la necesidad de una pronta reacción del Estado frente al delito. También constituye un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia.”

2 CINTIA LOZA, Ávalos en: “La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el Nuevo Código Procesal Penal.” En: http://www.htmlpublish.com/convert-pdf-to-html/success.aspx?zip=DocStorage/d13fb8bc19b54b76b16982aa51f3e617/op_20151008_02.zip&app=pdf2word Febrero del 2013. Lima - Perú. p. 8

III.

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El Fiscal Mario Humberto Ortiz Nishihara³ sostiene lo siguiente: “El artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal ha establecido los presupuestos materiales para poder solicitar la medida coercitiva personal de PRISION PREVENTIVA, la cual solo la puede dictar el JUEZ a pedido del Ministerio Público; cuando se den en forma conjunta las siguientes condiciones o requisitos:

- 1.- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. (Lo que la doctrina denomina FUMUS BONUS JURIS)
- 2.- Que la sanción o pena probable de privación de la libertad a imponerse, eventualmente, al imputado, sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad. Ello implica, un análisis preliminar de la pena concreta que habría de aplicarse al procesado si fuere el caso, no solo a partir de la pena básica o conminada por la ley penal, sino la que podría imponérsele realmente, teniendo en cuenta los eventuales atenuantes y/o agravantes que hubieren, así como los elementos personales señalados por los artículos 45 y 46 del Código Penal.
- 3.- Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) o de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). Lo que se conoce también como la existencia de PELIGRO PROCESAL o PERICULUM IN MORA.

PELIGRO DE FUGA.- El peligro de fuga, implica la existencia de elementos concretos que llevan a presumir el riesgo muy probable de que el imputado pretenderá sustraerse al proceso penal, a la acción de la justicia y a su responsabilidad. Para poder tener indicadores objetivos de ello: el Artículo 269 del CPP, señala tener en cuenta aspectos muy puntuales, como son: nuevamente la gravedad de la pena establecida por ley, pero esta vez en relación a que una pena mayor significa un más alto riesgo de fuga o sustracción del imputado al proceso, la existencia o no de arraigo de parte del imputado, (entendida como asentamiento familiar, laboral, existencial), el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, la gravedad del hecho cometido (elemento nuevo, introducido por modificatoria reciente del CPP que viene a reemplazar en forma mucho más clara y objetiva al anteriormente denominado: daño resarcible)

PELIGRO DE OBSTACULIZACION.- El peligro de obstaculización, se entiende como la posibilidad real y objetiva de que el imputado interfiera, dificulte, entorpezca, ponga trabas,

3 ORTIZ NISHIHARA, Mario Humberto. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios concluidos de Maestría en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Administración y Gestión Pública en el CAEN- Centro de Altos Estudios Nacionales. Ha sido Secretario Judicial y Juez Penal (S). Actualmente Fiscal Provincial Penal (T). En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprosesopenal/2013/11/17/la-prision-preventiva/>

imposibilite o trate de imposibilitar el desarrollo de las diligencias o actos de investigación. De tal modo, que su permanencia en libertad constituya un peligro para la investigación, pues existen indicadores de riesgo razonable de ello. La conjunción de palabras RIESGO RAZONABLE nos remite no a cualquier tipo de supuesto, sino a una probabilidad sustentable en hechos o antecedentes concretos, de conductas verificables que hubiera realizado el imputado en otros procesos o en la misma investigación en curso. Por ello, este tipo de riesgo es relativamente, más difícil de evidenciar o sustentar, según cada caso particular.”

IV.

PRINCIPIOS QUE DEMARCAN LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA

En este punto el Fiscal Mario Humberto Ortiz Nishihara⁴ señala que: “El Tribunal Constitucional, en diferentes sentencias, siguiendo la doctrina vigente internacionalmente en nuestros tiempos, como la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado, que una medida como esta, se encuentra sujeta a diversos principios de observancia estricta, como son entre otros, los siguientes:

- 1.- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** La privación de la libertad solo se puede dar en los casos expresa y taxativamente previstos por la Ley y siempre y cuando se cumplan los presupuestos, los requisitos y/o las condiciones expresamente establecidos por la misma. Y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida.

“La Prisión Preventiva, es una medida cautelar de carácter coercitivo, personal y provisional que afecta la libertad personal durante un breve periodo de tiempo”

- 2.- **PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD:** La privación de la libertad necesariamente debe ser dispuesta por un Juez competente. Solo la autoridad judicial, en un debido proceso y por resolución suficientemente motivada, puede disponer una medida así. Ver: SENTENCIA EXP. N° 2050-2002-HC/TC. Esta sentencia también distingue la privación de la libertad, de la restricción de la libertad, señalando que el arresto es una restricción de la libertad pero no una privación de la libertad.
- 3.- **PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD:** Se aplica solo en casos excepcionales, extremos, en que se hace necesaria para poder llevar a cabo y asegurar los fines del proceso de investigación. Este principio va ligado al PRINCIPIO DE NECESIDAD que señala que solo se podrá aplicar cuando no baste aplicar otra medida menos gravosa, para conseguir los mismos fines, como podría ser una comparecencia restringida.

4 ORTIZ NISHIHARA, Mario Humberto. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios concluidos de Maestría en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Administración y Gestión Pública en el CAEN- Centro de Altos Estudios Nacionales. Ha sido Secretario Judicial y Juez Penal (S). Actualmente Fiscal Provincial Penal (T). En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprosesopenal/2013/11/17/la-prision-preventiva/>

- 4.- **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** Se aplica en forma proporcional a la concurrencia de los requisitos que la ley prevé, solo en los casos que la ley prescribe y en forma proporcional a la presunta responsabilidad del autor del hecho, así como al desvalor del suceso y teniendo en cuenta los fines de la medida que no son otros que garantizar la investigación, pero más aún el proceso en su integridad. La prisión preventiva debe encontrarse proporcionalmente justificada en relación al fin que se pretende obtener.

ORE GUARDIA, grafica intensamente el Principio de Proporcionalidad, en la forma siguiente:

“Consideramos que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de la libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de la pena.” (Oré Guardia, ARSENIO: LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES en el PROCESO PENAL PERUANO; Edit. Reforma, Lima, Primera Edición, 2011, pp. 34)

Al respecto, asumimos que lo expuesto en el párrafo precedente, resultaría absolutamente válido para el caso de imputados noveles, primerizos, sin ningún tipo de antecedentes; pero no resulta igual, en el caso de imputados que sean habituales o reincidentes en tales delitos relativamente menores, es decir, que tuvieran diversos antecedentes penales por iguales delitos, considerados menos dañosos, como podría ser: sucesivos hurtos o comisión de lesiones leves en el tiempo; pues en tales casos operarían los incrementos de penalidad previstos por nuestra ley procesal penal. En este último supuesto: ¿cuál sería el criterio a tomar, razonablemente? Indudablemente que sería el de considerar, si se diera la existencia copulativa de los presupuestos previstos por el Artículo 268 del CPP, la imposición de la medida de coerción procesal de prisión preventiva que corresponde.

Del mismo modo, ocurriría en el supuesto en que a un imputado se le incriminen varios delitos, todos de relativamente menor gravedad o dañosidad, con suficientes elementos de convicción que lo vinculen con la presunta autoría de todos ellos; cuyos grados de penalidad sumados o incrementados, en un eventual concurso real o ideal de delitos, superasen largamente los cuatro años de privación.

- 5.- **PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD:** Es una medida provisional, no significa una prisión definitiva ni un adelanto de la condena. Por ley es una medida provisional, temporal, que solo se dicta para asegurar los actos de investigación y el proceso penal.

- El TC ha reiterado que la PRISION PREVENTIVA para que sea reconocida como constitucional debe cumplir tales principios, precisando que las causas que justifican esta medida son: a) La presunción (sólida) de que el imputado habría cometido un delito, b) El peligro de fuga y la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria. (EXP. N° 1091-2002-HC/TC, criterio reiterado en el EXP. N°2915-2004-HC-/TC)

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias, como el Caso Bayarri contra Argentina, párrafo 69, o el Caso Acosta Calderón contra Ecuador, párrafo 74, igualmente ha señalado que la PRISION PREVENTIVA es la medida más severa que se puede aplicar a una persona a la cual se le imputa un delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el Principio de Legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, agregando que: “es una medida cautelar, no punitiva”.

V.

OPORTUNIDAD PARA PLANTEAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como bien lo afirma William Timaná Girio⁵: “La prisión preventiva es la medida de coerción más aflictiva entre todas las existentes y, por lo mismo, los requisitos o presupuestos en este caso son mucho más exigentes. Entre dichos requisitos se requiere la suficiente indiciaria tanto de la comisión del hecho como de la vinculación del imputado con los hechos. Esto es significativo porque importa que exista una parte imputada: el procesado. De carácter de imputado –a quien se le atribuye la comisión de un delito–, generalmente se le da con el ejercicio de la acción penal (bajo las tres modalidades antes mencionadas), la prisión preventiva se adaptará solo en el seno de un proceso debidamente. Tenemos a favor de este argumento el artículo 268 del CPP que establece que el juez puede dictar la prisión preventiva si concurren determinados presupuestos como lo son la suficiencia indiciaria de la comisión de un delito prognosis o pronóstico de que el imputado será sancionado con una pena superior a los cuatro años de prisión, y el peligro procesal de fuga o de obstaculizar las investigaciones, los cuales deben estar fundados en “los primeros recaudos”. Estos primeros recaudos no son otros que los actos realizados en las diligencias preliminares.

Pues bien, hemos indicado también que si el fiscal no plantea la prisión preventiva en el primer momento en que ejercita la acción penal, es deber del juez pronunciarse por la comparecencia simple. Esto es relevante porque si existe un mandato de comparecencia simple, entonces no se podría plantear la prisión preventiva, pues la situación jurídica del imputado ya ha sido definida. Después de dictada la comparecencia simple, sólo cabe plantear la revocatoria de dicho mandato.

Resumiendo, la prisión preventiva solo podría ser solicitada en forma paralela y simultánea a la comunicación de la formalización de la investigación preparatoria, o para ser más precisos en el mismo momento en que se ejercita la acción penal.”

5 TIMANÁ GIRIO, William: Juez de la Investigación Preparatoria de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huara. En Nuevo Código Procesal Penal Comentado Vol. 1 Ed. Ediciones Legales E.I.R.L. Lima - Perú Reimpreso en el 2016. pp.943 - 944

El autor William Timaná Girio⁶ señala, entre otras conclusiones, sobre la prisión preventiva lo siguiente:

“La prisión preventiva no puede ser planteada sino en un solo momento: en forma paralela o simultánea con el ejercicio de la acción penal siendo improcedente que se requiera con posterioridad a dicho acto procesal.

Es deber del juez de la investigación preparatoria dictar la comparecencia simple si el fiscal no requiere ni la prisión preventiva ni la comparecencia restrictiva cuando se ejerce la acción penal.

Insistir en la correcta interpretación de las normas procesales es avalar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, asegurar que las garantías procesales de las que gozan los justiciables sean realmente eficaces.”

VI. TRÁMITE PROCESAL DE LA PRISION PREVENTIVA

En el trámite que se debe seguir para la prisión preventiva el magistrado Mario H. Ortiz Nishihara⁷ señala lo siguiente:

- 1) Si el Ministerio Público considera, conforme a sus atribuciones, que en un determinado caso se cumplen los presupuestos señalados por el Artículo 268 del CPP para tener que solicitar la medida de PRISION PREVENTIVA, así lo requerirá al señor Juez de Investigación Preparatoria o Juez de Garantías, mediante un escrito debidamente fundamentado, denominado REQUERIMIENTO de PRISION PREVENTIVA (Artículo 268 del CPP). Ello, en la práctica, en los casos de detención policial por presunto delito flagrante, debe cumplirse antes de las 24 horas de la detención policial de un imputado.
- 2) El Requerimiento del Ministerio Público, si bien es solo una acción postulatoria, sin embargo, debe justificarse en sí mismo; exponiendo los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su pedido; para ello, debe cumplir con detallar en forma razonada y fundamentada, la forma en que concurren o confluyen los requisitos establecidos por la norma procesal y que obligan a solicitar la medida cautelar personal.

6 TIMANÁ GIRIO, William: Juez de la Investigación Preparatoria de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huara. En Nuevo Código Procesal Penal Comentado Vol. 1 Ed. Ediciones Legales E.I.R.L. Lima – Perú Reimpreso en el 2016. p. 947

7 ORTIZ NISHIHARA, Mario H. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios concluidos de Maestría en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Administración y Gestión Pública en el CAEN- Centro de Altos Estudios Nacionales. Ha sido Secretario Judicial y Juez Penal (S). Actualmente Fiscal Provincial Penal (T). En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprosesopenal/2013/11/17/la-prision-preventiva/>

- 3) El Juez de la Investigación Preparatoria, recibido el requerimiento de Prisión Preventiva, llamará a una AUDIENCIA para determinar la procedencia de la prisión preventiva solicitada (Artículo 270 del CPP). Esta audiencia debe realizarse dentro de las 48 horas siguientes a la presentación del requerimiento escrito del Fiscal. Es una audiencia de carácter obligatorio para el Juez, el Fiscal, el abogado defensor del imputado, bajo responsabilidad disciplinaria. El imputado podría no concurrir y es representado de todos modos por su defensor. La Audiencia de Prisión Preventiva, como todas las del modelo procesal, se rige y se lleva a cabo con sujeción a los Principios de Oralidad, Contradicción, Publicidad, Inmediación, Igualdad de Armas entre las partes, Derecho a la Prueba y Debido Proceso en general.
- 4) El auto que resuelva el pedido de PRISION PREVENTIVA, debe ser especialmente motivado, (Artículo 271 del CPP). Esto significa que la resolución del Juez debe estar a la altura de un tema tan trascendental, que atañe: no solo a la eventual limitación o restricción de un derecho fundamental como es la libertad personal del imputado, sino que alude a la misma seguridad y al desarrollo del proceso; pero que igualmente concierne a la necesidad de garantizar la legítima potestad jurisdiccional y punitiva del Estado, y la debida tutela jurisdiccional y el derecho de la víctima a obtener un justo amparo y resarcimiento.
- 5) En caso de que el Juez no considerara fundado el pedido de Prisión Preventiva deberá optar por la medida de Comparecencia Restrictiva o Comparecencia Simple, según corresponda; motivando esta decisión debidamente, se entiende.
- 6) DURACION: Conforme al Artículo 272 del Código Procesal Penal, la PRISION PREVENTIVA que se establezca, no durará más de 9 meses. Ello ha llevado, a que se entienda que la ley establece un máximo pero no un mínimo de tiempo en meses, lo que ha generado no pocas controversias. Prevaleciendo en todo caso, el argumento del llamado PLAZO RAZONABLE, es decir que la prisión preventiva se debe extender solamente por el término necesario para poder realizar los actos de investigación y el juzgamiento del procesado, sin excederlo y con la debida actuación y cuidado de los órganos procesales en no propiciar o generar un alargamiento indebido del proceso que afecte el imputado privado de su libertad. Debiendo anotarse, que asegurar el proceso no solo puede significar asegurar la investigación, sino también la debida culminación del proceso, esto es: el desarrollo exitoso del juicio oral respectivo.// En los casos denominados COMPLEJOS, con pluralidad de delitos, diversidad de actos de investigación, múltiples agraviados, o procesos que importen la revisión de la gestión de entidades del Estado, la ley señala un plazo de hasta 18 meses.
- 7) APELACION: El auto que resuelve el Requerimiento de Prisión Preventiva, es apelable, dentro del término de 3 días de emitido en audiencia. (ARTS. 278 y 413 numeral 2, 414 numeral 1 literal C y 416 numeral 1 literal E del CPP).
- 8) TRAMITE DE LA APELACION EN LA SALA: La Sala debe pronunciarse sobre la apelación formulada, previa vista de la causa, dentro del término de 72 horas de elevado

el expediente respectivo. A la audiencia asisten: el Fiscal Superior y el Defensor del imputado. La decisión debidamente motivada se expide el mismo día de la audiencia o en el plazo de 48 horas, bajo responsabilidad. Si la Sala Superior declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo Juez u otro, dicte la resolución que corresponda, conforme a lo previsto por el Artículo 271, es decir previa NUEVA AUDIENCIA.”

VII.

LA AUDIENCIA DE PRISION PREVENTIVA. CONDICIONES Y CARÁCTER

El Profesor universitario Arsenio Oré Guardia⁸ afirma lo siguiente: “El nuevo Código Procesal Penal asume una postura exigente respecto a la audiencia de prisión preventiva. En tal sentido, buscando preservar el derecho de defensa y el principio de contradicción en la audiencia, dispone la obligatoriedad de esta y regula determinadas consecuencias jurídicas para aquellos sujetos procesales que incumplan sus obligaciones durante su desarrollo.

El Artículo 271.1 del NCPP establece que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, el Juez de la investigación preparatoria realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. Dicha audiencia debe celebrarse con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. En caso que no asista el abogado del imputado, este será reemplazado por un defensor de oficio.

No obstante, el nuevo Código Procesal Penal prevé también un único supuesto en el válidamente se puede realizar la audiencia de prisión preventiva sin contar con la presencia del imputado. Este supuesto se da cuando el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia (Artículo 271.2); en cuyo caso será representado por su abogado o defensor de oficio.

Al respecto resulta relevante señalar, que la negativa referida por la NCPP puede ser expresa o tácita, pero en ambos casos debe ser voluntaria. La negativa expresa cuando el imputado por escrito verbalmente manifiesta su voluntad de no asistir a la audiencia, pese a haber sido citado, emplazado o intentando ser conducido a la misma. También es posible que dicha negativa sea expresada por otro medio directo, así por ejemplo a través del abogado del imputado. La negativa tácita, por el contrario, se produce cuando la voluntad del imputado de no estar presente en la audiencia de prisión preventiva se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que releva su existencia. Así, por ejemplo, en el caso del imputado detenido, se produciría una negativa tácita cuando este se resiste a ser conducido a la audiencia de prisión preventiva, pese a no expresar de manera directa su negativa.

Por otro lado, si bien el NCPP hace referencia al imputado que se niega a asistir por cualquier motivo, consideramos que dicha regulación es atentatoria contra los derechos del imputado. Por tanto, en aquellos puestos donde el imputado se niegue a asistir por razones de

8 ORÉ GUARDIA, Arsenio: Profesor de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En Nuevo Código Procesal Penal Comentado Vol. 1 Ed. Ediciones Legales E.I.R.L. Lima – Perú Reimpreso en el 2016. pp.981 – 985

fuerza mayor, debidamente comprobadas, la defensa bien podría instar la nulidad de la resolución y de la audiencia.

Pues bien sobre este tema en particular, la sentencia casatoria señalo que no es absoluta la necesidad de contar con la presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva, pero sí su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiera señalado–, con su conducción al juzgado cuando este detenido. La debida citación a la que hace referencia la Corte Suprema, deberá interpretarse conforme a los alcances que sobre este tema ya ha dado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, se ha señalado que debida citación consiste en la posibilidad que tiene el procesado de conocer los contenidos de los pronunciamientos y diligencias judiciales, a efectos de ejercer el derecho de defensa que le asiste. Como se puede apreciar esta exigencia no está condicionada a que el imputado haya señalado previamente su domicilio real o procesal, como erróneamente establecen la Corte Suprema.

Por otro lado, a juicio de la Corte Suprema, no sería exigible –en la audiencia de prisión preventiva – la presencia de los imputados que se hallaran en tres situaciones específicas; a saber: a) Aquellos imputados que hayan huido, b) aquellos imputados que estén como no habidos y c) aquellos imputados que no quieran concurrir por estrategia procesal, de defensa o por entorpecimiento de la investigación. Al entender que la Corte Suprema, en todos estos supuestos habría una negativa de concurrir a la audiencia, por parte de los inculpados. Es del caso recalcar, que más adelante amplia este círculo para comprender también a aquellos imputados que hayan sido declarados contumaces y aquellos imputados que se hayan fugado.

Al respecto, debemos manifestar que el Código Procesal Penal no emplea las condiciones o situaciones del imputado que ha “huido”, ha “fugado” o el “no habido”, para regular aquellos casos en que el imputado se niega a asistir a la audiencia de prisión preventiva. Siendo ello así, la incorporación de estas nuevas figuras generan, más bien, mayores problemas. Así, el imputado que ha “huido”, se puede entender como aquél que se ha retirado del lugar donde se perpetró el hecho punible o del lugar de su residencia, siendo que en ambos casos puede tratarse de un ausente, si no hay evidencias que determinen que tiene conocimiento del proceso. Por otro lado, el imputado “no habido” puede tener condición de contumaz o ausente, pues se trata del imputado cuyo paradero se ignora y por ello no puede ser aprehendido por la Policía Nacional, siendo que su condición de contumaz o ausente dependerá si tiene o no conocimiento de que es requerido por la justicia.

No es suficiente, pues, la simple constatación de que se trate de un imputado que ha “huido” o es “no habido” o que se ha “fugado”, sino que también es indispensable que haya realizado cualquiera de tales comportamientos teniendo conocimiento de que es requerido o investigado, aunque formalmente no hubiera sido declarado reo contumaz. Se infiere la voluntad de no comparecer a las actuaciones procesales, por ejemplo, cuando el imputado teniendo conocimiento de que es requerido o investigado huye del lugar de su residencia, cambia de domicilio, pese a permanecer en la localidad (no habido) o sale del país.

Ahora bien, un problema mayor significa el hecho de que la Corte Suprema considere a los imputados ausentes como un supuesto de aquellos imputados que se niegan a asistir a la

audiencia de prisión preventiva. Y es que el ausente es aquella persona, de quien se ignora su paradero y no aparece en autos evidencia que estuviera conociendo el proceso (artículo 79.2 del NCPP). Consecuentemente, si dicha persona no tiene conocimiento que está siendo objeto de una investigación preparatoria, mal podría inferirse que tácitamente se está negando a estar presente en la audiencia de prisión preventiva.

La figura del procesado ausente al que hace referencia el Código Procesal Penal, no implica un comportamiento de sustracción voluntaria a la persecución penal, sino un estado en el cual el procesado ignora que está siendo requerido o investigado. Por ello, al ignorar que está siendo requerido o investigado, el procesado ausente realmente se encuentra en una situación fáctica de indefensión, a la que no se puede sumar una “negativamente tacita” que puede importar la aplicación de una medida coercitiva de gran intensidad como es la prisión preventiva.

Por otro lado, sin lugar a dudas, notificar a imputados libres trae consigo un serio problema en cuanto a plazos. Será difícil convocar a audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del fiscal de prisión preventiva, notificar y contar con los cargos de recepción – con mayor razón en el interior del país donde las distancias entre la sede del órgano jurisdiccional y el domicilio del imputado son mayores -. Por tanto, si se tiene en cuenta que el plazo previsto en el artículo 271 del NCPP no es bajo sanción de nulidad, nada obsta a que el juez considere el término de la distancia u otros factores de orden material a fin de realizar en forma la audiencia de prisión preventiva cuando se trata de imputado en libertad, y observar rigurosamente el plazo cuando se trate de imputado detenido. Por lo demás, en el caso que no tenga certeza que el imputado inasistente haya sido notificado para concurrir a la audiencia, la misma podrá frustrarse y señalarse nueva fecha.

En el caso concreto de la sentencia casatoria, el imputado pese a tener conocimiento de que se encontraba requerido por la justicia – habiendo incluso acreditado abogados de su elección en la investigación preparatoria – se fugó a Argentina, con la cual incurrió en los supuestos de contumacia del artículo 79 del NCPP. En tal virtud, el imputado con su comportamiento evidente de no presentarse voluntariamente a las actuaciones procesales, pese a tener conocimiento de estar requerido e investigado, permite inferir que se trata también de una negativa tácita de estar presente en la audiencia de prisión preventiva y por ende, a ejercer su derecho a la defensa material en dicho acto procesal.

Asimismo, el citado autor presenta a manera de propuestas respecto a la prisión preventiva lo siguiente:

- a) Regular convenientemente la prisión preventiva en el caso de imputados detenidos y los no detenidos o libres.
- b) Establecer las detención judicial para fines de prisión preventiva en el caso de los imputados que se encuentren en los supuestos de contumacia o ausencia que regula el artículo 79 del NCPP, y siempre que se cumplan con los requisitos exigidos por el inciso 1 a) Del artículo 261 NCPP.

- c) En el caso del requerimiento de prisión preventiva contra imputados libres – que no tenga la condición de ausentes o contumaces, - el plazo para realización de la audiencia debe establecer dentro de los 5 días de recibido el mismo.
- d) Tratándose de imputados no detenidos, es necesario contemplar expresamente la posibilidad de extender el plazo para la realización de la audiencia cuando el imputado reside fuera de la localidad donde tiene su sede el órgano jurisdiccional.
- e) Regular la utilización de la videoconferencia para la realización de la audiencia de prisión preventiva, siempre que haya condiciones para ello, cuando el imputado detenido se encuentre fuera de la localidad sede del órgano jurisdiccional ante quien se ha formulado el requerimiento de prisión preventiva.”

VIII.

LA AUSENCIA DE DEBIDA MOTIVACIÓN INCIDE EN LA ADOPCION DE UNA PRISION PREVENTIVA “ARBITRARIA”

Según el autor Alonso R. Peña Cabrera Freyre⁹ sobre este tema señala lo siguiente: “En primer término habría que preguntarnos, ¿Cuándo estamos ante una detención “arbitraria”?, se dijo líneas atrás, que la prisión preventiva es legal, al constituir una medida de injerencia prevista en la ley procesal así como los presupuestos legitiman su adopción, entre estos, que debe dictarla un juez penal competente para ellos; cuando se impone, está mediando una causal no prevista en la ley o funcionario incompetente, estaríamos ante una detención “ilegal”.

Dicho lo anterior, habrá que señalar que la detención arbitraria, será toda aquella que se impone sin concurrir los presupuestos que legitiman su adopción, cuando el funcionario que la dicta rebasa el contenido normativo que regula su imposición, ante una detención que sobrepasa los límites fijados por la ley así también cuando la detención permanece en el tiempo pese a haberse desvanecido los motivos que justificaron su dictado (*rebus sic stantibus*). Cuando no concurren las razones que otorgan validez a la medida de coerción procesal.

A decir, de Bovino es evidente que el concepto de “detención arbitraria” no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a los requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima. Casos en los cuales el funcionario público sustituye a la ley, empleando razonamientos y/o motivos que no se ajustan a la ratio de los presupuestos que informa la normatividad aplicable.

La Convención Interamericana ha dado el siguiente concepto, en el Caso 10.247 y otros (Perú): “Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada armar al margen de los motivos

9 PEÑA CABRERA, Alonso R. En Nuevo Código Procesal Penal Comentado Vol. 1 Ed. Ediciones Legales E.I.R.L. Lima – Perú. Reimpreso en el 2016 p. 1004

y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en la desviación de facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley, la comisión ha señalado también que la detención para fines impropios es, en sí misma un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o extralegal que vulnera la garantía del juicio previo”.

El artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; lo que importa un abuso de poder, cuando el funcionario hace de su competencia funcional en servil medio para la realización de su voluntad personal, sobreponiéndola sobre la voluntad general que debe servir la ley, sosteniendo su resolución bajo motivos carentes de toda razonabilidad y/o proporcionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Exp. N°1091-2002-HC/TC (Considerando 19), en cuanto a la debida motivación de las resoluciones judiciales que decretan la detención preventiva, ha sostenido lo siguiente: “Dos son, (...), las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podrá evaluarse si es arbitraria por injustificada”.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE LA LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA

Por: Jorge Luis Palacios Palacios¹

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- LA DISTINCIÓN ENTRE ENTIDAD RELIGIOSA Y GRUPO RELIGIOSO III.- CONFESIONES HISTÓRICAS IV.- CONFESIONES HISTÓRICAS V.- CONVENIOS DE COLABORACIÓN VI.- EL CONCEPTO DE GARANTÍAS DE ESTABILIDAD Y PERMANENCIA VII.- GRUPOS RELIGIOSOS MALÉFICOS VIII.- CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La libertad religiosa es un derecho fundamental reconocido como tal por la Constitución Peruana así como por la mayor parte de los textos constitucionales del mundo. Sin embargo, pese a que en otros países ha suscitado un importante debate así como una nutrida jurisprudencia y un marco jurídico claro, en especial en lo referido a las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, en Perú se puede observar que, pese a un desarrollo incipiente, muchos aspectos de este derecho no han sido adecuadamente desarrollados, al contrario, no es exagerado decir que este debate se ha visto entorpecido por posiciones encontradas entre diversas comunidades o grupos religiosos, así como errores conceptuales y normativos, cuando no, la pretensión interpelar el Derecho conforme a alguna interpretación religiosa.

En ese sentido, esa crítica también puede aplicarse al marco jurídico que define la relación entre el Estado y las confesiones religiosas. Este último aspecto puede verse con claridad en las normas que regulan dicha relación y que han sido objeto de diversas críticas y planteamientos de mejora por parte de la doctrina jurídica, de los propios líderes de las confesiones religiosas, e incluso del entonces Ministro de Justicia, Gustavo Adrianzén².

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Ministerio de Justicia. *Ministro Adrianzén anuncia próxima aprobación de modificatoria al Reglamento de la Ley*

Al respecto, mediante la Resolución Ministerial N.º 327-2015-JUS, del 21 de diciembre de 2015, el Ministerio de Justicia dispuso la publicación en su portal institucional del Proyecto del Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa (en adelante, el Proyecto) que de ser aprobado habrá de modificar al Decreto Supremo N.º 10-2011-JUS, Reglamento de la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa³ (en adelante, el Reglamento), en tal sentido, este artículo tiene como objetivo realizar algunas observaciones, sin ánimos de ser exhaustivos, al marco jurídico que se establecería si se aprueba el Proyecto y que se exponen en los siguientes párrafos.

II.

LA DISTINCIÓN ENTRE ENTIDAD RELIGIOSA Y GRUPO RELIGIOSO

Uno de los aspectos más elementales de todos los sistemas jurídicos que han optado por otorgar un reconocimiento especial a los grupos religiosos es la delimitación de este concepto y su necesaria distinción del concepto de la entidad religiosa, pues si bien son conceptos que se interrelacionan, confundir uno y otro resultaría tan grave como creer que la realidad fáctica y jurídica son perfectamente intercambiables.

Lo anteriormente dicho no solo se observa en el Derecho comparado, sino que, pese a una redacción a veces confusa, también se extrae de una adecuada interpretación histórica y sistemática, de la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa⁴ (en adelante, LLR).

2.1. Grupo religioso y entidad religiosa

No obstante, pese a que el Reglamento podría haber optado por una distinción clara entre ambos conceptos, señala, no sin cierta incoherencia, en su artículo 7.2 que las entidades religiosas existen como personas jurídicas con independencia de estar inscritas o no en el Registro de Entidades Religiosas (en adelante, RER):

7.2 Todas las entidades religiosas, inscritas o no, en el Registro de Entidades Religiosas, gozan del pleno ejercicio del derecho de libertad religiosa invocada en la Constitución Política del Perú (énfasis agregado).

Si bien es cierto, que los individuos pueden ejercer los derechos vinculados a la libertad como asociaciones jurídicas o simplemente como colectivos sociales, el término entidad religiosa debería haberse reservado para aquellos grupos que hayan logrado su inscripción en el RER, como se aprecia de una interpretación sistemática de la LLR.

de Libertad Religiosa. 30 de julio de 2015. Disponible en: <<http://www.minjus.gob.pe/ultimas-noticias/noticias-destacadas/ministro-adrianzen-anuncia-proxima-aprobacion-de-modificatoria-al-reglamento-de-ley-de-libertad-religiosa/>>, revisado el 21 de febrero de 2016.

3 Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de julio de 2011.

4 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre de 2010.

Probablemente la principal fuente de confusión entre grupo religioso y entidad religiosa proviene del artículo 5 de la LLR⁵, y que es más o menos transcrito en el artículo 7 del Proyecto, que define la entidad religiosa como una confesión o comunidad religiosa con determinadas características y fines. Ello podría llevarnos a considerar, como erróneamente hace la Exposición de Motivos del Proyecto, que la entidad religiosa es una entidad social que existe con independencia de su inscripción en el RER o de la acción del Estado y, con ello, se iguala el grupo religioso y entidad religiosa. Ello, sin embargo, es desacertado por las siguientes razones.

El mencionado Art. 5 ofrece diversas interpretaciones, la primera es la descrita en las líneas anteriores –la entidad religiosa como ente preexistente y casi ajeno al Estado cuyo reconocimiento es solo declarativo–; sin embargo, dicha interpretación ignora tanto lo dispuesto por el resto del articulado de la LLR y también que las entidades religiosas presuponen la existencia de “confesiones o comunidades religiosas”. Esto último implica que el Art. 5 reconoce la diferencia entre la confesión o comunidad religiosa y entidad religiosa, de lo que cada uno son conceptos relacionados pero con contenido propio.

A diferencia de lo propuesto por el Proyecto, la interpretación sistemática de la LLR señala claramente que la inscripción en el RER otorga la personalidad jurídica propia de una entidad jurídica, como también ocurre en el derecho español que al referirse a la inscripción en el RER señala: *Su efecto es que la entidad inscrita gozará de la condición de persona jurídica en el orden civil y de una presunción a su favor erga omnes*⁶.

Por otra parte, el inicio de la existencia legal de la entidad religiosa, no se encuentra en el artículo 5, sino en el artículo 6 de la LLR⁷, el que señala en su literal a) que la entidad religiosa tiene el derecho a la personalidad jurídica. Por consiguiente, si entendemos que una persona jurídica existe solo en la medida que, aunque sea redundante, tiene personalidad jurídica, la entidad religiosa inicia su existencia legal cuando logra inscribirse en el RER. Al respecto, el artículo 6 parece querer ser enfático en ello pues señala que el derecho a la personalidad jurídica corresponde solo a las entidades religiosas “debidamente inscritas”.

Otro argumento en este sentido se encuentra en el artículo 13 de la LLR⁸ en el que

“La libertad religiosa es un derecho fundamental reconocido como tal por la Constitución Peruana así como por la mayor parte de los textos constitucionales del mundo”

5 “Artículo 5.- Entidad religiosa. Se entienden como entidades religiosas a las iglesias, confesiones o comunidades religiosas integradas por personas naturales que profesan, practican, enseñan y difunden una determinada fe. Estas entidades cuentan con credo, escrituras sagradas, doctrina moral, culto, organización y ministerio propios”.

6 C. de Diego-Lora. Hacia la plena vigencia de los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, VII (1991), p. 207. Citado en: Ministerio de Justicia. Proyección Nacional e Internacional de la Libertad Religiosa. Madrid, 2001, p. 250.

7 “Artículo 6.- Dimensión colectiva de las entidades religiosas Son derechos colectivos de las entidades religiosas debidamente inscritas, entre otros, los siguientes: a. Gozar de personería jurídica civil, así como de plena autonomía y libertad en asuntos religiosos, pudiendo establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política del Perú [...]”.

8 “Artículo 13.- Registro de Entidades Religiosas

textualmente se señala que el RER tiene como finalidad principal conceder a una comunidad religiosa la personalidad jurídica propia de una entidad religiosa. Es decir, se reitera que solo mediante la inscripción es que la comunidad religiosa, accede a la personalidad jurídica y existencia legal propia de una entidad religiosa.

Finalmente, si observamos que el último párrafo del artículo 14 de la LLR prescribe que dispone que se puede cancelar la inscripción en el RER, por lo tanto, si la entidad religiosa fuera un ente cuya existencia trasciende las normas estatales (como parece afirmar el Proyecto y más abiertamente su Exposición de Motivos), una vez inscrita no podría ser expulsada del RER.

Ello también concuerda con el Art.77 del Código Civil, aplicable supletoriamente, al señalar que la existencia de la persona jurídica (cualquiera sea esta) inicia con su inscripción en el registro correspondiente, “salvo disposición distinta de la ley”. Por lo que para considerar que la entidad religiosa existe como persona jurídica sin necesidad de inscribirse en el RER se requeriría una negación expresa de la LLR sobre tal posibilidad, pero el Art.5 no establece tal negación, al contrario, de su interpretación en conjunto con el Art.6 parece determinar lo contrario, por ende, una entidad religiosa se crea únicamente mediante la inscripción en el RER.

En conclusión, el concepto de entidad religiosa es una persona jurídica que ostenta un estatus especial en atención su naturaleza y fines religiosos, pero precisamente porque se trata de una persona jurídica es que se trata de una categoría jurídica concedida por el Estado solo si el grupo social que lo solicita atraviesa el procedimiento de inscripción registral propio y acredita cumplir los requisitos legalmente establecidos. De ello, si bien la existencia social del grupo religioso no requiere de reconocimiento del Estado el reconocimiento de la existencia legal de la entidad religiosa sí exige la inscripción en el RER.

2.2. La distinción entre comunidad religiosa y entidad religiosa en el Derecho comparado

El criterio anterior también puede encontrarse en el Derecho comparado en España, por ejemplo, la doctrina⁹ y la jurisprudencia¹⁰, que señalan que es mediante la inscripción que el grupo religioso accede a la personalidad jurídica propia de una entidad religiosa. Dicho ordenamiento jurídico ha establecido que se acceda al estatus de entidad religiosa solo mediante la inscripción en el registro correspondiente¹¹:

Las entidades religiosas inscritas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. Su organización, funciones, atribuciones y representación se rigen por esta Ley y su reglamento, así como por sus propias normas y estatutos”.

- 9 *Por tanto, el carácter de la inscripción es el de ser constitutiva de la personalidad jurídica civil de la entidad que se inscribe en el Registro. No parece técnicamente adecuado hablar de que la inscripción registral es constitutiva, sin más; por una parte, se inscribe lo que ya existe (en otro ámbito, pero existe)[se refiere al grupo religioso como realidad fáctica]; y por otra, se inscribe para permitir el acceso a un régimen específico, propio del factor religioso. En: Ídem, p. 251*
- 10 *Sentencia del Tribunal Constitucional Español 46/2001, del 15 de febrero de 2001, fundamento jurídico 7. Véase también: Sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de junio de 1996 sobre la Iglesia de Unificación.*
- 11 *Los principales procedimientos por los cuales los Estados confieren personalidad jurídica en materia religiosa son: la emisión de legislación (para organizaciones religiosas ‘estatutarias’), la suscripción de un convenio (concordato u otra forma de acuerdo), el registro de organizaciones religiosas (el cual puede ser administrado por autoridades estatales del Poder Ejecutivo o Judicial), y una forma híbrida de suscripción de acuerdos de cooperación con organizaciones religiosas ratificadas por ley formal. En: Doe, Norman. Law and Religion in Europe: A comparative Study. Oxford:*

La inscripción de una entidad religiosa en el Registro implica, ante todo, el reconocimiento de su personalidad jurídica como tal grupo religioso [...]. Pero al propio tiempo, el reconocimiento de esta específica o singular personificación jurídica confiere a la entidad un determinado 'status' (énfasis agregado)¹².

Al respecto la doctrina española también señala la distinción entre grupo y entidad religiosa que mencionamos en el acápite anterior:

No tiene por qué coincidir la noción sociológica y jurídica de confesión o religión; la segunda no es independiente de la primera –el Derecho no puede prescindir de la concreta historicidad de los fenómenos reales–, pero el concepto jurídico no está condicionado por la noción metajurídica, ya que su función es dotarla de los terminados efectos jurídicos que el ordenamiento establece (énfasis agregado)¹³.

En efecto, dicha distinción es clara en los sistemas europeos que han adoptado un sistema similar al nuestro, en los cuales se entienden como grupos religiosos a aquella entidad social que se congrega alrededor de determinadas creencias que pueden identificarse con credos o confesiones religiosas¹⁴, dicha entidad puede carecer de personalidad jurídica o reconocimiento legal, haber obtenido la personalidad jurídica de una asociación civil ordinaria, o haber accedido una personalidad jurídica o *status* especial que solo se reconoce a las entidades de naturaleza y fines religiosos. Mientras que en los tres casos estamos ante un grupo religioso, solo en el último podemos hablar propiamente de una entidad religiosa.

“El concepto de entidad religiosa es una persona jurídica que ostenta un estatus especial en atención su naturaleza y fines religiosos”

En tal sentido, se señala que “La inscripción significa, por tanto, el acto clave en la aplicación a un grupo del status jurídico de confesión religiosa¹⁵. Cabe agregar que el TEDH ha señalado que aunque existe una interrelación entre el reconocimiento de un grupo religioso como entidad religiosa, y el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de sus miembros,¹⁶ el Estado está obligado a conceder la personalidad jurídica propia de una entidad religiosa solo si verifica el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos siempre que estos sean razonables y no discriminatorios¹⁷.

Oxford University Press, 2011, p. 98 (traducción propia).

12 Ministerio de Justicia. La libertad religiosa en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo (1979-2004), Madrid: Boletín Oficial, 2005, p. 168

13 Motilla, Agustín. Concepto y régimen jurídico de las entidades religiosas. En: Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 18.

14 Las confesiones religiosas son un fenómeno anterior y preexistente con una entidad y autonomía propias. En: Juan Fornés de la Rosa. Observaciones. En: Ídem, p. 62.

15 Motilla, Agustín. En: Ídem, p. 15.

16 Doe, Norman. Op. Cit., p. 88.

17 Op. Cit., p. 89.

III. SOBRE EL REQUISITO DE LA RENOVACIÓN PERIÓDICA

Una de las novedades del proyecto es un importante cambio en los procedimientos relativos a la inscripción en el RER, esto es, la obligación de renovar dicha inscripción cada tres años. Sin embargo, aunque parece un requisito razonable este aspecto no parece tener sustento ni en la LLR o, de la lectura de la Exposición de Motivos, en alguna otra norma legal. En tal sentido, si bien coincidimos en que un cambio en los procedimientos de inscripción y pérdida de inscripción en el RER era necesario, es preocupante que este detalle no tenga una base legal y, peor aún, contradiga a la LLR.

En tal sentido, la LLR no dispone el establecimiento del requisito de renovación para asegurar la permanencia en el RER, sino únicamente a la cancelación del registro por decisión del propio administrado, a lo que se puede sumar las facultades de declarar la nulidad del acto administrativo de inscripción en el RER por las facultades generales de fiscalización posterior contenida en la LPAG.

Como se mencionó antes, es extraño que la Exposición de Motivos señale que el procedimiento de renovación se basa no en la LLR u otra norma legal sino en una resolución administrativa derogada:

En el marco de la experiencia con la que cuenta el Registro a cargo de la Dirección de Asuntos Interconfesionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, consideramos importante que la inscripción en el registro mantenga una vigencia de tres (03) años, práctica que se venía aplicando por disposición de las normas aprobadas por la Resolución Ministerial N° 0187-2010-JUS¹⁸ (énfasis agregado).

Sin perjuicio de la incorrección terminológica que se aprecia, pues lo correcto era señalar que la norma aludida es la Resolución Ministerial N.° 377-2003-JUS¹⁹, modificada por la Resolución Ministerial N.° 187-2010-JUS²⁰, se debe apreciar que el Proyecto, de aprobarse, sería una norma reglamentaria *secundum legem* que no debería transgredir lo dispuesto por la LLR.

Sin embargo, este punto no solo carecería de un sustento legal, sino que contravendría expresamente a la LLR. Esto se debe a que de la interpretación del requisito de renovación se colige que de no ser renovado se cancelaría la inscripción en el RER lo que contraviene expresamente el artículo 14 de la LLR, que señala que actualmente la cancelación de la inscripción solo procede en los supuestos previstos en la LLR y en la LPAG.

18 Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de la Ley N.° 29635, Ley de Libertad Religiosa, p. 5. Disponible en: <<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/12/Exp-de-motivos-nuevo-reglamento-2-SET-publicaci%C3%B3n-portal-web-Libertad-de-Religiosa.pdf>>, revisado el 7 de enero de 2016.

19 Resolución Ministerial N.° 377-2003-JUS, que implementa el Registro de Confesiones distintas a la Católica y aprueban sus Normas Aplicables, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre de 2003.

20 Esta resolución es accesible en el portal de transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Finalmente, la inclusión de este nuevo requisito contradice la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de la legalidad y constitucionalidad de las normas infralegales, la cual ha señalado respecto los reglamento *secundum legem*:

*Cabe resaltar que conforme a su naturaleza, un reglamento de ejecución, está llamado a precisar, desarrollar, pormenorizar, complementar el precepto al cual reglamentar en lo estrictamente indispensable [...] **No podrá introducir más de lo que sea estrictamente indispensable** [...] no podrá en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidos en la Ley misma (énfasis agregado)²¹.*

En conclusión, es desacertado que el requisito de renovación se justifique en una resolución administrativa derogada pero ignore el marco legal vigente. Del mismo modo, también se debe apreciar que el contexto en que el nuevo Reglamento se emitiría no podría ser más diferente al de la resolución en que se basa este punto, pues la Resolución Ministerial N.º 377-2003-JUS se emitió en un momento en que había un relativo vacío normativo en la materia, por lo que podía establecer un marco jurídico con suma flexibilidad en ausencia de normas de mayor jerarquía.

Por otra parte, el Proyecto se publicaría en un contexto muy diferente donde el derecho fundamental a la Libertad Religiosa, así como las relaciones del Estado con las confesiones religiosas, se rige mediante una norma legal además de una nutrida jurisprudencia constitucional. Es decir, se trata de una norma parametrada por lo establecido por el legislador y el juez constitucional lo cual indefectiblemente debería conllevar a adecuar las innovaciones que pudiera realizar los órganos investidos de potestad reglamentaria para no incurrir en excesos que pudieran derivar en su ilegalidad e inconstitucionalidad.

IV. CONFESIONES HISTÓRICAS

Aunque el Proyecto presenta cambios saludables en lo relativo a los requisitos para la inscripción en el RER también ha introducido una modificación sumamente extraña, no solo resulta desafortunada por lo poco clara que resulta (lo que se acentuará aún más cuando se lleve a la práctica), sino porque también es contrario al marco jurídico creado por la LLR:

*Artículo 11.- De los requisitos para la inscripción en el Registro de Entidades. [...] e) Mención del número de fieles mayores de edad con el que cuente en el territorio nacional, el cual no será menor de quinientos (500), **salvo que se trate de confesión religiosa histórica, u oficial de un Estado que mantenga relaciones diplomáticas con el Perú**²² (énfasis agregado).*

21 Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en el Exp. N.º 2833-2013, del 16 de septiembre de 2014, considerando N.º 15.

22 Proyecto del Reglamento de la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa. Artículo 11, literal e). Disponible en: <<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/12/REGLAMENTO-PUBLICACION-PORTAL-WEB-LIBERTAD-RELIGIOSA.pdf>>, consultado el 7 de enero de 2016.

Primero, la ambigüedad de la norma surge porque si bien una confesión oficial es relativamente fácil de identificar, no ocurre lo mismo con lo que el Proyecto ha denominado una ‘confesión histórica’, concepto no solo novedoso sino que importa una gran vaguedad, paradójicamente, la vaguedad que el legislador trató de eliminar en la LLR:

Porque se entiende que ese registro establece requisitos, ¿no es verdad? Y para qué vamos a colocar aquí ningún requisito que además puede ser a veces hasta discrecional, subjetivo y no algo tangible, sólido para demostrarse²³.

Por supuesto, ello no será un problema en los casos más sencillos, como la Iglesia Ortodoxa o Luterana que se citan en la Exposición de Motivos del Proyecto; pero, qué ocurre con otras menos longevas o más controvertidas como la cienciaología (que ya han sido motivo de debate en otros países²⁴), más aún debe considerarse que el Proyecto no precisa si por *confesión histórica* alude a la relevancia histórica o únicamente a un criterio temporal, pues dependiendo de ella un grupo religioso minoritario pero antiguo podría acceder al RER pero no así un grupo religioso numéricamente mayor y socialmente más representativo pero de más reciente fundación. Ello se vuelve más confuso si nos planteamos cuáles son los criterios para determinar el tiempo de existencia de una confesión para considerarla como “histórica”.

Sin perjuicio de las dudas que genera este término, debe indicarse que la calidad de ‘histórica’ u oficial de una confesión no es excusa para eximirla de cumplir con los requisitos establecidos en el Art.14 de la LLR, pues dicha norma no ha señalado excepción alguna al procedimiento en general de inscripción en el RER, salvo aquella en su Segunda Disposición Complementaria Final relativo a la Iglesia Católica.

Por lo tanto, se pueden formular objeciones similares a las del acápite anterior, sobre que la norma reglamentaria no puede exceder o distorsionar la norma legal y, en caso contrario, incurre en supuestos de ilegalidad.

Peor aún, si el Proyecto introduce una circunstancia que supone una diferenciación de aquellos grupos religiosos con carácter oficial o histórico que no es conforme a la LLR estaría generando un supuesto de diferenciación de entes que –legalmente– están en las mismas circunstancias por razón de antigüedad o número de creyentes, lo que constituiría un supuesto de discriminación indirecta, aspecto que ya ha sido rechazado por otros sistemas jurídicos en este tipo de casos²⁵.

23 Diario de los debates del Pleno del Congreso. Primera Legislatura Ordinaria de 2010, décimo cuarta sesión, del 2 de diciembre de 2010 (sobre el proyecto de la LLR), p.63. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/6170838e050295cd052577f40050be27/\\$FILE/TSP14021210.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/6170838e050295cd052577f40050be27/$FILE/TSP14021210.pdf)>, revisado el 19 de enero de 2016.

24 A propósito de la Cienciaología véase la discusión que ha suscitado en España respecto a su naturaleza y la posibilidad de su inscripción en el RER de dicho país. En: Mottilla, Agustín. Op. Cit., p. 23.

25 *There is no right to any distinctive entity beyond that necessarily implied by corporate legal personality, although where such a status is made available, associations must be able to access it on a non-discriminatory basis.* En: Rivers, Julian. *The Law of organized Religions: Between Establishment and Secularism.* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 56.

La introducción de este aspecto contradice también la naturaleza del RER, pues una de las cualidades del reconocimiento de entidades religiosas mediante registro debería ser la certeza jurídica del procedimiento, su mayor eficiencia y brevedad en el procedimiento, así como la mayor precisión de los requerimientos de acceso a la personalidad jurídica²⁶; lo cual se obstaculiza si se incluyen elementos imprecisos y con serios visos de ilegalidad, y que en la práctica habrán de ser decididos en base a la discrecionalidad, cuando no arbitrariedad, de la Administración.

V.

CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Aunque el Proyecto ha sido acertado el hacer una remisión expresa al concepto de garantías de estabilidad y permanencia, contenido en la LLR, en el procedimiento de inscripción en el RER, ello no se ha repetido en materia de la suscripción de convenios de colaboración los cuales son abordados por el artículo 15 del Proyecto.

Dicho artículo no aporta ninguna regla o procedimiento en concreto como sí hace el artículo 28 del Reglamento actualmente vigente. En tal sentido, el mencionado Proyecto ha perdido una valiosa oportunidad para desarrollar este punto y establecer un procedimiento reglado que permita a las entidades religiosas tener seguridad jurídica para acceder a dichos convenios, a la vez que limitar la discrecionalidad o arbitrariedad del Estado, ello de conformidad con el artículo 36 de la LPAG que señala que los procedimientos por los que debe transitar el administrado se establecen mediante decreto supremo en el marco del principio de legalidad al procedimiento administrativo²⁷.

Cabe agregar que en España se ha procurado regular lo mejor posible los alcances de un procedimiento con matices de discrecionalidad para el acceso a convenios que prevenga que dicha discrecionalidad degenerate en arbitrariedad o ineficiencia, siendo ello una de las recomendaciones hechas al RER²⁸, precisamente para lo que se ha expedido una norma reglamentaria definiendo los requisitos y procedimiento para la declaración del notorio arraigo²⁹.

Otro error en este punto es que el Proyecto y su Exposición de Motivos señalan que los Convenios de Colaboración podrán ser firmados por “los diferentes niveles de gobierno”, esa desacertada redacción podría ser interpretada como la posibilidad de que estos sean suscritos

26 Doe, Norman. Op. Cit., p. 98-108.

27 *Legalidad del procedimiento.*

36.1 *Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad.* En: Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 36.

28 *Reforzar el carácter reglado del procedimiento y disminuir, en aras a la tutela de ese derecho y de la certeza y la seguridad jurídica de las entidades peticionarias, la discrecionalidad de la DGAR en la interpretación y aplicación de las condiciones impuestas por la ley.* En: Motilla, Agustín. Op. Cit., p. 30.

29 Real Decreto 593/2015, del 3 de julio de 2015, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España.

por el Gobierno Nacional, Regionales y Locales; lo cual no parece haber reparado en que de una adecuada interpretación de la LLR ha conferido tal potestad únicamente al Gobierno Nacional a través del Parlamento.

En efecto, la LLR en su artículo 15, donde establece el marco jurídico para la suscripción de dichos convenios, señala tres características fundamentales: i) que estos deben darse en el “ámbito nacional”, ii) que la suscripción deberá verificar el notorio arraigo *a nivel nacional* y iii) tendrán ‘carácter legal’.

Sobre la primera característica, de la mera interpretación gramatical podría concluirse que el “ámbito nacional” se refiere al Gobierno Nacional, que es el único que puede emitir normas de ese alcance, y excluye a los Gobiernos Regionales y Locales. Pero, inclusive si se considera que la LLR ha empleado tal término en un sentido coloquial, al revisar el debate congresal que da origen a la LLR se señala que el criterio de notorio arraigo, canon que debe emplearse en este procedimiento, era un concepto empleado por otros sistemas normativos³⁰.

“Del mismo modo, la LLR señala que los convenios de colaboración deberán expedirse mediante una norma legal, de ello reduce considerablemente a los entes que podrían expedir tales normas”

Es decir, que el legislador estaba pensando en el sistema español donde el criterio de notorio arraigo tiene su origen, en tal sentido, ese sistema ha establecido, con una norma similar a la nuestra, que solo el Parlamento puede suscribir convenios de colaboración.

En segundo lugar, la LLR también señala que para la suscripción de un convenio debe verificarse que la entidad religiosa haya adquirido notorio arraigo a nivel nacional, por lo tanto, solo el gobierno nacional se encuentra en la posición para determinar el cumplimiento de este requisito.

Del mismo modo, la LLR señala que los convenios de colaboración deberán expedirse mediante una norma legal, de ello reduce considerablemente a los entes que podrían expedir tales normas. Ello debido a que los convenios de colaboración incluyen elementos tan diversos como exoneraciones y beneficios tributarios, prerrogativas especiales de las propiedades de la entidad religiosa, asistencia religiosa en centros de salud, políticas educativas, etc. El marco jurídico de los gobiernos regionales y locales; si bien reconoce la posibilidad de que estos suscriban convenios con entidades privadas en materia educativa, turística entre otras, no les concede las facultades para firmar convenios con la envergadura propia de un convenio de colaboración, por consiguiente,

30 Igualmente, en el segundo párrafo del mismo artículo se recoge la propuesta en el sentido de hacer mención a las entidades religiosas que “hayan adquirido notorio arraigo”, que es una expresión que se utiliza para la inscripción en los registros de entidades religiosas, como se ha señalado. Es a partir de esta inscripción que el Estado puede adoptar medidas favorables al desarrollo de las actividades de estas entidades.
Diario de los debates de la Comisión Permanente del Congreso. Período Legislativo 2009-2010, novena sesión, 19 de febrero de 2010, p. 40. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/0/1869b296ec87f798052578240056cc82/\\$FILE/TSCP9190210.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/0/1869b296ec87f798052578240056cc82/$FILE/TSCP9190210.pdf)>, revisado el 2 de enero de 2016.

de acuerdo al principio de taxatividad y cláusula de residualidad³¹ de sus competencias, los convenios de colaboración únicamente por el gobierno nacional.

También debe descartarse que estos Convenios puedan expedirse mediante normas reglamentarias pues el Ministerio de Justicia, órgano con la competencia de gestionar las relaciones del Estado y las entidades religiosas, no tiene la competencia legal para ello³². De la misma manera, resulta difícil defender que la necesidad de suscribir convenios de colaboración revista de la urgencia suficiente como para justificar que el Poder Ejecutivo pudiera suscribirlos mediante Decretos Legislativos y, menos aún, por Decretos de Urgencia.

En conclusión, en la medida que la LLR exige que los convenios de colaboración solo puedan suscribirse en el ámbito nacional y mediante una norma legal, ergo, el marco jurídico constitucional solo podría admitir que fuera el Parlamento el ente emisor de dicha norma.

VI.

EL CONCEPTO DE GARANTÍAS DE ESTABILIDAD Y PERMANENCIA

Sin duda otro de los aspectos que genera bastante preocupación es la extraña conceptualización de las garantías de estabilidad y permanencia que se encuentra en la Exposición de Motivos. En efecto, aunque dicho concepto se encuentra contenido en el artículo 14 de la LLR y en el literal d) del artículo 11 del propio Proyecto, la definición que se deriva de estas y que aparece en la Exposición de Motivos no solo ignora por completo el concepto establecido de garantías de estabilidad y permanencia (empleado pacíficamente en el sistema jurídico español y alemán) sino que adopta una perspectiva opuesta:

*Cabe precisar que el número de fieles de una confesión religiosa no es elemento constitutivo de la misma. **Este elemento lo comprenden sus principios, doctrina o credo, escrituras sagradas, culto, organización religiosa e ideales, que tienen como consecuencia y práctica de su fe, una variada proyección social,** que el Estado conoce respecto de las entidades religiosas (énfasis agregado)³³.*

Así, el Proyecto llega a afirmar que los elementos fijados en la LLR, como el número de adherentes, como requisitos para obtener la inscripción en el RER no son determinantes; de hecho, si se sigue la lógica que plantea el Proyecto se podría concluir que las entidades religiosas vienen a ser una categoría casi metafísica y ajena a toda consideración de orden público.

Ello no constituye una exageración, pues si el único elemento para identificar una entidad religiosa es su doctrina, entonces el Estado al admitir o no la inscripción de un grupo religioso como en el RER estaría emitiendo juicios de valor sobre la validez o invalidez de las doctrinas

31 Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), del 27 de septiembre de 2005, fundamentos jurídicos 46-52.

32 Ley N.º 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Literal p) del artículo 6.

33 Proyecto del Reglamento de la Ley N.º 29635. Op. Cit.

religiosas, es decir, el rechazo de la inscripción en el RER implicaría una declaración estatal sobre la verdad o falsedad de las creencias de un grupo religioso³⁴; lo que devendría en una infracción de los principios de neutralidad y aconfesionalidad establecidos en el artículo 50 de la Constitución; en tal sentido, reafirmamos que los conceptos jurídicos que deben emplearse en esta evaluación deben sustentarse en una definición laica y jurídica, como bien se ha afirmado en el sistema jurídico español:

Es claro que la voluntad de nuestra Constitución no es que el legislador establezca una definición general y abstracta de religión, o valorar la falsedad o veracidad de las creencias –lo cual atentaría contra la laicidad del Estado–, sino elaborar una noción convencional como hace en los conceptos de ‘arte’ o ‘cultura’³⁵.

A propósito del concepto de *garantías de estabilidad y permanencia*, este es un concepto jurídico proveniente del sistema jurídico alemán y que permite la inscripción en el registro de personas jurídicas a las que se ha concedido un estatus o régimen especial³⁶ y son reconocidas

“Peor aún, lo dispuesto por la norma deriva necesariamente en un juicio de valor sobre las creencias religiosas”

oficialmente como entidades religiosas. De forma similar a lo que busca la LLR, para evitar tomar decisiones únicamente en la doctrina del grupo religioso, y con ello incurrir en las infracciones constitucionales antes señaladas, utiliza las garantías de estabilidad y permanencia para buscar factores objetivos que demuestren que un grupo religioso, además de su doctrina y ritos, ha alcanzado

suficiente peso social como para justificar que la colaboración con el Estado para alcanzar fines comunes.

Ello se ha denominado la evolución a una “concepción prestacional” de las entidades religiosas³⁷, mediante la que se reconoce una serie de prerrogativas mediante el reconocimiento de un grupo religioso como entidad religiosa, más aún puede afirmarse, en coincidencia con la doctrina mayoritaria en el tema que:

34 “Al respecto, debe decirse que una preocupación constante de la doctrina española es evitar que el RER pueda convertirse en un sistema de valoración de creencias religiosas conforme a los grupos de poder o visiones mayoritarias de la sociedad: [...] Por el contrario, los principios de libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado han de impedir que el RER pueda ser instrumento de control sobre las creencias, o que la Administración valore dogmas o postulados teológicos [...]”. En: Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 30.

35 Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 18.

36 “[Sobre el reconocimiento y cooperación] precisamente la inscripción en un Registro especial representa el acto de reconocimiento que permite a esa clase de entidades acceder un régimen jurídico singular y distinto al establecido para el común de las asociaciones”. En: Luis Prieto Sanchís, Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 59.

37 Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 21.

Da acceso a un régimen específico más favorable que el común, y resulta lógico que el Estado exija unos requisitos mínimos. El hecho de constituirse en grupo religioso, por ejemplo, no es título suficiente para exigir determinados beneficios fiscales o tributarios.³⁸

Sobre ese punto, contrariamente a la desconfianza presente en la Exposición de Motivos, el sistema español entiende como natural y necesario que los criterios de inscripción en el RER deban comprender a elementos cuantificables y tangibles, a los que denomina *requisitos de carácter institucional*:

Requisitos de carácter institucional

Este bloque de condiciones posee la doble finalidad de constatar una mínima permanencia y estabilidad de la entidad peticionaria de la inscripción, necesaria si se pretende llevar a cabo una futura cooperación con los poderes públicos con visos de continuidad en el tiempo, y el dar publicidad de los procedimientos para la toma válida de decisiones³⁹

Más aún, en el sistema alemán⁴⁰ y español es pacífico afirmar que no basta los elementos sociológicos para que el Estado considere a una entidad religiosa como tal, sino que, conforme al marco jurídico pertinente, la potencial entidad religiosa deberá demostrar el cumplimiento de una serie de requisitos que garanticen su solidez como persona jurídica:

1. *Creencia en la divinidad o en un ser o seres superiores [...].*
2. *Actos de culto [...].*
3. ***El elemento institucional de la entidad, reflejado en la verificación de una organización y estructura propia, un número de fieles o años de implantación mínimo; condiciones que garantizan la estabilidad del grupo***⁴¹ (énfasis agregado).

Al respecto, estos requisitos podrán ser demostrados mediante procedimientos flexibles que faciliten su acreditación por parte del grupo religioso⁴², en cualquier caso, acreditar determinados aspectos fácticos es admitido por otros ordenamientos no solo para acceder a la calidad de entidad jurídica sino también para obtener los beneficios económicos y fiscales aparejados.

38 Joaquín Mantecón Sancho, Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 94.

39 Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 32.

40 La jurisprudencia alemana, ha considerado que para determinar si se está ante una religión se debe considerar dos aspectos "spiritual content and external appearance" En: Doe, Norman. Law and Religion in Europe: A comparative study. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 14 y ss

41 Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 22-23.

42 Cabría, por ejemplo, exigir que se acreditaran sus firmas ante notario, o que este diera fe del número de miembros inscritos en el libro de registro de la entidad
En: Joaquín Mantecón Sancho. Ministerio de Justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 93.

VII. GRUPOS RELIGIOSOS MALÉFICOS

Finalmente un aspecto que no puede ser ignorada en el presente estudio, y que podría considerarse como síntoma de la falta de profundidad teórica y de los prejuicios todavía vigentes en la materia, es la exclusión de cierto tipo de grupos de acceder al RER por la única razón de que las creencias que profesan resultan chocantes o desagradables.

Este es un problema que se inicia en la LLR pero que el actual Reglamento y el Proyecto no han hecho ningún esfuerzo por desarrollar una interpretación constitucional de dicha disposición legal y plasmarla en el proyecto de norma reglamentaria, pese a sus otras “innovaciones” normativas.

En efecto, la LLR dispuso expresamente en su artículo 5 que los grupos avocados “al desarrollo de ritos maléficos, cultos satánicos o análogos” quedaban excluidos de la inscripción en el RER, lo cual es luego reiterado en el actual Reglamento y el Proyecto de forma casi literal. Empero, esta prohibición es discutible por el hecho de que determinadas creencias religiosas, aunque nos parezcan aberrantes, grotescas o simplemente de mal gusto; no son distintas jurídicamente de otras, en la medida que poseen organización, credo y ritos, por consiguiente, estas diferencias no pueden ser un sustento jurídico constitucionalmente válido para excluir a los grupos de acceder a los beneficios de los que gozan otros en similares circunstancias.

En tal sentido, es un error que la LLR señale como un factor de la aplicación de la ley la característica de maléfica o, particularmente, “satánico”, esto es implica un juicio del contenido del dogma o el credo del grupo religioso, así como una afectación a su derecho a la presunción de inocencia o de la legalidad de sus actos, como se afirmó en el Parlamento español:

*Los grupos llamados ‘sectas’ y sus integrantes **tienen pleno derecho a su existencia y a la presunción de inocencia de que disfrutamos todos los ciudadanos y grupos sociales** (énfasis agregado)⁴³.*

Debió señalarse que se prohíben dichas creencias cuando sean contrarias al orden público o a los derechos fundamentales (por ejemplo, cuando alguno de estos grupos cometiera algún delito)⁴⁴. En el Derecho comparado, cultos como la Wicca, vinculada a la brujería anglosajona y

43 Comisión de Estudio sobre las sectas en España presentado ante el Parlamento. Citado en: Ministerio de Justicia. La libertad religiosa en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo (1979-2004), Madrid: Boletín Oficial, 2005, p. 176

44 Véase por ejemplo, los criterios que señaló el Tribunal Supremo español como aquellos que justificarían la negativa a la inscripción en el RER y el reconocimiento de un grupo religioso como entidad religiosa:

No puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, salud y moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos. En: Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, del 27 de junio; 137/1998, del 29 de junio, y 141/2000, del 29 de mayo. Véase también: Doe, Norman. Op. Cit., p. 98-108.

a cultos celtas, ha sido admitida como entidad religiosa en Puerto Rico⁴⁵, Costa Rica⁴⁶ y España⁴⁷.

Peor aún, lo dispuesto por la norma deriva necesariamente en un juicio de valor sobre las creencias religiosas, pues los supuestos de la norma suponen un análisis basado en conceptos transversales de las creencias judeo-cristianas, por lo tanto, al analizar la aplicación de este extremo de la norma los funcionarios públicos deberán apelar a conceptos anclados en un grupo muy definido de creencias religiosas, por lo que dichos funcionarios subordinarían su decisión a criterios de carácter religioso, con lo que se quiebra la separación entre Estado y grupos religiosos que el marco jurídico constitucional ha ordenado respetar, pues *[l]a secularidad del Estado tiene precisamente razón de ser, si es entendida como un sistema de neutralidad ideológica y como garantía y tutela de libertad y del pluralismo*⁴⁸.

Precisamente ello significa una contradicción con el carácter laico o secular del Estado que estableció que la relación entre el Estado y las entidades religiosas debe limitarse a la colaboración para alcanzar fines comunes, mas no resulta admisible que el Estado emplee consideraciones de carácter netamente religioso en el ejercicio de sus competencias ni de su potestad para conceder beneficios jurídicos y económicos. Más aún, también significa la discriminación de los grupos religiosos que profesan creencias como la Wicca o similares y que incluso si desarrollan sus actividades dentro del marco de la licitud, se verían impedidos de acceder al RER exclusivamente por razón de sus creencias.

VIII. CONCLUSIONES

La relación entre las entidades religiosas y el Estado son un elemento sumamente importante para el derecho a la libertad religiosa, al hacer viable su ejercicio colectivo y proteger los bienes y ejercer los derechos de la comunidad religiosa como ente.

En paralelo, en nuestro país se ha planteado como tesis que detrás de la formalidad del Estado laico se viene desarrollando un Estado pluriconfesional, es decir un Estado que no ha consagrado la separación entre Estado y las Iglesias o entidades religiosas, como establece el artículo 50 de la Constitución, sino que en los hechos ciertas confesiones han venido a ocupar una importante posición e influir políticamente de forma directa o indirecta⁴⁹.

45 Véase los asientos registrales de las tres asociaciones de Wicca inscritas. Disponible en: <<https://prcorpiling.f1hst.com/CorporationSearch.aspx>>, revisado el 18 de febrero de 2016.

46 Gaceta Oficial de Costa Rica. Registro de personas Jurídicas. Avisos legales. Disponible en: <http://www.gaceta.go.cr/pub/2010/12/15/COMP_15_12_2010.html>, revisado el 20 de febrero de 2016.

47 Véase los asientos registrales de las entidades religiosas denominadas Wicca celtíbera y Asociación Wicca España. Disponibles en: <<http://maper.mjusticia.gob.es/Maper/DetalleEntidadReligiosa.action?numeroInscripcion=015163>> y <<http://maper.mjusticia.gob.es/Maper/DetalleEntidadReligiosa.action?numeroInscripcion=015431>>, revisados el 20 de febrero de 2016.

48 Dimitri Tsiamparlis. Observaciones. Ministerio de justicia. La libertad religiosa: a los 20 años de su ley orgánica. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 52.

49 Huaco Palomino, Marco. "Relaciones Iglesia-Estado en Perú: Entre el Estado pluriconfesional y el Estado laico". En: *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. México D.F.: El Colegio de México y Centro de Estudios Sociológicos, 2008, p. 107-162.

Del mismo modo, un sustento jurídico insuficiente ha derivado que tanto el legislador como la Administración en su ejercicio de su poder reglamentario han generado un marco jurídico que presenta algunos errores, si bien ciertos aspectos, como la distinción entre entidad y comunidad religiosa y las garantías de estabilidad y permanencia, constituyen solo imprecisiones de carácter doctrinario; otras son más graves, por ejemplo la introducción de la categoría de confesiones históricas y el requisito de renovación que no tienen sustento legal, finalmente la excepción de los grupos maléficos revela supone no solo una forma de discriminación (presente en la LLR, en el Reglamento y en el Proyecto) sino también una contradicción con los principios de un Estado laico.

Ello, no hace sino recordarnos lo lejos que aún estamos de un Estado auténticamente laico y lo muy necesario que es el fortalecimiento del nivel de laicidad que hemos alcanzado. Los puntos problemáticos que se han descrito en los párrafos anteriores bien pueden ser un punto de partida para alcanzar un marco jurídico de la libertad religiosa que no solo promueva este derecho con respeto a los demás derechos fundamentales y en armonía con las normas legales y constitucionales del ordenamiento.

CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES*

Por: *María Rosario Velásquez Oyola*¹

* Mediante Decreto Legislativo N. 768 de fecha 04 de marzo del año 1992 se deroga el Código de Procedimientos Civiles e ingresa en vigencia el Código Procesal Civil. En aquellas fechas un aproximado de 30 Abogados cursábamos estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

La Unidad de Post Grado en esa fecha estaba ubicada en la Av. Wilson.

Para inicios del año 1993, y como parte de los estudios se dio inicio al curso de Derecho procesal Civil a cargo del Dr. Jorge Carrión Lugo, docente de la Universidad de San Marcos, quien además laboraba en calidad de Magistrado en el Poder Judicial.

El Dr. Carrión Lugo a través de la Unidad de Post Grado programo y ejecuto una serie de conversatorios, seminarios, Talleres con el fin de que los alumnos afiancemos las clases sobre el nuevo Modelo Procesal Civil que se impartía en la Unidad de Post Grado de Derecho.

En estas épocas el invitado infaltable en los eventos académicos en los que se hacía difusión del Código procesal Civil era el Dr. Juan Monroy Gálvez, por ser uno de los autores del nuevo modelo procesal civil.

La institución de moda en ese entonces “el Proceso Cautelar”, “las medidas cautelares,” “su regulación en el código Procesal Civil peruano”. Realmente los profesores lograron motivar en mi la curiosidad intelectual por tan novedosa institución: ¿Proceso Cautelar? ¿Medidas Cautelares?

Tal fue mi curiosidad intelectual que cuando viajé a Mendoza-Argentina lo que hacía es comprar libros, y así pude adquirir los originales de Eduardo N. De Lázaro “Medidas Cautelares”, Manual de Derecho Procesal Civil de Lino Enrique Palacio, Teoría General del Proceso de Osvaldo Alfredo Gozaini, Curso de Derecho Procesal de Hugo Pereira Anabalón, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, El Proceso Justo de Augusto Mario Morello, entre otros.

El resultado de tal inspiración fue el ensayo de Derecho comparado sobre “variación, medida anticipada y eficacia de la Medida Cautelar en el código Procesal Civil Peruano y su regulación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina”, documento que se encuentra en la biblioteca de nuestra alma Mater y cuya autoría se divulga en *google*.

Esta es una ocasión para volver a leer, pensar y repensar las instituciones que regula el Código Procesal Civil, sin embargo, en esta oportunidad hare memoria de los conceptos sobre medidas cautelares a que se refiere el ensayo primigenio que elabore en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quedando pendiente un trabajo de investigación sobre la regulación actual sobre medidas cautelares en el Código Procesal civil peruano.

1 Abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cursa estudios de Maestría en Derecho (Énfasis en Derecho Privado: Sistema Acusatorio y Técnicas de Litigación Universidad Privada de Medellín- Colombia). Ex - Fiscal Provincial Nuevo Modelo Procesal Penal. Integra lista de Abogados hábiles para ejercer como Jueces Superiores supernumerarios en el Poder Judicial- Distrito Judicial de Ventanilla (Resolución Administrativa N. 124-2016-P-CSJV/P).

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES III.- POSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO IV.- CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES V.-PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES VI.-CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES VII.- NOCIÓN DE INSTRUMENTALIDAD VIII.- BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las funciones jurisdiccionales y, como manifestación de la eficacia de la gestión judicial, se establece la posibilidad de requerir Medidas Preventivas tendientes a garantizar el resultado eventualmente favorable de un proceso iniciado o próximo a ello.

El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente ocupa un largo plazo hasta que llega el reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial.

Operan también como reaseguro de la sentencia, de tal modo que, además del interés de quien las insta, el del mismo Órgano Jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa.

Pero el curso de actividades posibles no se reduce a este juicio hipotético de probabilidades. La función de las medidas cautelares no requiere simplemente ser un medio de satisfacción de intereses que esperan una respuesta jurisdiccional.

En la dimensión del peligro que lleva el tiempo en el litigio puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades inmediatas, por ejemplo:

Ordenando la internación de una persona para evitar que cause a otros o a sí mismo, daños irreparables. O bien que deba lograrse una paz social rápida, aun cuando sea provisoria; en un conflicto sobre alimentos, también puede resguardar la permanencia de cosas o lugares en la eventualidad de su destrucción por el no uso, la degradación posible, o la pérdida de huellas imprescindibles para tomar una pauta de acción.

El tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso, y de alguna manera, en los derechos, que se pretenden propios, porque si éstos se consiguen declarados en una sentencia favorable, y después de ello no pueden cumplirse por que el objeto se perdió, ese mandato es virtualmente ineficaz, ha sido dictado para una situación abstracta, que oportunamente, pudo preverse.

II. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La denominación del instituto discurre enfocada como acción, pretensión, proceso, providencia, medida, aseguramiento, entre otras denominaciones; sin perjuicio de otro problema colateral que escala en su definición declarativa, ejecutiva, como proceso de conocimiento.

2.1. ACCIÓN

Como acción la entendió Chiovenda, refiriendo incluso a sentencias provisionales o asegurativas; relación criticada por quienes aceptan la acción como un concepto unitario.

2.2. PROCESO

Autonomía del Proceso Cautelar.

Presentada como remedio sustitutivo contra los riesgos del tiempo, la medida cautelar aparece como accesoria o instrumental de otro proceso al que accede para asegurar su eficacia.

Carnelutti, por ejemplo, dice que “Cautelar se llama al proceso cuando en vez de ser autónomo, sirven para garantizar (constituye una Cautela para) el buen fin de otro proceso. (Definitivo)

La complementariedad que se señala, no obstante, tiene particularidades propias y exigencias que la condiciona a formas y fundamentaciones para disponer sobre su procedencia.

Este marco de adecuación legal previamente formulado, demuestra que existe cierta autonomía para el desempeño, circunstancia que podría llevar a confundirlo como un proceso independiente cuando en realidad, es una autonomía de procedimiento. Son recaudos en procedimientos y admisibilidad.

Estos requisitos mostrarían *prima facie*, que la promoción de una medida precautoria, al menos teóricamente para ubicarse con un interés propio y específico. Habría entonces, un derecho sustancial al de cautela, muy común en la Justicia preventiva que instala al Juez en un miraje atento a los pasajes y desventuras posibles que tiene el desarrollo procesal, acompañando esos repliegues probables con providencias necesarias y suficientes para atemperarlos. En este sentido se aprecia que la providencia cautelar tiene un alcance claramente sustancial y, por tanto, extraprocesal.

Liebman y Calamandrei acentúan el carácter temporal de la cautela, estableciendo con la determinación del proceso al que incurren su propia culminación, ya sea porque el derecho fue reconocido y entonces, la media cobra plena satisfacción, o bien porque se declaró inexistente el derecho y aquélla, en consecuencia, debe revocarse. Esta posición otorgaría autonomía funcional

aun cuando la mantiene en el campo de la pretensión procesal.²

Palacio, explica su parecer en estos términos: “Aunque desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo alguno desdeñable, el criterio que preside tales denominaciones no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, ya que si bien éste carece de autonomía con respecto al principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo en el ámbito conceptual e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos, aunque no con el alcance exageradamente amplio que propicia un sector de la doctrina”.

La oscilación doctrinaria perfila las posiciones características de esta disputa dialéctica:

- 1.- No existe el Proceso Cautelar, si no providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan.
- 2.- El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la Justicia preventiva. El proceso cautelar es aquel que tiene como propósito asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva que se explica en otro proceso principal, por el peligro que puede significar la demora del trámite de este proceso.
- 3.- Existe un proceso cautelar por las características procesales como se lo dispone, donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia, revisten las principales notas de su independencia respecto del Juicio principal.

Ramos Méndez, expresa lo siguiente: “El Proceso Cautelar no tiene una autonomía e independencia al margen del proceso principal, salvo que quiera identificarse dicha autonomía con el aspecto procedimental.” En este sentido, cualquier incidente que ocurra a lo largo del proceso tendría la misma significación.

El carácter accesorio de las medidas cautelares, aun cuando gozan de un procedimiento propio-anticipado o inserto dentro del litigio al que concurren no llevan una finalidad asegurativa propia. El concepto de un derecho sustantivo de cautela sería por demás discutible. De otro modo, podría pensarse en un proceso autónomo cuya única finalidad es la de obtener una medida precautoria, la que una vez lograda abastece la pretensión del interesado.

En verdad que actualmente la parsimonia de la justicia lleva a exacerbar la tutela preventiva propiciando, antes que el proceso, el reaseguro de la ejecución (por el análisis de los referentes tiempo, inversión y beneficios).

También es cierto que, sobre los pilares del proceso cautelar se ha formado otro tipo preventivo autónomo, utilizado para mediar en los conflictos colectivos (intereses difusos, daños ocasionados a grupos indeterminados de consumidores de productos más elaborados), “Allí

2 Página 9. Eduardo N. de Lazzari, “Medidas Cautelares” Librería Editora Platense S.R.L. 2da impresión abril de 1989. Pág. 9.

cumplen como coronación de un proceso de conocimiento cabal, no inaudita parte sino con bilateral sustanciación, ni tampoco de modo superficial o *prima facie* de las causas determinantes (emanaciones tóxicas de una fábrica), un rol principal, autónomo, no conexo ni instrumental de otro proceso. Se agotan en sí mismo al brindar autosatisfacción. La esencia de la resolución a pesar de esos efectos en el caso, no desdibuja sus características de Provisoriedad y Mutabilidad toda vez que estos operan siempre que se alteren o cambien las circunstancias (hechos) que justificaron el sentido de aquella providencia es el fenómeno de la clausura *rebús sic startibus*). Si en el ejemplo se suprime la causa de la contaminación lo decidido preventivamente carecerá ya de justificación”

Pero nada de ello descarta que sea propio de las medidas cautelares prestar un servicio de asistencia al proceso. Esa es su finalidad, y todo el campo ganado en su efectiva prédica por la seguridad y la Justicia, corroboran, nada más, que la enérgica respuesta que posibilitan.

La evolución alcanzada a partir de su modelo no las ha dotado de suficiencia científica. Aun cuando resguardan la ejecución y potencian eventualmente el cumplimiento de una acción declarativa de mera certeza, continúan en el marco de sus condiciones y solemnidades.

En síntesis, será posible encontrar un proceso cautelar sólo por sus presupuestos y condiciones de ejercicio. También será proceso, pero instrumental y accesorio de otro al que sirve, destacando el fenómeno de su evolución y eficacia, casi sin comparación con otras técnicas del proceso.

“En la dimensión del peligro que lleva el tiempo en el litigio puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades inmediatas”

2.3. PRETENSIÓN Y PETICIONES EXTRACONTENCIOSAS

Lino Enrique Palacio, en sus libro: “Manual de Derecho procesal Civil”, Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Marzo del año 1993; expresa que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable, la ley prevé la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurra entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo, lo que ocurriría por ejemplo, si desaparecieran los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, o se operase una alteración del Estado de hecho existente al tiempo de la demanda.

Al alejar tales peligros obedece la institución de las diversas medidas que puedan requerirse y disponerse dentro del llamado proceso cautelar, a las cuales cabe denominar “cautelares” o “precautorias”. Dicho proceso, carece de autonomía, pues su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. De allí que Carnelutti haya expresado que el proceso cautelar sirve mediatamente a la composición de una Litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto.

Calamandrei, señala que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente

preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Nacen al servicio de esa resolución definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito.

2.4. PROVIDENCIA PARTICULAR Y ESPECÍFICA

Calamandrei, las sostiene como providencia particular y específica, distinta a cualquier otra providencia que emite la Jurisdicción. A su entender no puede hablarse de un proceso cautelar debido a que el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado. Tampoco acepta se las ubique como acción “no sólo porque concibiéndose la acción como el poder de provocar un acto Jurisdiccional con determinados efectos, es el contenido de la providencia jurisdiccional en que puede servir para definir los varios tipos de acción y viceversa; sino también porque si se presentasen casos en los que existiese una providencia a la que no correspondiera una acción, éstos no podrían encontrar adecuada colocación sistemática en una clasificación que se limitase a encuadrar los varios tipos de providencia Jurisdiccional en el campo de los varios tipos de acciones.”

“La satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable”

Con mayor comodidad y adecuación a la manera como se legisla sobre la materia, se prefiere designar las medidas cautelares o precautorias, sin perjuicio de recordar sus contenidos formales que lo diferencian de otras providencias de trámite o conocimiento.

No queda resuelto aún en la doctrina, si las medidas cautelares son una especie de resoluciones gnoscitivas o de ejecución.

Dentro de las clases de decisiones Jurisdiccionales cautelares no tienen un espacio específico.

Ellas no fueron descifradas en ninguna de las categorías conocidas (de trámite, interlocutorias, sentencias, condenatorias, declarativas y constitutivas).

Ocurren que se dictan dentro de las funciones Jurisdiccionales que el Juez ostenta y, de acuerdo con la modalidad de la precautoria que dicta, cobran una fisonomía particular.

Por eso resulta que las medidas cautelares adecuan sus formas con plena subordinación al objeto que tienden a preservar.

Si bien es cierto existe pauta común de condiciones, ellos no abastecen la fusión de uno u otro tipo de resoluciones. La disciplina formal está bastante deteriorada y genera confusiones lógicas en la interpretación de cada una.

Una de estas se da cuando se trata de resolver la protección de personas, u otra similar,

porque en éstas el Juez necesariamente conoce una situación de hecho y obra consecuentemente, cuando se dicta un embargo, secuestro, inhibición general, son decisiones de tipo ejecutivas.

Ante semejante ambigüedad, otros prefieren referir a un *tercian genes* del proceso contencioso, obrante junto al de cognición y al de ejecución, porque el presupuesto está en la Litis y no en la composición de la Litis, de la misma manera que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica, sino de la Tutela del Proceso a través de otro proceso.

Ninguna de ellas consigue demostrar suficientemente la lógica instalación de las medidas cautelares en el concierto de las decisiones o resoluciones jurisdiccionales.

En las funciones que opera la jurisdicción está presente como premisa de observación regular para la eficacia del servicio, los dos continentes del conocimiento y de la ejecución. La jurisdicción ejercida al dictar una providencia precautoria, en principio y apariencia, no manifiesta otra actividad que no sea jurisdiccional. Son atribuciones propias de la función, con la doble finalidad de: asegurar la eficacia de la sentencia y ejecución posible del mandato que reciben las partes.

Pero además de aclarar cómo labora la jurisdicción en este terreno, deben aceptarse el contenido utilitario de las medidas cautelares como servicio dado fuera del proceso principal, o por vía de incidentes si éste fue propuesto.

El carácter instrumental se refleja inmediatamente, y no sólo como remedio a la impaciencia de las partes, sino también, como una forma de aumentar el contenido publicístico del proceso.

En tal sentido, se dice “este carácter eminentemente publicístico de las providencias cautelares se pone de relieve también en materia civil en la mayor energía con que la jurisdicción se ejercita cuando está dirigida a fines cautelares, no sólo en la aceleración del procedimiento y en el carácter sumario de la cognición, sino también en el aumento de los poderes de iniciativa del juez”.

En la idea de eficacia, allí se instalan las medidas cautelares. Ellas no son salvaguardas del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional.

Si es necesario actuar el conocimiento o provocar la ejecución, es la misma cuestión que presenta un proceso ordinario cualquiera: “Siempre depende de la pretensión que se formule”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina participa de esta orientación, toda vez que ubica la Institución en estudio en la parte general del ordenamiento.

III. POSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO

La Doctrina Alemana la considera subsidiaria de la Ejecución Forzosa, la Italiana la confunde en el contexto de otras tramitaciones de carácter preventivo, y la Española se refiere

sólo al embargo. Otras legislaciones enumeran taxativamente los casos donde tiene cabida.

A veces, no existe tal número clausus, permitiendo cualquier otra cautela que se solicite bajo una forma típica de encuadre que la precise.

En la doctrina germana, al lado del embargo preventivo pensado para asegurar el futuro de la ejecución forzosa, se dan otras formas de protección Jurídica que Goldschmidt sintetiza así:

- a) MEDIDAS PROVISIONALES CUYO OBJETO ES GARANTIZAR LA PAZ, mediante la regulación de una situación de hecho provisional, en el caso de una relación jurídica litigiosa. Es una concesión de tutela Jurídica análoga a la protección de la posesión; y
- b) MEDIDAS PROVISIONALES CUYA FINALIDAD ES LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES PRIMARIAS (alimentos). Estas se dictan en base a prestaciones periódicas o como si fueran indemnizaciones o condena provisional en costas.

En España, el prototipo de la medida cautelar es el embargo. Procede respecto de bienes muebles, útiles y, dinero, y se trata mediante una orden Judicial que varía con el bien sobre el que recae. Junto a él, coexisten disposiciones que persiguen asegurar los bienes en litigio (actos de intervención y administración sobre la cosa litigiosa) para anticipar el eventual e hipotético resultado de la sentencia cuando se trate de obligaciones de hacer, no hacer o de entregar cosas específicas (cauciones o fianzas, o de las medidas que, según las circunstancias fueron necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia); el arraigo se toma en cuenta como medida precautoria, al igual que el depósito de cosa mueble, las anotaciones preventivas (para los procesos de escrituración, cuestiones sobre inmuebles, o cosas, lugares y/o personas).

Prieto Castro, incluye al interdicto de obra nueva y de obra ruinosa, los alimentos provisionales urgentes, y el depósito de personas.

En el Código Italiano, se conserva la modalidad que inspira al régimen Argentino. De un lado se regula la Tipicidad para reclamar un proceso cautelar sobre los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela de quien los solicita.

Liebman, expresa: Como complemento del sistema de tutela cautelar resultante del complejo de las normas que regulan la materia, la ley ha admitido una figura de medida cautelar de contornos menos definidos, llamándolas providencias de urgencia, y disponiendo que puedan ser pronunciadas fuera de los casos previstos para las medidas típicas singulares, cuando exista el peligro de que durante el tiempo necesario para hacer valer un derecho en Vía Ordinaria, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable.

La confrontación de los institutos con la finalidad que aportan muestran que existe diversidad de pretensiones. Algunas persiguen resolver situaciones donde el mismo derecho subjetivo está en crisis y urge una solución provisoria-inmediata. Son los llamados procesos “urgentes” (interdictos, acciones posesorias, alimentos, incapacidad), que por su especial manifestación coincidente con la precautorias, llevaron a fundar en otro tiempo la procedencia de un proceso cautelar autónomo e independiente.

En Italia, por ejemplo, la ausencia de otras medidas fuera del embargo, propiciaron esa confusión.

En ocasiones la tutela preventiva se dirige a impedir eventuales perjuicios futuros. Se refiere a daños potenciales, absolutamente hipotéticos, pero sin referencia con la pretensión que moviliza un proceso cautelar. En estos casos la fuente de la precaución radica en el mismo objeto procesal que la acción postula (La condena de futuro, la acción meramente declarativa por ejemplo). El proceso se basta así mismo, a diferencia de la tutela Jurisdiccional que, además de alegar la lesión de un derecho, la medida que se ordena es provisional y depende de otro proceso. La sentencia que se alcanza dirime definitivamente la litis en los procesos preventivos, en cambio, en las Cautelares se auxilia al Principal.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Es necesario abordar una clasificación de las medidas cautelares dispuesta de manera tal que impida su confusión con otras hipótesis de seguridad preventiva.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, enumera las medidas que se tiene previstas, a saber: embargo preventivo, secuestro, intervención judicial con sus modalidades de veedor y administrador, inhibición general de bienes, anotación de Litis, prohibición de innovar y contratar, protección de personas y una más, de contenido amplio con fines propios complementarios de las otras medidas en cuanto lo que ellas no cubriesen, denominada Medida Cautelar Genérica.

“La ley ha admitido una figura de medida cautelar de contornos menos definidos, llamándolas providencias de urgencia”

V. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La procedencia de las medidas cautelares depende de tres condiciones, dos de ellas objetivan el requerimiento, y la restante depende (de una análisis subjetivo en quien las pide).

Los presupuestos objetivos son:

5.1. Verosimilitud del Derecho (Fomus Bonis Juris)

En los términos como planteamos la admisibilidad de estas medidas interesa la noción de conocimiento que tiene el juez cuando debe resolver una medida de carácter provisional y precautorio.

La función Jurisdiccional de cautela no difiere en este sentido de la que ejercita un proceso de conocimiento cualquiera o de pura ejecución, pues se trata de la misma actividad, aun cuando orientada a una medida diversa. Siempre hay conocimiento.

Esta actitud preventiva que el interesado propicia, constituye una anticipación de la garantía Constitucional prevista en el art. 29 de la Ley Fundamental.

Los límites para la autorización están en la apariencia suficiente del Derecho alegado, lo que supone que la pretensión intentada en el Juicio principal (o que pretende instaurarse) tenga una probabilidad suficiente de éxito y no que este supeditada a la contingencia o expectativa de agotar el trámite respectivo.

La verosimilitud escala, entonces, en el derecho (el humo del buen derecho), conforme reza el burocrático *fumus bonis Juris*, lo cual se obtiene analizando los hechos invocados con las demás circunstancias que rodean la razón del proceso.

No debe el juez perseguir la certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas que juegan armónicamente en un momento diferente del juicio. Al Órgano Jurisdiccional le basta y es suficiente “la apariencia fundada del derecho”, lo que equivale a responder asertivamente a la viabilidad Jurídica de la pretensión, pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema.

Ciertas situaciones procesales consiguen mostrar contundente esa verosimilitud, por ejemplo:

- 1) Cuando en el litigio se da la rebeldía del accionado, la tolerancia de las ficciones legales cuando a la demanda notificada sigue el silencio de la contraparte, en la confesión judicial motivada por la prueba de absolución de posiciones.
- 2) En la sentencia de primera instancia favorable a una de las partes, que, *prima facie* acierta en un sentido determinado.

La comprobación del derecho se realiza “sumariamente”. El interés que justifica cada medida, sea por el temor a ver frustrado el objeto, o la misma urgencia que ella manifieste, permiten disminuir o suprimir la instrucción y demorar la participación de uno de los interesados hasta que la medida se haya trabado.

Dado que la finalidad práctica de las cautelares es asegurar el cumplimiento eventual de una sentencia de condena, la superficialidad o periferia en el estudio de la causa pretendida, autoriza a decidir las sobre la mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en el proceso.

La acreditación de esa apariencia de buen derecho a veces opera en forma de presunciones, de modo tal, que basta con la petición del interesado para surtir efecto inmediato a la orden de trazarla.

En los demás supuestos, de contenido patrimonial, la verosimilitud se aprecia conforme a procedimientos especialmente reglamentados que veremos al discurrir sobre el trámite cautelar.

Si fuesen procesos de otra naturaleza (incapacidad, cuestiones de estado) la procedencia se dispone sobre los presupuestos que cada acción requiere y que, por lo general, abastecen la demostración inmediata del daño potencial e inminente que importan.

5.2. Peligro en la Demora (*Periculum In Mora*)

Se trata de un requisito independiente que puede o no actuar en conjunto con el anterior. Se explica como aquél presupuesto que justifica otorgar una medida cautelar para disipar el peligro que significaría dejar que las cosas sigan el curso normal del proceso. Este tolera que se decreten medidas precautorias que vulneren esa incierta situación, asegurando al objeto procesal y material, en el supuesto que debiera ejecutarse forzosamente.

No cabe descartarse que el peligro en la demora puede estar en situaciones extrañas o distintas a las que presentan las sentencias de condena. En tal caso, el estado de peligro debe radicar en el derecho principal, al punto de constatar que la demora en otorgar la medida crearía un serio riesgo en la tutela que el solicitante tiene liminarmente, sin perjuicio, de la condición instrumental que asume la cautela para robustecer el carácter ejecutivo de las decisiones judiciales.

El requisito debe acreditarse objetivamente. No es suficiente la simple creencia o aprensión del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias.

El Código Procesal Argentino no considera de igual manera este requisito previo de admisibilidad. En algunas oportunidades impone explícitamente el “peligro en la demora” (Art. 210 inciso 1. embargo preventivo que peticiona el coheredero, condómino o socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad respectivamente), o en el caso de la prohibición de innovar, cuando el art. 230 inciso 2 dispone que procede, siempre que: Existiere el peligro de que, si mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible”. En otras, solamente la sugiere en términos distintos como “urgencias o circunstancias graves” (Art. 235 la guarda de personas será decretada cuando existiese urgencias o circunstancias graves...)

En la medida cautelar genérica, en cambio, opta por mencionar a perjuicios inminentes o irreparables” (Art.232).

Se trata siempre de un conocimiento objetivo sobre la incidencia del tiempo en el proceso que nos permite coincidir con Palacio cuando afirma que, “las denominaciones contenidas en las normas mencionadas implican el otorgamiento a los Jueces de una facultad que deben ejercer conforme a las valoraciones Jurídicas vigentes en la comunidad de la que son órganos y con las limitaciones emergentes del ordenamiento jurídico.”

También la Ley procesal de la Nación Argentina contiene disposiciones que, a la

simple presentación de la parte, la ordena por darse el presupuesto circunstancial previamente determinado. En el supuesto del artículo 209 inciso 1 que da procedencia al embargo preventivo, cuando : “El deudor no tenga domicilio en la República”, y del inciso 5 respecto de aquél que, “aún cundo estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trate de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación”.

El *Periculum in mora* está pensando como paliativo de las demoras del proceso, circunstancia que, por esa condición, lleva a que cuando opera en conjunto con la verosimilitud del derecho, se tenga como presente.

5.3. Contracautela

La contra cautela o caución es el resguardo del sujeto pasivo de la medida cautelar, por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podría surgir si la precautoria que se ordena fuera sin derecho o abusiva.

“La contra cautela se convierte en un requisito de carácter subjetivo que tiene en cuenta además de la prudente igualación de las partes del proceso, algunas condiciones particulares del sujeto que las solicita”

El motivo que la inspira se justifica en el equilibrio que las partes deben conservar en el proceso, frente a la cautela que se decreta en base a una cognitiva sumaria y sin contradicción alguna.

Es una condición previa a la ejecución de la medida, no así de su admisibilidad y procedencia. Viene a importar una limitación impuesta al Juez para que antes de efectivizar la medida cautelar,

disponga el cumplimiento estricto de la contra cautela. Si esto no fuera observada antes de trabar la precautoria, y, no obstante, ella tuviere ejecutoriedad, corresponde emplazar perentoriamente al beneficiario para que la otorgue “Bajo apercibimiento de levantarse sin más trámite”. En consecuencia, la falta de prestación de la caución o, en su caso, la insuficiencia de la misma, no constituyen circunstancias decisivas que determinen necesariamente la revocabilidad de la medida decretada.

La contra cautela debe decretarse en toda providencia cautelar a fines de responder por los daños y perjuicios emergentes que pudiera ocasionar si la cautelar fuese obtenida sin derecho o ejercitando un abuso, o bien, para utilizar la medida como una acción conminatoria.

5.4. Responsabilidad del acreedor de una medida

Existe responsabilidad si demuestra que abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla.

Eventualmente, la resolución inmediata será condenarlo a pagar los daños y perjuicios

que el perjudicado reclame. (3)

5.5. Destino de la contracautela

La caución no tiene por objeto asegurar al presunto deudor el cobro de las costas si el litigio se halla a su favor, de manera que, para afectar el dinero depositado a dicho fin al crédito por las costas, el demandado debe obtener el correspondiente embargo.

La seguridad que aporta la caución solamente beneficia a las partes, de modo tal que, aun cuando la medida trabada perjudicase a un tercero, e incluso, si ésta dedujese una tercería, los daños y perjuicios que a *posteriori* se reclaman deben serlo en un proceso independiente, a diferencia de los sujetos procesales (actor y demandado), que siendo partes, pueden deducir los incidentes o el juicio sumario respectivo.

5.6. Exención de la contracautela

La contra cautela se convierte en un requisito de carácter subjetivo que tiene en cuenta además de la prudente igualación de las partes del proceso, algunas condiciones particulares del sujeto que las solicita.

Se exime de ella al Estado, los municipios o persona que justifique ser reconocidamente abonada, o actuare con beneficio de litigar sin gastos.

La calidad de suficientemente abonado para justificar la exoneración de contra cautela, debe medirse en relación adecuada a la importancia de la cuestión a satisfacer, es decir, comparativamente con el patrimonio de las personas físicas o jurídicas que pretende reunir las condiciones procesales de liberación.

Si se trata del Estado o alguna de sus dependencias autorizadas a litigar en ejercicio de una representación propia, o de una Municipalidad, la suficiencia económica se presume.

Si la medida precautoria se dicta a resultas del beneficio de litigar sin gastos, corresponde atender si él ya se le otorgó, o se encuentra en trámite.

El carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como la ley procesal establece, esto es, asignando la medida cautelar sin caución alguna.

Si la precautoria se ordena condicionada al beneficio de litigar sin gastos que se encuentra en trámite, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, la que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta.

5.7. Monto de la contracautela

El importe que debe ser materia de caución queda librado al arbitrio Judicial. Es el Juez quien resuelve la calidad y el monto, a cuyo fin ha de tener en cuenta la intensidad de la verosimilitud del derecho y otras circunstancias particulares de la causa.

Existe una regla no escrita, pero que se adapta a un modismo Jurisprudencial, que establece la contra cautela sobre:

- a) La base de la solidez del Fumus Bonis iuris, y de
- b) la magnitud de los peligros patrimoniales que, eventualmente, pudiera ocasionar la medida cautelar.

La prudencia para la fijación es vital en este aspecto porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabar cualquier precautoria.

Esta actitud opuesta debe alertar también acerca de los peligros que importa una caución de escaso compromiso económico.

Dentro de los tipos posibles de contracautela, la Caución Juratoria tiende a eliminarse en la aplicación actual, en tanto como sólo importa una promesa de responder por los daños posibles.

La estimación sobre las causas y razones puede ser más justo y equitativo.

Cuando la fianza es real debe depositarse el importe fijado en el expediente y a nombre del titular del Juzgado. No obstante, y como sustitución, puede ofrecerse la garantía de un bien inmueble o mueble registrable propio sobre el cual se constituiría un embargo u otra medida que el Juez considere apropiada, si hace lugar al cambio.

Las sumas que se otorgan como contracautela, permanecen indisponibles por el tiempo que perdure la medida precautoria, de manera que cesan conjuntamente.

5.8. Mejora de la contracautela

El artículo 201 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que: “En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que es insuficiente. El Juez resolverá previo traslado a la otra parte”.

Nos encontramos en una etapa posterior a la traba de la precautoria. Se ha superado el principio inaudita parte, y quien se encuentra sometido a una medida cautelar tiene derecho a exigir un mejoramiento de la contra cautela, a cuyo efecto debe demostrar sumariamente la insuficiencia de la prestada.

El trámite procesal es el incidente. El Juez puede ordenarla sin más trámite cuando se trata de ampliar una cautela ya otorgada.

5.9. Clases de cauciones

Son de dos tipos, personales o reales

5.9.1. CAUCIÓN PERSONAL.- Es el juramento que presta la beneficiaria de la medida cautelar para responder por los daños potenciales que pueda causar la precautoria otorgada.

Es una modalidad que no agrega seguridad alguna y se sostiene en la simple confianza que se tenga de la contraparte; por lo tanto, existe una tendencia a suprimirla.

5.9.2. CAUCIÓN REAL.- Puede ser propia de terceros. Consiste en la fianza o garantía que se otorga mediante el depósito de la suma de dinero que el Juez ordena como contra cautela.

Estos montos pueden sustituirse por títulos valores representativos: Títulos, acciones, seguros de caución, o por la garantía de instituciones bancarias que acreditan mediante las respectivas cartas de fianza.

Si se solicitare reemplazar la caución real a través de la solvencia de personas de acreditada responsabilidad económica, es preciso informar sumariamente al Órgano Jurisdiccional sobre esta seguridad económica.

VI.

CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La ausencia de un proceso cautelar independiente de acuerdo con los argumentos expresados en líneas precedentes, sirven para destacar las características que tienen las medidas cautelares.

La relación que guardan con otro proceso (principal) lleva a sostener su condición subsidiaria o instrumental.

VII.

NOCIÓN DE INSTRUMENTALIDAD

Calamandrei, muestra el ligamen inevitable que tiene toda providencia cautelar respecto a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, otorgando el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva; ésta nace con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquella nace en previsión, e incluso en espera de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto.

La subsidiaria emerge hacia otros procesos preventivos que, a veces, se confunden con las

medidas cautelares.

Los perjuicios que tienen a evitarse con estas providencias asegurativas, responden a tiempos desiguales de la urgencia para dictarla en algunos procesos preventivos como la condena de futuro o la de mera certeza, operan sobre una base conocida que está en la conducta de quien sufre la cautela; en cambio, las medidas cautelares inspiran su aparición en la demora con sustancial al trámite de los procedimientos.

Se observa como una cumple la finalidad dentro del mismo proceso, en tanto las otras subordinan su eficacia al resultado del litigio que apoyan.

La accesoriedad es de tal significación que extiende sus efectos mientras persisten en el proceso principal las causas que la motiven. Si ese proceso no fuese iniciado, caducarían de pleno derecho, dando lugar inclusive a responsabilidades procesales y civiles por la actitud imprudente.

A partir de la instrumentalización se derivan las notas características de las medidas cautelares:

- a) SUMARIEDAD del conocimiento y cosa juzgada formal;
- b) PROVISIONAL de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia:
 - Mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas;
 - Discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares;
 - Preventiva como fundamento y razón de procedencia;
 - Responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba,
 - Caducidad de las medidas.

7.1. Sumariedad y cosa juzgada

La condición subsidiaria que acarrear las medidas cautelares respecto a otro proceso (vinculación que subyace en los límites entre el derecho sustancial en conflicto y los derechos subjetivos que persiguen asegurar el resultado eventual) no impide considerar que existe en los procedimientos para concretar una providencia precautoria, un conocimiento sobre los presupuestos y condiciones que posibilitan el ejercicio de la pretensión.

Hay, entonces, una pretensión cautelar. Ella para ser procedente debe cubrir una serie de aspectos que la determinan formalmente, siendo precisamente en estos roles, donde el Juez debe conocer.

La pretensión cautelar tiene un objeto claro y preciso, de modo tal que, la resolución consecuente tiene la virtud de ponderar y resolver sobre la materia deducida.

Como es sustancial a este tipo de providencias, la cognición se recorta a los requisitos de

admisibilidad, circunstancia que demuestra el alcance limitado que el juicio efectúa. En realidad, es un perfil de probabilidades que aparecen *prima facie* evidentes, a diferencia de los procesos sumarios propiamente dichos, donde existe un grado de certidumbre concreto al punto que a veces, consigue hacer cosa juzgada material.

El carácter instrumental, adicionado a la sumariedad del conocimiento, delimita la cosa juzgada que consiguen forjar las medidas cautelares.

Dado que éstos, en su mayor parte y disposición, sólo producen la eliminación del riesgo que importa sustanciar un conflicto a través de un proceso independiente que puede ser largo y complejo, el rendimiento que aportan se mide en relación con el tiempo del proceso principal y con las circunstancias que en éste se cumplan.

De esta manera existe una variabilidad contingente en las medidas precautorias que se corresponde con los hechos por los que atraviesa, del análisis de todos estos componentes se desprende que la cosa juzgada que alcanzan es meramente formal.

Claro está, que las decisiones que ordenan de medidas cautelares no son definitivas. Además, al ser dictadas sin oír a la otra parte, e inclusive, sorprendiendo a él con su traba, la condición bilateral no es propia de las precautorias.

En tal sentido, la cosa juzgada tampoco podría sentarse como tal, porque si ella supone inmutabilidad e indiscutibilidad de las resoluciones judiciales, se observa inmediatamente que la ausencia posterior de discusión no la alcanza, por ser las medidas cautelares provisorias y modificables.

Más que de cosa juzgada podríamos hablar de una preclusión de las acciones para discutir sobre la procedencia de una medida cautelar.

En el criterio de Podetti: cuando señala que: “el carácter provisorio de las medidas cautelares, no significa apartamiento del principio de preclusión, que opera la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos Jurisdiccionales cuando transcurre infructuosamente el plazo establecido por la ley para su ejercicio”, lo que sucede es que una vez consentida la providencia respectiva, siempre que varíen las circunstancias que la determinaron, la medida puede ser dejada sin efecto. Por ello, el auto que deniega u ordena una precautoria, no tiene fuerza material de cosa juzgada, pues no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser modificado cuando lo sean también las circunstancias de hecho que fundamentaron el auto en cuestión.

7.2. Provisionalidad

Se destacan dos características de las resoluciones que versan sobre medidas precautorias. Una se refiere:

Al Estado Jurídico Provisional (modificable) de la cautela dispuesta que puede cuestionarse y, en su caso, mudar por otras, aun cuando conserven plenitud las providencias ordenadoras. La restante, se relaciona con el acto procesal resolutorio.

Cada una recibe la influencia de instituciones vertebrales del proceso civil, como son la preclusión de los actos y la bilateralidad de las acciones.

Respecto a las providencias que dispone proceder a la traba de la medida precautoria, debe aclararse que ella no causa instancia, característica que permite tomarla cuando varían los hechos fundantes que antes persistieron.

A veces la transformación se da en el terreno de la insuficiencia de la prevención cumplida, de modo tal, que el cambio no opera en la resolución sino en la medida.

En otros casos, la pretensión de remover la cautela sobre la base de nuevas alegaciones que fueran sustanciales, exige un nuevo pronunciamiento judicial que dimensione en su adecuado fundamento y trascendencia la incidencia planteada.

Este replanteo obliga a pormenorizar, una vez más, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, porque de resolverse por el levantamiento se caería en la inconsciencia de ordenar una derogación dejando subsistentes los presupuestos que la motivaron.

Si la revisión se intenta sin modificar argumentaciones, es obvio que la provisora edad alegada tiene fines conservatorios, a cuyo fin puede el Juez rechazar “In límite” el planteo en virtud de los principios preclásicos de los actos procesales.

“El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra parte que le resulte menos perjudicial”

¿Cómo opera la preclusión en esta Instancia?

La base que permite la rendición del planteo de admisibilidad y procedencia radica, solamente, en las circunstancias posteriores a la resolución que ordena la traba. Obra actuante la preclusión. Por eso, la medida precautoria quedó firme ante la ausencia de impugnaciones por el sujeto afectado, esa alteración de la contingencia fáctica que le dieron origen.

Otra particularidad reposa en la competencia del órgano que admite la medida cautelar, porque por vía de principio, él debe conservar la Jurisdicción para finiquitar la temática precautoria. Si se pretende un levantamiento debe plantearse al mismo Juez que oportunamente lo ordenó, aun cuando el juego de las competencias favorece el cambio de magistrado si el primer interviniente resulta luego incompetente, y la jurisdicción se desplaza hacia otro, quien asume en toda su extensión la competencia.

Creemos que, debe imperar el principio de prevención, según el cual, el Juez que dictó las medidas tiene preeminencia para conocer en la sustitución o levantamiento de las precautorias.

7.3. Mutabilidad o variabilidad

La eficacia que contiene cada medida cautelar propicia variables cuando se extienda que

otra es más útil que la concretada. Se incursiona en el ámbito de la movilidad de las circunstancias.

El artículo 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone: “El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.

El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra parte que le resulte menos perjudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá asimismo pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada si correspondiere”.

En estas variaciones que puede ocupar el interés de cada medida, se está presente en el doble juego de satisfacer los derechos expectables de acreedor, con la posible agresión innecesaria sobre los bienes del deudor. El equilibrio prudente debe igualar las situaciones, cuando de cambiar una medida hacia otra se trata, deben cuidarse los presupuestos que permiten esa alteración.

La mutabilidad puede consistir en una ampliación de las sumas, del tiempo o de las modalidades decretadas; también en la mejora de la cautela lograda, o bien por la sustitución de la precautoria.

La suma de importes que se acumulen al embargo decretado, responde a la mayor cuantía de la pretensión principal que se encuentra en trámite, sea por el vencimiento de nuevas cuotas emergentes de la misma obligación, o de otra, o bien, por la incidencia de la inflación en el valor del dinero.

El tiempo de la cautela supone que deban ampliarse los plazos del término por el cual se la dispuso.

También pueden acumularse medidas, siempre que entre ellas no exista incompatibilidad. Por ejemplo, el embargo puede complementarse con una inhibición general de bienes, o con el secuestro correspondiente.

7.4. Sustitución

Consiste en la variación hacia unas medidas más enérgicas, o en el reemplazo de una medida por otra, o de un bien por otros de valor equivalente. Son supuestos que impulsa el interés del acreedor o beneficiario de la medida.

También la sustitución puede deducirla el sujeto perjudicado con la cautela, proponiendo fórmulas alternativas que no sacrifiquen el beneficio conseguido por la cautela.

Ello significa que, aun cuando prevalece el principio dispositivo, el Juez debe procurar no perjudicar los derechos obtenidos.

Por eso no procede ofrecer en sustitución bienes que se indican genéricamente, o sin discriminar ni con valores determinados.

Calamandrei involucra en este punto la limitación propia que sigue el rumbo de todas las providencias cautelares, en el sentido de que ellas se extinguen *ipso jure* al momento de ser resuelta la pretensión principal.

“Surgida para dar tiempo a nacer a la providencia principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que el retardo habría sido peligroso, la providencia cautelar ve, con el nacimiento de la providencia principal, agotada en función, cumplido su ciclo vital.

Cuando el Juez de la causa verifica que el objeto ha satisfecho, no existen obstáculos para que las cautelas decretadas se dejen sin efecto o se modifiquen.

Siendo una función de garantía, alcanzada la sentencia pareciera que pierde virtualidad, extinguiéndose su misión preventiva.

Esta es la situación concreta que pone de manifiesto la provisora edad de las cautelas. Llegada la sentencia, pierden el sustento que las fundamenta oportunamente, de modo tal que, para conservarlas, debería cambiarse el carácter de prevención para dar paso al carácter ejecutivo que ellas pudieron portar (embargo, secuestro de bienes).

La variabilidad de las medidas no impide, una vez efectivizadas, el recurso de impugnación del sujeto pasivo. La queja se plantea sobre una situación que tiene curso de ejecución, sin que el escrito tenga efectos suspensivos para la precautoria.

La recurribilidad típica se plantea por la apelación o a través del incidente. Pero debe distinguirse la impugnación de la traba por vía de recurso, del pedido de levantamiento, porque en el primero se cuestionan los presupuestos que fundan el progreso de estas medidas (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), mientras que, en el segundo, se canalizan argumentaciones vinculadas con el cambio de circunstancias.

El recurso debe deducirse dentro de los plazos previstos por cada uno de los medios impugnativos. No puede recurrir quien ha consentido la traba de la medida, por lo cual deben atenderse los plazos preclásicos del proceso.

Quien recurre fuera de ese tiempo, ha convalidado la medida.

7.5. Discrecionalidad

Esta característica queda en evidencia cuando las medidas cautelares que son peticionadas no se otorgan por que la voluntad Jurisdiccional decide en contrario con los intereses planteados.

Las medidas cautelares no responden al principio de respuesta concreta a la pretensión,

por cuanto ella puede ser denegatoria, o afirmativa, pero con matices que la diferencian del específico reclamo.

Se trata de aceptar facultades discrecionales del Juez en torno a las modalidades de la precautoria.

La libertad para decidir se da en los dos planos:

- a) La directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y
- b) preservando las materializaciones de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

El artículo 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina expresa:

El Juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger. (Se refiere a la cautela solicitada más no a la que haya sido ordenada, si no media recurso).

Se pone en claro la libertad del juzgador para proveer las medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodeen el proceso.

Ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta en ejecución su traba, al Juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y con principio de ejecución.

El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas, o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias

7.6. Preventividad

Las medidas cautelares son esencialmente preventivas.

No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante, pero conservan presente el objeto que tienden a proteger de manera que es fundamental el carácter protector de bienes del cautelado, y de seguridad para el justiciable.

El artículo 206 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina muestra una faceta de esta condición preventiva:

“Cuando la medida se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materia primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines, que los necesitaren para su funcionamiento, el Juez podrá autorizar la realización de los actos necesarios

para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización”.

El principio de conservación y continuidad de la empresa, tan particular en el derecho comercial, continúa en sede procesal con las condiciones que se indican.

Responden al criterio por el cual se sostiene que “las medidas cautelares no han de irrogar perjuicios innecesarios”.

7.7. Responsabilidad

Toda medida cautelar lleva implícita la responsabilidad de quien la pide. Recuérdese que la pretensión no tiene traslado, de manera que el conocimiento que toma el Juez se basa en los hechos y fundamentos que la misma parte le presenta.

Inclusive, la precautoria que se requiere puede plantearse como adecuada, y esconder en realidad, una severidad inusual para la protección que se propicia.

El abuso o el exceso de las medidas determinan esta responsabilidad, que la doctrina presenta como objetiva o con reglas procesales propias, o subjetivas, derivada de las normas del derecho civil.

7.7.1 Responsabilidad objetiva. Se configura la responsabilidad por el simple hecho de requerir una precautoria sin derechos, o por presentar con silogismos los presupuestos que condicionan su procedencia. Se trata de sancionar el peligro potencial que acarrea, sin necesidad de que se demuestre el daño a la contraparte.

Podetti, expresa: “Estas medidas son como una arma rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia, Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien las pide. La justicia procura, mediante la contracautela, asegurar la igualdad de los litigantes y descarta así su propia responsabilidad al hacer fe de la existencia del Derecho que se quiere cautelar, en base a una prueba sumarásima o sin ella.

7.7.2. Responsabilidad.- Se exige dolo, culpa o negligencia para impulsar al sujeto las consecuencias dañosas de la medida cautelar. Por tanto, debe añadirse la existencia de una relación de causalidad que vincule el daño como la precautoria y sus efectos nocivos.

Se requiere siempre la intención de provocar daños (por culpa, dolo o negligencia) al agente pasivo y como medir de atribución al que lo genera (agente activo). La norma exige la demostración de que el requirente abusó o se excedió en el derecho a trabar la medida cautelar.

Jurisprudencialmente se admite esta responsabilidad como subjetiva, presidiendo la noción de culpa por abstención de la conducta debida.

El factor de atribución debe encontrarse en el origen de la cautela, de manera que puede advertirse el derecho existente a ese momento, pues bastará acreditar la negligencia para determinar la responsabilidad propia de la culpa aquilina.

Por tanto, para configurar esta responsabilidad se exige obrar de manera irreflexiva, precipitada, imprudente, negligente o dolosa, excediendo los límites impuestos por la buena fe.

7.8 Caducidad

La provisoriedad de las medidas precautorias depende del tiempo en que se instauren:

7.8.1.- **Si ellas de dictan en un proceso ya iniciado.** Extiende sus efectos en tanto perduren las circunstancias que la determinaron.

7.8.2.- **Si son el producto del procedimiento:** Previo establecido específicamente para su procedencia, una vez trabada, empieza a correr el plazo para deducir el proceso principal.

Se advierte la subsidiaridad del proceso cautelar, el tiempo opera de pleno derecho, sin necesidad de petición de parte y con efectos automáticos.

La caducidad de las medidas trabadas es la primera consecuencia. Las restantes se dan en relación con los perjuicios irrogados y las costas emergentes.

La preclusión de los tiempos para articular la acción principal manteniendo en ejecución la cautela lograda, responde a razones de orden público e interés general, porque no sería posible sostener un estado de incertidumbre que ocupa el tiempo más prolongado de aquél que naturalmente justifica la urgencia de las precautorias. Aún las doctrinas que aceptan la existencia de un proceso cautelar exigen una correspondencia entre: La cautela y la carga de instar el procedimiento que contiene la pretensión asegurada.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ALSINA HUGO: “Tratado Teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2da Edición. Buenos Aires.1963.
- CALAMANDREI PIERO: “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares” Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945.
- CAPPELETI, MAURO, “El Proceso Civil en el Derecho Comparado, las grandes tendencias evolutivas”
- CARRIÓN LUGO JORGE: “Análisis del Código Procesal Civil “1era Edición Cultural Cuzco, Lima. 1994.

- CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA- A-Z Editora, Buenos Aires, 1993.
- DE LAZZARI EDUARDO: “Medidas Cautelares “La Plata, Librería. Editora Platense SRL 1989.
- GOZAINI OSWALDO ALFREDO: “Derecho Procesal Civil” Tomo I y II Buenos Aires. Editorial Ediar. 1992.
- MORELLO AUGUSTO M: “El Proceso Justo”, La Plata. Librería Editorial Platense, SRL. 1994.

CONFLICTO ENTRE LAS CAUSALES DE DESPIDO Y REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

Por: *Victor Rosado Samos**

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- EL DESPIDO RELACIONADO CON LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR POR LA COMISIÓN DE FALTA GRAVE Y SU CARÁCTER TAXATIVO III.- EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO Y SU APROBACIÓN IV.- LA CAUSAL DE DESPIDO POR INOBSERVANCIA DEL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO V.- CUANDO EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO ENTRA EN CONFLICTO CON LAS CAUSALES DE DESPIDO CONTENIDAS EN EL T.U.O. VI.- CAUSAL DE INOBSERVANCIA DEL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA VII. CONCLUSIÓN VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas de gran tamaño y las transnacionales o multinacionales que se instalan en el país con la finalidad de adoptar lineamientos que rijan la conducta de sus trabajadores y, con el objetivo de optimizar el desenvolvimiento de la empresa, elaboran y exigen el cumplimiento de sus reglamentos internos de trabajo.

Se conoce como Reglamento Interno de Trabajo a un conjunto de preceptos de obligatorio cumplimiento para los trabajadores, cuyo alcance rige comúnmente a todos los niveles de la organización. En resumen, se trata de una serie de normas que determinan las condiciones que deben sujetarse tanto empleadores como trabajadores en sus relaciones de trabajo.

La implementación del Reglamento Interno del Trabajo, es una potestad del trabajador, según Blancas Bustamante, el empleador tiene no solo la facultad de dictar órdenes singulares

* Perfil profesional y académico del autor: Abogado Magíster en Derecho de la Empresa, con quince años de experiencia en el ejercicio profesional tanto en el sector privado como público.

y específicas para que los trabajadores las cumplan, sino que también, puede establecer normas y disposiciones de carácter general y permanente conducentes a organizar y regular las labores dentro de la empresa¹. Paralelamente también es un mandato legal, puesto que la normatividad de la materia obliga a las empresas con más de cien empleados a presentar su Reglamento Interno de Trabajo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Las directivas de comportamiento establecidas por las áreas de recursos humanos muchas veces se encuentran incluidas dentro de un documento que se denomina “Códigos de Ética y Conducta”, que son un grupo de normas relativas a la responsabilidad social de una empresa, que sirve como guía para su cotidiano desempeño, cuyo objetivo es la obtención de una mejora constante y sostenida en los recursos humanos y de los productos que se elaboran o los servicios que prestan. La Organización Internacional de Empleadores (OIE), señala que los códigos de conducta son un conjunto de valores o principios que guían el comportamiento de la compañía en lo que se refiere al desarrollo de sus recursos humanos, ámbito gerencial e interacción con

“La Organización Internacional de Empleadores (OIE), señala que los códigos de conducta son un conjunto de valores o principios que guían el comportamiento de la compañía”

clientes, gobiernos y las comunidades en las que la compañía opera². Muchos de estos Códigos de conducta son publicados por las empresas a través de sus respectivas páginas web.

La diferencia entre el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética y Conducta radica en que este último no sólo abarca las directivas a seguir por parte de los trabajadores y empleadores, sino que se aboca además a sus relaciones con sus grupos de interés como el

gobierno, la comunidad, los accionistas. Sin embargo, lo que nos interesa para el presente análisis es lo que respecta al mencionado Código es lo referente a las normas de comportamiento que estos establecen para específico cumplimiento de sus trabajadores y que son reflejados posteriormente en un Reglamento Interno de Trabajo.

Aparentemente no habría ningún inconveniente en la imposición de normas a través del Reglamento Interno de Trabajo y las causales de despido establecidas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. D.S. N° 003-97-TR, en adelante el TUO. Lo que debe tenerse presente es que puede ocurrir que algunas causales de despido establecidas en los reglamentos internos de trabajo, se superpongan con las causales establecidas en el TUO, teniendo en cuenta que éstas son de carácter taxativo enumerativo (*numerus clausus*); es decir, no es válida una causal de despido si esta no está debidamente planteada en el TUO.

1 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido en el Derecho Laboral Peruano”. Lima. Ara Editores, 2da Edición. 2006. P. 175.

2 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF EMPLOYERS (IOE): 1999. P. 4

II.

EL DESPIDO RELACIONADO CON LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR POR LA COMISIÓN DE FALTA GRAVE Y SU CARÁCTER TAXATIVO

El despido por falta grave es ocasionado por la conducta del trabajador, y es a su vez, una atribución que se le otorga al empleador a fin de sancionar una indisciplina cometida por su trabajador, siempre que se trate de un hecho que revista gravedad que se haga irrazonable la subsistencia de la relación, tal como lo establece el artículo 25° del TUO. Sin embargo, este despido al ser una potestad que se le otorga al empleador, puede también tolerarlo y decidir por no retirar al trabajador de la empresa. De acuerdo a Blancas Bustamante³, la presencia de causa justa, por grave y evidente que ésta sea, no priva al despido de ser un acto de voluntad del empleador, que es quien debe decidir si la relación de trabajo prosigue o se extingue.

Según el artículo 22° del TUO, para que el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, sea válido, es indispensable la existencia de causa justa **contemplada en el TUO** y que esté debidamente comprobada. Es obligatorio entonces que esta causa se encuentre prevista en la ley; es decir, si la causal que invoca el empleador para despedir a un trabajador por falta grave no está plasmada en el TUO, y más específicamente en el artículo 25° (que enumera nueve causales de despido), se puede decir que estamos ante un despido arbitrario.

El TUO ha considerado como falta grave las conductas más reprochables que pudiera cometer un trabajador dentro de la relación laboral, lo que convertiría en intolerable la continuidad del contrato de trabajo, es por este motivo que consideramos que la conducta que motive el despido de un trabajador por esta causal debe ser verdaderamente ofensiva.

Al parecer, lo que el TUO ha querido es proteger al trabajador, evitando de esta manera que los empleadores tengan un sinnúmero de posibilidades para despedir en forma injusta o desproporcionada a su empleado.

Las causales atribuidas a la conducta del trabajador y por las cuáles puede ser despedido se encuentran enmarcadas dentro del artículo 25° del TUO, tienen un carácter taxativo y por tanto, no se pueden invocar otras que no sean las que estén en dicha norma.

III.

EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO Y SU APROBACIÓN

El Reglamento Interno de Trabajo vendría ser una especie de estatuto que tiene por finalidad regular las circunstancias más frecuentes y relevantes que ocurren dentro de una empresa con relación a su organización, desarrollo y supervisión de las labores encomendadas.

3 ÓP CIT. P. 149

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 039-91-TR, el Reglamento Interno determina las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, es por tanto, un conjunto de normas elaborados por la empresa a fin de determinar los lineamientos que estarán obligados tanto empleadores como trabajadores.

El Decreto Supremo aludido señala además en su artículo 3, que están obligados a contar con un Reglamento Interno de Trabajo todo empleador que ocupe más de 100 trabajadores; en consecuencia, para los demás casos será facultativo contar con ese documento, pero ello no implica que no sea de obligatorio cumplimiento. En efecto, según Quispe Chávez⁴, si una empresa con menos de cien trabajadores decide implementar un reglamento, su cumplimiento se convierte en obligatorio siempre que formalice su presentación y aprobación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Un Reglamento Interno de Trabajo debe contener al menos los siguientes aspectos:

1. Derechos y Obligaciones del Trabajador
2. Derechos y obligaciones del empleador.
3. Las conductas prohibidas
4. La admisión o ingreso de trabajadores
5. Jornada de trabajo, asistencia, puntualidad y permanencia.
6. Ausencias, permisos y licencias
7. Remuneraciones, vacaciones
8. Traslado de personal, ascensos.
9. Capacitación, bienestar social
10. Seguridad e higiene
11. De las sanciones
12. De la extinción del contrato de trabajo.

Del Registro del Reglamento

El empleador deberá entregar a los trabajadores un ejemplar del Reglamento dentro de los cinco días naturales de su aprobación otorgada por el Ministerio de Trabajo.

Para su aprobación, el empleador presentará una solicitud dirigida a la Sub Dirección del Registro Generales y Pericias, acompañando tres ejemplares del Reglamento. En caso de modificación, se deberá presentar también una solicitud a la misma Sub Dirección, acompañando tres ejemplares del Reglamento con sus modificatorias debidamente señaladas.

Lo inquietante del Decreto Supremo N° 039-91-TR radica en que dispone que los Reglamentos Internos de Trabajo presentados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo quedarán automáticamente aprobados a su sola presentación, lo mismo ocurre en el caso de su modificación. Esto nos infiere que el Ministerio de Trabajo aprueba los reglamentos internos

4 QUISPE SÁNCHEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. “El Despido en la Jurisprudencia Judicial y Constitucional”, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 1era edición, 2009, p. 33

sin una revisión de su contenido ni emisión de opinión u observación en caso encuentre alguna disposición de carácter ilegal o que desvirtúa el espíritu del TUO (para ser considerado causal de despido debe tratarse de una conducta efectivamente grave y ofensiva), dejando a los trabajadores la facultad de interponer acciones por la vía judicial si encuentran que las normas del Reglamento transgreden disposiciones legales o convencionales vigentes en el centro de trabajo.

A respecto, Pedraza Azurín⁵ expresa que, efectivamente la Autoridad de Trabajo sólo se encuentra limitada a la aprobación del Reglamento, pero que ante las posibles controversias que pudieran generarse en su aplicación o si el Reglamento contraviene algún dispositivo legal o convencional, el trabajador o el sindicato podrá reclamar vía demanda este hecho ante la Autoridad Judicial de Trabajo, lo que Toyama⁶ denomina “control posterior”, dado que los trabajadores que consideren que dentro del Reglamento se hayan contemplado normas que vulneren sus derechos o se opongan a las normas legales podrían interponer una impugnación contra dichas normas ante la instancia judicial, lo que a nuestro criterio sería insuficiente toda vez que esos derechos deberían ser tutelados con antelación y no cuando el potencial daño se encuentra latente.

IV.

LA CAUSAL DE DESPIDO POR INOBSERVANCIA DEL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO

El inciso “a” del artículo 25° del TUO establece a la letra en su primer párrafo: Son faltas graves: a) *El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.*

El Reglamento Interno de Trabajo es de obligatoria observancia no solo para el trabajador, sino también lo es para el empleador y es por este motivo que, de acuerdo a la publicación AELE⁷, su incumplimiento podría constituir falta grave que amerite el despido del trabajador. Sin embargo, la jurisprudencia establece que la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo constituye en falta grave cuando revista gravedad, es decir, si posee la trascendencia necesaria para considerarla falta grave y sancionarla con el despido.⁸ Este enunciado implica que sólo sería válido el despido si el hecho que se invoca como causal tiene tal relevancia que es considerada como falta grave, no pudiendo en teoría, sancionarse con el término del vínculo laboral por un hecho casi inocuo o que por su naturaleza no revista mayor gravedad. Cabe precisar que de acuerdo a Ley, la carga de la prueba corresponde al empleador y será este quien deba demostrar ante la Autoridad que los hechos invocados sucedieron efectivamente y revisten la gravedad que motivó el despido.

5 PEDRAZA AZURÍN, Néstor. “Manual Práctico Laboral”, Lima, Editorial Universo S.A, 1ra Edición, 1993, pp. 197-198.

6 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2da Edición, 2005, p. 206

7 Biblioteca AELE. “Extinción de la Relación Laboral”, Lima, JL Hang Tag & Etiqueta SAC, 4ta Edición, 2010, p. 15.

8 Casación N° 2147-2004-Lima. Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de julio de 2006.

V.

CUANDO EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO ENTRA EN CONFLICTO CON LAS CAUSALES DE DESPIDO CONTENIDAS EN EL TUO

La última parte del artículo 25° del TUO exige que tanto el Reglamento Interno de Trabajo como el de Seguridad e Higiene Industrial deben ser aprobados o expedidos por la autoridad competente, pero a nuestro entender ¿qué garantía puede haber de la idoneidad y justicia para el trabajador en el Reglamento Interno de Trabajo cuando para su aprobación sólo se requiere la presentación sin pasar a revisión ante la Autoridad Administrativa de Trabajo tal como lo dispone el Decreto Supremo N° 039-91-TR? Es evidente que en este punto quien tiene todo a su favor es el empleador.

Por el motivo señalado en el párrafo precedente se pueden observar algunas causales de despido contenidas en los Reglamentos Internos que al parecer van en contra del TUO como por ejemplo: para un Reglamento podría ser suficiente que un trabajador llegue en estado de ebriedad o bajo la influencia de estupefacientes a laborar por una sola vez y sin importar la función que desempeñe dentro de la empresa para que pueda ser despedido. Sin embargo, para el inciso “e” del TUO es causal de despido presentarse ebrio al centro de trabajo siempre y cuando esta conducta sea reiterada y si no lo es, se podrá proceder al despido por una vez cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. En este caso, el empleador para despedir al trabajador que se presentó ebrio por primera vez, podrá sortear el obstáculo de la reiterancia o de la función previsto en el inciso “e” invocando del inciso “a” del TUO que contempla como causal de despido la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo.

Consideramos que para establecerse una causa justa de despido referida a la conducta del trabajador por la comisión de una falta grave debe ser precisamente eso: grave, una situación de tal magnitud que haga que la relación laboral se torne irrazonable en su subsistencia conforme lo ordena el TUO. Esta gravedad del hecho va estrechamente ligada con el principio de proporcionalidad; es decir, las sanciones deben imponerse gradualmente dependiendo de la gravedad de la falta cometida. De acuerdo a Bidón y Vigil de Quiñones, el principio de proporcionalidad en los despidos deben tener tres requisitos: *“a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como falta en la norma aplicable, estableciéndose, en orden a la interpretación del precepto sancionador, un criterio de carácter restrictivo b) Que el hecho en virtud del cual se imponga la sanción se encuentre plenamente probado y c) El ejercicio de dicha potestad discrecional debe ponderar las circunstancias concurrentes, con el objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados al trabajador y la responsabilidad exigida”*.

VI.

CAUSAL DE INOBSERVANCIA DEL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia podemos observar que, al dejar el artículo 25° del TUO un sinnúmero de causales para que proceda un despido por falta grave bajo las premisas: “incumplimiento

9 BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, José Ignacio. “El Despido Disciplinario y sus Causas”. Granada, Editorial Comares S.L, 2001, p. 20.

de labores de trabajo” e “inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”, se han expuesto situaciones como la planteada en la Casación N° 859- 2003¹⁰ interpuesta por el Banco Latino en Liquidación, donde invoca la interpretación errónea del inciso “a” del artículo 25° del TUO al haber *el aquo* configurado una falta que no fue endilgada al demandante como causal de despido, puesto que se le sindicaba como autor intelectual de los hechos imputados y no por la omisión en haber detectado las irregularidades cometidas, puesto que se determinó que el actor habría incumplido con sus obligaciones laborales que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo.

La Sala considera que una de las características del contrato de trabajo consiste en la prestación laboral de manera diligente por parte del trabajador, donde se incluye el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a las reglas de la buena fe, en ese sentido, el espíritu del inciso “a” es sancionar con el despido a los trabajadores que incumplan con uno de los deberes de la relación laboral como lo es el cumplimiento fiel de las obligaciones laborales, observándose que *ad quem* ha efectuado una interpretación errónea de la norma al excluir de su contenido un supuesto que conforme se ve de la sentencia apelada se encontraba dentro de su ámbito de aplicación.

Como puede apreciarse, la figura del “incumplimiento de labores de trabajo” e “inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”, deja al empleador la posibilidad de invocar causales que pudieran no revestir gravedad, pero que se deja a criterio del juzgador determinar si efectivamente la falta invocada reviste dicha gravedad o no. En el presente caso, podemos apreciar que se trata de una omisión de deberes. Concordamos con Quispe Chávez¹¹ en el sentido que, si bien el legislador no ordena que la falta para configurarse grave deba contener dolo o culpa grave, sin embargo, esta se desprende de cada una de las causales del artículo 25° del TUO, en la que el requisito de culpabilidad del agente se encuentra implícito. Ahora bien, de acuerdo al autor citado, existe jurisprudencia que ha señalado que las faltas graves deben ser cometidos por actos directos del trabajador, con lo que no podría haber la configuración de faltas graves en el caso de omisiones de los trabajadores con el ánimo de perjudicar a su empleador (Cas N° 620-98-SCON).

“El empleador deberá entregar a los trabajadores un ejemplar del Reglamento dentro de los cinco días naturales de su aprobación otorgada por el Ministerio de Trabajo”

Las posibilidades que la jurisprudencia otorga al trabajador para ejercer su defensa ante la situación descrita podrían encontrarse dependiendo de las circunstancias en la invocación de señalamiento deficiente de la causa o hechos de despido por parte del empleador, tal como se planteó en la sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 150-2000-AA/TC en la que se impugnó una carta de imputación en la que no se identificaron fehacientemente cuáles fueron las actuaciones precisas que configuraban falta grave y es por este motivo que el Tribunal

10 Casación de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Constitucional y Social Transitoria N° 000859-2003, de 11 de octubre de 2004.

11 Óp. Cit. pp. 24-25.

Constitucional consideró que los trabajadores agraviados no pudieron ejercer su derecho de defensa al no tener un conocimiento cabal de los hechos que se les imputaban.

Otro ejemplo sería la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 712-99-AA/TC; el cual consideró inconstitucional el despido basado en la causal “disminución de la productividad”, puesto que los hechos materia de despido deben ser señalados de forma expresa e inequívoca, caso contrario se transgrede el principio de tipicidad.

Otra situación que podría invocar el trabajador es la relacionada con la falta de proporcionalidad del despido en función de la gravedad de la falta y/o de los antecedentes del trabajador teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha planteado que un despido es inconstitucional por desproporcional cuando la sanción de despido es considerada excesiva en razón a hechos invocados que no revisten gravedad en sí. Tenemos por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 1058-2004-AAT/TC, referida al caso Serpost por el mal uso del correo electrónico, que fue considerado excesivo en lo concerniente al despido. Otro caso lo podemos ver en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC N° 019-98-AA/TC, referido a un caso de falta de carácter flagrante imputado a un trabajador pero relacionada con una omisión laboral leve y del cual el trabajador no era reincidente.

La Corte Suprema de la República ha precisado los alcances de la falta grave referida a la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo mediante Casación N° 4512-2009, Lima; donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente ha realizado una interpretación *ratio legis* del inciso “a” del TUO en lo referido a la inobservancia del Reglamento. En esta sentencia se ha hecho mención que para que se configure falta grave, la inobservancia debe referirse a una sección específica del Reglamento, en el presente caso el capítulo “De la Disciplina”.

La Corte ha señalado que esa interpretación no es correcta pues, teniendo en cuenta la *ratio legis* de la norma, la falta grave se configura con el incumplimiento de cualquier disposición del Reglamento Interno de Trabajo y no de un capítulo o sección específica.

En los considerandos, la Corte establece que “la Sala Superior al declarar fundada la demanda, ha efectuado una interpretación excesiva del artículo citado ya que amplía el supuesto fáctico que esta norma establece al considerar que no basta la inobservancia de las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo (...) sino además que, para que se constituya falta grave ésta deberá encontrarse tipificada en el Capítulo VI ‘De la Disciplina’ de dicho dispositivo interno. (...) haciendo una interpretación *ratio legis* de la norma bajo comentario, bastará el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo (...) que revista de gravedad”.

VII. CONCLUSIÓN

Si bien la jurisprudencia otorga cierto nivel de protección al trabajador contra las posibles invocaciones de causales de despido establecidas en los reglamentos internos de trabajo que

revistan poca o nula gravedad o que vayan contra el espíritu del TUO, consideramos que la situación mejoraría si se modificara el Decreto Supremo N° 039-91-TR, otorgando mayores facultades a la Autoridad Administrativa de Trabajo a fin que no se convierta en un mero tramitador de los Reglamentos Internos de Trabajo presentados, sino que además, tenga la posibilidad o mejor aún, la obligación de revisarlo y observarlo de ser necesario, a fin de evitar que este Reglamento caiga en generalidades y en situaciones cuya esencia revista poca gravedad en lo concerniente a las causales de despido.

En efecto, si la Autoridad Administrativa de Trabajo es investido de esa facultad, se estrecharía la posibilidad de la convivencia de conflictos entre el TUO y el Reglamento Interno de Trabajo redactado por el empleador, estableciéndose con mayor claridad qué conductas son prohibidas a los trabajadores que estén contempladas y explícitamente presentadas tanto en la normatividad general como en el Reglamento Interno que regula la conducta laboral, lográndose con ello la homogeneidad en la tipificación de las causales de despido.

Es insuficiente que los trabajadores puedan impugnar las disposiciones que se consideren ilegales luego de aprobadas en instancia judicial, puesto que, sería mayor la protección al trabajador si fuera posible plantear las observaciones sobre las disposiciones contrarias al ordenamiento legal antes de su aprobación y no luego de ella como viene ocurriendo en la actualidad; así se estaría reduciendo la necesidad por parte del trabajador de iniciar una acción judicial que tenga por finalidad alcanzar el reconocimiento de su derecho, la misma que se alcanzaría en un lapso algo prolongado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA AELE. “Extinción de la Relación Laboral”, Lima, JL Hang Tag & Etiqueta SAC, 4ta Edición, 2010.
- BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, José Ignacio. “El Despido Disciplinario y sus Causas”. Granada, Editorial Comares S.L, 2001.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido en el Derecho Laboral Peruano”. Lima. Ara Editores, 2da Edición. 2006.
- PEDRAZA AZURÍN, Néstor. “Manual Práctico Laboral”, Lima, Editorial Universo S.A, 1ra Edición, 1993.
- QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. “El Despido en la Jurisprudencia Judicial y Constitucional”. Lima, Gaceta Jurídica S.A, 1era edición, 2009.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2da Edición, 2005.

DEL DICHO AL HECHO HAY UN BUEN TRECHO EL PRODUCTOR MINERO ARTESANAL Y EL PEQUEÑO PRODUCTOR MINERO

Por: *Emerson Galiano Gallardo**

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- GENERALIDADES III.- MINERÍA ARTESANAL
IV.- PEQUEÑA MINERÍA V.- DERECHOS Y BENEFICIOS DEL PRODUCTOR
MINERO ARTESANAL Y PEQUEÑO PRODUCTOR MINERO VI.- CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal (14.01.2002), incorporó en la legislación minera a la minería artesanal y pequeña minería con el objetivo de ofrecer un marco normativo que promueva su formalización, promoción y desarrollo.

El Decreto Supremo N° 013-2002-EM - Reglamento de Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal (21.04.2002), regula la condición de productor minero artesanal y de pequeño productor minero, el contrato de explotación, derecho de preferencia, medidas de apoyo a la minería artesanal, medio ambiente y fiscalización.

Se exigía el reconocimiento de la minería artesanal y pequeña minería, caracterizada por la extensión de las concesiones y la limitada capacidad de producción, a fin que no sean aplicables las obligaciones del régimen general, que constituían una barrera para el cumplimiento de las normas en materia minera y ambiental.

* Abogado, Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios por la Universidad de Barcelona (España), con estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Parámetros	Régimen de la pequeña minería y artesanal		Régimen general	
	Minería artesanal	Pequeña minería	Mediana minería	Gran minería
Capacidad de producción	Hasta 25 TM/día	Hasta 350 TM/día	De 350 hasta 5,000 TM/día	Más de 5,000 TM/día
Extensión de petitorios y/o concesiones mineras	Hasta 1,000 ha	Hasta 2,000 ha	Más de 2,000 ha	

Fuente propia: Síntesis del artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería.

En realidad estas normas pretenden legalizar el trabajo de informales, principalmente a la faja aurífera entre Nazca y Ocoña (más de 10,000 personas) y en Madre de Dios (cuando menos un número similar), pero desconocen lo que es la realidad de estos segmentos en los que prevalece el poco o ningún respeto a las normas laborales y medio ambientales, además de prestarse a subterfugios y simulaciones legales¹.

En la década de 1980 y principios de 1990, el Perú se encontraba en una difícil situación por la violencia interna producida por los grupos terroristas, la hiperinflación y la falta de empleo, lo que provocó el proceso migratorio de un grupo importante de personas en la búsqueda de oportunidades de progreso, encontrando en la minería artesanal y pequeña minería una fuente de ingresos.

II. GENERALIDADES

Las actividades mineras son el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, el beneficio, la labor general, el transporte minero y la comercialización; la primera, segunda y última actividad no requieren una concesión minera por ser actividades libres a nivel nacional, salvo que se afecte derecho de terceros, pero para el ejercicio de las demás actividades mineras la concesión es un requisito indispensable.

En la minería artesanal y pequeña minería se realiza el cateo para la búsqueda de mineral, la explotación para extraer los minerales, sean metálicos o no metálicos, el beneficio para la purificación de mineral valioso y la comercialización para la venta de los productos mineros.

Se destaca que las actividades mineras de búsqueda, exploración, labor general y transporte minero no se realizan porque exigen una inversión importante debido al volumen de mineral que se pretende extraer, estas actividades están relacionadas con la mediana y la gran minería que cuenta con los recursos y profesionales necesarios para llevar adelante proyectos de gran envergadura.

La minería artesanal y pequeña minería sólo puede ser desarrollada por personas naturales o personas jurídicas integradas por personas naturales, la razón es que se busca impedir el acceso

1 LASTRES BÉRNINZON, Enrique. *Derecho de Minería y Energía*. 1^{ra} edición. Lima: Primera Fuente, 2009, pp. 145.

al régimen regular de formalización a quienes realmente no reúnen las características exigidas para estos estratos de la minería, sino que pretenden beneficiarse de derechos y beneficios que no son aplicables en el régimen general.

Las actividades mineras se ejecutan en yacimientos de fácil acceso como son las vetas, los diseminados y los placeres porque el mineral se encuentra en la superficie y no requiere una inversión significativa, también se trabaja en minas que han sido abandonadas o yacimientos que no son atractivos para la mediana y gran minería debido a la poca cantidad y baja ley de los minerales.

El ejercicio de las actividades mineras se intensifica debido al aumento de los precios de los minerales, principalmente el oro, que hacen que las personas abandonen sus actividades normales porque no existe otra actividad económica que compita con los ingresos que se obtienen.

La autoridad competente para lo relacionado a las actividades de minería artesanal y pequeña minería son los Gobiernos Regionales a través de las Direcciones Regionales de Energía y Minas (DREM) en el marco del proceso descentralización, mientras que en el caso de mediana y gran minería la autoridad competente es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM).



Fuente: Norman Jennings. Los problemas sociales y laborales en las explotaciones mineras pequeñas, Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Informe TMSSM/1999, Ginebra, 1999, 17 - 21 de mayo.

III. MINERÍA ARTESANAL

Según el artículo 2 de la Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal, la minería artesanal es una actividad de subsistencia que demanda una importante cantidad de mano de obra no calificada y produce un impacto económico alrededor del proyecto minero, que como regla se realiza en áreas alejadas y de difícil acceso, constituyéndose en polos de desarrollo. Como actividad de subsistencia no sería posible internalizar los costos para reducir los impactos ambientales.

Si bien el Estado reconoce a la minería artesanal como una fuente de trabajo para los ciudadanos que se encuentran en una situación de desigualdad, cabe considerar de qué clase de empleo se trata, formal o informal, lo deseable sería la celebración de un contrato de trabajo que venga con el cumplimiento de todos los beneficios sociales que correspondan, pero en la práctica es común el empleo informal, al grado que se adoptan formas de trabajo como ganar determinado porcentaje de mineral conseguido en la semana, por ello el Instituto Nacional de Estadística e Informática² (INEI) señala que la minería concentra la menor cantidad de empleo equivalente (204 mil), sin embargo el 59% es empleo informal.

Tradicionalmente en el Perú se ha practicado la minería, como una forma de subsistencia en minas abandonadas o no cerradas, por la invasión en la concesiones de un tercero, estos son los casos de la minería artesanal desarrolladas en los andes o en la costa del Perú denominada minería de filoniana, un fenómeno aparentemente distinto en forma pero igual en el fondo es la extracción minera en la selva de nuestro país, minería aluvial; caracterizada por la mecanización de la operación por el usos de dragas³.

No es una actividad de subsistencia cuando el productor minero artesanal transfiere o cede su derecho minero para la realización de actividades que no sean de minería artesanal, tampoco cuando celebre contratos de explotación sobre la totalidad o parte de la concesión minera, esto es debido a que la minería artesanal es realizada por personas que trabajan de forma directa en la explotación y beneficio para satisfacer sus necesidades básicas, es así que utilizan métodos manuales y equipos básicos, adquirir derechos mineros para conseguir una renta derivada de la celebración de diferentes tipos de contratos mineros no es aceptable porque la concesión minera se otorga para su trabajo tal como lo establece el artículo IV del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (03.06.1992).

“No es una actividad de subsistencia cuando el productor minero artesanal transfiere o cede su derecho minero para la realización de actividades que no sean de minería artesanal”

Las personas que realizan actividades de minería artesanal no cuenta con los recursos para adquirir cargadores frontales, volquetes y retroexcavadora que se usan en la pequeña minería, sino que utilizan equipos básicos como lampas, picos, combas, barretas, cinceles, carretillas y similares, dentro del límite de su capacidad de producción, esa es la razón por la que se requiere mucha mano de obra.

En esa misma línea para la extracción de los minerales se utilizan métodos manuales que involucran la fuerza física, habilidad manual y destreza personal, mientras que para la recuperación del mineral se utilizan métodos sencillos de beneficio, siendo necesario el otorgamiento de una autorización de beneficio, que no implica la construcción de una planta de beneficio.

2 *Producción y empleo informal en el Perú – Cuenta satélite de la economía informal 2007 – 2012*. Lima. mayo, 2014, pp. 83.

3 CÁCERES NEYRA, Jorge. “Comentarios sobre la minería aurífera en el Perú, su fruto en el nuevo marco legal: dudas e incertidumbre”. *Revista de Análisis Especializado en la Jurisprudencia*, N° 46, pp. 45 - 51.

3.1. Productor minero artesanal

El artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (03.06.1992) establece que son productores mineros artesanales los que:

- a) En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; y
- b) Posean, por cualquier título, hasta un mil (1,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones minerales; o hayan suscrito acuerdos o contratos de explotación con los titulares mineros según establezca el Reglamento de la presente Ley; y, además;
- c) Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor a veinticinco (25) toneladas métricas por día.

En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de cien (100) toneladas métricas por día.

Señalamos que la ampliación de la capacidad de producción se debe a que los yacimientos no metálicos generalmente se ubican en la superficie y en cantidades importantes que facilitan su extracción.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, que es propia de la minería aluvial, cuando el mineral se encuentra en la ribera y en el lecho de los ríos, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será doscientos (200) metros cúbicos por día.

Se advierte que la unidad de medida cambia de toneladas métricas a la de metros cúbicos debido a que el oro esta diseminado en forma de pequeñas escamas, lo que se hace necesario movilizar gran cantidad de material para la extracción.

Cabe señalar que si se trata de sustancias metálicas para acreditar la condición de producto minero artesanal es necesario contar con las tres condiciones antes descritas, en cambio cuando se trate de sustancias no metálicas sólo será necesario contar con la primera y tercera condición señaladas como lo establece el artículo 21 de la Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal.

Consideramos que la reducción de las condiciones para acreditar la condición un productor minero artesanal en el caso de minería no metálica se justifica en que se trata de una actividad que contamina menos que la minería metálica y que los productos mineros que se consiguen son requeridos en grandes cantidades por diferentes industrias.

3.2. Condición de productor minero artesanal

La condición de productor minero artesanal no se consigue de manera automática sino que es necesario acreditar previamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 13-2002-EM - Reglamento de Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal.

La condición de productor minero artesanal procede siempre y cuando las actividades mineras se desarrollen en una misma provincia o en provincias colindantes porque creemos que como actividad de subsistencia se carece de los recursos para poder extender las actividades mineras fuera de un área determinada y que las personas que realizan las actividades mineras provienen de las zonas cercanas al proyecto minero.

Ponemos de relieve que los requisitos para acreditar la condición de productor minero artesanal eran fáciles de conseguir hasta que el numeral 9 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1100 (18.02.2012) estableció como requisito adicional la resolución de autorización de inicio de actividades de exploración o explotación, emitida por el Gobierno Regional correspondiente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas (MINEM).

La resolución de autorización de inicio de actividades de exploración o explotación es el último eslabón de la cadena de licencias, permisos y autorizaciones que se deben conseguir en función de cada proyecto minero para habilitar el derecho que otorga la concesión minera.

Este cambio normativo se sustenta en que la condición de productor minero artesanal es un beneficio de carácter económico porque los titulares mineros lo utilizan principalmente para pagar un derecho de vigencia mínimo, por lo que se restringe el derecho de calificación a los mineros que realizan sus actividades de manera formal.

La acreditación de productor minero artesanal se realiza vía internet en la página web del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), se consigna el nombre de usuario y clave secreta utilizado para presentar la Declaración Anual Consolidada (DAC), cuyo fin es informar sobre las actividades que se llevaron a cabo durante el año, luego se completan los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 013-2002-EM - Reglamento de Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal.

Señalamos que la forma de presentación de los requisitos y la autoridad que resuelve el trámite han variado desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1100 (18.02.2012), porque antes bastaba la presentación física de la constancia de pago de derecho de trámite y el formulario de declaración jurada bienal aprobado por la Resolución Directoral N° 136-02-EM/DGM (07.05.2012), siendo la Dirección General de Minería (DGM) el órgano competente que evaluaba el cumplimiento de los requisitos.

En cambio ahora es la Dirección General de Formalización Minera (DGFM) creada por Decreto Supremo N° 025-2013-EM (26.07.2013) quien evalúa la acreditación de la condición de productor minero artesanal dentro del plazo de 30 días hábiles, mediante Resolución Directoral

aprueba o desaprueba la solicitud, en el primer caso emite la constancia de acreditación, la misma que tiene una vigencia de 2 años desde su emisión.

La condición de productor minero artesanal se pierde de forma automática por: (i) vencimiento del plazo, (ii) si se supera los límites de áreas y capacidad de producción, (iii) si se celebra una cesión minera para actividad minera diferente a la artesanal, (iv) si se resuelve el contrato de explotación por incumplimiento de las normas ambientales, (v) si se acredita la condición de pequeño productor minero, (vi) si se transfiere o extinguen todos sus derechos mineros y (vii) si se posee por cualquier título derechos mineros en provincia distinta.

Cabe señalar que seis de las siete causales de pérdida de la condición de productor minero artesanal se encuentran en manos de titular de la concesión minera, por lo que debe procurar no alterar las condiciones que le sirvieron para contar con la condición, la misma que le otorga una serie de derechos y beneficios que son los más importantes en la legislación minera.

Productor Minero Artesanal por Departamento al 24.07.2015			
Departamento	Cantidad	Derechos	Has.
Amazonas	1	1	100
Ancash	3	6	1,603
Arequipa	6	14	7,763
Ayacucho	1	5	4,469
Cajamarca	1	2	960
Cusco	1	1	86
Huancavelica	3	5	3,018
Ica	1	2	2,000
Junín	3	6	2,206
La Libertad	3	6	3,820
Lambayeque	1	2	596
Lima	2	2	150
Moquegua	2	2	200
Pasco	2	5	4,164
Puno	3	3	100
San Martín	17	27	8,124
Total	50	89	39,269

Fuente: Dirección General de Formalización Minera (DGFM).

IV. PEQUEÑA MINERÍA

La pequeña minería es la actividad minera ejercida a pequeña escala, su capacidad de producción y/o beneficio supera a la minería artesanal porque no se encuentra limitada a utilizar métodos manuales y equipos básicos, pero no se compara con la mediana y gran minería.

La Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal otorga a la pequeña minería un régimen promocional para su desarrollo, que se deriva en una serie de derechos y beneficios importantes para facilitar las actividades mineras, en consideración al impacto positivo que produce en las poblaciones cercanas como generar empleo e incrementar el comercio.

La pequeña minería no es una actividad de subsistencia sino una con ánimo de lucro porque quienes la realizan cuenta con un capital, el cual invierten para obtener una utilidad, mientras que las personas dedicadas a la minería artesanal trabajan para solventar sus necesidades básicas, en ese sentido el pequeño productor minero puede solventar las obligaciones de carácter ambiental, de seguridad y de salud ocupacional de mejor forma que la minería artesanal.

Por esa razón, los Gobiernos Regionales no asumen respecto a la pequeña minería una función tutelar como en el caso de la minería artesanal que se traduce en: (i) capacitación técnica operativa y de administración, (ii) orientación de derechos y obligaciones, (iii) orientación

“En los casos de mineros de sustancias no metálicas y de materiales de construcción, se considerarán pequeños productores mineros”

sobre procedimientos administrativos aplicables, (iv) información sobre proveedores y clientes adecuados, (v) información sobre insumos de producción y (vi) reconocimiento de fuentes de financiamiento y de comercialización.

La capacidad de producción de la pequeña minería obliga a utilizar volquetes, cargadores frontales, retroexcavadoras, entre otros; dejando de lado a los equipos básicos y métodos manuales,

por lo que no genera el nivel de empleo de la minería artesanal, es más se estila contar con los servicios de contratistas mineros para llevar a cabo las actividades de explotación y beneficio.

Se puede conseguir una concesión de beneficio que permite la construcción de una planta de beneficio para la purificación de los minerales, no como en la minería artesanal que requiere una autorización de beneficio debido a que la pequeña minería se trata de una actividad con ánimo de lucro, que las actividades se realizan de una manera técnica y por el volumen del mineral que se extrae. Por otro lado, es frecuente la constitución de sociedades anónimas, pero son los mismos socios los que realizan las actividades mineras debido a su experiencia y a conseguir una forma de autoempleo, por lo que en realidad se encuentran en una posición horizontal sobre la dirección de la empresa.

En las organizaciones de minería en pequeña escala, sean estas asociaciones, empresas o cooperativas no existe una relación de empleador y empleado claramente definida. Son los mismos socios de las organizaciones los que trabajan en la mina y asumen cargos directivos. En algunas organizaciones se contratan peones cuando el trabajo en la mina así lo requiere, en estos casos no son contratos formales y el pago es por jornal⁴.

4 MARTÍNEZ CASTILLO, Zoila. “Una aproximación a la minería en pequeña escala y minería artesanal”. En: BERNALES ALVARADO, Manuel (coord.). *Artesanos de socavón: Pequeña Minería y Minería Artesanal en América Latina*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2006, pp. 199 – 216.

4.1. Pequeño productor minero

Conforme el artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (03.06.1992) son pequeños productores mineros los que:

- a) En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales.
- b) Posean, por cualquier título, hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones minerales; y, además.
- c) Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor a trescientas cincuenta (350) toneladas métricas por día.

En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales a de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta un mil doscientas (1,200) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio, será de tres mil (3,000) metros cúbicos por día.

Subrayamos que existe una diferencia significativa con la capacidad de producción que se le permite al productor minero artesanal, veinticinco (25) toneladas métricas por día tratándose de minerales metálicos, cien (100) toneladas métricas días tratándose de minerales no metálicos, y doscientos (200) metros cúbicos por día en el caso de yacimientos tipo placer.

Esto parece extraño cuando se permite tener concesiones mineras hasta por 1000 hectáreas, que es la mitad que se le permite al pequeño productor minero, lo lógico sería que se tenga la mitad de la capacidad de producción, pero existen dos motivos por los cuales se establecen estos umbrales, porque se considera la característica de actividad de subsistencia de la minería artesanal y que aumentar la capacidad de producción sería una tentación para hacerse pasar por un productor minero artesanal cuando en realidad le corresponde la calidad de pequeño productor minero, sin perjuicio de los mayores impactos ambientales que se producirían.

En los casos de mineros de sustancias no metálicas y de materiales de construcción, se considerarán pequeños productores mineros a los que acrediten el cumplimiento de la primera y tercera condición señaladas conforme el artículo 21 de la Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal.

Si se trata de sustancias metálicas se necesita contar con dos de las condiciones establecidas en el artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, en cambio en el caso del productor minero artesanal debe reunir las tres condiciones, esta diferencia obedece a las mayores ventajas que se le otorgan a la minería artesanal en comparación a la pequeña minería porque si bien ambas comparten derechos y beneficios por los mismos

conceptos, la minería artesanal se encuentra más favorecida en consideración por ser una actividad de subsistencia.

4.2. Condición de pequeño productor minero

La condición de pequeño productor minero no se consigue sino hasta que se acredite las condiciones correspondientes, en ese sentido se debe iniciar un procedimiento administrativo de evaluación previa.

Señalamos que para la acreditación de pequeño productor minero no es necesario que los derechos mineros se encuentren en una misma provincia o en las provincias colindantes como en el caso de la minería artesanal porque se trata de actividad con ánimo de lucro que busca incrementar su capacidad de producción a través de la explotación de minerales en diferentes regiones del país.

“Opinamos que las causales de pérdida de la condición de pequeño productor minero son menos que las establecidas para el productor minero artesanal”

El procedimiento de acreditación de la condición de pequeño productor minero es el mismo para acreditar la condición de productor minero artesanal, la diferencia está en los requisitos establecidos en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 013-2012-EM - Reglamento de Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal.

Tal como en el caso de productor minero artesanal se estableció como requisito adicional acreditar la condición de pequeño productor minero la resolución de autorización de inicio de actividades de exploración o explotación, emitida por la autoridad competente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas (MINEM).

Se advierte que era común que una vez otorgado el título de concesión minera se solicite la condición de pequeño producto minero con el objetivo principal de pagar un derecho de vigencia mínimo, toda vez que el artículo 40 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM otorga el plazo de 10 años para iniciar con las actividades de explotación.

Si bien el plazo ofrece la oportunidad de reunir el capital necesario para realizar las actividades mineras en consideración que se trata de una actividad costosa y de alto riesgo, pero esta facilidad fue y es aprovechada para adquirir concesiones mineras sin la voluntad real de explotar el mineral sino con fines especulativos.

Creemos que el nuevo requisito para acreditar la condición de pequeño productor minero cambiará esta situación porque pagar el derecho de vigencia conforme al régimen general será una obligación difícil de cumplir al grado que serán muchos los casos en que se declare la caducidad concesiones mineras.

Asimismo, la necesidad de contar con el requisito adicional puede generar que las actividades mineras se realicen en menos tiempo debido a que conseguir la condición de pequeño productor minero sirve para disfrutar de facilidades que permitan el desarrollo del proyecto minero de una mejor manera.

La pérdida de la condición de pequeño productor minero ocurre de forma automática cuando: (i) se supera los límites de hectáreas o de producción, (ii) por vencimiento del plazo, (iii) por acreditación de la condición de pequeño productor minero, y (iv) por transferencia o extinción de todo su derecho minero.

Opinamos que las causales de pérdida de la condición de pequeño productor minero son menos que las establecidas para el productor minero artesanal, lo cual obedece a la diferencia existente entre la minería artesanal y la pequeña minería, y a los mayores derechos y beneficios que se le otorgan a la primera.

Pequeño Productor Minero por Departamento al 24.07.2015			
Departamento	Cantidad	Derechos	Has.
Ancash	53	223	2,858,333
Apurímac	2	8	679,103
Arequipa	44	217	5,520,147
Ayacucho	14	50	16,000,073
Cajamarca	14	42	1,377,821
Callao	1	2	592.00
Cusco	4	6	7,273
Huancavelica	17	84	2,536,096
Huánuco	16	82	3,269,595
Ica	17	99	5,188,767
Junín	42	461	20,989,928
La Libertad	22	87	951,434
Lambayeque	4	9	8,153
Lima	46	199	2,396,911
Moquegua	5	9	6,430
Pasco	10	35	1,505,593
Piura	7	59	4,653,963
Puno	17	56	441,306
Tacna	9	29	32,027
Total	346	1,759	54,122,144

Fuente: Dirección General de Formalización Minera (DGFM).

V.

DERECHOS Y BENEFICIOS DEL PRODUCTOR MINERO ARTESANAL Y PEQUEÑO PRODUCTOR MINERO

La razón de ostentar la condición de productor minero artesanal y pequeño productor minero es gozar de una serie de derechos y beneficios que facilitan el desarrollo de las actividades mineras, su importancia es tal que sin ellos muchos proyectos mineros no se podrían llevar a cabo debido a las obligaciones que se deben cumplir y por la inversión que se necesita en cada etapa de la vida útil de la mina.

En primer lugar, el artículo 13 de la Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal establece que las escalas de multas y penalidades son menores a la que se aplican para el régimen general, es así que las sanciones pecuniarias no pueden exceder de 02 UIT para el pequeño productor minero y 01 UIT para el productor minero artesanal, pero en el caso de accidentes fatales, las multas serán hasta 05 UIT para el pequeño productor minero y hasta 03 UIT para el productor minero artesanal.

El importe de las multas se sustenta en las características de la minería artesanal y la pequeña minería para afrontar cabalmente el conjunto de obligaciones dispuestas por la legislación y porque la imposición de multas con escalas superiores significaría la quiebra de los mineros.

La primera disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1101 (29.02.2012) derogó el citado artículo en lo relativo a las sanciones y penalidades por infracciones ambientales, se establecieron cuatro infracciones cuyas sanciones pecuniarias para el productor minero artesanal oscilan entre 02 y 25 UIT y para el pequeño productor minero oscilan entre 02 y 40 UIT.

En el régimen general aplicable a la mediana y gran minería existen 137 infracciones respecto a la labores de explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrados mineros cuyas sanciones pecuniarias son hasta 1000 UIT según lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM (20.11.2012).

No son aplicables a la minería artesanal y a la pequeña minería las infracciones establecidas en el numeral 52.1 al 52.9 del artículo 52 del Reglamento de la Ley de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-2005-EM (14.08.2005), que fijan sanciones pecuniarias de hasta 250 UIT.

En caso de la no presentación del plan de cierre de minas o de no haber ofrecido la garantía para su cumplimiento no se sancionará con multas sino que se ordenará la paralización de las actividades mineras hasta que el productor minero artesanal o pequeño productor minero cumpla con sus obligaciones, es decir no se aplicará el literal 66.3 del artículo 66 del Reglamento para el Cierre de Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-EM (07.12.2005).

Sobre las escalas de las penalidades, que se trataría de la penalidad por falta de la

producción mínima que se exige cada año por hectárea de la concesión minera, pero realmente no existe una diferencia con el régimen general porque se aplica como penalidad el pago del 10% de la producción mínima de manera uniforme a cada estrato de la minería conforme el artículo 40 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, el detalle es que la producción mínima que se exige al productor minero artesanal y pequeño productor minero son las más bajas de todas.

Se mantiene el derecho que ostentan el productor minero artesanal y el pequeño productor minero en pagar tasas menores en los procedimientos administrativos que inicien, para ello las entidades públicas deben fijar tasas especiales en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA).

En segundo lugar, el artículo 15 de la Ley N° 27651 - Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal preconiza que los productores mineros artesanales y pequeños productores mineros obtienen la certificación ambiental presentando una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EASd), esto se debe a que sus proyectos mineros no generan impactos ambientales significativos, contrario a lo que sucede en la mediana y gran minería donde se exige la presentación de Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIAD) porque los proyectos mineros son de tal envergadura que hace indispensable tener un estudio profundo.

Desde una perspectiva jurídica puede afirmarse que las limitaciones al ejercicio de derechos para un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el cuidado del ambiente, están regulados a través de los instrumentos de gestión, los mismos que responden al interés público y están expresados en la política ambiental y en las normas que la implementan⁵.

La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EASd) no requerirán estar suscritos por un auditor ambiental⁶ registrado, bastará para el efecto la suscripción del o los profesionales competentes en la materia, que se encuentren inscritos en el registro de consultores de los Gobiernos Regionales o del Ministerio de Energía y Minas (MINEM).

En tercer lugar, el artículo 11 del Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM (27.05.2015) establece que los talleres participativos realizados como parte de los procedimientos de participación ciudadana en el trámite del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd), cuando correspondan a la minería artesanal y pequeña minería no generan la obligación de pagar los costos administrativos derivados de la intervención de los gobiernos regionales porque no se entienden como un servicio.

La participación ciudadana no se limita poner a disposición de la población de influencia

5 ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. 1ª edición. Lima: Editorial Iustia, 2001, pp. 421.

6 Es toda persona natural o jurídica, inscrita en la Dirección General de Minería, de acuerdo al Decreto Supremo N° 012-93-EM, dedicada a la fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas de conservación del medio ambiente.

del proyecto minero la información que contiene el instrumento de gestión ambiental, sino que se trata de un proceso de consulta para que se opine sobre los mecanismos que se van a adoptar con el objetivo de evitar la generación de conflictos.

En cuarto lugar, según el artículo 38 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM la concesión minera obliga a su trabajo que consiste en invertir para lograr la producción de sustancias minerales. En el régimen general aplicable a la mediana y gran minería, la producción no podrá ser inferior al equivalente a una 01 UIT por año y por hectárea otorgada, si se trata de sustancias metálicas y del equivalente a 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada, si se trata de sustancias no metálicas.

El productor minero artesanal debe realizar una producción que no sea inferior al equivalente a 5% de la UIT por año y por hectárea otorgada sea que se trate de sustancia metálica o no metálica, mientras que el pequeño productor minero debe realizar una producción que no sea inferior al equivalente a 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada en caso de sustancias metálicas y de 5% de la UIT por año y por hectárea en el caso de la minería no metálica.

El Estado otorga concesiones mineras para que se realicen las actividades mineras no sólo en beneficio de titular de la concesión sino también para el beneficio de la sociedad en su conjunto, no se permite adquirir un derecho minero con fines especulativos porque va en contra de la generación de riqueza que necesita el país.

En quinto lugar, una de las principales obligaciones del titular de la concesión minera es el pago anual del derecho de vigencia para mantener el derecho minero, porque el incumplimiento de 02 años consecutivos genera la caducidad de la concesión minera de acuerdo al artículo 59 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, lo cual significa la pérdida del derecho de explorar y explotar minerales.

El derecho de vigencia es una modalidad especial de tributo, específicamente una tasa y más concretamente, conforme lo indica su nombre, un derecho, que con arreglo al numeral 2 del párrafo c) de la Norma II del Texto Único Ordenado del Código Tributario, se paga por el uso o aprovechamiento de bienes públicos⁷.

El derecho de vigencia para la mediana y gran minería es de U\$ 3,00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada y otorgada, para el productor minero artesanal el derecho de vigencia es de un US\$ 0.50 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada, para el pequeño productor minero el derecho de vigencia es de un US\$ 1,00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada.

En sexto lugar, en el régimen general quienes inicien o estén realizando operaciones mayores de 350 TM/día o lo que inviertan el importe de U\$ 2'000,000.00 gozarán de estabilidad tributaria que le garantizará mediante un contrato suscrito con el Estado, por un plazo de diez

7 BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y concesión*. 4^{ta} edición. Lima: Editorial San Marcos, 2011, pp. 107.

años contados a partir del ejercicio en que se acredite la ejecución de la inversión, pero según el artículo 92 del TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, para el caso de los productores mineros artesanales y pequeños productores mineros pueden celebrar este tipo de contrato si realizan una inversión equivalente en moneda nacional de US\$ 500,000.00.

Se trata de los denominados contratos-ley que son una mecanismo para atraer inversión sea nacional o extranjera, mediante los cuales se mantiene la normativa existente en un momento determinado a pesar que posteriormente existan modificación en la legislación, mientras que para la mayoría se aplican los cambios normativos que han devenido en el transcurso del tiempo, para el inversionista minero las modificaciones resultan inaplicables durante la vigencia del contrato.

En séptimo lugar, los artículos 2 y 3 de la Ley N° 28258 - Ley de Regalía Minera (23.06.2004) establecen que la regalía es la contraprestación económica que los titulares de la concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos, y que el pago de ella se realiza sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional.

Hasta aquí, considerando la existencia de un marco normativo que no sólo permite sino que exige el pago por el uso o aprovechamiento de recursos naturales, y corresponde, según su ley de creación, a una contraprestación económica que los titulares de los contratos de concesiones mineras deben pagar al Estado por la explotación de recursos minerales, en virtud a los cuales dichos particulares adquieren sobre los frutos y/o productos de los referidos recursos, todos los atributos de la propiedad, y tomando en cuenta que dichos frutos y/o productos no forman parte del dominio público del Estado sino de su dominio privado o eventualmente propiedad de terceros ajenos a éste, difícilmente la regalía puede ser catalogada como un impuesto o contribución, en donde la obligación de pago de los contribuyentes se origina en la existencia de alguna prestación o contraprestación directa o indirecta a favor de los contribuyentes por parte del Estado, ni se genera por beneficios de la realización de obras públicas o de actividades estatales a favor de estos⁸.

Para el pago de la regalía existen tres rangos, el primero hasta 60 millones de dólares anuales se paga el 1%, el segundo, por el exceso de 60 millones hasta 120 millones de dólares anuales se paga el 2%, y en el tercero, por el exceso de 120 millones de dólares anuales se paga el 3%, sin embargo el productor minero artesanal y el pequeño productor minero no se encuentran obligados al pago de la regalía.

Este conjunto de derechos y beneficios son las razones para conseguir las condiciones de productor minero artesanal y pequeño productor minero, los requisitos para acreditar dichas condiciones eran fáciles de cumplir hasta que se agregó la resolución de inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio, el cual va a obligar a los titulares de derechos mineros a iniciar sus actividades en menos tiempo.

Conceptos	Minería Artesanal	Pequeña Minería	Régimen General
-----------	-------------------	-----------------	-----------------

8 VELÁSQUEZ LÓPEZ-RAYG ADA, Pedro. "Naturaleza jurídica de la regalía minera". *Revista Foro Jurídico*, Año II, N° 4, 2005, pp. 91 - 95.

Multas y penalidades	Desde 02 a 25 UIT	Desde 02 a 40 UIT	Hasta 1000 UIT
Tasas	Menor	Menor	Normal
Instrumento de gestión ambiental	DIA o EIASd	DIA o EIASd	DIA, EIASd o EIAd
Pago por la intervención de la autoridad minera en los talleres participativos	No	No	Si
Producción mínima anual	5% UIT Año/ha para cualquier sustancia	10% UIT Año/ha (metálico) / 5% UIT Año/ha (no metálico)	1 UIT Año/ha (metálico) / 10% UIT (no metálico)
Derecho de vigencia	US\$ 0.50 Año/ha	US\$ 1.00 Año/ha	US\$ 3.00 Año/ha
Contratos de estabilidad tributaria	US\$ 500,000.00	US\$ 500,000.00	US\$ 20'000,000.00
Regalía	No	No	Si

Fuente propia: Síntesis de la Ley N° 27561, D.S N° 028-2008-EM, TUO Ley General de Minería, Ley N° 28258 y Ley N° 30230.

VI. CONCLUSIONES

La minería artesanal y pequeña minería se caracterizan por la dimensión de las concesiones mineras, la capacidad de producción y la realización directa de las actividades mineras.

La minería artesanal es una actividad de subsistencia, mientras que la pequeña minería es una actividad con ánimo de lucro, por esa diferencia el Estado favorece principalmente a la primera.

La condición de productor minero artesanal y pequeño productor minero se obtiene acreditando en un procedimiento administrativo de evaluación previa el cumplimiento de una serie de requisitos entre los que destaca la resolución de inicio/reinicio de actividades de exploración o exploración.

Los derechos y beneficios que ostentan el productor minero artesanal y el pequeño productor minero se encuentran justificados por sus características, sin ellos muchos proyectos mineros no verían la luz y sería difícil realizar las actividades mineras de manera formal.

DERECHO Y LENGUAJE: A PROPÓSITO DEL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por: Dr. Manuel Miranda Canales

SUMARIO: I.- PRELIMINARES II.- DERECHO CONSTITUCIONAL Y LENGUAJE JURÍDICO III.- CONSTITUCIONALIZACIÓN Y ESTADO DE DERECHO IV.- EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CLARIDAD DE SUS SENTENCIAS V.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LENGUAJE JURÍDICO

I. PRELIMINARES

El derecho es lenguaje. Normas, resoluciones, sentencias, informes, escritos, expresan una voluntad jurídica mediante el uso de palabras, conceptos y conectores lingüísticos. Por tanto, existe una relación intrínseca entre derecho y lenguaje.

El lenguaje, ya sea jurídico o usual, tiene un alto poder comunicativo que le permite expresar rápidamente aquello que pretende transmitir. Sin embargo, este alto poder comunicativo también tiene un aspecto problemático: La vaguedad y la ambigüedad. Estos problemas del lenguaje generan problemas en la comunicación y pueden traer como consecuencia malentendidos o lagunas.

A nivel del derecho, los problemas del lenguaje pueden tener como consecuencia la existencia de problemas a nivel de la interpretación de normas o resoluciones. Pongamos, sobre la vaguedad jurídica, un ejemplo: Qué debe entenderse por peligro inminente o debida motivación. Podríamos pensar en abstracto que ambas expresiones no presentan problemas, pero al momento de aplicarlas a un caso concreto, podríamos tener problemas en considerar si algo debe ser considerado como peligro inminente o si algo se encuentra debidamente motivado.

Un ejemplo de ambigüedad de expresiones jurídicas sería la propia palabra “derecho”, la misma que puede ser entendida de diversas maneras por diversas personas en contextos distintos:

derecho como indicación de rectitud, derecho como prerrogativa a algo, derecho como ciencia jurídica, etc.

En consecuencia, un lenguaje claro en derecho, se muestra como una condición necesaria para poder cumplir con garantizar tanto seguridad jurídica como justicia.

Ciertamente el lenguaje usual se encuentra, como todo producto social, en constante evolución. Problemas de vaguedad o de ambigüedad pueden ir atenuándose o agudizándose con el paso del tiempo y de la evolución social. El lenguaje jurídico también se encuentra en constante evolución, evolución que es medida por el crecimiento y capacidad dinámica de sus instituciones, así como de los aplicadores del mismo, como es el caso del Tribunal Constitucional

II.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y LENGUAJE JURÍDICO

El derecho constitucional contemporáneo ha ido evolucionando también acorde con las necesidades y problemáticas sociales, planteando nuevas teorías para responder a este proceso. Dichas teorías también estructuran sus postulados en función al lenguaje teórico propio de la dogmática constitucional.

Es por ello que, teorías como la de los derechos fundamentales como orden objetivo de valores o la del efecto de irradiación de los derechos fundamentales entendido como la

“Un lenguaje claro en derecho, se muestra como una condición necesaria para poder cumplir con garantizar tanto seguridad jurídica como justicia”

irradiación de efectos de la Constitución a todas las ramas jurídicas, no pueden de entenderse sin atender a un problema fundamental: La claridad del lenguaje con que estas se expresen.

Un lenguaje claro implica un lenguaje que pueda ser entendido por quienes sean los destinatarios del mismo. La idea de comprensión e internalización de argumentos lingüísticos no es otra que la idea de razonabilidad. Por tanto, todo lenguaje claro es razonable. En el derecho, la razonabilidad se entiende como aquella capacidad de que los destinatarios de las normas o resoluciones jurídicas puedan entender e internalizar aquello que se les manda, prohíbe o permite hacer. Un lenguaje jurídicamente claro es un lenguaje jurídicamente razonable.

Es común encontrar en la praxis jurídica, normas y documentos jurídicos redactados de manera excesivamente técnica o enrevesada. Esto hace que, quienes deben orientar su conducta conforme a dichas prescripciones, no lo puedan hacer de manera segura. Ello puede tener como consecuencia que estas personas discrepen, sin entender muy bien por qué, de aquello que se les prescribe hacer. Podría decirse que muchos de los problemas de falta de eficacia social de las normas jurídicas y las resoluciones judiciales obedecen a un mal entendido, es decir, a que dichas prescripciones no son claras, no son razonables.

El lenguaje jurídico se evidencia, entonces, como un medio para poder expresar la voluntad jurídica de los órganos competentes y de la ciudadanía. Sin embargo, es cierto que dicho lenguaje padece por su propia naturaleza de limitaciones y zonas de penumbra de cuya existencia los operadores jurídicos y los ciudadanos deben ser consientes. La claridad del lenguaje y la conciencia de sus limitaciones permitirán garantizar un alto grado de seguridad jurídica y harán posible acercarnos al ideal de la justicia como equidad.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y ESTADO DE DERECHO

La evolución de las ciencias jurídicas puede ser medida y contrastada en el dinamismo y crecimiento de sus instituciones, son éstas las que, finalmente, determinan la materialización del Derecho.

El Derecho Constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. Llamaremos “constitucionalización del Derecho” a este proceso, toda vez que los efectos de nuestra Carta constitucional, se irradian en todas las ramas del Derecho.

Para Riccardo Guastini, la constitucionalización del ordenamiento jurídico debe cumplir los siguientes requisitos¹:

1. Una Constitución rígida: Una Constitución es rígida sí y solo sí, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación “ordinaria”, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución: Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución: Casi todas las Constituciones contemporáneas son Constituciones “largas”, en el sentido de que incluyen -al lado de las normas sobre la organización del Estado- también una declaración de derechos, o sea, una serie de normas que regulan directamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además, en el seno de las declaraciones de derechos, frecuentemente se encuentran no sólo normas claras y precisas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos, sino también principios generales y disposiciones programáticas.

1 GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. En: *Estudios de teoría constitucional*. Traducción de José María Lujambio. México: Fontamara, 2001, pp. 155-163. Ahora también en: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda Edición. Madrid: Trotta, 2005, pp. 49-73.

Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea puesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo– es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

4. La “sobreinterpretación” de la Constitución: Si se está inclinado por la interpretación extensiva (por el argumento *a simili*), la Constitución puede ser interpretada –o más bien, “sobre interpretada”- de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada, no quedan espacios vacíos del –o sea, “libres” del- derecho constitucional. Toda decisión legislativa está pre regulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa, no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales: En el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o por qué la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta.
6. La interpretación conforme de las leyes: Toca al juez elegir la interpretación “correcta”, en el sentido de que es su tarea decidir cuál interpretación es preferible. El juez puede, por consiguiente, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consecuencia, considerarla inconstitucional, o bien, interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución.
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: Ésta depende de diversos elementos, entre los cuales se pueden mencionar: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo del Tribunal Constitucional, cuando existe tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, ha determinado, en la STC 0042-2004-AI/TC, la existencia de un *principio de constitucionalidad* y no sólo de conformidad con la ley, un *principio de legalidad*. Ello es así, en la medida que en nuestra Constitución están incorporados el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa.

La Constitución no es un mero documento político, sino también, una norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución más no, en la ley. El principio de fuerza normativa de la Constitución, quiere decir, que todos los llamados a aplicar el Derecho deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones.

IV.

EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CLARIDAD DE SUS SENTENCIAS

4.1. El Tribunal Constitucional

Con la promulgación de la Constitución de 1993 se crea el Tribunal Constitucional, el cual amplía sus competencias en comparación al Tribunal de Garantías Constitucionales. En efecto, ahora el Alto Tribunal conoce los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, competencial, acción popular e inconstitucionalidad.

Es necesario precisar que el Tribunal Constitucional realiza una interpretación de cierre, es decir, si bien los jueces constitucionales del Poder Judicial también realizan la interpretación de las disposiciones constitucionales, éstos no tienen la última palabra. El Tribunal Constitucional realiza la última interpretación, no por una disposición jerárquica entre el Tribunal y los tribunales ordinarios, sino porque es necesario para que el justiciable pueda mantener una línea jurisprudencial que sea predecible y además para que los procesos tengan una respuesta final.

“La expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”

De la lectura conjunta de los artículos 200, 201 y 202 de la Constitución Política se desprende que, el Tribunal Constitucional, al ser el órgano encargado de control de la Constitución, es quien tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley contra la Constitución, que no es otra cosa que el control concentrado. Sin embargo, ello no impide que este Colegiado aplique el control difuso, cuando una norma vaya en contra de la Constitución. Por tal motivo, nuestro sistema de control de constitucionalidad es dual, en tanto coexisten el modelo difuso y concentrado, pero sin mezclarse.

4.2. El Control Constitucional

Como es bien conocido, Mauro Cappelletti fue quien hizo la clásica división de los sistemas de control de constitucionalidad. Dejando de lado un orden geográfico para clasificarlos, decidió dividir el control constitucional de acuerdo a su carácter político y jurídico. Este último se dividía en el difuso y concentrado, como ya hemos desarrollado en los apartados anteriores.

Por ello, corresponde ahora precisar, en general, las competencias, los modos de acceso y los efectos de las sentencias que emiten los Tribunales Constitucionales, haciendo principal incidencia en el control concentrado de constitucionalidad.

A los tribunales constitucionales se les puede situar en distintos puntos dentro de un espectro de pureza. En un extremo, encontramos tribunales constitucionales absolutamente puros, cuya única función es enjuiciar la validez de las leyes, tal es el caso de Bélgica. Luego, aparecen tribunales que llevan a cabo tareas adicionales, pero cuya principal actividad sigue siendo el control de constitucionalidad de las leyes, como es el caso de Italia. En el otro extremo, hallamos algunos tribunales que tienen jurisdicción sobre materias tan diversas e importantes, que sería incorrecto afirmar que, en términos de su trabajo cotidiano, su cometido primordial es el control de la legislación, como sería la situación de Alemania².

Sobre el acceso al Tribunal Constitucional para realizar el control concentrado, encontramos el proceso de inconstitucionalidad, en el cual se cuestiona la validez de una disposición.

En nuestro caso, cuando una ley se declara constitucional, la misma no puede ser cuestionada posteriormente en los mismos extremos donde se ha confirmado su constitucionalidad. Aun así, es posible cuestionar la constitucionalidad de una interpretación de alguna disposición de la ley impugnada.

V. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LENGUAJE JURÍDICO

Ahora bien, a partir de lo esgrimido es preciso constatar cuál es el rol del lenguaje jurídico y su claridad en el Estado de Derecho, así como el rol que ha jugado el Tribunal Constitucional.

Un primer elemento a tomar en cuenta para efectuar este ejercicio, es el principio de seguridad jurídica, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: Tiene rango constitucional y también señala su contenido especificando que la misma supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”

Dicho esto, cabe preguntarse sobre la identidad de los destinatarios de la norma jurídica. En otras palabras, si el lenguaje jurídico debe estar dirigido hacia los juristas o hacia los ciudadanos. La pregunta reviste una mayor complejidad cuando se confirma que el lenguaje jurídico es, hasta cierto punto, un lenguaje medianamente especializado. La respuesta no es excluyente. La seguridad jurídica implica una cuota importante de rigurosidad en la redacción de sentencias y normas legales. La “traducción” del lenguaje jurídico especializado podría también implicar la ambigüedad de las disposiciones legales, conculcando así el principio de seguridad jurídica.

La no exclusión del lenguaje técnico obedece a razones propias de un Estado democrático y donde se incluye necesariamente la existencia de tribunales, abogados y, en general, una cultura

2 FERRERES COMELLA. Victor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pág. 33.

jurídica especializada. Por otro lado, también es necesario compaginar ambos espacios (de cultura jurídica especializada y no especializada) con el fin de establecer una auténtica comunicación. Seguramente, los productos más depurados de este diálogo son las constituciones democráticas que han buscado hacer confluír dos espacios³.

El reto que nos constriñe es, entonces, encontrar puntos de sobriedad en la precisión especializada donde la supertecnificación jurídica no debe tener lugar y que aquél lenguaje legal con un mayor contacto con la ciudadanía, no caiga en oscurantismos innecesarios.

A partir de esto, podemos sostener que las sentencias judiciales, al intervenir directamente en la vida y desarrollo del ciudadano, requieren de un alto nivel de precisión y claridad. Si bien el proceso de tecnificación está alineado a las necesidades que el Derecho precisa para su correcta articulación, es pertinente recordar a Montesquieu y mencionar que “cuando el estilo de las leyes es pomposo, se les mira como una obra de ostentación”

3 Prieto de Pedro, J. “Lenguaje jurídico y Estado de Derecho”(En: “Lenguaje jurídico y Estado de Derecho”. Revista de Administración Pública, 140, 111-129.



Oleo en el Decanato del Colegio de Abogados de Lima.

Manuel Vicente Villarán Godoy (n. Lima, 18 de octubre de 1873 – Lima, 21 de febrero de 1958) fue un jurista, catedrático universitario y político peruano. Ministro de Justicia, Decano del Colegio de Abogados de Lima (1914-1915), Senador de la República (1917-1918), Rector de la Universidad de San Marcos (1922-1924).

Durante su gestión como Decano del Colegio de Abogados de Lima (1914), realizó la Primera Edición de la Revista DEL FORO, teniendo a la fecha la presente edición N° 103, es decir una continuidad de 103 años.

EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, CONCEPTO Y SUS IMPLICANCIAS¹

Aplicación comparada de la legislación colombiana y chilena a un caso hipotético peruano

Por: *Demetrio Rojas García*²

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR III.- CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL CPDC IV.- CASO HIPOTETICO SOBRE RELACION DE CONSUMO V.- CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN COLOMBIA Y CHILE VI.- APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS A LA LEGISLACION COMPARADA CONCRETA VII.-CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El 2 de setiembre del 2010 se promulgó la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el CPDC), en cuya Disposición Complementaria Final resolvió su entrada en vigencia a los 30 días calendarios, contados a partir del día siguiente de su publicación (con excepción de algunos artículos), empezando a regir en todo el país el 2 de octubre del 2010.

A más de cinco años de su vigencia y aplicación conviene recordar que el CDPC, en cierta forma, compiló todas las normas de protección al consumidor que se habían dictado hasta su

1 A mis hijos Andrés Fermín, Daniela y Raúl.

2 Abogado por la UNMSM. Ex Defensor del Contribuyente del SAT de Lima. Ex Jefe del Órgano Sumarísimo de Protección al Consumidor N° 3 del INDECOPI. Ex Director General de Políticas y Regulación del Ministerio de la Producción. Profesor de Derecho Administrativo y Gestión Pública. Miembro de la Comisión de Estudio de Derecho Administrativo, Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso del Colegio de Abogados de Lima.

entrada en vigencia, unificándola y materializándola en un solo documento, así como incorporó criterios jurisprudenciales que, en materia de protección al consumidor, habían sido adoptados por las diversas instancias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), haciendo más fácil su aplicación en los diversos procedimientos.

Dentro de las novedades más saltantes del CPDC tenemos lo dispuesto en su artículo 124, referido a la creación del Procedimiento Sumarísimo en materia de protección al consumidor, en adición al Procedimiento Ordinario, como un mecanismo para brindar una atención celer y efectiva a los consumidores respecto de determinadas denuncias; siendo ello uno de los aspectos más requeridos por los participantes en la reforma.

En efecto, el Procedimiento Sumarísimo fue creado para que los consumidores pudieran obtener una respuesta rápida y eficaz de sus denuncias sobre asuntos de menor cuantía, en un contexto de crecimiento de la economía en los últimos años, impulsada por los agentes económicos en el mercado, entre ellos por los consumidores, por lo que era necesario que éstos últimos encuentren una protección dentro de un procedimiento especial, a cargo de órganos unipersonales denominados Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimo (en adelante, ORPS).

“La CPC se pronuncia también sobre la admisión a trámite de la denuncia”

El presente ensayo luego de una breve referencia a los procedimientos ordinario y especial de protección al consumidor, pretende poner de manifiesto que la complejidad y al final, la amplitud del concepto de Consumidor previsto en el CPDC, trae como consecuencia la dificultad en la determinación de la competencia de los órganos resolutivos de la autoridad administrativa (INDECOPI) al evaluar una denuncia y a su vez, conlleva al crecimiento excesivo del universo de consumidores protegidos; cuestiones que no se presentan a simple vista en las legislaciones colombiana y chilena, tal como veremos de una breve comparación a partir de un caso hipotético.

II.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

El Procedimiento de Protección al Consumidor constituye un procedimiento administrativo trilateral y sancionador, en el que alrededor de un conflicto participan el consumidor, el proveedor y la autoridad administrativa; pero que a su vez tiene por finalidad determinar la comisión de una infracción y la imposición de una sanción. Es por ello, que le son aplicables supletoriamente las reglas de los procedimientos especiales previstos en los artículo 219³

3 **Artículo 219 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.**

219.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

y 229⁴ de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), referidos tanto al procedimiento trilateral y al procedimiento sancionador, respectivamente.

En el procedimiento trilateral un órgano, sea unipersonal o colegiado, resuelve un conflicto de intereses entre dos o más administrados; de manera que el órgano administrativo actúa como un juez al resolver la contención, debiendo actuar por ello con independencia e imparcialidad. En tanto, que las partes que intervienen son administrados, por lo general, personas naturales o jurídicas en su condición de consumidores o proveedores comprendidos en una relación de consumo, o en los casos específicos de discriminación, de métodos abusivos de cobranza, de métodos comerciales coercitivos, reportes indebidos y otros supuestos que se presentase antes o con posterioridad a la relación de consumo.

2.1. El Procedimiento ordinario

El Procedimiento Ordinario de Protección al Consumidor, ha sido establecido por el Decreto Legislativo N° 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI⁵ desde su creación. De acuerdo con tal normativa, este procedimiento se inicia con una denuncia de parte o de oficio, tramitándose ante la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, CPC), que como todo órgano resolutorio cuenta con una Secretaría Técnica y Comisionados.

La Secretaría Técnica se encarga de la tramitación del procedimiento contando con las facultades para notificar al interesado a fin de subsanar omisiones a la solicitud presentada; someter a la consideración de la CPC aquellas denuncias que tengan la documentación completa y cumplan con los requisitos exigidos por ley; admitir denuncias a trámite, en aquellos casos en que los Comisionados le haya delegado esta facultad; efectuar todas las notificaciones relativas a la tramitación del procedimiento; declarar la pertinencia o improcedencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, disponer de oficio la actuación de medios probatorios; llevar a cabo las inspecciones e investigaciones necesarias; conducir las audiencias de conciliación que sean programadas; entre otras cosas.

La CPC se pronuncia también sobre la admisión a trámite de la denuncia, el dictado de las medidas cautelares, las nulidades por defectos del procedimiento, la resolución final, y la concesión o denegación de recursos impugnativos. Una vez admitida a trámite la denuncia, se corre traslado de la misma al denunciado, a fin de que éste presente sus descargos en un plazo de 5 días contados desde la notificación, vencido el cual, el Secretario Técnico declara en rebeldía al denunciado. Cabe precisar que el plazo antes mencionado puede alargarse vía la solicitud de prórroga hasta por tres días adicionales.

219.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como "reclamante" y cualquiera de los emplazados será designado como "reclamado".

4 **Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este artículo.**

(...)

229.2 En las entidades cuya potestad sancionadora está regulada por leyes espaciales, este Capítulo se aplicara con carácter supletorio. (...)

5 Vigente desde el 19 de abril de 1996.

En el caso de los procedimientos de oficio, el plazo para la presentación de descargos corre a partir de la fecha en la que el Secretario Técnico notifica al denunciado los hechos que fueron materia de investigación, así como la tipificación y descripción de la presunta infracción. El Secretario Técnico podrá realizar las inspecciones e investigaciones que considere necesarias, antes de enviar dicha comunicación. La notificación de la denuncia podrá efectuarse simultáneamente con la realización de una inspección, ya sea a pedido del denunciante o de oficio.

En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la CPC puede dictar una medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Asimismo, en cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, el Secretario Técnico puede citar a las partes a audiencia de conciliación. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la denuncia, se levanta un acta, la misma que tiene los efectos de una transacción extrajudicial y que, una vez aprobada con una resolución, pone fin a la instancia.

Lo común es que el procedimiento concluye con un pronunciamiento de fondo a través de la denominada Resolución Final, respecto del cual únicamente cabe la presentación del recurso de apelación, dentro de los 5 días de notificada la misma. La regla general es que dicha apelación se concede con efecto suspensivo, salvo en el caso de resoluciones que dictan medidas cautelares, de manera que la resolución impugnada solo se ejecuta una vez obtenida el pronunciamiento de la Sala de Protección al Consumidor que revoca o la confirma la resolución impugnada, según sea el caso.

2.2. El Procedimiento especial

El CPDC, en su artículo 124, facultó al Consejo Directivo del INDECOPI la creación de los ORPS en materia de protección al consumidor, a efectos de establecer el Procedimiento Especial de Protección al Consumidor.

El artículo 124 del CPDC textualmente señala lo siguiente:

Artículo 124.- Órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor.

A efectos de establecer un procedimiento especial de protección al consumidor de carácter célere o ágil para los casos en que ello se requiera por la cuantía o la materia discutida, el Consejo Directivo del Indecopi crea órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor, que se encuentran adscritos a las sedes de la institución a nivel nacional u oficinas regionales en las que exista una Comisión de Protección al Consumidor o una comisión con facultades desconcentradas en esta materia. **(El subrayado es nuestro).**

Así, mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 174-2010-INDECOPI/COD, publicado el 27 de noviembre de 2010, se crearon los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor adscritos a las Oficinas Regionales del Indecopi en las que existe una Comisión con facultades desconcentradas en materias de Protección al Consumidor, así como se crea el Órganos Resolutivos de

Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor adscrito a la Oficina Desconcentrada de Lima Norte. Adicionalmente, con esta norma se designó a sus respectivos Jefes con efectividad al 1 de diciembre de 2010⁶.

Cabe precisar que en el caso de la sede central del INDECOPI, inicialmente, la competencia de tales órganos fueron distribuidos del siguiente modo: ORPS N° 1, encargada de conocer denuncias por incumplimiento de medidas correctivas, incumplimiento de acuerdos conciliatorios y liquidación de costas y costos; ORPS N° 2, encargada de conocer denuncias que refieran a la prestación de servicios financieros; y, el ORPS N° 3, encargado de conocer denuncias que versen sobre todo servicio distinto a los financieros, esto es, conoce todo aquello con exclusión de la competencia de los otros dos órganos.

Con posterioridad, mediante la Directiva N° 003-2014/DIR-COD-INDECOPI, se modificó e incorporó diversos artículos al Texto Único Ordenado de la Directiva que aprobó el Procedimiento Sumarísimo en Materia de Protección al Consumidor previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Resolución N° 298-2013-INDECOPI/COD⁷. Asimismo, mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 106-2014-INDECOPI/COD se aprobó la División temática de la competencia resolutoria de los ORPS en la sede central del INDECOPI⁸.

A través de los denominados ORPS se tramitan en primera instancia administrativa las denuncias por presunta infracción al Código, cuando el valor del producto o servicio reclamado no supere las tres (3) Unidades Impositivas Tributaria (UIT). Asimismo, se atiende aquellas denuncias que traten exclusivamente sobre requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega de productos, estos tres últimos casos los atiende independientemente del monto reclamado. De igual forma, recae dentro del ámbito de competencia de los Órganos Resolutivos conocer el incumplimiento de acuerdos conciliatorios, incumplimiento de medidas correctivas y liquidación de costas y costos de los procedimientos.

De otro lado, cabe precisar que el CPDC de manera expresa a excluido de su ámbito de competencia temas que involucren reclamos por sustancias o productos peligrosos, servicios médicos, actos de discriminación o trato diferenciado, actos que afecten intereses colectivos y

“Lo común es que el
procedimiento concluye con
un pronunciamiento de fondo
a través de la denominada
Resolución Final”

6 Del mismo modo, mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 175-2010-INDECOPI/COD, publicado el 27 de noviembre de 2010, se crean los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor adscritos a la sede central del Indecopi y determinan la competencia que les corresponde a cada uno de ellos.

7 Asimismo, mediante la Directiva N° 007-2013/DIR-COD-INDECOPI, se modifica, incorpora y deroga diversos artículos de la directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI, que establece las reglas complementarias aplicables al procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor.

8 Con posterioridad, mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 108-2014-INDECOPI/COD se modificó e incorporó diversos artículos del Tuo de la Directiva que aprueba el Procedimiento Sumarísimo en Materia de Protección al Consumidor previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

difusos o reclamos que superen las tres (3) Unidades Impositivas Tributaria (UIT)⁹. En tales casos la autoridad competente es la CPC respectiva.

Las características que hacen que este procedimiento sea especial, en nuestra opinión, son: el plazo máximo de 30 días hábiles; la aplicación prioritaria de los principios de celeridad y preclusión; y, la concentración de competencia en un Jefe como instancia unipersonal. Respecto de la decisión final del Jefe cabe la apelación que se concede con efecto suspensivo, salvo en el caso de resoluciones que dictan medidas cautelares, de manera que la resolución impugnada solo se ejecuta una vez obtenida el pronunciamiento de la CPC correspondiente; sin embargo, en este procedimiento cabe además presentar el recurso de revisión a fin que en última instancia la Sala de Protección al Consumidor revise los aspectos de aplicación e interpretación de normas y la jurisprudencia administrativa.

Éstas características debieran permitir a los ORPS tener una mayor agilidad en las actividades de instrucción y decisión en el procedimiento, toda vez que supone la reducción de los costos de coordinación interna y de los pasos que normalmente se sigue para la emisión del pronunciamiento final en un procedimiento ordinario, que tiene la figura de la Secretaría Técnica y los Comisionados¹⁰.

2.3. Diferencias entre el Procedimiento Ordinario y Especial de Protección al Consumidor

A continuación se presenta un cuadro estableciendo las principales diferencias del procedimiento ordinario frente al procedimiento especial en materia de protección al consumidor:

DIFERENCIAS	PROCEDIMIENTO ORDINARIO	PROCEDIMIENTO SUMARISIMO
Plazos de tramitación	120 días hábiles	15 días de Evaluación Previa y 30 días hábiles
Principios en lo que se basa el procedimiento	Principios contenidos en la LGPA.	Prioriza la Celeridad y Preclusión
Competencia por cuantía	Superiores a 3 UIT	Menores a 3 UIT (S/. 11 850)
Competencia por materia	Productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos.	Requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto, con independencia de su cuantía; incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio e incumplimiento y liquidación de costas y costos.

9 Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 125.- Competencia de los órganos resolutores de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor.

10 Sin embargo, en su reglamentación e implementación el procedimiento sumarísimo se distorsiona con reglas y procedimientos que difieren del procedimiento ordinario y en la práctica no cumple los plazos legales previstos, siendo un asunto pendiente.

Presentación de descargos	5 días hábiles (prorrogables por 3 días adicionales)	7 días hábiles improrrogables
Medios probatorios admitidos	Documentales, inspecciones, pericias, testimonios.	Solo documentales
Etapas	No precluyen	Precluyen
Audiencias	Audiencia de conciliación, de pruebas, informe oral.	Audiencia Única
Autoridad que resuelve	Miembros de la CPC	Jefe del Órgano Resolutivo
Recursos Impugnatorios	Sólo Apelación ante la Sala de la Competencia N° 2	Apelación, ante la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 y/ N° 2; y, Revisión ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor.
Inicio del procedimiento	De parte y de oficio	De parte

Como se ha mencionado, si bien los ORPS resuelven en un menor plazo las denuncias, en términos generales, la reducción del número de denuncias no se ha producido en los últimos años, por el contrario la cantidad de denuncias recibidas por el INDECOPI del 2011 al 2015 va en aumento, llegando a un aproximado de 5 mil denuncias formales al año¹¹. Por esta razón, consideramos entre otras cosas, de suma importancia revisar el alcance del concepto de Consumidor en nuestra legislación.

CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL CPDC

Como puede apreciarse el concepto de consumidor en nuestro CPDC aglutina una serie de figuras como la persona natural, persona jurídica, destinatarios finales, ámbito privado, ámbito empresarial o profesional, microempresa, giro de negocio y asimetría informativa, los que frente a un caso concreto hacen compleja su interpretación y aplicación por parte de los interesados, abogados y la propia autoridad administrativa. El artículo IV del Título Preliminar del CPDC al definir consumidor o usuario establece lo siguiente:

- 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.
- 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.
- 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta. **(Lo subrayado es nuestro)**.

11 Memorias institucionales del INDECOPI 2012, 2013, 2014 y 2015.

En estos más de cinco años de vigencia del CPDC su interpretación y aplicación no ha sido clara ni uniforme, pero que con idas y venidas se ha tratado de sentar una posición a nivel de la jurisprudencia del INDECOPI contenidas en las resoluciones de los Órganos Sumarísimos, las Comisiones y la Sala respectiva¹², al señalar que según el numeral 1.1 artículo IV del Título Preliminar del CPDC, se consideran consumidores a las personas naturales o jurídicas que utilicen o disfruten como destinatarios finales productos o servicios en beneficio propio, actuando en una esfera ajena a su actividad profesional o empresarial. Véase que en esta primera parte, no será considerado consumidor a quienes adquieran un producto o servicio que se encuentre destinado al desarrollo de actividades que incidan directamente en el desarrollo o dirección de las actividades empresariales del adquirente.

Acto seguido, el numeral 1.2 del artículo IV del CPDC contiene una excepción para el caso de aquellas personas que adquieran un producto o servicio destinado a sus actividades económicas, lo que nos lleva a otro nivel de análisis, en el que se debe verificar si dichas personas califican como “microempresarios”. En este caso, en el supuesto que una persona contrate un servicio en el ámbito de una actividad económica, corresponderá analizar si califica como consumidor por tratarse o no de un microempresario, para luego analizar si es que el producto contratado pertenece o no al “giro del negocio” del adquirente y, a su vez, si es que existe o no “asimetría informativa” en tal relación.

A este respecto, cabe precisar que los productos o servicios relacionados con el “giro del negocio” son aquellos inherentes a la actividad económica del microempresario, esto es, aquellos imprescindibles para el desarrollo de sus actividades, tales como la materia prima o material que sirven de insumos para elaborar los productos; o, las maquinarias o instrumental necesarios para prestar determinados servicios¹³.

Finalmente, una vez confirmado que el producto o servicio se encuentra relacionado con el “giro propio del negocio” del microempresario, el siguiente requisito se refiere a la asimetría informativa, cuya determinación de su existencia supone por lo general del requerimiento de variada información al denunciante, caso por caso, y al buen criterio de la autoridad que, de ser positiva, decidirá finalmente por la procedencia de la denuncia¹⁴.

Como se ha anticipado, al mismo tiempo de determinar si el denunciante tiene la condición de consumidor, en el fondo, la autoridad administrativa está definiendo también si resulta competente para conocer el caso, despejando en la etapa de admisibilidad y procedencia la existencia o no de un consumidor, un proveedor y entre ellos una relación de consumo.

12 En particular en la Resolución Final N° 386-2011/CPC, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor el 16 de marzo de 2011; y, en la Resolución N° 0397-2012/SC2-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor el 15 de febrero de 2012.

13 Sin embargo, cabe precisar también que la jurisprudencia señala que no son productos o servicios relacionados con el “giro del negocio” aquellos que, pese a ser transversales y complementarios de la actividad económica del microempresario, no son absolutamente imprescindibles para el desarrollo de la misma, dentro de los cuales se contemplan, por citar, los servicios de publicidad, transporte de mercaderías y algunos de los servicios financieros.

14 Los Anexos I y II son la versión graficada de la interpretación de la Comisión de Protección del Consumidor y de la Sala Especializada de Protección al Consumidor, que forman parte integrante de las resoluciones citadas anteriormente.

IV. CASO HIPOTETICO SOBRE RELACIONES DE CONSUMO

A continuación se plantea el caso hipotético del señor Raúl que nos permitirá evidenciar la amplitud y complejidad del concepto de consumidor en nuestra legislación frente a las normas sobre la materia establecidas en Colombia y Chile; por citar dos países con realidades muy similares a la nuestra.

Veamos: Raúl, siendo niño y con todos sus ahorros (i) compra un furby, al cual no se le prende los ojos ni puede conectarse al ipod; luego, ya de joven (ii) compra un automóvil del año para irse a la universidad y al mismo tiempo prestar el servicio de taxi remisero como parte de una flota, pero que al poco tiempo presenta un desperfecto de fábrica; ya de profesional, es el Gerente General de una microempresa en el rubro de imprentas en el que (iii-a) compra al mismo tiempo papel couché y un televisor led (iii-b) para la distracciones de sus trabajadores, pero que el papel no tiene los gramos que suele tener y que el televisor emite una imagen distorsionada; luego pasa a ser un gran empresario en el rubro de hidrocarburos y como Gerente General (iv-a) compra regalos electrónicos para los hijos de sus trabajadores y también (iv-b) adquiere equipos sofisticados para exploración petrolera, en ambos casos los productos presentan fallas; y, finalmente, del mundo empresarial pasa al sector público y ocupa el cargo de Ministro de Estado, en su condición de tal (v) adquiere un pasaje de Lima-New York-Lima, pero el vuelo se suspende por culpa del proveedor.

V. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN COLOMBIA Y CHILE

A fin de realizar un análisis comparado del caso hipotético, veamos ahora puntualmente la legislación comparada. En el caso de Colombia tenemos el Estatuto del Consumidor, aprobado por Ley 1480¹⁵, en cuyo numeral 3 del artículo 5 se establece lo siguiente:

3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. **(Lo subrayado es nuestro).**

Por su parte en Chile, la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos del Consumidor¹⁶, modificada por la Ley 19.955¹⁷, en su artículo 1 señala que la presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. En sus numerales 1 y 2 en forma conjunta definen a los consumidores y proveedores del siguiente modo:

15 Vigente desde el 12 de abril del 2012.

16 Publicada el 7 de marzo de 1997.

17 Publicada el 14 de julio del 2004.

Consumidores: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores.

Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente. (**Lo subrayado es nuestro**).

APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS A LA LEGISLACION COMPARADA CONCRETA

De una simple aplicación al caso hipotético de las tres legislaciones en comentario, en donde el aspa (x) significa que el señor Raúl califica como consumidor, se tiene el siguiente resultado:

N°	CASOS	PERÚ	COLOMBIA	CHILE
i	Compra del furby (persona natural).	X	x	x
ii	Compra de un automóvil para la universidad y al mismo tiempo prestar el servicio de taxis remishe (uso mixto).	X	x	x
iii-a	Compra de papel couché para imprimir trabajos impresos (giro del negocio).			
iii-b	Compra de un televisor led (asimetría informativa).	X	x	
iv-a	Compra regalos electrónicos (ámbito privado o social).	X	x	
iv-b	Compra de equipos para exploración petrolera (giro del negocio).			
v	Adquiere un pasaje Lima-New York-Lima (destinatario final – usa y disfruta).	X		

Es de verse que el brazo protector del INDECOPI alcanza a supuestos que no han sido contemplados la legislación comparada en comentario, en particular la chilena. Si bien el CPDC responde a un pensamiento de mayor protección, en la línea tal vez de autores como el profesor Roca, quien anota que en países más desarrollados en esta materia, la dimensión del consumidor es más amplia y, la tutela y defensa de los derechos del consumidor mucho más completa¹⁸; lo cierto es que en países con realidades como la nuestra, las reglas difieren al excluir del ámbito de protección por ejemplo a las compras en el plano empresarial de las personas o la realizada por aquellos en su condición de proveedores.

18 Roca S., Concepción y Descentralización de la protección al consumidor en el Perú: un análisis comparado con México, EE.UU., Brasil y Suecia. Revista del CLAD Reforma y Democracia. P. 134.

La amplitud del concepto del CPDC, entre otras razones ha motivado el incremento en los últimos años de la cantidad de denuncias de parte ante los diferentes órganos resolutorios del INDECOPI, que a futuro podría rebasar su capacidad. Asimismo, ocurre que en este contexto la autoridad termina protegiendo incluso a gerentes de grandes empresas, congresistas o ministros, como en el caso del pasaje aéreo, así como a los microempresarios, además de los ciudadanos o usuarios más necesitados y vulnerables; lo que deja entrever también la capacidad de gestión y uso eficiente de los recursos públicos destinados al cumplimiento del rol tuitivo que le corresponde al Estado en esta materia.

VII. CONCLUSIONES

El Procedimiento de Protección al Consumidor constituye un procedimiento administrativo trilateral y sancionador, en el que alrededor de un conflicto participan el consumidor, el proveedor y la autoridad administrativa; pero que a su vez, tiene por finalidad determinar la comisión de una infracción y la imposición de una sanción. Es por ello, que le son aplicables supletoriamente las reglas de los procedimientos especiales previstos en los artículos 219 y 229 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Si bien los ORPS resuelven en un menor plazo las denuncias, en términos generales, la reducción del número de denuncias no se ha producido en los últimos años, por el contrario la cantidad de denuncias recibidas por el INDECOPI del 2011 al 2014 va en aumento; siendo una de las causas el concepto amplio de consumidor en el CPDC.

Sobre concepto de consumidor el CPDC aglutina una serie de figuras como la persona natural, persona jurídica, destinatarios finales, ámbito privado, ámbito empresarial o profesional, microempresa, giro de negocio y asimetría informativa, los que frente a un caso concreto hacen compleja su interpretación y aplicación por parte de los interesados, abogados y la propia autoridad administrativa.

Merece un serio análisis y debate la modificatoria del CPDC en este punto, debiendo evaluarse si conviene restringir el concepto de consumidor con una regla de sencilla aplicación que, entre otros aspectos, podría excluir a los gerentes de empresas, funcionarios públicos y a los microempresarios, dado a su condición de proveedor y/o tener poder de negociación en el mercado o, de lo contrario, justificar los costos de aplicación del esquema vigente mejorando la gestión en la línea de lograr una efectiva protección al consumidor.

LA TÉCNICA DEL CONTRAINTERROGATORIO Y EL EXAMEN DEL ACUSADO: EVALUACIÓN DE SU APLICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Por: *Wilmer Roy Quispe Umasi*¹

SUMARIO: I.-INTRODUCCIÓN. II. CONTRAINTERROGATORIO. 2.1. DEFINICIÓN. 2.2. FINALIDAD DEL CONTRAINTERROGATORIO. 2.3. TIPOS DE PREGUNTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRAINTERROGATORIO. 2.3.1. PREGUNTAS CERRADAS. 2.3.2. PREGUNTAS SUGESTIVAS. 2.4. REGLAS APLICABLES AL CONTRAINTERROGATORIO. III. GARANTÍAS QUE PROTEGEN AL ACUSADO EN EL ACTO DE SU DECLARACIÓN. 2.1. DERECHO A UNA DECLARACIÓN LIBRE. 3.1. DERECHO A GUARDAR SILENCIO. 3.2. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. 3.3. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO COMO MEDIO DE DEFENSA. IV.- DESARROLLO DEL ACTO DE LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO. V.- INTERROGATORIO AL ACUSADO. 5.1. SUJETOS PROCESALES QUE INTERROGAN AL ACUSADO. 5.2. VICIOS QUE DESLEGITIMAN EL INTERROGATORIO. 5.3. PAUTAS DEL INTERROGATORIO AL ACUSADO. VI.- CONCLUSIONES VII.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de oralidad en el sistema acusatorio tiene como una de sus herramientas el interrogatorio o examen directo, el cual constituye un elemento fundamental de la audiencia de juicio oral, también lo es el contrainterrogatorio como manifestación del principio de contradicción, toda vez que otorga la oportunidad para desvirtuar el interrogatorio de la contraparte y con ello debilitar hasta deshacer su teoría del caso. El contrainterrogatorio se efectúa de manera inmediata posterior a la realización del interrogatorio, lo que da la oportunidad

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Estudios concluidos de Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Discente de la Maestría de Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Autor de la Tesis "La declaración del imputado a la Luz del Código Procesal Penal de 2004"

a que el litigante, de manera audaz pueda hacer notar al juez o tribunal, entre otras cosas, que una declaración es poco creíble, la falsedad de la misma o bien hacer notar sus debilidades.

Esta técnica si bien resulta importante tratándose del examen de testigos y peritos, en tanto y en cuanto, permite desvirtuar la credibilidad del testigo o perito o bien sea de su testimonio o conclusión, cabe preguntarse si resulta válida su utilización tratándose del examen del acusado, atendiendo a que su interrogatorio tiene notas especiales y disímiles a la de un perito o testigo, ello por la propia naturaleza de los derechos que rodean este acto, tales como la no autoincriminación, libertad de declaración, guardar silencio, entre otros.

En la praxis judicial donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal del 2004 se advierte que se asume -sin mayor reflexión- el uso de la técnica del contrainterrogatorio a la declaración del acusado en juicio oral, asunción que viene determinada por la generalización de su práctica antes que por la verificación de su autorización constitucional o legal. El ensalzamiento de las técnicas de litigación oral, que encuentran cabida en el nuevo modelo procesal penal, conduce a los operadores jurídicos a concebir de modo absoluto que el juicio oral debe manejarse en todo su amplitud bajo estas técnicas, sin reparar en algunas excepcionalidades.

En ese orden, en el presente trabajo cabe poner en cuestión la validez constitucional y legal del uso de la técnica del contrainterrogatorio en la declaración del acusado.

II EL CONTRAINTERROGATORIO

2.1. Definición

Es también un interrogatorio pero ejecutado por la parte adversaria a la que presentó o llevó a juicio al testigo, es por esta razón que se le denomina contrainterrogatorio. Difiere del examen directo por la fase en que se formula las preguntas, por las finalidades y sus alcances que persiguen cada una de estas fases. También difiere totalmente de lo que persigue el redirecto².

La doctrina Colombiana señala que este procedimiento ocurre cuando la parte opuesta confronta a un testigo inmediatamente después de ser interrogado. A menudo es el episodio más dramático de los juicios, ya que su propósito elemental es “poner a prueba la verdad”.

Decastro³ lo define como “un instrumento de contradicción de la prueba testifical adversa”. Fierro-Méndez⁴ expresa, es contrainterrogatorio la actividad que realiza la parte que no ofreció o no solicitó el testimonio, y se lleva a cabo una vez concluido el interrogatorio directo. Quien

2 QUIROZ SALAZAR, William F. **El Contrainterrogatorio en el Sistema Procesal Acusatorio**. Artículo en página web: <http://www.accesocapacitacion.com/component/content/article?id=122:contrasistem>.

3 DECASTRO González Alejandro. *El Contrainterrogatorio*, Librería Jurídica Comlibros, Medellín Colombia, primera edición, año 2005, pág.1.

4 FIERRO-MÉNDEZ Heliodoro. *Manual de Derecho procesal Penal, Sistema acusatorio y Juicio Oral y Público*, tomo II, cuarta edición, Editorial Leyer Bogotá Colombia, pág. 603.

contrainterroga, al preguntar, debe limitarse exclusivamente a los temas que han sido tratados en el examen directo. Decastro sigue a Louis Nizer cuando escribe sobre la impugnación sobre inverosimilitud y agrega⁵ que el contrainterrogatorio es un proceso de aflojamiento de ese fino tejido que termina por afectar el núcleo de lo narrado por el declarante.

El contrainterrogatorio puede ir desde la aclaración o contradicción de las generales de ley, hasta todos los aspectos objetivos y subjetivos implicados, como el estado físico del testigo al momento de la percepción, sus antecedentes personales –por ejemplo, si ha sido condenado por falso testimonio–, si es dependiente de alguna de las partes o de sus abogados, si ha recibido beneficios de importancia, dádivas u obsequios, sin interesar su cuantía, si ha dado opiniones previas sobre la materia del juicio, si ha participado en los hechos objeto de juzgamiento, si posee algún interés en sus resultados o está incurso en algún motivo de parcialidad, etc., siempre que el respectivo aspecto guarde relación directa o indirecta con los temas abordados en el interrogatorio directo, la cual, en cuanto a las calidades generales del testigo casi siempre estará presente. Asimismo, la contrapregunta debe siempre estar orientada a la refutación o contradicción de lo contestado en el interrogatorio directo.

Bergman afirma⁶ que la mística de este método lo convierte en la clave del éxito o el fracaso en un juicio. Las repreguntas parecen recordar el caso del boxeador que posee simultáneamente una fuerza tremenda en el puño y un mentón muy delicado: si formula una pregunta alcanza el triunfo, y en cambio otra acarreará inevitablemente una derrota.

“El contrainterrogatorio se efectúa de manera inmediata posterior a la realización del interrogatorio”

El repreguntador debe estar convencido de la forma y los puntos que va a preguntar, en esta fase no puede venir a improvisar, ya que un error le puede costar el fracaso de su caso, si tiene necesidad de hacer una sola pregunta, deberá hacerlo, previo análisis si la respuesta a esa pregunta no le afecta a su teoría del caso.

Si se desea repreguntar no se debe formular una pregunta demás; se debe buscar evidenciar ante los ojos del Juez que el testigo ha venido aleccionado en las respuestas a absolverse; se debe evidenciar con habilidad y estilo que el testigo entregó una historia inventada; queda prohibido formular una pregunta cuya respuesta no se conoce –no vaya de pesca–; no haga una pregunta mediocre. La finalidad del interrogatorio es desacreditar, refutar y excepcionalmente cuando le conviene a su caso debe rehabilitar a un testigo cuyo testimonio le favorece. La mística es la creencia total, el convencimiento que las repreguntas a formular lo conducen al éxito ya que en esta fase refuerza la evidencia de refutación.

5 DECASTRO, ob. cit. pág. 623.

6 BERGMAN, Paul. La defensa en juicio, segunda edición Buenos Aires, título en inglés: Trial Advocaty in a Nutshell publicada por West Publishing Company año 1989, traducción y publicación en español por ABELEDO-PERROT S.A.E., pág. 128.

2.2. Finalidad del contrainterrogatorio

La finalidad del contrainterrogatorio es refutar en todo o en parte el testimonio entregado en el interrogatorio directo. Pero dicha técnica de refutación debe ser pensada, razonada, no improvisada, el interrogador de preferencia se debe ayudar con alguna evidencia de refutación, por ejemplo, hacer uso de la declaración previa en donde el testigo dijo una versión diferente. En este caso habrá que sentar previamente base probatoria a través de preguntas apropiadas (ejemplo: declaro usted anteriormente ante la Policía; dicha declaración lo hizo en forma voluntaria; tuvo usted al momento de declarar algún perjuicio contra el acusado; etc.) luego, debe pedir permiso al Juez para exhibir la evidencia documental, si le concede, debe exhibirla primero al abogado de la parte contraria para que la revise (tal vez vaya a formular alguna observación) y recién cumplido este procedimiento el interrogador está en condiciones de poder exhibirle el documento al testigo e incluso, le pedirá respetuosamente al testigo que de lectura a la parte que al interrogador le interesa -decirle podría dar lectura en voz alta a la respuesta de la pregunta “x”- a fin de restarle credibilidad al testimonio entregado en el examen directo.

El contrainterrogatorio suele realizarse a manera de preguntas y a las cuales sólo se requiere contestar sí o no (preguntas cerradas). Asimismo, hay que mencionar que el instrumento por excelencia son las preguntas sugestivas.

Pabón escribe⁷ “las preguntas que se formulan en el contrainterrogatorio, en cuanto han de tener estricto contenido de refutación, pueden presentar tres finalidades básicas, alternativas o conjuntivas: a) Abolir o reducir la credibilidad del testigo por sus condiciones subjetivas, vale decir, en dirección a su idoneidad. b) Desvirtuar las afirmaciones o negaciones realizadas en la declaración directa, para lo cual pueden presentarse diversidad de motivos: porque ha mentido, porque ha exagerado su conocimiento –declaración increíble–, porque ha entrado en contradicción o inverosimilitud, porque ha presentado una versión falsa por omisión o error, entre otras. c) Obtener datos, citas o referencias que el testigo pudo haber silenciado y que de ser reveladas pueden generar conclusiones diferentes o hacer menos creíble el contenido del testimonio directo”.

Por su parte, Bergman, escribe que el contrainterrogatorio tiene como metas: Atacar la credibilidad personal de un testigo, por ejemplo mediante un testimonio que sugiere que el testigo es prejuicioso, tiene cierto interés financiero en el resultado, o ha sido condenado por cierto delito. También consiste en atacar la credibilidad de partes de la historia del testigo, por ejemplo, obteniendo un testimonio que sugiere que la historia es inverosímil, se contradice con la versión de un testigo más verosímil, o se contradice con una versión que el mismo testigo presentó previamente.

2.3. Tipos de preguntas características del contrainterrogatorio

2.3.1. Preguntas cerradas: Son aquellas que se puede responder utilizando un “sí”, “no” o con respuestas muy cortas. Por ejemplo, ¿Cuántos años de experiencia tiene en este sector?,

7 PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Oralidad, testimonio, interrogatorios, contrainterrogatorios en el proceso penal acusatorio. Impreso y editado por Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera edición 2005, pág. 445.

¿Cuántos subordinados tiene usted? en estos casos la respuesta se limita, debido a que solamente se puede responder con un número finito como “dos”, “uno” o “seis”.

2.3.2. Preguntas sugestivas: Es la que indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. Se elimina la opción de una respuesta diferente a la que se desea obtener. No se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento como única respuesta racional.

2.4. Reglas aplicables al conainterrogatorio

- Escoger un punto para cada pregunta e ir de lo general a lo específico.
- No dejar que el interrogado conteste algo más que sí o no, porque si le da la oportunidad de aclarar las cosas, entonces, perderá el control del interrogado y del tiempo necesario e invaluable para probar su teoría del caso.
- Esta es nuestra oportunidad de decirles a los jueces como sucedieron los hechos.
- Es importante que las conclusiones a las que nos lleve el contraexamen no se hagan en esta etapa sino en el alegato de clausura, en el que podremos exponerlas y argumentar sobre éstas.
- Un punto para cada pregunta, partiendo de lo general a lo específico. Al hacer el contraexamen, debemos tener presente cuál es el punto final al cual pretendemos llegar. Este punto final se obtiene al considerar los hechos que apoyan nuestra conclusión del tema.
- No podemos hacer este examen sin tener presente y claro, cuál es nuestra teoría del caso.
- Pregunte sobre los hechos, no sobre las conclusiones a las que usted pueda llegar.
- Sea claro, conciso y muestre confianza en lo que hace.
- Deje las conclusiones para el alegato de clausura.
- Al desarrollar su último punto, piense en la conclusión y agregue los hechos que lo apoyaron para elaborar sus preguntas; este punto debe causar impacto.

III.

GARANTÍAS QUE PROTEGEN AL ACUSADO EN EL ACTO DE SU DECLARACIÓN

3.1. Derecho a una declaración libre

El Código Procesal del 2004 señala que el examen del acusado en juicio se realiza a modo de un interrogatorio directo, de este modo no resulta aplicable el conainterrogatorio, toda vez que dicha técnica reviste notas de coercitividad, dado que las preguntas consustanciales a esta técnica son las cerradas que impiden al acusado un relato libre de los hechos. El acusado al ser interrogado tiene la oportunidad de brindar un relato libre los hechos. Asimismo, las preguntas que se le formulen deben ser formuladas de tal modo que le permitan responder libremente sin condicionamientos.

Las preguntas de tipo sugestivas y cerradas –consustanciales a un contrainterrogatorio, se encuentra expresamente prohibidas para el interrogatorio del acusado, conforme al artículo 88°, inciso 4) del CPP de 2004⁸. Finalmente su declaración debe ser libre y mediante un interrogatorio directo tal como lo prescribe expresamente el artículo 88°, inciso 2 y 3) del Código Procesal Penal del 2004⁹.

3.2. Derecho a guardar silencio

El derecho al silencio –*ius tacendi*- y el derecho a no declarar contra sí mismo – este último como complemento del primero-, como aclara Asencio Mellado¹⁰, son opciones que se reconocen al imputado para defenderse en el proceso en función a lo que estime más conveniente a sus intereses. En tal virtud, es lícito que o bien declare, y lo haga en la extensión que desee –no puede ser forzado, inducido o engañado para que lo haga-, o bien que guarde silencio –total o parcial, en cualquier fase del procedimiento o en todas y a lo largo del mismo en su conjunto, **conducta de la que no cabe extraer ninguna conclusión positiva o negativa– al amparo del derecho constitucional que se le reconoce a no prestar declaración alguna si así lo considera más beneficioso para su situación personal**; a su vez, el derecho a no declarar contra sí mismo y a confesarse culpable implica dos notas esenciales: (i) Libertad para declarar, tanto en la decisión de hacerlo cuanto en su contenido; y (ii) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta –la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal–, **lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como un medio idóneo de defensa**

El derecho a guardar silencio es derecho instrumental de la prohibición de la autoincriminación, y ésta, también derecho instrumental del derecho a la defensa, que a su vez, también lo es del debido proceso, todos tienen un contenido constitucional, por lo que su señorío no sólo es en sede penal, sino en cualquiera donde exista una pretensión persecutoria como el proceso administrativo disciplinario, antejuicio constitucional.

El imputado tiene derecho a no declarar sin que de aquello puedan extraerse consecuencias negativas en su contra; esto constituye un derecho razonable que se colige de la prohibición de autoincriminación, nacida originalmente para evitar la tortura. Si el imputado decide guardar silencio, no puede, a partir de ello, concluirse su culpabilidad, puesto que lo que ejerce es un

8 **Código Procesal Penal del 2004: Artículo 88:**

4. En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, **no podrán** formularse preguntas ambiguas, capciosas o **sugestivas. Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo** o determinar lo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión.

9 **Código Procesal Penal del 2004: Artículo 88:**

2. A continuación **se invitará al imputado a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye** y para indicar, de ser posible o considerarlo oportuno, los actos de investigación o de prueba cuya práctica demande.

3. Luego se interrogará al imputado. En la Etapa Preparatoria lo harán directamente el Fiscal y el Abogado Defensor. **En el Juicio participarán en el interrogatorio todas las partes mediante un interrogatorio directo.** El Juez podrá hacerlo, excepcionalmente, para cubrir algún vacío en el interrogatorio.

10 ASENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituída. Editorial Trivium, Madrid, 1989, pp. 123/127.

derecho¹¹ (reconocido por el inciso 2 del artículo 87° del Código Procesal Penal) que desde un inicio debe ser informado al justiciable por la policía o el representante del Ministerio Público, ya que el común de las personas ignoran que pueden usar del silencio como defensa y que ello no les causará perjuicio alguno.

El derecho a la presunción de inocencia importó la abrogación del artículo 127° del Código de Procedimientos Penales de 1940 que entendía que el silencio del imputado podía ser tomado como indicio de culpabilidad¹², esto implica que al existir un equilibrio entre el interés de la sociedad y del individuo, el juzgador como instrumento del derecho tiene el deber de hacer justicia y no meramente condenar, pues busca la verdad de los hechos sin tener que violentar los derechos de la persona, es por eso que en la actualidad la presunción de la inocencia “esta reconducida exclusivamente a la actividad probatoria y dentro de ella, fundamentalmente a la libre valoración de la prueba, en donde adquiere una singular relevancia práctica”¹³.

El silencio es neutro, es decir, no es la afirmación ni la negación de lo que se preguntó; esto no significa que el juzgador esté impedido a indagar el motivo por el cual el imputado calla, ya que esto podría revelar algo¹⁴.

El juez debe de evaluar el interrogatorio en su integridad, porque puede darse el caso de que el procesado sólo haya guardado silencio en algunas de las preguntas que se le formularon¹⁵.

La estimación sobre el silencio del imputado debe ser apreciado durante el transcurso del proceso y antes de que se expida la sentencia. El sujeto puede hacer valer su derecho incluso ante una pregunta que le formule la policía y que tuviere por objeto determinar su responsabilidad en la comisión de un hecho punible¹⁶.

El tema de la valoración del silencio del inculpado incide necesariamente en analizar la contradicción entre los principios de probidad procesal, que implica analizar si el inculpado debe o no obrar con la verdad, contra el principio del *nemo tenetur*¹⁷, que alude a que del silencio del inculpado no puede –o más bien, no debe– derivarse ninguna consecuencia desfavorable para él, porque de lo contrario sería un silencio autoinculpatario¹⁸.

11 ANGULO A, Pedro. “La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal penal”. Gaceta Jurídica. Lima, 2006. Pág. 308.

12 SAN MARTIN CASTRO, César. “Derecho Procesal penal”, Grijley, Lima, 2006, Pág. 192.

13 REYNA ALFARO, Luis Miguel. Op. cit. Pág. 444.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex, 2003. Pág. 95.

14 PEREZ LOPEZ, Jorge A. El derecho a la no autoincriminación: En Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2013. pp. 263-264.

15 Ídem.

16 Ídem.

17 Expresado en diversas fórmulas como son: *tenetur ipsum accusare, nemo tenetur edere contra se, o nemo tenetur se detegere*.

18 GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. “La valoración del silencio del imputado”. En: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 3. Grijley. Lima, 2002, Pág. 192.

Quienes defienden el derecho a la adecuada defensa sostienen que no se debe constreñir este derecho, que constituye en realidad, una modalidad o una manifestación de la legítima defensa, que está estrechamente vinculado con otro, el de la presunción de defensa.

Si al inculpado se le impusiera el deber de decir la verdad, renunciaría entonces a su defensa en razón de la verdad, y no en razón de su libertad, y para él, como para cualquiera estos dos valores están por encima de cualquier otro, por eso se afirma que al inculpado no se le debe convertir en fuente de prueba contra sí mismo¹⁹.

Según esta posición, el juez, no podría ni debería inferir consideración alguna sobre el silencio del inculpado, porque el derecho de guardar silencio en la averiguación previa o en el proceso está resguardado por la Constitución Política; este derecho pertenece a la estrategia de defensa adecuada, y por tanto, no debería dársele valor alguno, y menos uno indiciario para formar la presunción de culpabilidad; el inculpado, bajo ese resguardo constitucional, podrá consultar con su abogado si, para los efectos de la estrategia de la defensa, le es conveniente no declarar o inclusive mentir²⁰.

“Existe una segunda posición que considera que sí debe dársele al silencio el valor de indicio para formar presunción de su culpabilidad”

Existe una segunda posición que considera que sí debe dársele al silencio el valor de indicio para formar presunción de su culpabilidad; esta posición es contraria a la garantía del derecho a la defensa, pues presiona al inculpado a declarar, lo que constituye una coacción a su voluntad; esta tendencia señala además que sería posible otorgarle valor al silencio del imputado,

considerándolo como un antecedente que serviría a los jueces para determinar la culpabilidad del imputado, ya que, si se lo ha sometido a un procedimiento que, evidentemente, restringe bastante sus derechos, no es lógico que un individuo decida mantener reserva respecto de las posibles explicaciones de los hechos que se le imputan; por lo que sería lógico asumir que el silencio importaría, en cierta medida, una imposibilidad de explicación; en consecuencia, responsabilidad en la comisión de los hechos imputados.

En la práctica, son pocos los abogados que se atreven a proponer a sus patrocinados que utilicen su derecho al silencio, pues se considera que será tomado por el juez de manera negativa y que sembraría en su ánimo el escrúpulo de la culpabilidad del inculpado; por otra parte, algunos jueces, si bien no le dan en apariencia ningún valor probatorio al silencio o a la negativa de colaborar con las autoridades por parte del imputado, consideran que tal proceder no es el correcto, pues si se considerara inocente el inculpado no tendría nada que ocultar, y si bien, en las sentencias no hacen alusión alguna a esta consideración, muchos jueces le dan mayor valor a otras pruebas, sin que en realidad las tengan, para fundamentar su convicción de la responsabilidad del inculpado²¹.

19 Ídem. Págs. 193-194.

20 GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. Op. Cit. Pág. 194.

21 GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. Op. Cit., Pág. 195-196.

3.3. Derecho a la no autoincriminación

La no autoincriminación constituye un Derecho Humano, que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El inculcado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, conserva la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra éste y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio²². El imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio²³. La declaración del imputado no puede considerarse como fuente de prueba en sentido incriminatorio sino como expresión del derecho de defenderse; en otras palabras, el irrestricto respeto por el sistema garantista, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra; sus propios dichos deben de ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa, cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad²⁴.

Apunta Fayos Gardo que se trata de un derecho que da la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculcación a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto, permaneciendo callado y no admitiendo ni los hechos ni el derecho derivado de los mismos que se le imputa; este derecho imposibilita que nadie pueda ser obligado a actuar en contra suya y, sobre todo, niega la posibilidad de utilizar medios coercitivos para obtener declaraciones o confesiones del inculcado en un procedimiento penal²⁵.

“El sentido constitucional de la garantía de no autoincriminación es el de fortalecer la actividad defensiva del imputado y, a su vez, el objetivo de evitar que el provocar la confesión se convierta en uno de los objetivos del proceso penal. Estas dos grandes finalidades estructuran muy claramente el espíritu del proceso penal, en especial en las etapas de investigación. La principal afirmación que surge de estas garantías y de las que veremos a continuación es que **el fiscal debe tratar de probar los hechos sin buscar y sin provocar la colaboración del imputado ni su confesión**”²⁶.

Si bien el imputado tiene la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano jurisdiccional, lo que sencillamente expresa el propio estado de sujeción al proceso que le es impuesto por imperativo legal, en cambio no tiene la obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral²⁷.

La prohibición de la no autoincriminación constituye, por su propia naturaleza, nos dice Kisch, Stefan, un derecho de la personalidad de alto valor constitucional, cuya justificación se

22 SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Op. Cit., p. 614.

23 PEREZ LOPEZ, Jorge A. El derecho a la no autoincriminación: Op. Cit., p. 244.

24 BINDER, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad hoc. Buenos Aires, 1993. p. 310.

25 FAYOS GARDÓ, Antonio. Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECRIM. Revista Justicia, 1993, números I-II, pp. 291 y 292.

26 BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Op. Cit, p. 185.

27 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Persecución del Delito Tributario y Derecho al Silencio y a la No Autoincriminación” en Estudios de Derecho Procesal Penal. Editorial Grijley, Lima, 2012, p. 586.

halla, innovando a Hegel, en el pensamiento de que es un **derecho natural** de toda persona de ocultar las propias faltas, sin que puede exigírsele que menoscabe su propia esfera jurídica mediante la manifestación de alguna de ellas. El gran problema, desde luego, es la delimitación del campo de aplicación de este principio²⁸.

El derecho a la no incriminación deriva del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho²⁹; se configura como una de las manifestaciones del derecho de defensa, y en particular, es el deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra. Si resultara externo y coactivo el estímulo que consiguiera afectar y forzar la declaración del imputado, éste adolecerá de nulidad absoluta. Puede decirse que el derecho a no autoincriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus faltas, pues no podría exigírsele al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra³⁰.

La garantía del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento. Expresado en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*; ésta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como para los del Ministerio Público, sea durante la investigación preliminar o durante el desarrollo del juicio³¹.

La incolumidad del derecho a la no autoincriminación impone la prohibición de todo método de interrogatorio que menoscabe o coacte la libertad del imputado para declarar o afecte su voluntariedad. El imputado no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, exceptuada de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Quedan incluidos en esta prohibición, en consecuencia, la tortura y el tormento, cualquier forma de maltrato, la violencia corporal o psíquica, las amenazas, el juramento, el engaño (preguntas capciosas o sugestivas) o incluso el cansancio. En este último caso, si el examen del imputado se prolonga por mucho tiempo o el número de preguntas es tan considerable que han provocado su agotamiento, deberá concederse al imputado el descanso prudente y necesario para su recuperación³².

Asimismo, la ley prohíbe todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, tales como la administración de psicofármacos o la hipnosis. Se incluyen en esta categoría los “sueros de la verdad” y los instrumentos que registran

28 KIRSCH, Stefan. ¿Derecho a No Autoinculparse?, En la Insostenible Situación del Derecho Penal. Ed. Comares, Granada, 2000, p. 253.

29 BACIGALUPO citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El Proceso penal aplicado”. Gaceta Jurídica. Lima, 2006, p. 231.

30 Op. Cit., p. 231.

31 HORVITZ LENNON, Maria Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. “Derecho procesal penal chileno”. Tomo I. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005. Pág. 234.

32 Ídem.

reacciones inconscientes o reflejos incondicionados de las personas, como los detectores de “mentiras”³³; el consentimiento del imputado no juega ningún papel como excluyente de los vicios que afectan su declaración por la utilización de los métodos vedados. Al respecto MONTON REDONDO acota que la práctica de éstos métodos ha sido sistemáticamente denegada sobre la consideración unánime de falta de fiabilidad en cuanto a sus resultados, eventuales peligros derivados de su empleo, y sobre todo, por conculcar el principio de legalidad y resultar un desprecio a la persona ante el aniquilamiento de sus recursos físicos y psíquicos, al convertirla en mero apéndice de un aparato o de un producto químico³⁴.

En forma enfática la Constitución Política ha impuesto la protección del derecho de defensa y garantiza su ejercicio en el inciso 14 del artículo 139, que señala como principio y derecho de la función jurisdiccional el de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; así en un juicio es inviolable la defensa de la persona y sus derechos, determinando de esta forma un inquebrantable mandato, para el juez fundamentalmente, como para los demás operadores de justicia. Y he aquí, que a modo de refuerzo, la Constitución de 1993, establece que nadie puede ser obligado o inducido a declarar contra sí mismo; esto constituye una de las expresiones del derecho de defensa. En consecuencia, la inviolabilidad del derecho de defensa se traduce en la incoercibilidad del imputado³⁵.

Solo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de las reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta a las demás reglas de garantía que la rigen. Observando el fenómeno desde el punto de vista negativo, se debe concluir en que la declaración del imputado, que menosprecia estas, no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique y sólo es aprovechable en tanto lo beneficie. La consecuencia expresada no depende de la voluntad del imputado ni de su protesta ante el vicio, pues se trata de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento³⁶.

“La declaración del imputado configura la oposición en el proceso y se manifiesta a través de cualquier etapa de éste”

Lo que *ab initio* la norma prohíbe es que se emplee la violencia más o menos vedada, en su forma física o psicológica, contra el justiciable, para conseguir su confesión, en el entendido que ello afecta gravemente su dignidad y deslegitima a la investigación en sí misma. Un Estado de Derecho no puede coexistir con tales actuaciones siniestras (artículo 88, inciso 4)³⁷.

A través de este derecho se excluye la posibilidad de reconocer validez jurídico-procesal a aquellas declaraciones de autoinculpación que se han vertido a partir del ejercicio de algún tipo

33 Ídem, pp. 234-235.

34 Citando a RIVES SEVA, SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal” Vol II. Ob cit. Págs. 613-614.

35 CLARIÀ OLMEDO, Jorge. “Derecho procesal penal”. Tomo I. Ediar. Buenos Aires, 1962. Pág. 242.

36 MAIER, Julio B. J. “Derecho procesal penal argentino”. Tomo 1.b (Fundamentos). Op. Cit., pp. 436 y ss.

37 ANGULO A, Pedro. Op. Cit. Pág. 308.

de presión por parte de los encargados de recibirla. Incluso, el ejercicio de presiones de este tipo puede servir para cuestionar la imparcialidad del juez y proceder a su recusación³⁸.

En el interrogatorio, las preguntas tienen que ser claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas; no podrá coactarse de modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, no se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener la confesión, tal como lo prohíbe el inciso 4 del artículo 88° del nuevo Código Procesal Penal. Las preguntas que se dirijan al imputado, deben ser pertinentes, relevantes o importantes, esto es, referidas exclusivamente al hecho punible; en otras palabras, al objeto del procedimiento y sus circunstancias concomitantes, de conformidad con los fines del proceso penal. En tal medida, la declaración del imputado debe prestarse en un ambiente de plena libertad, pues, su declaración no puede ser objeto de presión, coacción o de cualquier otro método vedado que perturbe su normal desarrollo, y si el imputado se niega a declarar total o parcialmente, se hará constar en el acta correspondiente.

Se encuentran prohibidas las inducciones y sugerencias que tuerzan la voluntad del procesado, quien resultaría constreñido o presionado, en tanto lo obtenido resultaría ser producto de la instigación de tercero; ahora bien, en este punto, consideramos que el límite es lo que se considera coactivo.

3.4. La declaración del acusado como medio de defensa:

La declaración del imputado constituye un medio de defensa, en virtud del cual dicho sujeto está en posibilidad de manifestar su propia versión de los hechos, a fin de desvirtuar los cargos criminales formulados por el acusador, que al constituir una obligación en mérito al derecho de no autoincriminación (presunción de inocencia), puede decidir no hacerlo, silencio que en definitiva no puede ser usado en su contra. Así mismo, la declaración del imputado no es propiamente un verdadero interrogatorio, sino como dijo acertadamente hace muchos años GÓMEZ ORBANEJA, un medio de defensa que permite a los acusados tomar posición frente a la acusación y a las pruebas que este se valga. Por eso, el nombre adecuado (...) es el de declaración, en cuanto no se trata con él de fijar la verdad de los hechos sino de dar la posibilidad al acusado de posicionarse en el juicio.

La declaración del imputado es una manifestación de ciencia y de voluntad que hace el imputado para influir en el ánimo del juzgador y atraerlo a la posición más ventajosa o la que le puede resultar más útil para el que la hace³⁹; sin embargo, debe precisarse que el imputado es un sujeto del proceso, y, como tal debe ser tratado, por ende, de conformidad con el principio acusatorio, la declaración del imputado no puede considerarse como fuente de prueba en sentido inculpativo, sino como expresión del derecho de defenderse. En otras palabras: el irrestricto respeto por un sistema garantista, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra, sus propios dichos deben ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como

38 KIRSCH citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El Proceso penal aplicado". Gaceta Jurídica. Lima, 2006. Pág. 233

39 GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Op. Cit., p. 382.

un medio de defensa. Cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho de defensa decida confesar su culpabilidad. Pero la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio para obtener información. Es, por el contrario, el medio por el cual el sujeto debe defenderse⁴⁰.

De recibo que el orden natural de la actuación probatoria, ha de ser iniciada con la “declaración del acusado”, pues lo primero que ha de recogerse, luego de presentada la acusación, es la versión que ha de tener el imputado sobre los cargos criminales que se le atribuyen, es entonces un medio de defensa⁴¹ que puede o no ser empleado por el mismo, dependiendo de la estrategia, que para tales efectos haya trazado su abogado defensor.

La declaración del imputado configura la oposición en el proceso y se manifiesta a través de cualquier etapa de éste, desde esa premisa se señala que la declaración del imputado es un Derecho, no es un deber. Esta afirmación no se trata de un postulado sino de un axioma normativo y define la naturaleza de la declaración del imputado. En efecto, el artículo 86 del CCP, precisa que la declaración del imputado tiene el carácter de derecho; así éste tiene el derecho a “prestar declaración y a ampliarla, a fin de ejercer su derecho de defensa y responder a los cargos formulados en su contra”. En ese orden, en ejercicio de este derecho, no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión.

Sólo en esta situación procesal se podrá configurar un verdadero contradictorio, que permita que el imputado ejerza su derecho de defensa oponiéndose o resistiendo a la pretensión punitiva. La declaración configura metodológicamente el contradictorio; está regulado normativamente en el CPP; pauta su desarrollo, en efecto, se invitará al imputado a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye; aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso⁴².

De otro lado, “si el ejercicio del derecho a la no autoincriminación deriva del derecho de defensa del imputado, tendremos, consecuencia práctica, que la declaración del imputado no puede ser vista como medio de prueba, sino como medio de defensa. La importancia de esta precisión estriba en el tratamiento que se dará a la declaración del imputado, lo que depende de cómo se configura posición dentro del proceso”⁴³.

En un código acusatorio la declaración del imputado –con mayor precisión, la primera declaración del imputado, que suele denominarse en los Código pasados “indagatoria” o “instructiva”– expone Cafferata Nores, “(...) es una oportunidad para que aquél ejercite su defensa material. Es un medio de defensa y no un medio de prueba. Existe la indagatoria, no para que el imputado confiese, no para lograr pruebas en su contra, sino para que “(finalidad

40 BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Op. Cit, p. 310.

41 JAUCHEN, Eduardo M. La prueba en Materia Criminal. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996, p. 136.

42 MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Pretensión Punitiva – La conformación del proceso Nuevo Código Procesal Penal. San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L., Lima, 2014, pgs. 223, 224 y 225.

43 REYNA ALFARO, Luis Miguel, La Libertad de Declaración y el Derecho a No Autoincriminarse. En Principios Fundamentales del Proceso Penal. Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2013, p. 218.

totalmente opuesta) pueda ejercitar su defensa material. Claro que si éste quiere confesar el delito, podrá hacerlo, pero esta confesión no es el fin de la indagatoria. Sería una especie de resultado casual, permitido pero no buscado por la ley⁴⁴.

Por su parte, Gómez Orbaneja, señala que la declaración del imputado es un medio de defensa, una ocasión que la ley le da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de esta se valga, y no un medio de fijar objetivamente la verdad⁴⁵.

Una autentica y valida actividad probatoria no tiene fundamento alguno incluir como secuencia (paso) obligatoria el examen (interrogatorio) del acusado. Pues, es una cuestión notoria en el ámbito del saber jurídico penal que el imputado, el acusado, está amparado por la presunción de inocencia (presunción *iuris tantum*) y, como corolario de ese principio garantista, él está amparado por el principio de la libertad de declaración y, por tanto, no está obligado a aportar prueba en su contra mediante su propio dicho. Por eso, el acusado, solamente si lo pide, puede ser interrogado en el juicio. Ese pedido (de él) significa que es uno de los medios de defensa que ejercita en audiencia⁴⁶.

Cabe precisar que los testigos y peritos al declarar tienen un deber de veracidad, en cambio el imputado no está sujeto a este deber y puede decir lo que considere conveniente a sus intereses y ello en modo alguno debe ser perjudicial para él.

IV.

DESARROLLO DEL ACTO DE LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO

El desarrollo de la declaración del imputado en juicio oral sigue el siguiente orden:

- a. Conocimiento de los cargos
- b. Lectura de sus derechos
- c. Pregunta al acusado si acepta o no declarar
- d. Posición del acusado y relato libre de los hechos
- e. Inicio del interrogatorio al acusado

V.

INTERROGATORIO AL ACUSADO

5.1. Sujetos procesales que interrogan al acusado

En principio tienen aptitud para interrogar al acusado el abogado defensor, el Fiscal, el Actor Civil y Tercero Civil, en su caso; así como excepcionalmente el Juez cuando se requiera

44 CAFFERATA NORES. El Imputado. Ed. Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1982, p. 192.

45 GÓMEZ ORBANEJA, E y V. Herce Quemada: "El Derecho Procesal Penal. Vol. II 4ta Edición, 1954, p. 256

46 MIXAN MASS, Florencio: "Juicio Oral", Perú Editores S.A.1988. P. 214-215.

que el acusado aclare algún aspecto de su declaración; no obstante, ello todo dependerá de la decisión del acusado de aceptar ser interrogado por todos los sujetos procesales o si así lo estima conveniente de acuerdo a su posición defensiva brindar únicamente una versión de los hechos o ser interrogado únicamente por su abogado defensor, ello en virtud a que aquel tiene la libertad en cuanto a su declaración.

5.2. Vicios que deslegitiman el Interrogatorio

- a) **Oscuridad:** Son aquellas que carece de claridad y por lo tanto el examinado no puede comprenderlas
- b) **Ambigüedad:** Son aquellas que si bien pueden ser entendidas por la persona a quién se le pregunta; sin embargo, admiten más de una respuesta
- c) **Preguntas Capciosas:** Es aquella que por la forma en que está planteada resulta engañosa, tiende a confundir al declarante.
- d) **Preguntas Sugestivas o Conductivas:** Es la que indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento
- e) **Vaguedad:** Son aquellas preguntas imprecisas o indeterminadas.

5.3. Pautas del interrogatorio al acusado

El Código Procesal del 2004 señala que el examen del acusado en juicio se realiza a modo de un interrogatorio directo, de este modo no resulta aplicable el contrainterrogatorio.

La declaración del acusado al ser un medio de defensa y no de prueba presenta diferencias sustanciales en cuanto a la declaración de un testigo o perito, ello toda vez que este acto está rodeado de una serie de garantías y derechos –como fueron expuestos precedentemente–.

El acusado no está obligado a declarar, esto es, puede guardar silencio a diferencia de los testigos y peritos que sí lo están. Aquí cabe precisar, que si el acusado ejerce su derecho a no declarar no debiera leerse sus declaraciones previas a nivel de investigación, por cuanto esta opción no debe significarle ninguna consecuencia jurídica. El acusado no está obligado a decir la verdad, lo que si ocurre con los testigos y peritos. Del mismo modo, como se expuso, el acusado tiene derecho a una declaración libre, de tal suerte que puede solo brindar un relato de los hechos y eximirse de ser interrogado por los sujetos procesales, o por último, solo aceptar ser interrogado por su abogado, lo que se corresponde con su derecho a guardar silencio total o parcialmente. En ese sentido, si opta por lo antes mencionado, ello impediría la dinámica de un interrogatorio y contrainterrogatorio.

Asimismo, aun cuando se someta a interrogatorio por todos los sujetos procesales, las preguntas no pueden ser cerradas ni sugestivas –preguntas consustanciales a un contrainterrogatorio– porque ello, supondría ejercer cierta nota de coercitividad o inducir a una

respuesta al acusado, lo que no resulta valido desde el punto de vista constitucional que prohíbe la autoincriminación.

VI. CONCLUSIONES

- La aplicación de la técnica del contrainterrogatorio al acusado no se encuentra validado constitucionalmente, toda vez que dicha técnica, implica la utilización de preguntas que podrían coactar su declaración e inducirlo a la autoincriminación, contraponiéndose así a la garantía constitucional de proscripción del uso de medios coercitivos para obtener la declaración del acusado y a la garantía de la no autoincriminación, previsto en el literal h) inciso 24 del artículo 2, de la Constitución Política.
- El Código Procesal Penal del 2004 no autoriza la aplicación de la técnica del contrainterrogatorio al acusado, primero, porque dicha técnica implica la utilización de preguntas cerradas –que podrían coactar su declaración– y sugestivas –que podrían inducirlo a la autoincriminación–, expresamente prohibidas por el artículo 88, inciso 4); segundo porque no puede extenderse a la declaración del acusado el alcance del artículo 378°, inciso 8), que regula la técnica del contrainterrogatorio para testigos y peritos, toda vez que el primero tiene derecho a manifestar lo que juzgue conveniente, en tanto que los segundos, están obligados a decir la verdad; y tercero, porque los artículos 88°, inciso 3) y 376°, inciso 2), literal “c”, del CPP del 2004, señala expresamente que las partes participarán en el interrogatorio al acusado mediante un interrogatorio directo excluyendo así la técnica del contrainterrogatorio.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ANGULO A, Pedro. “La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal penal”. Gaceta Jurídica. Lima, 2006.
- ASECIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Editorial Trivium, Madrid, 1989.
- BERGMAN, Paul. La defensa en juicio, segunda edición Buenos Aires, título en inglés: Trial Advocaty in a Nutshell publicada por West Publishing Company año 1989, traducción y publicación en español por ABELEDO-PERROT S.A.E.
- BINDER, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad hoc. Buenos Aires, 1993.

- CAFFERATA NORES. El Imputado. Ed. Marcos Lerner, Editora Córdova, 1982.
- CLARIÀ OLMEDO, Jorge. “Derecho procesal penal”. Tomo I. Ediar. Buenos Aires, 1962.
- DECASTRO González Alejandro. El Contrainterrogatorio, Librería Jurídica Comlibros, Medellín Colombia, primera edición año 2005.
- FAYOS GARDO, Antonio. Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECRIM. Revista Justicia, 1993, números I-II.
- FIERRO-MÉNDEZ Heliodoro. Manual de Derecho procesal Penal, Sistema acusatorio y Juicio Oral y Público, tomo II, cuarta edición, Editorial Leyer Bogotá Colombia.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Colex, 2003.
- GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. “La valoración del silencio del imputado”. En: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 3. Grijley. Lima, 2002.
- HORVITZ LENNON, Maria Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. “Derecho procesal penal chileno”. Tomo I. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005.
- JAUCHEN, Eduardo M. La prueba en Materia Criminal. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.
- KIRSCH, Stefan. ¿Derecho a No Autoinculparse?, En la Insostenible Situación del Derecho Penal. Ed. Comares, Granada, 2000.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Pretensión Punitiva – La conformación del proceso Nuevo Código Procesal Penal. San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L., Lima, 2014.
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Oralidad, testimonio, interrogatorios, contrainterrogatorios en el proceso penal acusatorio. Impreso y editado por Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera edición 2005.
- PEREZ LOPEZ, Jorge A. El derecho a la no autoincriminación: En Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

- QUIROZ SALAZAR, William F. El Contrainterrogatorio en el Sistema Procesal Acusatorio. <http://www.accesocapacitacion.com/component/content/article?id=122:contrasistem>.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El Juicio Oral, segunda edición, Ediciones Doctrina y ley Ltda., país Colombia, año 2007.
- SAN MARTIN CASTRO. César Eugenio. “Persecución del Delito Tributario y Derecho al Silencio y a la No Autoincriminación” en Estudios de Derecho Procesal Penal. Editorial Grijley, Lima, 2012.
- SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Grijley, Lima, 2006.

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS- FLAGELO SOCIAL

Por: Carlos Martínez Díaz*

SUMARIO: I.- BREVE INTRODUCCIÓN II.- DEFINICIÓN DE TRATA DE PERSONAS III.- NORMATIVIDAD NACIONAL ACERCA DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS IV.- ANÁLISIS DOGMATICO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS V.- CAUSAS DE LA TRATA DE PERSONAS VI.- FINES DE LA TRATA DE PERSONAS VII. ¿COMO ENFRENTAR LA TRATA DE PERSONAS? VIII.- A MANERA DE CONCLUSIÓN IX.- BIBLIOGRAFÍA

I. BREVE INTRODUCCIÓN

Durante mi pasantía en el Distrito Fiscal de Madre de Dios tuve la oportunidad de conocer más de cerca el delito de trata de personas, visitando incluso, el lugar conocido como “La Pampa”, donde existe la explotación de minería ilegal, y la trata de personas. Es a través de este artículo que pretendo llamar la atención a los colegas abogados, a fin de profundizar nuestros conocimientos respecto de este delito que con justa razón lo llaman “La esclavitud del siglo XXI”, por cuanto afecta a sectores más vulnerables de la población entre mujeres, adolescentes, niños y/o niñas.

Según el informe de Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos, aproximadamente 20 millones de hombres, mujeres, niños y niñas víctimas de trata cruzan las fronteras internacionales, sin considerar el número de personas que son víctimas de trata en sus propios países. El Perú no es ajeno a este problema, según las cifras del Sistema de Registro y Estadística del Delito de la Trata de Personas y Afines –RETA PNP- del 2004 al 2013 se han registrado 1,019 casos que comprenden a 2,855 víctimas, de las cuales 2,678 son mujeres y 177 hombres. De este rubro 29% son menores de edad y un 53.48% son mujeres jóvenes entre 18 y 30 años de edad.¹

* Fiscal Provincial Penal de la 1 FPPC – Arequipa. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Ejerció el cargo de Juez de Paz de Characato durante los años judiciales de 1995 y 1996, siendo

El colega Niccy Valencia Llerena, señala que una hora de trabajo de una menor de edad -víctima de trata- para la explotación sexual, otorga una ganancia de hasta S/. 400.00 soles por hora. La jornada en un *night club* que inicia generalmente a las diez de la noche y termina a las cinco de la mañana, es de siete horas de trabajo, que multiplicadas por S/. 400.00 soles dan una ganancia de S/. 2,800.00 soles diarios, por una sola víctima de trata de personas sin realizar más gastos que darle de comer, mantenerla en cuartos pequeños y comprarle ropa corriente (ficheros) de material de algodón por una sola vez.²

En consecuencia, podemos sostener que los fines de la trata de seres humanos son fundamentalmente: la explotación sexual, además de la explotación laboral, servidumbre, mendicidad o extracción de órganos. Al igual que ocurre con los medios de control, los motivos o propósitos de la trata no se excluyen unos a otros. Es frecuente que una misma mujer sea explotada

“Es frecuente que una misma mujer sea explotada sucesiva o simultáneamente de diversas maneras”

sucesiva o simultáneamente de diversas maneras (por ejemplo, para la prostitución primero, siendo un valor añadido la juventud y falta de experiencia sexual, y una vez, se produzcan daños físicos o psíquicos que conduzcan a la red a considerar que “la mercancía ha perdido valor” para ese tipo de comercio, se la ofrezca para matrimonios forzados (otra forma de

prostitución encubierta con un solo cliente) e incluso para trabajos domésticos forzosos, o más raramente, para tráfico de órganos (siendo en estos casos irrecuperable el daño físico, e incluso mortal en ocasiones. Por lo tanto, es considerado un delito ligado al crimen organizado por esas características típicas ligado a la clandestinidad y peligrosidad.

Es por ello que nuestro país, así como los demás países integrantes tienen la obligación de combatir este flagelo de la humanidad, así como proteger y asistir a las víctimas de trata de personas. El cual debe incluir la prevención, protección, asistencia y reparación de las víctimas, como complemento imprescindible de lucha contra la criminalidad y control migratorio. Así mismo, el Estado Peruano mediante el D.S. Nro. 004-2001-In ha aprobado el Plan Nacional de Acción Contra la Trata de Personas.

ratificado para los años judiciales de 1997 y 1998. Asesor Legal del Consultorio Jurídico del Colegio de Abogados de Arequipa. Es Conciliador Extrajudicial, con Registro Nro. 18438 del Ministerio de Justicia. Arbitro, inscrito en el Centro de Conciliación Extrajudicial y Arbitraje del APECC, con registro N° 0273. Lima. Ha estudiado diversos diplomados en el área de Derecho Penal, Procesal Penal y Constitucional. Egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Particular San Martín de Porres de Lima, 2004-2005. Egresado de **Doctorado en Derecho** de la Universidad Particular Católica de Santa María de Arequipa 2010-2011. Magistrado del Ministerio Público: Fue Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular en la Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima Norte; en la actualidad ejerce el cargo de Fiscal Provincial Penal Titular en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del distrito Judicial de Arequipa.

- 1 Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas. 2013, da Edición. Impreso en Gráfica GECER SAC. Pag. 10
- 2 El delito de Trata de Personas en el nuevo proceso penal Niccy Valencia Llerena. 2012 Editorial Ediciones BLG EIRL. Trujillo.

II. DEFINICIÓN DE TRATA DE PERSONAS

La trata de personas, debe ser entendida como un proceso que comienza con la captación de la persona y termina con la explotación de la misma; y es una forma de esclavitud contemporánea vinculada al comercio y explotación de los seres humanos y por ende atentan contra su libertad, la salud, dignidad entre otros derechos fundamentales.

Esta definición la tenemos recogida en diversos instrumentos internacionales, como el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, conocido como PROTOCOLO DE PALERMO, y ha sido la base para la construcción de las definiciones penales en América Latina; y en su artículo 3, define la trata de personas como:

a) “... Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluye como mínimo, la derivada de la prostitución y de otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos”.

*b) El consentimiento dado por la víctima de trata a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo **no se tendrá en cuenta** cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado...”* personas es irrelevante cuando se ha recurrido, con fines de explotación, igualmente en el caso de niños y niñas (menores de 18 años), su consentimiento o el de sus progenitores resulta ser irrelevante.

Entendemos entonces que existen tres verbos rectores en este ilícito y son los actos, los medios y los fines; así tenemos que: **i)** Se consideran actos constitutivos de trata, la captación, el transporte, traslado, acogida o recepción de personas, incluyendo traslados dentro de un mismo país y/o en el extranjero; **ii)** Los medios habituales de la trata de seres humanos son la amenaza, uso de la fuerza, la coacción, el engaño y el abuso de poder, la situación de vulnerabilidad, **iii)** Finalmente, tenemos que los fines de este delito son la explotación, ya sea en la modalidad de explotación sexual, laboral, esclavitud y extracción de órganos, que conlleva a obtener ingentes dividendos a consecuencia de la explotación a las víctimas.

III. NORMATIVIDAD NACIONAL ACERCA DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Consideramos necesario que los colegas abogados y público en general tengan a su alcance las principales normas vinculadas al delito que analizamos, por ello que sin perjuicio de alguna omisión señalamos fundamentalmente las siguientes:

- 3.1. Constitución Política del Perú, Art. 2, prescribe de manera expresa la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas, al referir que: Toda persona tiene derecho a la

libertad y seguridad personal, en consecuencia: (...) inciso b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

- 3.2. Código Penal de 1991, artículo 153 y 153-A, que señala el delito de trata de personas.
- 3.3. Ley N° 28950, de enero del 2007, Ley Contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, que modificó el artículo 153 y 153-A del Código Penal.
- 3.4. Decreto Supremo N° 007-2008-IN que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes.
- 3.5. Decreto Supremo N° 004-2011-IN que aprueba el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2006, que permite instituir vínculos y alianzas entre las instituciones del gobierno nacional, regional y local y sectores de la sociedad civil que participan de la lucha contra la trata de personas y la prestación de asistencia a las víctimas de ella.
- 3.6. Ley N° 29918, que declara del 23 de setiembre de cada año como “Día Nacional contra la Trata de Personas”.
- 3.7. Resolución Ministerial N° 2570-2006. IN/0105, del 29 de diciembre del 2006, que institucionaliza el Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines (RETA)
- 3.8. Resolución Ministerial N° 129-2007-IN/0105, del 23 de febrero del 2007, que aprueba los Procedimientos para el ingreso, registro, consulta y reporte de datos al sistema de registro y estadística del delito de trata de personas y afines (RETA).
- 3.9. Resolución Ministerial N° 1305-2013-IN-DGSD, del 27 de setiembre del 2013, protocolo para la atención de víctimas y testigos del delito de trata de personas por parte de la Policía Nacional del Perú.
- 3.10. Decreto Legislativo N° 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, artículo 2 literal 2,2.
- 3.11. Decreto Supremo N° 002-2004-IN/105 que constituye el Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente Contra la Trata de Personas.
- 3.12. Resolución Ministerial N° 0491-2010-IN/0105 que institucionaliza la Línea Contra la Trata de Personas 0800-2-3232
- 3.13. Resolución Ministerial N° 0002-2007-IN/0105 que otorga carácter oficial al Sistema de Información sobre Personas Desaparecidas de la pagina web www.perusnosdesaparecidos.org

- 3.14. Decreto Supremo N° 007-2007-MINCETUR que aprueba el Reglamento de la Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje y establece las sanciones aplicables – Ley N° 28268
- 3.15. Decreto Supremo 017-2009-MTC que aprueba el Reglamento Nacional de Administración de Transporte; artículo, numeral 42.1.22 y artículo 76, numeral 76.2.9
- 3.16. Decreto Supremo 019-2006-TR, reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (artículo 25, numeral 25.18).
- 3.17. Decreto Supremo N° 020-2012.TR, que aprueba las normas reglamentarias para el funcionamiento de las agencias privadas de empleo, artículo 7 numeral a).
- 3.18. Decreto Supremo 013-2009-JUS, reglamento de la Ley del Servicio de Defensa Pública (artículo 9, en materia penal, literal a)
- 3.19. Resolución Directoral N° 277-2008-DIRGEN/EMG que eleva a la categoría de División al departamento de Investigación de Delitos Contra la Trata de Personas De la División de Investigación de Secuestros de la Dirección de Investigación Criminal.
- 3.20. Ordenanza Regional N° 013-2012-GRA-CR, del 25 de Mayo del 2012, que crea la red Regional de Lucha contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes de la Región de Arequipa.

“En principio, el delito de trata de personas se encontraba ubicado en el rubro de proxenetismo”

IV.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Evolución del tipo penal

En principio, el delito de trata de personas se encontraba ubicado en el rubro de proxenetismo. en el artículo 182- delito de trata de personas-del Código penal de 1991. Posteriormente con la Ley Nro. 28251 del 2004, modifica la redacción del artículo 182 del Código Penal a través de la Ley Nro. 28950 del 17 de enero del 2007 se da con el fin de adecuar la legislación nacional a los principios establecidos en el Protocolo de Palermo. Así deroga el artículo 182 del código penal, e incluye el delito de trata de personas en el título IV- Delitos contra la libertad, específicamente en el artículo 153 del Código Penal, y recientemente modificado por la Ley Nro. 30251 del 21 de octubre del 2014.

En consecuencia, nuestra legislación nacional define el delito de trata de personas, plasmándolo en el artículo 153 del Código Penal y señala: “... 1) El que mediante violencia,

amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad. Fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; 2) para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación; 3) La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas aun cuando no se concurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1; 4) El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya actuado a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1; 5) El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas será reprimido con la misma pena prevista para el autor.

En el artículo 153 – A del mismo cuerpo punitivo, ha establecido sus formas agravadas y que prescriben una pena no menor de 12 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1,2,3,4 y 5 del Código Penal³.

Estructura del delito de Trata de Personas:

- a) Bien Jurídico Protegido
Algunos tratadistas consideran que el bien jurídico protegido es la libertad; sin embargo, nosotros consideramos que es un delito de naturaleza pluriofensiva, por cuanto afecta no sólo la libertad personal (coacción, secuestro), sino la libertad laboral; la libertad sexual y la dignidad humana.
- b) Elementos del Tipo Objetivo

Sujetos del delito:

Sujeto Activo

Puede ser cualquier persona, en consecuencia es un delito común. Sin embargo, la trata de personas constituye un delito de proceso o circuito, por estar integrado por diversas etapas desde la captación hasta la explotación, participan más de una persona, existiendo una distribución de roles, por lo que podemos señalar que se trata de una organización criminal, y como hemos señalado esto debido a su complejidad y clandestinidad; es por ello que es investigada por la Fiscalía Especializada de Crimen Organizado.

Sujeto Pasivo:

Puede ser cualquier persona, hombre o mujer, mayor o menor de edad, algunos consideran que es un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, para este tipo de delitos la edad medida

3 Código Penal. 2014 Editorial Grijley. E.I.R.l pág. 161. Lima.

de captación son los menores de 15 años y estos caen porque están buscando un empleo. Hay ofertas que aparentemente son muy favorables pero que finalmente desembocan en trata⁴.

c) **Tipicidad subjetiva:**

Para la configuración de este delito es necesario establecer la existencia del dolo, es decir la conciencia y voluntad para cometer el delito de trata de personas. El profesor Edward García Navarro ⁵sostiene que la imputación subjetiva se constata sólo a título de dolo directo más no eventual ya que la voluntad del sujeto activo se refuerza con la necesaria concurrencia alternativa de elementos subjetivos típicos (tipo de tendencia interna trascendente) sean fines de explotación o venta de niños.

Procederemos a comentar brevemente los comportamientos o verbos rectores del delito de trata de personas, así tenemos: **i)** Promoción: Importa incentivar la actividad de trata de personas; **ii)** Favorecimiento: Es decir generar un ambiente propicio para que se puedan captar a una persona; **iii)** Financiación: El proveer de fondos (recursos económicos) suficientes para que otras personas puedan captar personas para fines de explotación; **iv)** Facilitación: Implica las formas de colaboración material o intelectual, es decir los actos de cooperación, ayuda o contribución a las conductas típicas.

Fases de la conducta típica:

Consideramos que las fases principales son la captación, el traslado y la explotación, que se desarrollan de manera independiente; sin embargo, analizaremos brevemente cada una de las actividades desarrolladas en el delito materia de análisis y son:

1. **Captación:** Implica el abordaje a la víctima, contacto para lograr el convencimiento del sujeto pasivo y ser trasladada, la que se puede traslucir en las falsas ofertas de empleo, seducción, entre otras.
2. **Transporte:** Es decir la movilidad física de la víctima de un lugar a otro, y esta puede ser a nivel nacional y/o internacional;
3. **Traslado:** Implica el traspaso del control sobre la víctima (el sujeto activo traslada de un lugar a otro a la víctima), entendida como las diferentes fases desde que es captada, es decir el origen, el tránsito y el destino.

4 <http://tratadepersonasenelperu.blogspot.com/2009/08/menores-de-15-años-son-mas-vulnerables>.

5 García Navarro, Edward, comentarios a la ley 28950 de 16 de enero del 2007. En Jus-Legislación, Nro.1. Lima 2007, pag. 295.



4. Acogida: Establecido cuando el sujeto activo atiende, hospeda o alberga a la víctima; es decir admitir en el domicilio a la víctima de trata;
5. Recepción: Es decir recibe o admite a la víctima, que es trasladada de un lugar a otro hasta llegar al destino final
6. Retención: Implica privar de la libertad a la víctima, utilizando el uso de violencia o amenaza.



Medios Comisivos:

- a) **Violencia:** Considerado como el despliegue de una fuerza física suficiente para anular o doblegar la voluntad de la víctima.

- b) Amenaza: Es la fuerza psicológica, mediando la amenaza de un mal inminente a la víctima o un tercero vinculado a ella.
- c) Privación de la Libertad: Que implica la privación de la libertad ambulatoria de la víctima por medio de la violencia o amenaza.
- d) Fraude o Engaño: Entendido como el inicio de la captación de la víctima ya que a través de las ofertas de trabajo, una remuneración elevada, simulan la verdad con la finalidad de obtener el consentimiento “errado” de la víctima de trata.
- e) Abuso de Poder: Cuando el sujeto activo ostenta una posición de dominio sobre la víctima.
- f) Situación de vulnerabilidad: Entendemos cuando la víctima quien se encuentra en situación de riesgo debido al desempleo, subempleo, pobreza, discriminación de género, deserción educativa, limitaciones para la migración legal, demanda creciente de niños y niñas y adolescentes como objetos sexuales, entre otros.

4.2.5. Consumación del delito

El delito se consuma con la realización de alguna de las conductas típicas concretas de los comportamientos retores establecidos en el tipo penal.

V.

CAUSAS DE LA TRATA DE PERSONAS

Podemos señalar que las causas de este delito se encuentran vinculadas a los factores sociales, económicos y culturales, ya sea a nivel nacional, regional o local. Así tenemos:

- a. Causas Sociales: Falta de oportunidades laborales, de oportunidades educativas, edad de las víctimas y que generalmente son mujeres menores de edad (15 años)
- b. Causas Económicas: Los altos índices de pobreza que es generado por la falta de oportunidad laboral, y que inciden fundamentalmente en jóvenes, quienes por buscar una oportunidad de trabajo y ante la falsa expectativa de remuneraciones altas son vulnerables a este tipo de delitos.
- c. Causas Culturales: Podemos establecer que aun en nuestro país existe discriminación contra la mujer al considerarla en algunos sectores de la población, un objeto sexual.

VI. FINES DE LA TRATA DE PERSONAS

La explotación es el objetivo final de la trata de personas y visibiliza su carácter de crimen y atentado contra los derechos humanos. Puede tener diferentes manifestaciones vinculadas a la explotación sexual y laboral, a la compra y venta de niños y al matrimonio servil, extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, entre otras modalidades.

Basándonos en la protocolo de Palermo, podemos describir las siguientes:

- a) Explotación sexual, que es la forma que más se asocia al delito de trata de personas y es el aprovechamiento de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual como la pornografía y el turismo sexual.
- b) Explotación laboral; trabajos o servicios forzados, y es el aprovechamiento injusto de la labor de una persona para el beneficio de otra.
- c) Mendicidad, como una modalidad de la trata, que es común ver a menores de edad y personas con discapacidad explotadas por otras personas bajo esta forma.
- d) Matrimonio servil; desarrollada en la esfera doméstica y consiste en el aprovechamiento del vínculo filial para explotar a una persona, que ocurre generalmente con las mujeres inmigrantes.
- e) Compra y venta de niños y adolescentes; donde los niños son sustraídos, secuestrados o alejados de sus familias para ser intercambiados por una suma de dinero u otros beneficios.

VII. ¿COMO ENFRENTAR LA TRATA DE PERSONAS?

Para enfrentar la trata de personas debe existir una Política de Estado que permita promover una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, a fin de que puedan obtener un trabajo digno y satisfagan sus necesidades básicas. Además debe combatirse la pobreza y las diferencias sociales y económicas que lo único que hacen es contribuir a la vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

- 1. Aún cuando se viene trabajando a nivel interinstitucional, a través del Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, en algunos lugares existe escasa presencia del Estado, o falta de sensibilidad en sus autoridades, que generan el aumento de este tipo de delitos, aún con el esfuerzo que realiza la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, Poder

Judicial entre otros organismos del Estado; sin embargo, existe este tipo de delito en diversos lugares del país, y en especial el lugar denominado como “La Pampa” en la Región de Madre de Dios.

2. La explotación de seres humanos en cualquiera de sus formas, especialmente en los niños/niñas y adolescentes, referentes a la explotación sexual y/o laboral, violan sus derechos fundamentales como son la libertad y dignidad humana.
3. Dada la complejidad del delito de trata de personas, que implica desde el desplazamiento de la víctima de su lugar de origen a otro lugar diferente donde generalmente no conoce, y finalmente es explotada, este delito debe investigarse, analizarse y combatirse desde diferentes enfoques dirigidos a un fin integral.
4. Las víctimas de trata padecen de enfermedades de transmisión sexual e infecciones, así como enfermedades generadas por la deficiente alimentación y precarias condiciones de higiene y seguridad a la que están expuestas.
5. La trata de personas, causa la desintegración de la familia -pilar básico de la sociedad- por cuanto las víctimas ante la pérdida del entorno social, terminan alejadas de su hogar y cuando pueden regresar a él, no lo hacen por temor a ser rechazadas o estigmatizadas.
6. El delito de trata de personas, es tan complejo que aún las propias víctimas no tienen conciencia de serlo, por lo que es necesario difundir y que sea conocido ampliamente por los operadores de justicia, a los señores abogados y a la población en general.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú, Colección jurídica. Banco de Crédito del Perú. 7ma Edición, Lima 2008.
- Código Penal, editorial Grijley, jr Azángaro 1075, Lima 2013.
- Elementos comparados del Impacto de la Trata de Personas en la Salud de Víctimas adolescentes en el contexto de la Minería Ilegal de Oro en Madre de Dios. Jaris Mujica 2014. 1 edición – Lima Perú: Promsex–Anesvad 2014.
- Ministerio Público- Fiscalía de la Nación 2013: Proyecto de Fortalecimiento de la Función Fiscal frente al Delito de Trata de Personas.
- Ministerio del Interior, 2013: Compendio Normativo y Directorio Interinstitucional Sobre la Trata de Personas.
- Ministerio del Interior: Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011- 2016.

- El delito de Trata de Personas en el Nuevo Código Procesal Penal. Niccy Valencia Llerena. Ediciones BGL EIRL. Trujillo. 2012.
- Pagina web www.perusnosdesaparecidos.org

EL DERECHO DEL NIÑO A MANTENER VÍNCULOS FAMILIARES CON AMBOS PROGENITORES

Por: *William Homer Fernández Espinoza*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO III. DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA VI. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS VII. CONCLUSIONES VIII. RECOMENDACIONES IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación estudia el problema relacionado al ejercicio del derecho del niño, niña y adolescente a mantener relaciones personales, contacto directo y comunicación permanente con ambos progenitores y a no ser separados de ellos injustificadamente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención)¹ y en los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos².

En los casos en que la ruptura de la relación de pareja es sinónimo de dinámica disfuncional y las controversias se tornan constantes, los niños devienen en una contienda donde son objeto de presión, chantaje, hostigamiento o retención arbitraria, lo que constituye un claro supuesto de

1 La Convención fue creada el 20 de noviembre de 1989 y es adoptada, abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> [2016, 30 de junio].

2 Según lo señalado en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

maltrato infantil. Que naturalmente no tiene lugar si la pareja mantiene su alianza parental y cada uno favorece el trato del hijo con el otro³.

Esta situación que se presenta principalmente en el proceso donde se discute la custodia, termina convirtiéndose en una lucha judicial, en la que los padres mantienen una posición egoísta y extrema sin tener presente las necesidades y el desarrollo del niño, desnaturalizando su condición de sujeto de derechos⁴. Llegando a manifestarse en estos casos la denominada alienación parental⁵.

Frente a este problema, que se suscita en los diferentes países del mundo, en América Latina, Argentina a través de la Ley N°24.270 del 25 de noviembre de 1993, configura en su Código Penal el delito al progenitor o tercero que impidiere u obstruyere el contacto del hijo con sus padres no convivientes. Asimismo, Brasil mediante la Ley N°12.318/10 del 26 de agosto de 2010, sanciona a aquellos actos que interfieren en la formación psicológica del hijo, inducida por uno de los padres, los abuelos o quien tenga bajo su cuidado al niño o adolescente para obstaculizar o afectar negativamente los vínculos que mantiene con el otro padre. De igual manera, México incluye en su Código Civil del Distrito Federal el artículo 323 *septimus*, del 9 de mayo de 2014,

“Consideramos necesario la regulación de este vacío normativo, a fin de que se otorguen las medidas de protección necesarias para garantizar la restitución de los derechos vulnerados del hijo”

en el cual se considera violencia familiar a aquella conducta realizada por el integrante de la familia que transforma la conciencia del niño con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

En el Perú, por el contrario, la legislación nacional no consigna de manera expresa ni sanciona rigurosamente esta problemática, que termina por perjudicar irreversiblemente las relaciones familiares.

Por otro lado, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia se han resuelto causas en las que se demostró la afectación del derecho del niño, niña y adolescente a no ser separado de su familia y mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Disponiéndose importantes precedentes judiciales en favor de la protección de sus derechos⁶.

3 Grosman, Cecilia. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo (coord.) *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, p.180.

4 Bermúdez Tapia, Manuel. (2011). *La Constitucionalización del Derecho de Familia*. Lima, Perú: Ediciones Caballero Bustamante, p.85.

5 La alienación parental fue propuesta en 1985 por Richard Gardner, profesor clínico de psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia en Estados Unidos, como un trastorno psicológico denominado síndrome de alienación parental, en su libro *The Boys as Girls Book About Divorce*.

6 Como lo dispuesto en la sentencia del expediente N°01817-2009-PHC/TC del 7 de octubre de 2009, y en la Casación N°2067-2010-LIMA del 22 de abril de 2011.

Sin embargo, consideramos necesario la regulación de este vacío normativo, a fin de que se otorguen las medidas de protección necesarias para garantizar la restitución de los derechos vulnerados del hijo.

Cabe destacar, que la Comisión de la Mujer y Familiar del Congreso de la República, con fecha 11 de julio de 2013, emitió el Dictamen por mayoría del Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes⁷, que incorpora en su texto como causales de variación de la tenencia, a la conducta del progenitor que ejerce la custodia de hecho o de derecho, que no cumple con sus deberes de la responsabilidad parental y/o induce al hijo o hija a percibir de forma negativa al otro progenitor y/o rechaza su contacto⁸. Asimismo, son causales de variación del régimen de visitas, las conductas de los padres que perturban el cumplimiento de este régimen, las inasistencias injustificadas para su ejercicio y cuando el progenitor que ejerce la custodia induce al hijo o hija a percibir de forma negativa al otro padre y/o rechaza su contacto, perturbando el normal desarrollo de las visitas⁹.

Finalmente, luego del análisis de la doctrina y la normatividad internacional y nacional, así como de la jurisprudencia, se presentarán las conclusiones y recomendaciones del investigador.

II. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, aparece un nuevo paradigma conocido como la doctrina de la protección integral, que obliga a los Estados a repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia y la adolescencia, como instrumentos realmente eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos, dejando atrás el esquema concebido bajo la doctrina de la situación irregular¹⁰.

La nueva concepción de la protección integral, se construye a través de los diversos instrumentos específicos, regionales y universales de protección de los derechos humanos, que representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional de crear nuevos estándares en relación con la condición jurídica de la infancia, reconociendo al niño como un sujeto pleno de derechos¹¹.

7 Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N°495/2011-CR, N°661/2011-CR, N°727/2011-CR, N°944/2011-PE, N°962/2011-CR, N°1590/2012-CR, N°1737/2012-CR, N°1791/2012-CR, N°1878/2012-CR, N°1886/2012-CR, N°1915/2012-CR, N°1916/2012-CR, N°2162/2012-CR, N°2221/2012-CR y N°2229/2012-CR.

8 Artículo 90 del dictamen de la Comisión de la Mujer y Familiar del Congreso de la República.

9 Artículo 94 del dictamen de la Comisión de la Mujer y Familiar del Congreso de la República.

10 Plácido Vilcachagua, Alex. (2015). *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima, Perú: Instituto Pacífico, p.47.

11 Beloff, Mary. (2004). Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. *Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, pp.31-33.

El interés superior del niño, principio rector de la Convención, es desarrollado por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) en la Observación General N°14 del 29 de mayo de 2013¹². El Comité sostiene que su concepto, establecido en el artículo 3 de la Convención¹³, es dinámico y debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Asimismo, señala que se otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada¹⁴.

El objetivo de este principio, como lo expone el Comité, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, garantizando su integridad física, psicológica, moral y espiritual. Recuerda además, que todos los derechos previstos en la Convención responden al *interés superior del niño*, debido a que no existe una jerarquía de estos derechos¹⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto 2002¹⁶, señala que el interés superior del niño, es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷.

Asimismo, la Corte Interamericana resalta lo dispuesto en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹⁸, que se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención, y que guarda relación con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos de

12 Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/CRC_C_G_C_14__7202_S.doc [2016, 30 de junio].

13 Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

14 Párr.1 de la Observación General N°14 del Comité.

15 Párrs.4 y 5 de la Observación General N°14 del Comité.

16 Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf [2016, 30 de junio].

17 Párr.56 de la Opinión Consultiva OC-17/2002.

18 Principio II:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

1969¹⁹, al establecer que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad²⁰.

En ese sentido, este principio rector contiene una concepción garantista que promueve la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, rigiéndose por la interpretación conjunta de lo dispuesto en la Convención. A modo que, quien pretenda fundamentar una decisión o medida concerniente a ellos, deberá hacerlo en consideración de su *interés superior*²¹.

En el Perú, la Convención fue aprobada y ratificada mediante la Resolución Legislativa N°25278 del 4 de setiembre de 1990, formando parte del derecho nacional y su aplicación obligatoria por el Estado peruano, de conformidad con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993²².

Las principales obligaciones de la Convención fueron contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N°27337 del 7 de agosto de 2000. Que en su artículo IX indica que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos²³.

De otro lado, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al interés superior del niño en diferentes sentencias, como lo resuelto en el expediente N°03744-2007-PHC/TC del 12 de noviembre de 2008²⁴, sobre su contenido constitucionalmente protegido por el artículo 4 de la Constitución Política²⁵ y lo desarrollado en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes

19 Artículo 19.- Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

20 Párrs.57, 58 y 60 de la Opinión Consultiva OC-17/2002.

21 Cillero Bruñol, Miguel. (1998). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Temis/Depalma, pp.80-81.

22 Fundamento 16 de la sentencia del expediente N°04058-2012-PA/TC del 30 de abril de 2014. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.pdf> [2016, 30 de junio].

23 Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

24 Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03744-2007-HC.html> [2016, 30 de junio].

25 Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos

antes mencionado, resaltando la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales²⁶. Asimismo, en la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como lo indicado en la Casación N°2067-2010-LIMA del 26 de abril de 2011, se fundamenta que toda medida adoptada por el juzgador debe realizarse en atención al interés superior del niño, en respeto de sus derechos y en resguardo de su bienestar²⁷.

Se debe resaltar que el 17 de junio de 2016, se promulgó la Ley N°30466, que establece los parámetros y las garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Esta ley lo desarrolla como un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera esencial su interés superior en todas las medidas que le afecten directa o indirectamente, garantizando sus derechos humanos, en el marco de lo establecido en la Convención, la Observación General N°14 del Comité y el Código de los Niños y Adolescentes.

III.

DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸ señala que, los Estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Asimismo, que se respetará su derecho cuando esté separado de uno o de ambos progenitores, a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, de modo regular, salvo que esto sea contrario a su interés superior.

como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

26 Fundamento 5 de la sentencia del expediente N°03744-2007-PHC/TC.

27 Décimo quinto considerando de la Casación N°2067-2010-LIMA.

28 Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva OC-17-2002, indica que el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Así, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia²⁹.

Además, la Corte Interamericana destaca lo establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte Europea), en atención a sus casos resueltos en aplicación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos³⁰, manifestando que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos, la convivencia familiar debe estar garantizada³¹. El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal³².

De igual forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana) y la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA) en el informe sobre el *Derecho del niño y la niña a la familia* del 17 de octubre de 2013³³, desarrollan que existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia. Específicamente, en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en similares términos en el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos Humanos³⁴.

La Comisión Interamericana y la OEA señalan también que, existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados³⁵.

29 Párr.71 de la Opinión Consultiva OC-17-2002.

30 Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

31 Párr.72 de la Opinión Consultiva OC-17-2002.

32 Párr.77 de la Opinión Consultiva OC-17-2002.

33 Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [2016, 30 de junio].

34 Párr.51 del informe "*Derecho del niño y la niña a la familia*" de la Comisión Interamericana y la OEA.

35 Párr.54 del informe "*Derecho del niño y la niña a la familia*" de la Comisión Interamericana y la OEA.

En nuestro país de conformidad con lo establecido en la Convención, el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes³⁶ dispone el derecho del niño a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia y a no ser separados de ésta, sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Cuando los progenitores estén separados o divorciados, el artículo 81 del código antes mencionado³⁷ indica que, la tenencia de los hijos se determina de común acuerdo o a falta de este, es el juez especializado quien resuelve esta disyuntiva, pudiendo disponer la tenencia compartida³⁸. Asimismo, el juez debe tener en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario y el dictamen Fiscal de Familia³⁹.

En el primer caso, ambos padres tienen la voluntad de establecer un acuerdo sobre la custodia, tomándose en cuenta la opinión de los hijos, con la finalidad de identificar y satisfacer las necesidades de éstos. Esta relación trilateral entre el padre, la madre y el hijo permite que todos ellos puedan expresar sus intenciones y deseos para llevar a cabo de forma plena la tenencia y se mantenga una buena relación familiar⁴⁰.

En el segundo caso, cuando hay discrepancia sobre la custodia de los hijos o este resulta perjudicial para ellos, es el juez quien decidirá conferir la tenencia a uno u otro padre, pudiendo confirmar la continuación de la custodia a quien la tiene o despojársela para entregársela al otro, dictando las medidas necesarias que garanticen su cumplimiento⁴¹.

El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes⁴², establece los criterios que deberá tomar en cuenta el juez al momento de resolver sobre la tenencia. Sin embargo, cabe resaltar que

36 Artículo 8.- A vivir en una familia

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

37 Artículo 81.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

38 La tenencia compartida se incorpora en la legislación nacional a través de la Ley N°29269, del 17 de octubre de 2008, que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

39 Conforme a lo indicado en el segundo párrafo del artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes.

40 Varsi Rospigliosi, Enrique. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, p.305.

41 Ídem.

42 Artículo 84.- En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

los criterios fijados en este artículo no son de fatal cumplimiento para el magistrado, sino que constituyen elementos de juicio que deben relacionarse con el interés superior del niño, a fin de resolver de la mejor manera la situación del hijo y no se priorice los intereses particulares de los padres. Y se otorgue la custodia a quien mejor garantice el derecho de sus hijos y permita el contacto con el otro progenitor⁴³.

Es fundamental que el juez escuche al niño y tome en cuenta la opinión del adolescente, antes de resolver sobre su custodia, según lo indicado en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes⁴⁴, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Convención⁴⁵. No obstante, ello no implica que el juez se encuentre limitado a fallar según lo que considere el menor de edad, pues deberá atender a su interés superior, el que no necesariamente va a concordar a cabalidad con la opinión aludida⁴⁶.

Los artículos 88⁴⁷ y 89⁴⁸ del Código de los Niños en mención establecen que los padres que no gozan de la tenencia de sus hijos, tienen el derecho de poder visitarlos y de mantener una comunicación permanente con ellos, pudiendo solicitar se les otorgue un régimen de visitas.

Este trato del niño con el padre no conviviente, obedece a motivos tan humanos y respetables que ni la ruptura del vínculo matrimonial o de pareja puede ser un obstáculo para que no se establezca, debido a que sería contrario al interés superior del niño el romper aquellas relaciones familiares⁴⁹. La privación de este derecho de comunicación, sólo puede tener lugar por causas muy graves que pongan en peligro la seguridad o salud física o moral del hijo⁵⁰.

43 Aguilar Llanos, Benjamín. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima, Perú: Ediciones Legales, p.342.

44 Artículo 85.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

45 Artículo 12.-

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

46 Cuarto considerando de la Casación N°0856-2000-APURIMAC.

47 Artículo 88.- Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y del adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

48 Artículo 89.- El padre o la madre que haya sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrá interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento. Si el caso lo requiere podrá solicitar un régimen provisional.

49 Plácido Vilcachagua, Alex. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, p.333.

50 Belluscio, Augusto César. (2013). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, pp.841-842.

El artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes⁵¹, señala que el incumplimiento y/o resistencia del régimen de visitas establecido judicialmente, podrá originar la variación de la tenencia, que deberá efectuarse en forma progresiva, de modo que no le produzca daño o trastorno, o de manera inmediata en aquellas circunstancias que lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño; con la asesoría del Equipo Multidisciplinario⁵².

Por último, es importante indicar que en la Ley N°30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar del 23 de noviembre de 2015⁵³, no se consigna expresamente como una forma de maltrato infantil o de violencia familiar, a la conducta realizada por los progenitores o integrantes de la familia de perturbar, obstruir o impedir las relaciones personales del hijo con el otro padre, o el inducir al niño a percibir de manera negativa y/o rechazar su contacto con el otro progenitor.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia del expediente N°01817-2009-PHC/TC del 7 de octubre de 2009⁵⁴, resuelve una demanda de hábeas corpus a favor de las niñas identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A, en el cual se solicita el cumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, a fin de que se ordene al padre permite que sus hijas interactúen con la madre, toda vez que de manera reiterada les impide que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual, la integridad personal y a vivir pacíficamente, en virtud de su interés superior.

Al respecto, este tribunal expone que el derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención, que reconoce que *el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*, así como en su artículo 9.1, que establece que *los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*.

En contrapartida a dicho reconocimiento, precisa que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que *el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia*.

51 Artículo 91.- El incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el juez que conoció del primer proceso.

52 Artículo 82.- Si resulta necesaria la variación de la tenencia, el juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

53 Según su Segunda Disposición Complementaria deroga la Ley N°26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, y las demás leyes y disposiciones que se opongan a la presente norma.

54 Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.html> [2016, 30 de junio].

A consideración del Tribunal Constitucional, el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1) de la Constitución Política⁵⁵.

Después de estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, este tribunal enfatiza que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus progenitores se convierte en una necesaria excepción a la regla general⁵⁶.

No obstante, este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirle o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia⁵⁷.

En este caso, se resolvió declarar fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos de las hijas a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, y a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia del expediente N°02892-2010-PHC/TC del 6 de diciembre de 2010⁵⁸, manteniendo una posición ya asumida en los expedientes N°862-2010-HC/TC y N°0400-2010-HC/TC, señala que la justicia constitucional no puede asumir temas que son de competencia propia de la justicia ordinaria, como sucede en las demandas de habeas corpus en relación a la tenencia de los hijos⁵⁹.

Sin embargo, ello no implica que estas demandas de *habeas corpus* carezcan *per se* de relevancia constitucional, toda vez que este tribunal en otras ocasiones ha declarado fundadas demandas en las que se ha impedido el contacto de los hijos con uno de los padres. Tampoco se trata de que el *habeas corpus* se convierta en un instrumento ordinario de ejecución de sentencias en materia de tenencia, sino que en determinados casos ante la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos, constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal, y otros derechos fundamentales del niño⁶⁰.

55 Fundamento 14 de la sentencia del expediente N°01817-2009-PHC/TC.

56 Fundamento 16 de la sentencia del expediente N°01817-2009-PHC/TC.

57 Fundamento 17 de la sentencia del expediente N°01817-2009-PHC/TC

58 Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02892-2010-HC.html> [2016, 30 de junio].

59 Fundamento 3 de la sentencia del expediente N°02892-2010-PHC/TC.

60 Fundamento 4 de la sentencia del expediente N°02892-2010-PHC/TC.

V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Casación N°2067-2010-LIMA del 26 de abril de 2011, resuelve un caso en el que se imputaba al padre la realización de ciertas conductas con el propósito de resquebrajar la relación personal y el contacto directo de los hijos con su madre⁶¹.

La Sala Civil tuvo en consideración el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el expediente N°01817-2009-PHC/TC, señalando que el disfrute mutuo de la convivencia entre los padres y sus hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, y que aun cuando los progenitores estén separados de sus hijos, impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad personal y salud⁶².

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia recalca que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, especialmente bajo el cuidado de sus padres, debe efectuarse en un ambiente en el que prime el afecto y su tranquilidad emocional. Sin embargo, si por causas diversas deben vivir en forma separada a uno de sus padres, tienen el derecho de mantener con dicho progenitor el contacto necesario que asegure su desarrollo integral⁶³.

La Sala Civil concluye en ponderar la necesidad de que los niños restablezcan inmediatamente sus vínculos afectivos con la progenitora, ante la alerta de peligro de que sufran daños emocionales profundos como consecuencia de la conducta propiciada por el padre biológico y la familia paterna; priorizándose así, en forma implícita, el principio del interés superior del niño⁶⁴.

De igual manera, Corte Suprema de Justicia ha resuelto en otros casos similares, como los presentados en la Casación N°5138-2010-LIMA del 31 de agosto de 2011 y en la Casación N°370-2013-ICA del 6 de marzo de 2013, la ponderación del derecho del niño a no ser separado injustificadamente de su familia, a su integridad personal y bienestar, y a mantener contacto directo y permanente con ambos padres.

61 Considerando octavo y noveno de la Casación N°2067-2010-LIMA.

62 Considerando décimo sexto de la Casación N°2067-2010-LIMA.

63 Considerando décimo séptimo de la Casación N°2067-2010-LIMA.

64 Considerando vigésimo primero de la Casación N°2067-2010-LIMA.

VI.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana, a través de la sentencia del Caso Fornerón e Hija vs. Argentina del 27 de abril de 2012⁶⁵, vinculante a nuestro sistema judicial por formar parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, resuelve un juicio referido a la responsabilidad internacional del Estado argentino por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Aníbal Javier Fornerón con respecto a su hija biológica “M”.

En esta causa, la Corte Interamericana consideró que no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación, debido a que el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción de la niña “M”, no tuvo en cuenta la voluntad del señor Fornerón de cuidar y de no continuar separado de su hija. Ello a pesar de que el padre biológico manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante diversas autoridades y particularmente ante dicho funcionario en los procesos de guarda y de adopción. Por otra parte, el referido juez tampoco determinó, a criterio de esta Corte, la existencia de alguna de las circunstancias excepcionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como *casos en los que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres*, que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija⁶⁶.

Por otra parte, agrega que la separación entre padre e hija, formalizada a partir de la sentencia en la cual se otorgó la guarda judicial por un año al matrimonio B-Z y posteriormente en el proceso de adopción, no se dispusieron medidas para vincular al señor Fornerón con su hija. Ello, a pesar de que en las decisiones judiciales de guarda y adopción se determinó esta posibilidad. Iniciando posteriormente el padre biológico un proceso judicial para establecer un régimen de visitas. Sin embargo, y sin perjuicio del acuerdo de las partes celebrado ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, no consta que en más de once años se haya dispuesto judicialmente un régimen de visitas que hubiera permitido la vinculación familiar⁶⁷.

La Corte Interamericana declaró por unanimidad, que el Estado argentino es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija “M”. Disponiendo que, el Estado establezca de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el padre y la niña. Y que se les pague las cantidades fijadas en la sentencia, por concepto de indemnización, por el daño material e inmaterial sufrido⁶⁸.

65 Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf [2016, 30 de junio].

66 Párr.121 de la sentencia del Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.

67 Párr.122 de la sentencia del Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.

68 Párr.128 de la sentencia del Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.

VII. CONCLUSIONES

En la normatividad peruana existe un vacío legal sobre la regulación de la conducta de los padres o integrantes de la familia que perturben, obstruyan o impidan las relaciones del hijo con sus progenitores, o lo induzcan a percibir de manera negativa y/o a rechazar su contacto con el otro padre que vulnera el derecho del niño, niña y adolescente a no ser separado injustificadamente de sus progenitores, y a mantener relaciones personales y comunicación permanente con ellos. A diferencia de otros países en América Latina y del mundo, que sí reconocen y sancionan con rigurosidad esta problemática en sus legislaciones internas.

No obstante, el Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han resuelto casos en los que se manifestó este problema, disponiendo importantes precedentes judiciales en favor de la protección de los derechos del niño, como sucede en la sentencia del expediente N°01817-2009-PHC/TC y en la Casación N°2067-2010-LIMA, respectivamente.

VIII. RECOMENDACIONES

Es importante que el Pleno del Congreso de la República apruebe y promulgue el Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, que considera entre sus artículos 90 y 94, una solución para este referido problema. Asimismo, se debe modificar la Ley N°30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, para que se incorpore, como una forma de violencia familiar, a aquella conducta del progenitor o miembro de la familia que perturbe, obstruya o impida las relaciones del hijo, o lo induzcan a percibir de manera negativa y/o a rechazar su contacto con su padre o madre. A fin de que el juez especializado pueda disponer las medidas de protección correspondientes y se restituyan los derechos vulnerados del niño, así como se castigue con severidad a aquellos malos padres y familiares.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- BELOFF, Mary. (2004). Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. *Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano* (pp.1-45). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- BELLUSCIO, Augusto César. (2013). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

- BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. (2011). *La Constitucionalización del Derecho de Familia*. Lima, Perú: Ediciones Caballero Bustamante.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín y Otros. (2012). *Los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y su protección en los Derechos Humanos*. Lima, Perú: Grijley.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. (1998). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (pp.79-99). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Temis/Depalma.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS y ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (2013). *Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Recuperado de: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/CRC_C_GC_14__7202_S.doc
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- GROSMAN, Cecilia. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible? (pp.174-214). Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo (coord.) *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. (2015). *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE UN RECURSO DE CASACIÓN PENAL

Por: César Jesús Pineda Zevallos*

SUMARIO: I. INTRODUCCION II. EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN III. EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN COMO PRINCIPIO JURISDICCIONAL IV. EL CONCEPTO DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN V. EL DEBER DE LA MOTIVACIÓN Y SUS FUNCIONES VI. LA VULNERACIÓN AL DEBER DE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE UN RECURSO DE CASACIÓN VII. LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LA CASACIÓN PENAL POR VULNERACIÓN A LA DEBIDA MOTIVACIÓN VIII. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN IX. EL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTÁNDAR DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN SEGÚN EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL CASO LLAMOJA X. JUSTIFICACIÓN DE LA DACIÓN DE CRITERIOS PROCEDENCIA DE UN RECURSO CASACIÓN PENAL POR VULNERACIÓN A LA DEBIDA MOTIVACIÓN XI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 trae como novedad a diferencia de lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 1991, la institución procesal denominada “recurso casación”, la cual como recurso extraordinario que es, determinará que su procedencia solamente esté permisible en la medida que se configure alguna de las causales así descritas en el Art. 429° del nuevo Código Procesal Penal.

La instauración de este nuevo recurso extraordinario, como es también a su par al denominado recurso extraordinario de casación en sede procesal civil, no escapa a las críticas doctrinarias que sobre ella se generen, así como al entendimiento cabal por parte del operador de

* Socio del Estudio Aníbal Quiroga León Abogados, Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de los cursos Derechos fundamentales y Razonamiento Jurídico en la Universidad Privada San Juan Bautista.

justicia, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien disponga finalmente su admisión y procedencia (aceptación) a fin de poder casar esa sentencia definitiva o auto definitivo emitida por la Corte Superior.

Ahora bien, es claro que como cualquier tipo de recurso regulado en nuestro ordenamiento jurídico, será necesario previo a su interposición, la observancia de requisitos intrínsecos o presupuestos de fondo como también de requisitos extrínsecos o presupuestos formales, para finalmente determinar su admisión y procedencia con pronunciamiento de fondo. Es justamente el objetivo del presente trabajo, el estudio de una de las causales descritas en el Art. 429° del nuevo Código Procesal Penal, siendo esta la causal de infracción constitucional, inobservancia – vulneración del derecho a una debida motivación, garantía constitucional procesal (derecho fundamental) que genera un necesario estudio y análisis de dicha institución procesal, no solo sobre la base de lo dispuesto en la doctrina nacional o comparada sino también sobre la base de lo desarrollado por parte del Supremo Interprete de la Constitución a fin que pueda llegar a ser comprendido de manera cabal tanto por parte del accionante de dichos recursos, como

por parte del operador de justicia y que esto traiga como consecuencia necesaria tanto una debida admisión de un recurso de casación por infracción a la debida motivación, como a su vez una justa resolución casatoria.

“No nos cabe duda que la vulneración al derecho a la debida motivación como parte de la tutela procesal efectiva”

Y es que, se debe de tomar presente el hecho que no nos encontramos ante un recurso ordinario, frente al cual, se pueda controlar en su totalidad la valoración probatoria o refutación del criterio jurisdiccional en la emisión de una resolución final o sentencia definitiva emitida por la Corte Superior de Justicia, sino muy por el contrario, nos encontraremos frente a un recurso extraordinario cuya admisión y procedencia se determinará en base a la configuración de alguna de las causales de procedencia así descritas en el Art. 429° del nuevo Código Procesal Penal siendo una de ellas, relacionada al deber de la debida motivación.

No nos cabe duda que la vulneración al derecho a la debida motivación como parte de la tutela procesal efectiva, ha venido y será siendo considerada como una causal recurrente por parte de los justiciables que son vencidos en un proceso penal, a efectos de incoar como última oportunidad, un recurso de casación por ante la Corte Suprema a fin de poder conseguir la casatoria de dicha resolución superior.

Es por ello la importancia en comprender exactamente, cuál es el contenido esencial de dicha garantía constitucional de índole procesal, a fin de evitar que su interposición genere de manera innecesaria e impertinente, una nueva revaloración de los hechos plasmados ante la Corte Superior de Justicia, en la emisión de su sentencia definitiva o resolución definitiva.

Desde una perspectiva constitucional, se procederá a analizar y determinar el contenido esencial del derecho a la debida motivación, que configure así una causal válida de admisión y procedencia de un recurso de casación en la sede penal.

II.

EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental de tipo continente o de estructura compleja, el cual se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que los derechos constitucionales de las personas sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un debido proceso o que los mismos se vean afectados por el actuar de un particular o del Estado al hacer uso abusivo de estos.

El Tribunal Constitucional en las sentencias Exp. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados) f.j 37, ha establecido que: *el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona, pueda considerarse como justo*, en tal sentido, el juzgador al momento de resolver un proceso, tiene el deber de observar de manera estricta las garantías formales y materiales, sean de carácter constitucional, legal y/o administrativo, sobre las cuales se emita un pronunciamiento decisorio, por ello es el TC quien reitera en la STC 3075-2006-PA/TC; f.j. 4 que, *debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada) sino también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).*

En ese contexto, es donde nace el marco conceptual de la protección del derecho a la debida motivación de toda resolución sea o no judicial, como pieza integrante de los principios y garantías constitucionales consagradas en el Art. 139° de la Constitución Política del Perú.

III.

EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN COMO PRINCIPIO JURISDICCIONAL

El derecho a la debida motivación constituye no solo un derecho fundamental que pueda ser alegado por el justiciable a efectos de poder recibir del órgano jurisdiccional una respuesta suficiente y objetiva sobre la base de la expedición de una resolución que recoja los alegatos expuestos por las partes procesales y que sobre ello se vierta un razonamiento objetivo, sino también propiamente una obligación del juez, que legitime su función jurisdiccional tal y como lo manifiesta Von Jhering ⁽¹⁾: *l'obbligo del giudice di esporre la motivazione della sentenza rappresenta per il diritto civile una forma incomparabilmente più oportuna per legittimare le loro azioni; infatti essa costringe il giudice a giustificare oggettivamente la propria sentenza, senza per questo costringerlo ad attenersi al contenuto immediato della legge.*

1 (NdR: "La obligación del juez para explicar la motivación de la sentencia representa para el derecho civil una forma incomparablemente más oportuna para legitimar su actuar; de hecho, ésta obliga al juez a justificar objetivamente su propia sentencia, sin que por ello obligarlo a adherirse al contenido inmediato de la ley") En: VON JHERING, Rudolf.- *Lo Scopo nel Diritto*, Einaudi Editore, Torino 1972, p 281.

Efectivamente, el derecho a la debida motivación también implica que funja como un principio de la función jurisdiccional a efectos de poder concretizar otro tipo de derechos fundamentales o principios, llámese por ejemplo, la observancia del principio de imparcialidad, congruencia procesal, valoración probatoria, derecho de defensa, entre otros, hecho el cual configura la doble observancia de la naturaleza jurídica de todo derecho fundamental.

Ahora bien, según lo afirmado por Taruffo ⁽²⁾, antiguamente se desprendía que el tema de la motivación era uno que pasaba primigeniamente por el hecho de valorar una prueba así como realizar un juicio sobre los hechos; sin embargo, y al igual que el destacado profesor, consideramos insubsistente esta postura por cuanto el fenómeno de la motivación es un hecho más complejo que parten propiamente de no solo valorar una prueba sino ver el razonamiento que empleará el magistrado tanto en la observación de los hechos puestos en su despacho en la *litis* de los justiciables, como también el hecho de saber bien qué tipo de derecho aplicar al caso, a fin de poder resolver de una manera justa dicho proceso. Comúnmente se utilizaba al silogismo para poder solucionar los conflictos entre personas, así pues, el juzgador colocaba el supuesto sobre la premisa mayor (que era la ley), la premisa menor era el supuesto narrado de conflicto de intereses y la conclusión no podía ser otra que la decisión final, el cual obviamente es la que mandaba la ley, métodos los que simplemente han sido considerados como insuficientes a efectos de determinar a una resolución como debidamente motivada.

Efectivamente, la puesta en vigencia del derecho a la debida motivación implica no solo que se pueda obtener una respuesta coherente del órgano jurisdiccional, en este caso en la emisión de una resolución judicial que ponga fin al proceso por parte de la Corte Superior de Justicia, sino que a su vez, se pueda concretar otros derechos fundamentales que forman parte de la función jurisdiccional ⁽³⁾ y es que, si una resolución judicial adolece de un debida motivación es claro que la afectación constitucional no solamente quedará en la conculcación de dicho derecho, sino que se irrogará a los demás principios y derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser el derecho a ser juzgado por un magistrado imparcial e independiente, pues en tanto no se obtenga de él una respuesta debidamente motivada como claro manifiesto de la función jurisdiccional, tal y como lo señala De La Monica *ragioni che sostengono la sua convinzione nonostante l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali come l'espressione tipica della funzione del giudicare* ⁽⁴⁾, serán fácilmente cuestionables dichas decisiones, en la medida que no puedan expresarse coherentemente las razones objetivas de su convicción, evidenciándose así *prima facie*, su falta de parcialidad.

Lo descrito en el párrafo anterior evidencia claramente la procedencia de un recurso de casación por infracción normativa constitucional y es que, en la medida que se vulnera al derecho a la debida motivación, tal y como expresamente se encuentra descrita en el Inc. 4 del

2 TARUFFO, Michele.- *La Motivación de la Sentencia Civil*, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Editorial Trota, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Madrid 2011, pp. 9 -12.

3 COLOMER HERNANDEZ, Ignacio.- *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p.140.

4 (Ndr: *Razones que apoyan su creencia, a pesar de la obligación de motivación de las decisiones judiciales, como la expresión típica de la función del juzgar*) En: DE LA MONICA, Giuseppe.- *Contributo allo studio della motivazione*, CEDAM, Papua, 2002. p 7.

Art. 429° del nuevo Código Procesal Penal, es claro que también va a poder ser vulnerado otro tipo de garantías constitucionales, sea de orden material o procesal (derecho de defensa, derecho a probar, juez imparcial, entre otros), que implique que también sea factible la interposición de dicho recurso de casación bajo dichas premisas causales.

IV. EL CONCEPTO DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN

El derecho a la debida motivación implica que toda persona pueda obtener del órgano jurisdiccional una respuesta pensante, coherente, razonable, razonable y objetiva, no se busca por tanto la perfección en la respuesta dada o la infalibilidad de la misma, sino simplemente se busca que la respuesta dada por la administración de justicia sea una respaldada con argumentos suficientemente coherentes (no importando la cantidad de los mismos) que permitan al justiciable la obtención de una respuesta razonada, la cual no necesariamente pueda ser semejante a sus intereses o perspectivas, y es que *el juez debe actuar sin ningún tipo de arbitrariedad basándose únicamente en la dación de un argumento racional* (5).

Así pues, la debida motivación implicará que el magistrado deba “justificar sus decisiones” de manera razonada y coherente a efectos que las mismas no puedan ser tomadas como arbitrarias. Efectivamente, el simple hecho de ostentar el poder resolver un conflicto de intereses no le permite impartir justicia sin que justifique las decisiones que sustenta su fallo, labor la que además de convertirse en una alta responsabilidad del magistrado, se evidencia que la misma deba de ir mejorándose con el transcurso del tiempo, con miras a que siempre la misma pueda ser pasible del control público, tal y como así lo sustenta Arnio *in such a situation the judge has the responsibility of seeing that the expectation of legal certainty is realized or at least sufficiently satisfied* (6).

V. EL DEBER DE LA MOTIVACIÓN Y SUS FUNCIONES

El deber de la motivación no implica realizar una exposición literal de los hechos acontecidos y/o consecuentemente subsumirlos en la norma legal que pueda servir para resolver el caso planteado, sino que será necesario primigeniamente entender los hechos expuestos, hacer un correcto correlato de los mismos, evidenciar una valoración adecuada de ellos -de los medios probatorios- que sustenten las afirmaciones vertidas, así como de la pertinencia y constitucionalidad de la norma invocada para resolver el caso.

Así, el deber de la motivación implicará que el razonamiento deba ser coherente, suficiente y congruente de modo que la respuesta brindada satisfaga no necesariamente a la persona

5 ALEXY, Robert.- *Teoría De la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. p. 44.

6 (NdR: *En tal situación, el juez tiene la responsabilidad de ver que la expectativa de seguridad jurídica se realice o al menos este suficientemente satisfecha*) En: AARNIO, Aulis.- *The Rational as Reasonable, a treatise on legal justification*, Law and Philosophy Library, D. Riedel Publishing Company, Netherlands, 1987, pp. 5-6

que solicita tutela jurisdiccional efectiva, sino a toda la sociedad y es que el juzgador no está absolutamente obligado a darle la razón a un justiciable sobre lo que es materia de *petitum*, pero sí se encuentra forzado a indicarle las razones de su *sin razón* (7).

Es así que el deber de la motivación cumple esa doble función *endoprocesal y extraprocesal* (8), pues además de sustentar el fallo emitido de manera suficiente, congruente, razonada y proporcionada, permite que la sociedad pueda conocer las razones fundadas del magistrado para arribar a la decisión de su fallo, esto es, se constituye en un *parámetro de legitimación interna o jurídica como de la legitimación externa hacia la sociedad, de la función judicial* (9).

En tal sentido, se debe tomar en consideración que la exigencia de la motivación de una resolución judicial implicará que, además que se obtenga una respuesta razonada por parte del órgano jurisdiccional, que se configure el respeto de los demás principios de la función jurisdiccional, principalmente, se legitime el actuar del juzgador y es que sólo en la medida que se pueda obtener una respuesta razonada que dé pie a la configuración de otros principios de la función jurisdiccional, se podrá afirmar que la actuación del juzgador es legítima sobre el cargo, como diría Iacoviello (10) *per la quale la società ha dato il potere di risolvere i conflitti di interesse e ruotare far rispettare la legge e il rispetto dei diritti fondamentali*, esto es, imparta jurisdicción en todo el contexto su acepción, caso contrario y de no obtenerse una respuesta razonada, es clara que la actuación del juzgador no habrá sido emitida en ejercicio legítimo de su función jurisdiccional.

VI.

LA VULNERACIÓN AL DEBER DE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE UN RECURSO DE CASACIÓN

Debemos en principio tomar en consideración que el Inc. 1 del Artículo 429 del nuevo Código Procesal Constitucional dispone como causal para interponer un recurso de casación, “si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errona aplicación de dichas garantías”; aquel supuesto implica que cualquiera de las garantías constitucionales descritas en nuestra suprema ley, ya sea de orden material o procesal, podrán ser alegadas como causal de procedencia de un recurso de casación, cuando las mismas hayan sido inobservadas, desconocidas, mal aplicadas o vulneradas por parte de alguna Sala de la Corte Superior Justicia.

7 ZVALETA RODRIGUEZ, Roger; Manuel LUJAN TUPEZ y José Luis CASTILLO ALVA. - *Razonamiento Judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 337.

8 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. - *Argumentación e interpretación – la motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*, Griljey, Lima 2011, p. 145.

9 FERRAJOLI, Luigi. - *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Segunda Edición, Madrid 1997, p. 623.

10 (“Para los que la sociedad le ha dado el poder para resolver los conflictos de intereses y se convirtiesen a defender a la ley y el respeto de los derechos fundamentales”) En IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo en cazazione*, Giufre, Milán, 1997, p.4.

Lo dispuesto en el párrafo anterior implica que, cualquiera de las garantías constitucionales descritas así en la Carta Magna (que forman parte integrante del derecho continente a un debido proceso) y que puedan ser vulneradas, inobservadas o aplicadas erróneamente, den cabida a la interposición de un recurso de casación, es decir, el legislador deja abierta una gran puerta al justiciable a fin de poder sustentar su recurso de casación no solo sobre las bases de los principios jurisdiccionales descritos en el Art. 139° de la Constitución Política, las cuales son de índole estrictamente procesal, sino también, de todas aquellas garantías “materiales” que también se encuentren en la Constitución o amparadas bajo el principio de la dignidad humana conforme al Art. 3° de la Norma *Normarum*.

Ahora bien, el Inc. 4 del Art. 429° del nuevo Código Procesal Penal señala como causal de procedencia de un recurso de casación “si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor”, lo que implica entender que el legislador ha optado por reforzar la observancia del deber de la debida motivación como causal de procedencia de un recurso de casación.

Si bien, en nuestra consideración *prima facie*, dicha causal de procedencia del recurso de casación en sede penal se encontraría por demás así descrita, en la medida que ya el Inc. 1 del Art. 429° del referido código adjetivo faculta la interposición del recurso de casación en sede penal por infracción a cualquier garantía constitucional, sea de índole procesal o material (como puede ser así considerada en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 3179-2004 AA/TC Caso Apolonia Ccollca); opinamos que su inserción en dicho disposición legal se debe a que el legislador ha querido hacer precisión sobre aquella, evidenciando así la necesidad e importancia sobremanera que, por lo menos, toda resolución judicial aspire a obtener un fallo justo mediante la aplicación de una debida motivación.

En ese sentido y vista la importancia en cuanto a la observancia de dicha garantía constitucional es más que necesario determinar el contenido esencial de dicha garantía constitucional a fin que, cualquier alegato referido a la vulneración al derecho a la debida motivación no implique que la Corte Suprema asuma una sede de instancia y de cabida al reexamen total de lo realizado por la Corte Superior.

VII.

LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LA CASACIÓN PENAL POR VULNERACIÓN A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

La debida motivación conlleva a ser considerado, conforme a lo dispuesto en el Art. 139 Inc. 5 de la Constitución Política del Perú, como aquel principio que debe ser inspirado en todo proceso judicial, de ahí que forme parte necesaria del derecho fundamental a un debido proceso, ergo, de un proceso regular, donde encuentre como mecanismos de protección frente a su posible vulneración no solo al proceso de amparo sino también ahora, al recurso de casación en sede penal.

Sin embargo y como a su par del proceso de amparo, es muy probable que la alegación de una “vulneración al derecho constitucional a la debida motivación” sea considerada como

una causal recurrente y reiterativa por parte de los justiciables que son vencidos en un proceso judicial, a efectos de tratar de conseguir un pronunciamiento favorable o absolutorio ante la Corte Suprema de Justicia de la República, muchas veces valiéndose de una concepción errada y distorsionada del derecho a la debida motivación a efectos que la Corte Suprema pueda amparar sus pretensiones, como en otras tantas solicitando una justa tutela procesal efectiva, en la medida que dicho derecho fundamental ha sido vulnerado por el órgano judicial.

En ese sentido, la necesidad de determinar el contenido esencial a la debida motivación de toda resolución judicial, que configure la causal válida de procedencia de un recurso de casación, de fácil observación por parte del magistrado de la Corte Suprema es necesario para que a su vez se evite que la sede de casación se vuelva una instancia adicional para revisar lo resuelto por la Corte Suprema.

Y es que la casación penal no puede ni debe *controlar* todo lo resuelto por una sentencia definitiva o resolución definitiva de la Corte Superior, debiéndose limitar su actuación a verificar si el magistrado superior ha actuado con un fiel respeto de los derechos fundamentales de las partes judiciales, en especial, si ha existido una debida motivación de dicha resolución judicial.

VIII.

EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

Todo justiciable merece saber las razones por las cuales se ampara o desestima su pretensión planteada, se absuelve o condena a un imputado, aquello es la obligación que finalmente tiene el magistrado de conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 Inc. 5 de la Constitución Política, esto es, el deber de motivar sus resoluciones judiciales, sin embargo, dicho deber no podrá ser considerado como cumplido con la mera emisión del razonamiento que lo llevó a determinar dicha decisión, incluso, la justificación que tenga sobre la base del razonamiento empleado tampoco será suficiente a efectos que pueda ser considerada dicha resolución como una resolución debidamente motivada y es que, para ser considerada como tal se requerirá, además de ello, que dicha argumentación jurídica sea una coherente, racional, razonable, suficiente, congruente, y especializada (dependiendo el caso en concreto) a fin de poder catalogar que la función del juzgador ha sido cumplida conforme al marco constitucional antes descrito.

Y es que el deber de la motivación ha pasado por el simple hecho que en una resolución judicial se evidencie las razones por las cuales se resuelve una determinada *litis*, sino que además, deba evidenciar una correcta argumentación jurídica.

El Tribunal Constitucional del Perú ha sido claro en ello, así pues, desde los casos Valle Molina Exp. 3946-2006 AA/TC y Giuliana Llamuja 728-2008 HC/TC ha establecido y fijado el contenido esencial del derecho a la debida motivación y que si bien, según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional los mismos servirán como sustento de procedencia de una demanda amparo contra una resolución judicial, consideramos también que el mismo contenido esencial sirva de parámetro de observancia por parte del juzgador de la Corte Suprema a fin de poder determinar la admisión y procedencia del recurso de casación en sede penal, cuando

se acredite la vulneración, inobservancia o errónea aplicación de dicha garantía constitucional, tal y como es así descrito en el considerando 7 del Exp. 728-2008 HC/TC:

En ese contexto y tal como se puede desprender, el Tribunal Constitucional del Perú ha dispuesto que son siete (7) las consideraciones sobre las cuales deba estar inmerso el contenido esencial del derecho fundamental protegido, siendo esta la *Inexistencia de motivación o motivación aparente, la Falta de motivación interna del razonamiento, la Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, la motivación insuficiente, la motivación sustancialmente incongruente y las motivaciones cualificadas.*

8.1. El primer supuesto de vulneración a la debida motivación según la STC. 728-2008 HC/TC “a) Inexistencia de motivación o motivación aparente”

El primero de ellos se encuentra referido a la “inexistencia de motivación o motivación aparente”, así, la afectación del derecho a la debida motivación se dará cuando no se exponga razón o justificación alguna del fallo arribado, o que dados estas, igual imposibiliten justificar la decisión tomada por el juzgador, o cuando se pretenda dar formal cumplimiento a dicha obligación constitucional, llámese mediante la cita de copiosa jurisprudencia o de doctrina que pueda o no estar referida al tema, sin proceder al análisis correspondiente de lo argumentado por las partes, es así en dichos supuestos, donde simplemente se determinará que la decisión tomada proviene del criterio subjetivo, arbitrario y sin justificación alguna del juzgador, que implica que el mismo pueda ser considerado solo como aparente.

No obstante a lo señalado, es pertinente afirmar que la causal dada por el Tribunal no evidencia mayores rasgos de identificación de la “inexistencia de motivación o motivación aparente”, esto es, no identifica cuáles serían los indicios que hagan aparente una motivación, no siendo así este *estándar* uno de tipo de más exigente.

8.2. El segundo supuesto de vulneración a la debida motivación según la STC. 728-2008 HC/TC, “b) Falta de motivación interna del razonamiento”

El segundo de los supuestos descritos por el Tribunal Constitucional está referido a la “falta de motivación interna del razonamiento”, aquí el Tribunal Constitucional dispone que dicha causal podrá ser considerada bajo el espectro de una doble dimensión, esto es, cuando exista invalidez de una inferencia a partir de las premisas establecidas por el juzgador o cuando exista incoherencia narrativa, por el primero se puede entender el denominado silogismo jurídico así, si el supuesto determinado por el juzgador engarza de manera perfecta en el supuesto descrito en la normatividad legal, el magistrado se encontrará obligado a resolver conforme las consecuencias jurídicas expuestas en dicha disposición legal, caso contrario, pese a obtenerse los mismos presupuestos dispuesto en la norma y no resuelva conforme a lo dispuesto en ella, quedará evidenciado la invalidez de la inferencia a partir de las premisas obtenidas del caso.

Por otro lado, en cuanto a la incoherencia narrativa, se presentará cuando la narración de las razones y justificación de los hechos expuestos, en comparación con la decisión arribada, evidencien una falta de conexión lógica, esto es, se demuestre un discurso confuso que impida

transmitir de modo coherente las razones por las cuales justifica el fallo obtenido, tal y como es así entendido por Taruffo al señalar que: *un estándar muy importante, se refiere al contenido inclusivo de la motivación, y que tiene que ver con la necesaria presencia tanto de la justificación interna de la decisión como de la justificación externa de la misma. Es sabido, y no es necesario insistir sobre este punto, que la justificación interna de la decisión es aquella que resulta de la conexión (que frecuentemente asume una estructura de subsunción) entre la premisa de derecho y al premisa de hecho, de la cual se desprende lógicamente la decisión final. Esta está justificada si las dos premisas están conectadas entre sí de manera coherente y si su combinación – que tendencialmente tiene una forma deductiva – conduce efectivamente a tal decisión. Ésta en efecto, se configura como una consecuencia racional de la combinación de las premisas y aparece justificada por dicha combinación* ⁽¹¹⁾.

8.3. El tercer supuesto de vulneración a la debida motivación según la STC. 728-2008 HC/TC; “c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas”

El tercer supuesto descrito por el Tribunal Constitucional está relacionado a la “deficiencia de la motivación externa”, la cual implica que las premisas obtenidas por el juzgador no han sido debidamente confrontadas con la realidad, a efectos de poder darle validez jurídica o fáctica para el caso, tal y como es así entendido por Taruffo al señalar que: *es también conocido el hecho de que la justificación externa tiene que ver con las razones por las que la premisa de derecho y la premisa de hecho han sido formuladas de un modo determinado. En otras palabras, se trata, por un lado, de las argumentaciones con base en las cuales el juez justifica la elección de una norma, y de una determinada interpretación de la misma, como regla jurídica de decisión del caso, y por otro lado, de las argumentaciones con base en las que el juez presenta como justificada una determinada reconstrucción de los hechos relevantes de la controversia* ⁽¹²⁾.

En ese sentido, la motivación externa será entendida como la justificación de las premisas así, *prima facie*, podremos señalar que una motivación es suficiente solo si es que cuenta razones que son adicionales a la justificación interna, es decir, deberá de adicionarse una fundamentación adicional de la justificación interna que implica un análisis lógico del razonamiento, por ejemplo, cuando las premisas normativas o fácticas no han sido corroboradas en cuanto a la validez de su determinación, en el caso de una premisa normativa, podría ser el caso que el magistrado disponga la aplicación de una norma que es inconstitucional, o en el caso de una premisa fáctica, cuando el supuesto fáctico descrito sea uno falso de conformidad con lo desarrollado en el proceso.

Consideramos que en la medida que el juzgador invoque o no una norma para resolver el caso planteado se deberá de requerir una justificación externa, esto es, para blindar el razonamiento o fortalecer las premisas lo que supone darle consistencia al razonamiento así, el razonamiento no solo exige ser coherente sino consistente y la consistencia supone justificar las premisas.

11 TARUFFO, Michelle.- *La Motivación de la Sentencia Civil*, Op. Cit. p. 23.

12 Ibidem.

8.4. El cuarto supuesto de vulneración a la debida motivación según la STC. 728-2008 HC/TC; “d) La motivación insuficiente”

En cuanto al cuarto considerando dispuesto por el Tribunal Constitucional sobre, la “motivación insuficiente”, el Supremo Interprete de la Constitución ha señalado que es aquella por la cual el juzgador no ha brindado las razones mínimas que justifiquen la decisión tomada o que habiéndolas dado, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, evidencien la necesidad de haber obtenido un razonamiento más justificativo de la decisión arribada.

8.5. El quinto supuesto de vulneración a la debida motivación según la STC. 728-2008 HC/TC; “e) La motivación sustancialmente incongruente”

La quinta causal descrita por el Tribunal Constitucional se encuentra referida a la “motivación sustancialmente incongruente”; esta “obligación de no hacer” implica que todos los magistrados al momento de resolver un determinado conflicto de intereses o petición de tutela de un determinado derecho, sea o no fundamental, deba ser resuelto conforme a los términos planteados por las partes, dándose así respuesta a las pretensiones formuladas, por ende, impidiéndose así al juzgador resolver el caso planteado sobre la base de premisas que no puedan ser extraídas del caso evidenciado, o que a su vez, no se brinde respuesta alguna a las alegaciones expuestas por las partes, salvo justificación escrita de ella.

8.6. El sexto supuesto de vulneración a la debida motivación según la STC. 728-2008 HC/TC; “f) Motivaciones cualificadas”

Por último, el Tribunal Constitucional establece la sexta causal de afectación a la debida motivación denominándola “motivación cualificada” la cual identifica el deber especial de los juzgadores de establecer mayor celo en la argumentación jurídica que se brinde a las partes cuando se tenga conocimiento, o sea previsible que la misión de la resolución limite un derecho fundamental de alguna de las partes, evidenciándose así la aplicación de la ponderación o del principio de proporcionalidad. Así, la configuración de cualquiera de las causales antes señaladas implicará, a criterio del Tribunal Constitucional, la afectación del derecho a la debida motivación.

IX

EL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTÁNDAR DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN SEGÚN EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL CASO LLAMOJA

Conforme al desarrollo jurisprudencial antes señalado se tiene que la motivación, según el criterio del Tribunal Constitucional, implicó en principio explicar “el inter mental” del juzgador y explicar así cómo se arribó a la decisión tomada, luego se evidenció que el deber de la motivación implicaba justiciar lo razonado, esto es, racionalizar el razonamiento de la mejor manera (justificar al razonamiento expuesto), para finalmente crear un “estándar” de entendimiento del derecho a la debida motivación, esto es, formalizar el razonamiento del juzgador.

Así pues, el Tribunal Constitucional trata de brindar un tipo de “estándar” en el entendimiento de la afectación del derecho a la debida motivación, tal y como fue brindado en la STC 01211-2006 AA/TC fundamento 24, al establecer un “estándar” de cómo identificar a una resolución como posible vulneradora del principio de igualdad ⁽¹³⁾, esto es, saber bajo qué criterios existe un caso de discriminación al momento de la expedición de una resolución sea o no judicial,

Ahora bien, sobre la base de lo expuesto, es pertinente preguntarse si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, efectivamente, ha podido brindar un tipo de “estándar” ideal que permita, tanto para el justiciable como para el operador de justicia, identificar fácilmente la afectación del derecho a la debida motivación, o si por el contrario, solo ha brindado causales de afectación del citado derecho fundamental.

Un “estándar”, en principio, no es una regla, por tanto la misma no puede ser dictada con incólume precisión, sino por el contrario, estandarizar algo implicará reglamentarlo y brindar así una suerte de reglas de juego que el juzgador deba de seguir al momento de emitir un fallo jurisdiccional, con ello no se debe entender que se atente o que se deje sin efecto la discrecionalidad jurisdiccional del juzgador de administrar justicia en nombre de la nación, sino de establecer cánones a seguir para evitar así la vulneración de este derecho fundamental que origina innumerables cantidad de casaciones, incluso de “habeas corpus” sobre la afectación a la debida motivación.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional no podría enunciar jamás que la motivación consiste específicamente en enunciar seis o más supuesto o causales de afectación, no obstante, sí podría establecer un tipo de estándar a seguir para no conllevar a su conculcación o identificar su vulneración, tanto para su propia observancia, como para el resto de los órganos jurisdiccionales, tal y como lo fue emitido al momento del desarrollo del principio de proporcionalidad.

El Caso Llamuja pretende convertirse en “estándar” de observancia desde el 2008, sin embargo a nuestro criterio, luego de más de 6 años de su puesta en vigencia, no se ha convertido en un buen “estándar” en la medida que si bien se identifican la afectación del derecho fundamental a la debida motivación, no se establece la manera cómo el justiciable pueda exigir por parte de la autoridad jurisdiccional una debida motivación y en qué casos si esta no se cumpla, se pueda recurrir por ante el órgano jurisdiccional constitucional a efectos de evidenciar “fácilmente”, ante aquel, la vulneración a dicho derecho quien pueda, a su vez, observar su manifiesta vulneración.

Efectivamente, un buen estándar implica que, por lo menos, los destinatarios de aquel puedan seguirlo con cierta regularidad, tal y como fue así dado con la aplicación del principio de igualdad y de proporcionalidad.

13 El Tribunal Constitucional ha determinado los presupuestos básicos que determinan cuando una resolución judicial puede ser vulneradora del principio de igualdad así, partiendo de un *tertium comparatione* valido entre la resolución que se cuestiona y la resolución con la que se contrasta, se pueda demostrar que existe un tratamiento diferenciado, determinándose así los siguientes supuestos: “a) *identidad del órgano judicial que resolvió el caso*; b) *que el órgano judicial tenga una composición semejante*; c) *que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales* d) *se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional*; y, e) *no exista una motivación del cambio de criterio*”.

Como se puede observar del desarrollo jurisprudencial del derecho a la debida motivación, analizado así por el Tribunal Constitucional, se evidencia un estudio paulatino del mismo, no solo en el ámbito judicial, sino también en el ámbito administrativo y penal, diferenciándolo así del simple silogismo para luego dotarle de contenido al punto de establecer un tipo de “estándar del contenido constitucionalmente protegido de la debida motivación” expedido en la sentencia Llamoja, para luego ir resolviendo los diversos tipos de petición de tutela procesal efectiva, en base a lo descritos en su propia jurisprudencia constitucional, no habiéndose generado un mayor estudio jurisprudencial (o significativo) de dicho derecho fundamental posterior a la expedición del caso Llamoja.

Así pues, la propuesta que en líneas siguientes será desarrollada, obedece a la necesidad de cambiar la concepción del derecho a la debida motivación para así concebirlo no solo en la teoría como un “deber ser”, sino también ejemplificar aquello en la práctica, para concebirlo como un criterio más fácil de manejar, identificar y exigir al juzgador de realizar y es que no se puede llegar a una recta administración de justicia, que dé pie a la emisión de resoluciones razonables, sino se establece un canon o criterios identificatorios de la emisión de una resolución judicial, con mayor relevancia en la emisión de una sentencia, para así poder dar por cumplido el deber de la debida motivación.

9.1 Motivación carente de coherencia lingüística

El desarrollo de la argumentación jurídica, vertida por el juzgador, debe poder ser cabalmente comprendida por las partes procesales. Así, en caso de confusión o de difícil entendimiento de la resolución judicial, se podrá afirmar la existencia de una falta de coherencia lingüística.

9.2 Deficiencia en la motivación lógica

No debe de existir contradicción entre los hechos probados, así como en el razonamiento expuesto en la *ratio decidendi* y lo resuelto finalmente por el juzgador.

9.3 Motivación con infracción normativa

Será aquella cuando a) el juzgador utiliza antinomias normativas para el desarrollo del caso; b) utiliza una determinada normativa legal, infra legal o constitucional sin justificar razonadamente los motivos de su inclusión; c) se emplee argumentación normativa contradictoria para resolver el caso planteado, o que en todo caso, la proposición establecida sea enmarcada dentro de una base normativa la cual genere evidente contradicción o simplemente no se ajuste a lo descrito normativamente.

9.4 Motivación inexistente

Será aquella por el cual el juzgador no brinde ningún tipo de razonamiento que justificativo la decisión tomada.

9.5 Motivación por remisión indebida

Es constitucionalmente aceptable que un juzgador pueda resolver una determinada pretensión sobre la base de lo anteriormente resuelto. Efectivamente, la motivación por remisión será aquella por el cual el juzgador justifique la decisión arriba en base a decisiones anteriores emitidas por el propio juzgador, siempre y cuando, las mismas provengan de una doctrina jurisprudencial, un precedente vinculante o una sentencia internacional vinculante, la cual deba ser razonadamente explicada en la sentencia del porqué la inclusión de aquella como modelo justificativo de la decisión tomada.

9.6 Motivación defectuosa

Será aquella por el cual, a pesar de haberse brindado las razones justificadas del fallo arribado, dichas razones sean incoherentes o irracionales, que puedan escapar a toda lógica razonable y que en todo caso, las razones brindadas sean contradictorias al sistema de fuentes de derecho, esto es, contrarias a la doctrina jurisprudencial, precedentes vinculantes o sentencias internacionales vinculantes para el Estado Peruano (o incluso inobservadas), salvo que en la propia resolución judicial las mismas, sean citadas y justificados razonadamente los motivos de su apartamiento e inobservancia.

9.7 Motivación inaceptable

Será aquella que, pese a cumplir con evidenciar de manera razonada las justificaciones brindadas para el fallo arribado, ya sea aplicándose de manera adecuada la normatividad del caso, evaluándose y valorándose los hechos y medios probatorios descritos por las partes y siendo incluso la *ratio legis* congruente con un sistema de fuentes de derecho, el fallo arribado es contrario a los valores que se encuentren enmarcados en una sociedad y que además puedan estar consagrados en la Constitución Política como derechos fundamentales o principios, entiéndase por tanto una motivación acorde con el principio de razonabilidad que pueda finalmente ser aceptable por toda la sociedad.

Una motivación inaceptable debe ser entendida cuando, a pesar que una resolución judicial se encuentre “suficientemente justificada”, donde se acredite además que su “*ratio decidendi*” es conforme al sistema de fuentes de derecho, única y exclusivamente el *decisum* del fallo lo hace inconstitucional, por consiguiente, inaceptable desde el punto de vista de una debida motivación.

9.8 Motivación incongruente

Será aquella por la cual el juzgador a) resuelve el tema peticionado, no tomando en consideración ningún tipo de razón o argumento presentado por las partes procesales; b) se deje desatendida o no se llegue a justificar las razones del rechazo de la argumentación de cargo o de descargo esbozada por las partes procesales; c) que el contenido del *decisum* se encuentre relacionada, de manera directa con lo peticionado por el demandante, no pudiéndose disponer un fallo *infra* o *extra petita*, salvo en los casos de procesos de jurisdiccional de la libertad que,

en atención a la doble naturaleza de los derechos fundamentales, el juzgador ordene una mejor protección idónea de su fas objetiva.

Un ejemplo de una motivación incongruente, sería cuando el magistrado proceda a resolver una causa judicial, inobservando los argumentos expuestos por las partes procesales, para así finalmente resolver la causa judicial únicamente conforme a su criterio jurisdiccional y es que, si bien es cierto que el magistrado pueda resolver la causa judicial conforme a su mejor entendimiento y conocimiento del caso, aplicando el derecho que corresponda, lo cierto es que dicho acto no puede ser realizado sin la observancia absoluta de ningún considerando o razón expuesta como alegato de defensa por parte de los justiciables.

9.9 Motivación insuficiente

Será aquella por la que el juzgador a) no brinde las razones mínimas necesarias (coherentes y racionales) que justifiquen el fallo arribado; b) si la decisión a emitirse pueda restringir un derecho fundamental no se realice, previamente, el estudio y análisis del principio de proporcionalidad.

Tal y como ha sido afirmado en párrafos anteriores, el contenido esencial del derecho la debida motivación no implica, *per se*, una determinada extensión de las razones justificativas del fallo y es que, así la resolución judicial conste de un solo considerando, en la medida que aquél pueda dar respuesta suficiente, entiéndase completa, racional, razonable y coherente, sobre los argumentos vertidos por las partes procesales podremos afirmar que aquella resolución es una, debidamente motivada, *contrariu sensu*, en caso ello no ocurra, dicha resolución deberá ser considerada como una insuficientemente motivada, por estar inconclusa en cuanto a las razones básicas brindadas para resolver el caso.

9.10 Falta de motivación interna

Será aquella por el cual el juzgador no proceda a realizar una correcta configuración del silogismo normativo no disponiendo las consecuencias que aquél imponga. La falta de motivación interna se dará cuando el magistrado de la causa haya identificado la base normativa para resolver el caso, pero al momento de realizar el silogismo jurídico, lo haga de manera incorrecta, por consiguiente, determinado así un resultado inválido.

9.11 Motivación probatoria deficiente

Una motivación probatoria deficiente será aquella por la cual el juzgador no dispuso justificar las razones coherentes y racionales de la admisión, rechazo, práctica o no valoración de un determinado medio probatorio, sin embargo, será necesario demostrar que la falta de motivación, en cuanto a un medio probatorio, haya causado indefensión en sentido real y efectivo al recurrente, y en todo caso, la prueba sea trascendental o decisiva para la resolución del caso.

Toda presentación de demanda, contestación de demanda, reconvencción o cualquier otro recurso que tienda a exponer los alegatos de defensa de la pretensión del recurrente, y que además

contengan medios probatorios destinados a corroborar dichos alegatos de defensa, deberán de tener siempre por parte del juzgador un pronunciamiento ya sea, en principio, disponiendo su admisión o rechazo, su práctica y su valoración probatoria escrita, en caso ello no ocurra de manera racional, razonada y coherente, se podrá afirmar que la resolución judicial emanada de ella será una con motivación probatoria deficiente.

No obstante a lo señalado en el párrafo anterior, además de encontrarse la obligación del magistrado en identificar el medio probatorio expuesto como respaldo del alegato de defensa expuesto, para poder determinar a una sentencia de instancia, o catalogar a una determinada resolución judicial con motivación probatoria deficiente, deberán de configurarse dos presupuestos previos. El primero de ellos será que el recurrente haya dejado constancia de la vulneración al derecho a la libertad probatoria y que el magistrado no haya sido renuente en el acto de su vulneración y el segundo presupuesto a cumplirse, será que la no justificación razonada, racional y coherente de la exclusión de un medio probatorio, ya sea en su admisión, práctica o valoración, sea trascendental para la solución de la causa, por cuanto, en el supuesto que ella hubiese sido, actuada, practicada o valorada, el sentido judicial del fallo habría sido uno completamente diferente.

9.12 Deficiente motivación externa

Es aquella por la cual la validez, tanto de las premisas brindadas por las partes procesales, como de los medios probatorios que sustentan dichas afirmaciones, no fueron contrastadas con la realidad fáctica y jurídica del ordenamiento de derecho.

El derecho a la debida motivación no debe centrarse únicamente en qué tan racional, coherente, congruente o razonable puedan ser los argumentos justificativos que tenga el magistrado para así poder sustentar el *decisum* de su resolución, y es que el hecho de la debida motivación debe partir, no solo de la identificación de las premisas o alegatos de defensa expuestos por las partes procesales, para así poder realizar una correcta subsunción normativa y brindar una correcta solución al caso planteado, esto es, conforme a derecho, sino que y antes de ello, el magistrado debe de acreditar y comprobar que las premisas brindadas por las partes procesales deban ser válidas –verdaderas–, así pues, en caso ello no ocurra, no obstante a que una resolución judicial pueda esbozar una correcta motivación interna, que finalmente brinde una consecuencia jurídica válida, aquella será considerada como una resolución con falta de motivación externa, por cuanto las premisas utilizadas para poder resolver son invalidas, esto es, no acorde con la realidad fáctica o jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

9.13 Motivación aparente

Será aquella por la cual el magistrado, al momento de justificar las razones por las que ha llegado al *decisum* de la resolución, vierta todo aquel tipo de considerandos o “razones” que nada o poco tengan que ver con la solución del asunto materia de *litis*, o donde simplemente, se evidencie que el magistrado ha tratado de dar un cumplimiento “formalista” de la justificación del fallo, o simplemente transcriba los argumentos vertidos por alguna de las partes sin su respectivo análisis o estudio.

Un ejemplo claro de este tipo de motivaciones, será cuando nos encontremos ante una resolución judicial en la que se cumpla de manera formal con realizar un resumen de los principales actuados del expediente judicial y donde se proceda además a citar copiosa jurisprudencia, ya sea de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, que tenga poca o ninguna relevancia a efectos de dar por cumplido el acto de la debida motivación, o en todo caso de tener relevancia alguna, la misma “sustituya” el razonamiento que deba haber vertido el magistrado para sustentar su fallo, debiendo entenderse que la jurisprudencia constitucional o de otra especializada, no puede por ningún motivo sustituir el razonamiento del magistrado, sino más bien, complementarlo o corroborarlo.

X

JUSTIFICACIÓN DE LA DACIÓN DE CRITERIOS PROCEDENCIA DE UN RECURSO CASACIÓN PENAL POR VULNERACIÓN A LA DEBIDA MOTIVACIÓN

Incoar el mecanismo procesal de la casación penal, implica permitir a la Corte Suprema de Justicia de la República revisar aquellas situaciones en las que un ciudadano considere (para el presente trabajo) que se ha vulnerado su derecho fundamental a la debida motivación de una resolución judicial (sentencia definitiva o resolución definitiva) emitida por la Corte Superior de Justicia, sin embargo, dicho ejercicio o potestad no puede ser ejercida de manera irresponsable o temeraria, o peor aún, pueda ser amparada o rechazada con manifiesto desconocimiento al contenido esencial de dicha garantía constitucional fundamental, por ello la necesidad improrrogable vía precedente vinculante de su regulación a efectos de establecer un estándar debido de protección y seguimiento tanto para los justiciables como para el órgano jurisdiccional, a efectos de amparar debidamente dicho derecho fundamental o proceder a su debido rechazo.

No obstante a ello, se debe tomar en consideración que incluso de establecerse un contenido esencial del derecho fundamental a la debida motivación no implica que dicha tarea se dé ya por concluida, sino por el contrario, debe ser comprendida como en permanente evolución en pro de la mayor protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y es que ello, claro está, encuentra sustento directo en la aplicación e interpretación de los principio *pro homine*, *pro libertatis* y *pro actione* ⁽¹⁴⁾.

Es por tanto, a criterio nuestro, que en la medida que exista, incluso, un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República que delimite el contenido esencial derecho fundamental (cual es improrrogablemente necesario de establecer por cuanto no existe un debido “estándar” a seguir), aquello no implica que el mismo, no pueda ser inobservado “sólo y únicamente” a efectos de brindar una mayor protección constitucional, en la medida que se fundamente las razones de su apartamiento y que con ello, se logre generar una mayor protección “efectiva” del derecho fundamental, alegado de vulneración

14 DE VERGOTTINI, Giuseppe.- *Derecho Constitucional Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Segretariato Europeo Per Le Pubblicazioni Scientifiche, México, 2004 p. 151.

o amenaza, ello claro está, por implicancia en la observancia del principio de progresividad en la protección de los derechos fundamentales ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.

XI. CONCLUSIONES

Consideramos un gran avance el hecho que el nuevo Código Procesal Constitucional haya insertado como recurso extraordinario la casación en sede penal, a fin que la Corte Suprema de Justicia de la República sea quien pueda emitir pronunciamiento final sobre un determinado proceso penal terminado con sentencia definitiva o resolución definitiva por parte de la Corte Superior.

Es sumamente meritorio que las causales expuestas en el Art. 429° del nuevo Código Procesal Penal no solamente se circunscriban la procedencia del referido recurso extraordinario a las causales de error *in procedendo* o error *in iudicando* como antiguamente lo disponía el Código Procesal Civil, o ahora también, bajo la disposición de la aplicación objetiva del derecho, sino que amplía el espectro de protección de los derechos del justiciable a la observancia de las garantías constitucionales de un debido proceso, sea de índole procesal o de índole material, haciendo especial énfasis a la protección de la debida motivación.

Si bien la protección del derecho a la debida motivación esta descrita como una causal de procedencia expresa del recurso extraordinario de casación, a fin de no permitir una interposición masiva de recursos de casación por vulneración al derecho a la debida motivación es pertinente que primero se llegue a comprender cabalmente no solo que se entienda por dicho derecho fundamental, sino básicamente por conceptualizar su contenido esencial como garantía constitucional de índole procesal que es.

El presente trabajo brinda el estudio y análisis del contenido esencial de dicho derecho fundamental a fin que pueda ser tomado en cuenta por parte del operador de justicia (Magistrado de la Corte Suprema) a fin que se determine objetivamente cuándo sería pertinente admitir a trámite un recurso de casación por vulneración al derecho a la debida motivación, no solamente llegándose a observar las consideraciones descritas en la Sentencia Valle Molina o Giuliana Llamoja sino también las demás consideraciones que son sustentadas en base a la doctrina comparada descritas así en el presente trabajo de investigación.

15 Al respecto cabe citar lo señalado por Mohamed Bedjanui quien afirma que “*el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales*”, BEDJANUI, Mohamed.- *Por una carta mundial de trabajo humano y de la justicia social*, BIT, 75° Aniv., Ginebra, 1994, p.28 en *La Renovación del Nuevo Derecho*, Revista Derecho y Sociedad N° 30, Año XIX, Lima 2008, pag.63.

16 Sobre aquel extremo consideramos apropiado mencionar la aplicación factible del principio de expansibilidad de los derechos humanos, en virtud del cual “*los derechos humanos van sugiriendo y aumentando su radio de acción*”, ESCOBAR FORNOS, Ivan.- “**Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional**”. En FERRER MAC – GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA (Coordinadores), *Estudios en Homenaje a Hector Fix Zamudio, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, México D.F: Tomo I, UNAM, Instituto De Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. 433.

EL ESTADO, LAS FUERZAS ARMADAS Y EL EJÉRCITO PERUANO EN LA DEFENSA Y LA SEGURIDAD NACIONAL

“LINEAMIENTOS DE LA INTERACCIÓN DEL ESTADO, LAS FF.AA. Y EL EJÉRCITO”

Por: *André Javier Fournier Romero**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. CONTENIDO O DESARROLLO III. CONCLUSIONES IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

Todo inicio requiere la definición de términos para ubicar la realidad del lenguaje en conceptos comunes, por lo que, a continuación, se presentan los conceptos que, a mi criterio, son los esenciales para el estudio de la defensa y la seguridad nacional. Asimismo, quisiera señalar que estos son los términos básicos que pueden ubicar a cualquiera en la mecánica propia del Estado-Nación y sus relaciones con los individuos.

En este apartado se presentan algunas definiciones de lo que podemos comprender por: Estado, Política y Poder, fenómenos representativos de todo proceso político, así como la terminología necesaria en materia de seguridad nacional, las cuales son esenciales para el desarrollo de esta investigación.

El Estado comprende al ente político constituido en un territorio definido, a través del proceso histórico de un pueblo que crea nexos económicos, lingüísticos y culturales

* Abogado, asesor y consultor legal. Reg. CAL. N° 67556. Consultor, Analista de Libros Jurídicos. Corrector de textos, concordancias, jurisprudencias. Curso Taller de Inglés Técnico para Docentes Investigadores. Diplomado Especializado en Litigación y Simulación de Audiencias Orales en el Nuevo Modelo Procesal Penal y Laboral. Diplomado de Especialización en Derecho Procesal Civil. Especialista.

uniformes, bajo un ordenamiento jurídico soberano. De lo anterior, deducimos que el Estado es la agrupación política por excelencia, la mayor obra cultural del ser humano que le permite vivir en sociedad.

El Estado consiste en una forma especial de organización emanada del poder político, cualidad identificada por Max Weber, quien señaló que “el Estado, al igual que toda entidad política, es un enlace de dominio de individuos sobre individuos, sostenido mediante la legítima violencia”, situación que nos permite afirmar, que el Estado es una perfección alcanzada por el hombre para organizarse en una asociación necesaria que brinde, ante todo, seguridad y bienestar, por lo que, no se puede vivir fuera de éste, mientras que si es posible abstenerse de otras asociaciones.

El Estado es, en esencia, una realidad política, es decir, un hecho social de naturaleza política, el cual se integra con una sociedad humana, establecida en el territorio que les pertenece, además de estar regida y estructurada por un orden jurídico creado, aplicado y sancionado por un poder soberano, con objeto de obtener el bien público de toda la comunidad.

II. CONTENIDO O DESARROLLO

I. Marco teórico del Estado

1.1 Origen del “Estado”

El inicio ineludiblemente es la “persona humana”, con representación ante la ley; en otras palabras un sujeto de *deberes y derechos*, (definición jurídica de la persona), que elige, decide y actúa sobre su propia vida. El ejercicio de su razón, libertad y sociabilidad, construye su ámbito espiritual y va a los valores que prefiere. Toma sus decisiones y es el responsable de su existencia ética.

El hombre, durante su existencia, va a la consecución de determinados fines¹:

- La conservación y generación de la vida.
- El perfeccionamiento físico, espiritual e intelectual.
- La participación en el bien común y la afirmación del sentido de seguridad.

La sociedad es el medio a través del cual el hombre consigue los fines citados, normalmente la vida del hombre se desarrolla en sociedad, el proceso de la vida en sociedad consiste en una multitud de interacciones de los seres humanos, actuando en forma individual o colectiva. Es Nicolás Maquiavelo, que, en el capítulo I de su obra “El Príncipe”, utiliza el término Estado por

1 **García Toma, Víctor.** “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. Segunda Edición. Palestra Editores S.A.C. Lima. Perú. 2008. Pág. 25.

primera vez en una acepción próxima a la concepción que del mismo tenemos, relacionándola con el máximo poder existente: **la soberanía**². Desde el siglo XVIII, **el concepto Estado** nos resulta válido para referirnos a una comunidad social y política organizada, que habita permanentemente un territorio determinado que le corresponde y está sujeta a un poder que crea, define y aplica un conjunto de normas que estructura la sociedad estatal para obtener el bien común de sus integrantes³.

1.2 Naturaleza del Estado

El Estado no lo advertimos en forma corpórea sino a través de sus manifestaciones, o sea a través de la legislación (derecho), de la administración pública, de la fuerza armada y de los símbolos patrios. De ahí que su naturaleza aparezca incomprensible. Y es que el Estado es un concepto, ante todo. Su realidad se concreta en la sociedad. El concepto de sociedad es más extenso que el de Estado; el primero representa el género y el segundo una especie, es solo un aspecto de lo social, el aspecto político-jurídico. Simplificando, diremos que el Estado es “sociedad más poder”, por lo que, es válido decir, “la sociedad políticamente organizada”. Asimismo, “El Estado es la forma más elevada de organización social”. **Respondiendo a la pregunta ¿cuál es la naturaleza o esencia del Estado**. Diríamos que la naturaleza de su realidad es la de un ser de relación, o sea “un tejido de comportamientos”, de la estructura social-histórica, que se basa en las personas que lo componen; **en conclusión, el Estado es el ser de derecho en que se resume abstractamente una colectividad**.

El Estado es una abstracción, que permite consolidar el cuerpo político de forma independiente y fuera de la sociedad, que en síntesis referencia a un método, unificando los elementos del Estado (Pueblo, Territorio y Poder).

1.3 Definición del Concepto de Estado.

Para comprender la actualidad del Concepto de Estado **debemos definir el concepto de Nación**: “Es la sociedad humana asentada sobre un territorio, ligada por una convivencia histórica que se traduce en la voluntad de continuar viviendo en comunidad, proyectándose al futuro, preservando los valores alcanzados y manteniendo sus intereses y aspiraciones comunes”. El Estado didácticamente, puede ser definido como la “colectividad humana, que, sobre un territorio determinado, obedece a una autoridad independiente, encargada de realizar el bien común”. Antes diría que: “El Estado es Sociedad más Poder”.⁴

El CAEN,⁵ considera que, el Estado: “Es la nación organizada jurídica y políticamente bajo una autoridad (gobierno), que tiene la finalidad de lograr el bien común”

2 Nicolás de Maquiavelo (1469-1527). “El Príncipe”. Florencia, Italia. 1513. 1ª Publicación: 1532. Pág.12. Tomado de: Borea Odría, Alberto. “Los Elementos del Estado Moderno”. Editora e Impresiones Hochman S.A. Lima, Perú. Pág. 67.

3 Ver: Rousseau, Jean Jacques en “El Contrato Social” (1762) y a Montesquieu; Voltaire; Diderot, Denis; D’Alembert; Rrousseau, Jean Jacques; Buffon, y otros en: “La Enciclopedia Ilustrada”. París, Francia (1751-1755).

4 Ferrero Rebagliati, Raúl. “Ciencia Política”, Ediciones: Librería Studium. Lima, Perú. 1975. Págs. 19, 53 y 55.

5 CAEN (Centro de Altos Estudios Nacionales); “Planteamientos Metodológicos”. Tomo I. Lima, Perú. 1983.

Referencia Constitucional Peruana de la Carta Magna de 1993: Artículo 45°

*“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición”.*⁶

1.4 Elementos del Estado

Territorio o superficie terrestre

Es el espacio donde se ejerce poder y autoridad. Este espacio se encuentra delimitado por las fronteras que separan la zona de jurisdicción entre estados soberanos, por lo que delimita espacialmente la independencia de éstos frente a otros Estados. George Jellinek dice que: *La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado significa el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, que es el Poder Político.*⁷ La inalienabilidad es como refiere José Pareja Paz Soldán⁸: *El territorio no solo pertenece a las actuales generaciones (...) las que son meras usufructuarias. La propiedad corresponde a la nación integralmente considerada; es decir, a las generaciones (.....) es un depósito sagrado que se transmite de generación en generación.* La inviolabilidad es la condición de aquello sujeto a la soberanía exclusiva de un Estado, debiendo los Estados extranjeros abstenerse de promover en esa área cualquier acción de similar naturaleza, como señala Víctor García Toma⁹. El territorio es el espacio sobre el cual un Estado ejerce su autoridad comprende el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo y el mar territorial.

Fronteras

- Al N con Ecuador (1,529 Km²) y Colombia (1,506 Km²).
- Al E con Brasil (2,822 Km²).
- Al SE con Bolivia (1,047 Km²).
- Al S con Chile (169 Km²) Límite austral¹⁰ en 20° 11´ 57” S. y 73° 43´ 50” O.

6 **Concordancias.- Dec. Leg. N° 1094. Código Militar Penal Militar Policial. Título I. Delitos Contra La Defensa Nacional.** Cap. I Traición a la patria. Art. 58.- Traición a la patria. Art. 59.- Traición a la patria en tiempo de paz. **Cap. II. Delitos contra la seguridad interna.** Art. 60.- Rebelión militar policial. Art. 61.- Exención y atenuación de pena. Art. 62.- Sedición. Art. 63.- Motín. Art. 64.- Negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín Art. 65.- Colaboración con organización ilegal. Art. 66.- Falsa alarma. Art. 67.- Derrotismo. Art. 68.- Conspiración del personal militar policial. Art. 69.- Disposiciones comunes sobre agravantes inherentes a los militares y policías. **Cap. III. Violación de información relativa a la defensa nacional, orden interno y seguridad ciudadana.** Art. 70.- Infidencia. Art. 71.- Posesión no autorizada de información. Art. 72.- Infidencia culposa. **Cap. IV. Ultraje a los símbolos nacionales militares o policiales.** Art. 73.- Ultraje a los símbolos nacionales, militares o policiales. Art. 74.- Ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

7 **Jellinek, George,** “Teoría General del Estado”. Edit. Albatros. Buenos Aires, Argentina. 1954. Tomado de: **García Toma, Víctor.** “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”, Palestra Edit. Lima, Perú. 2008. Pág. 121.

8 **Pareja Paz Soldán, José.** “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979», Justo Valenzuela, Ediciones. Lima, Perú. 1981. Tomado de: **García Toma, Víctor.** Op. Cit. Pág. 123.

9 **García Toma, Víctor.** Op. Cit. Pág. 123.

10 Territorio del mar peruano con 66,458.6 Km² adjudicado al Perú respecto a Chile, por el Fallo de la Corte Internacional de la Haya (2013), siguiendo la línea equidistante desde el Punto Concordia, 18° 21´ 08” Sur y 70° 22´ 39” Oeste.

Espacio

- Espacio Continental; Área Terrestre : 1' 285,215.60 kms.²
- Espacio Marítimo; Mar de Grau:200 millas de dominio marítimo, desde el litoral
- Espacio Aéreo.
- Presencia en la Antártida: Instalación de la Base Científica Machu Picchu, en la Isla Rey Jorge.

Referencia Constitucional Peruana de 1993: Artículo 54°

El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

Pueblo

Como pueblo entendemos a la sociedad. “Es el elemento humano del Estado, que es constituido por el conjunto de personas, unidas por un vínculo jurídico-político, que está sustentado en la vigencia de valores comunes, históricamente compartidos, que se llama Nacionalidad”. Es el conjunto de personas que habitan el territorio del Estado y que aceptan su autoridad. Los pobladores nacionales, así como los extranjeros nacionalizados, constituyen el Pueblo de un Estado. Al respecto, la actual Constitución, en su Art. 52°, establece: *Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior que hayan nacido de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.*

Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

El pueblo es el elemento más importante del Estado, porque de éste emana el poder, constituye el ámbito social de la aplicación de ese poder, es la razón de la validez del ordenamiento jurídico y es el destinatario del bien común. Los pueblos tienen derecho a la libre determinación, pueden en ejercicio de su albedrío o libertad, determinar su condición política y promover su desarrollo. El 24 de octubre de 1970 la ONU (Organización de las Naciones Unidas) aprobó la “Declaración de los Principios del Derecho Internacional referente a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Pueblos”. En concordancia con los Derechos Humanos y la Paz Mundial.

Poder Político - Gobierno

El poder es entendido como capacidad o autoridad ante las personas en sociedad, con una subordinación de orden jerárquico de competencias o cooperación reglamentada.

El gobierno es la forma como se organiza jurídicamente el Estado para ordenar, mandar y ejecutar procurando el bienestar de la población, se ejerce a través de los Poderes del Estado y las autoridades libremente elegidas. Existe pues una delegación de facultades de la población hacia los que van a gobernar, la organización jurídica es el conjunto de leyes que organizan la vida de la colectividad, desde la Constitución o Ley fundamental hasta las leyes o reglamentos de menor jerarquía.

Soberanía

Es la capacidad de ejercer poder dentro de un determinado territorio, sin aceptar subordinación a otros. **Jean Bodin** ¹¹ dice que es la **calidad suprema del poder estatal**; hace que el Estado sea aquella organización que dispone de un poder propio, supremo, irresistible que se impone en sus decisiones sin depender de ningún otro.

1.5 Fines del Estado

La importancia vital que los fines del Estado representan para la existencia, permanencia y desenvolvimiento del mismo, ha llevado a postular que los fines son la razón de ser del Estado.

“El Estado consiste en una forma especial de organización emanada del poder político”

El Fin Supremo del Estado es el Bien Común.

La expresión “bien común” contiene un concepto de gran amplitud y generalidad, en cierto modo abstracto y con un cariz de relatividad, puesto que es susceptible de adaptarse a los cambios históricos y a las realidades prevaecientes en un Estado. Existe concordancia con lo estipulado en

el Artículo 1º de la Constitución Política (1993) que dice: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Podemos considerar dentro del “bien común” a dos fines que lo componen que se denominan: **“fines esenciales”: el bienestar general y la seguridad integral.**

El **“Bienestar General”** se define como: la “Situación en la que, las necesidades espirituales y materiales de la persona humana se satisfacen en forma adecuada y oportuna en un ambiente de seguridad y tranquilidad”.

La **“Seguridad Integral”** es la situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad territorial y de su patrimonio, la paz social, la seguridad ciudadana, su independencia y soberanía, entendidas estas como la facultad de actuar con plena autonomía y libre de toda subordinación en el campo interno y externo.

11 **Bodin, Jean.** “Los seis libros de la República” (1576). Francia. Tomado de: Weber, Max. Economía y Sociedad. Ed. F.C.E., México, 1964. Tomo I, Pág. 45.

El Desarrollo Nacional y la Defensa Nacional son los instrumentos para alcanzar los fines esenciales del Estado.

“**La Defensa Nacional**” comprende el conjunto de medidas previsiones y acciones que el Estado genera, adopta y ejecuta en forma integral y permanente, se desarrolla en los ámbitos externo e interno. Toda persona natural y jurídica está obligada a participar en la Defensa Nacional.¹²

Referencia Constitucional Peruana: Artículo 163°

“El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”

1.6 **Deberes del Estado**

La Constitución Política del Perú¹³, en su Artículo 44°, expresa que:

“Son deberes primordiales del Estado:

Defender la soberanía nacional;

Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos;

Proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y

Promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.”

1.7 **Características del Estado Peruano**

Referencia ¹⁴: Constitución Política de 1993, Artículo 43°:

- República Democrática, ya que en ella se ejerce un gobierno representativo, elegido por el pueblo mediante sufragio universal.
- Social, porque es una democracia que debe beneficiar a toda la sociedad y no solo algunos individuos.
- Independiente, porque no tiene relaciones de subordinación ante ningún otro Estado.

12 **Páez Warton, José.** “Defensa y Seguridad Integral del Perú”. Impresiones OLGRAF. Lima, Perú. 2013. Pág. 27.

13 **Constitución Política del Perú – 1993.**

14 **Constitución Política del Perú – 1993.**

- Soberana, porque el Estado Peruano no tiene restricciones para ejercer su poder dentro de los límites de su territorio.
- Constituye un Gobierno Unitario, es decir, posee un solo gobierno central y una sola Constitución que tiene vigencia para todos los peruanos. Los departamentos o provincias no tienen, por lo tanto, autonomía política.
- Plantea una Administración Descentralizada, porque paralelamente al gobierno central existen gobiernos locales responsables de sus respectivas jurisdicciones.

2. Marco teórico de las Fuerzas Armadas

a. Generalidades

1) Identidad Militar

La identidad implica un comportamiento de grupo, un modo de ser, una manera de hacer, una actitud que lo distingue de otros grupos. El conocimiento de la identidad militar es necesario para lograr una comprensión sobre lo que son y cómo son las FF.AA. Las FF.AA, nacen en la sociedad, por la voluntad expresa de sus componentes, como una necesidad, para ejecutar las acciones militares de la Defensa Nacional, bajo la Política Nacional. El Estado como marco jurídico de la sociedad, crea y mantiene a los Institutos Armados, les da normas y armas para su funcionamiento dentro del Estado y **cumplir con su misión constitucional**.

La Naturaleza de las FF.AA. es social y de corte profesional dentro de lo que podemos llamar “vida militar” forjada en valores altísimos como Dios y Patria. Si se considera a las FF.AA. como un grupo social aparte como las relaciones civiles- militares, puede conjeturarse como un aspecto que va confrontacional en contra del Estado. Lo que caracteriza en la actuación de las FF AA, es el cumplimiento de su misión como deber obligación inexcusable, ante lo cual todo se pospone, no puede existir nada que justifique su incumplimiento. **Las acciones militares en guerra** tienen una naturaleza violenta, enmarcada dentro del respeto irrestricto a los DD.HH, sus integrantes actúan aceptando los rigores de la vida en campaña militar, comprendida por la sociedad civil, pero rechazada cuando es ejercida fuera de las situaciones que obligan a su intervención, cuando **se actúa en una misión operacional** la violencia es legítima y moral, es porque la ampara la Ley, la Ética, la Moral y el Estado en cuya defensa se emplea¹⁵.

2) ¿Cuál es la posición de la FF AA en el Estado?

La escuela Norteamericana de las relaciones “cívico - militares”, especialmente Huntington, habla de tres tipos de FF AA en su relación con el Estado:

15 D. Leg. N° 1095. 2010. Establece las reglas del uso de la fuerza por las FF.AA. **Jurisprudencia:** Tribunal Constitucional del Perú. STC. N° 022-2011-PI/TC. Interpretándose los Arts. 4 num. 3 y 23 inc. d) del citado D. Leg. como otros casos constitucionales justificados” en aquellos extremos en los que se pone en peligro la vida, la salud y seguridad de las personas”; cuando la Policía sea sobrepasada en el control del Orden Interno.

- a) **Las FF AA se ponen por “encima del Estado”**, cuando infringiendo la constitución se apropian del Poder Político.
- b) **“Al lado del Estado” y no dentro del Estado**, cuando no existe plena y cabal integración de las FF AA en el Estado Constitucional. Las FF AA sólo tienen una función de carácter social dentro del Estado y no fuera de éste.
- c) **Las FF.AA. integradas al Estado**, se produce cuando se considera que las FF.AA. son una realidad instrumental para el Estado, no son fines en sí mismas, sino que son medios para el cumplimiento de los fines del Estado, adaptándose a la propia organización del Estado Democrático.

Referencia Constitucional Peruana: Artículo 165°

“Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el Artículo 137° de la Constitución.”

b. Ejército del Perú (EP.)

(1) Misión

Ejercer la vigilancia, protección y defensa del patrimonio e Intereses Nacionales en el ámbito terrestre; con la finalidad de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República frente a cualquier amenaza externa o interna y contribuir con el logro de los Objetivos Nacionales. Asumiendo la defensa externa para garantizar la integridad del Perú.

Asumir el control del orden interno de acuerdo con la Constitución y participar en el desarrollo socio-económico del Estado y en la defensa civil de acuerdo con la Ley¹⁶. En tal caso, el Ministerio del Interior no pierde su responsabilidad, solo encarga el control a las Fuerzas Armadas,¹⁷ mas el planeamiento y ejecución de su mantenimiento están en el ámbito de su competencia y salvo en los casos de lucha contra el terrorismo y el narcotráfico en las zonas declaradas en emergencia, en que la Policía Nacional pasa al mando de los Comandos Militares

(2) Capacidades

Son el conjunto de habilidades de liderazgo, comando y conducción de operaciones sustentados en medios humanos y materiales cuya calidad asegura el cumplimiento de la misión del Ejército. El Ejército constituye el principal elemento para garantizar la independencia, soberanía e integridad en el ámbito terrestre. El Ejército desarrolla sus capacidades para participar cuando la política exterior del Estado lo demande, en los

16 **Bernales Ballesteros, Enrique.** “Constitución Política del Perú. Análisis Comparado». 5° Ed. RAD. Edit. Lima. 1999. Tomado de **Romero Sánchez, Rubén.** Orden Interno y Derechos Humanos en el Perú”. Edit. San Marcos. Lima. Perú. 2006. Pág. 103

17 **Romero Sánchez, Rubén.** Op. cit. Pág. 103.

esfuerzos internacionales para construir un entorno de paz y cooperación en materia de seguridad. Para el cumplimiento de su misión, cuenta con fuerzas especiales, blindadas, antitanques, aéreas, antiaéreas, servicios y otros; organizados en grandes unidades de combate y unidades autónomas, ubicados en todo el territorio nacional de acuerdo con los planes para la defensa. El Ejército organiza sus capacidades para la defensa¹⁸, en:

- **Teatros de Operaciones;**
- **Defensa Interior del Territorio (D.I.T.);**
- **Zonas de Vigilancia de Fronteras; y Regiones Militares:**
 - I. **REGIÓN MILITAR DEL NORTE (RMN.) PIURA:** TUMBES, PIURA, ANCASH, LAMBAYEQUE, LA LIBERTAD, CAJAMARCA, AMAZONAS.
 - II. **REGIÓN MILITAR DEL CENTRO (RMC.) LIMA:** LIMA, ICA, SAN MARTÍN, HUÁNUCO, PASCO, JUNÍN, HUANCAMELICA, AYACUCHO, UCAYALI y La PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO.
 - III. **REGIÓN MILITAR DEL ORIENTE (RMO.) IQUITOS:** LORETO.
 - IV. **REGIÓN MILITAR DEL SUR (RMS.) AREQUIPA:** TACNA, MOQUEGUA, AREQUIPA, PUNO, CUZCO, APURÍMAC y MADRE DE DIOS.

Contribución al Desarrollo

En concordancia con el artículo 171° de la Constitución, el Ejército participa en el desarrollo económico y social del país. Misión que viene cumpliéndose con el empleo de los medios correspondientes, aún con la prevención de desastres y del fenómeno climático del “Niño”. Promueve el desarrollo de regiones de frontera, de la infraestructura nacional, redes de caminos, puertos, aeropuertos y el medio ambiente.

III. CONCLUSIONES

El desarrollo de un marco conceptual nos permite sentar las bases de un trabajo más amplio; toda vez que el valor de cualquier concepto se determina por su capacidad para explicar un máximo de fenómenos que convencionalmente pertenecen a la esfera de la actividad estatal. Definimos al Estado como la organización político-social más avanzada que ha creado la especie humana, en la cual se concentra el poder de todos los integrantes de ese conglomerado, traduciendo la unión de poderes individuales en un poder político, donde la política juega el papel dinamizador que permite la fluidez de los procesos y la interacción entre los actores sociales.

Para entender a la seguridad nacional es necesario encontrar su función primordial, por lo que razonando: la seguridad, en sí misma, como concepto y como valor es ambigua. Por un lado, es inherente a la condición humana de un mínimo de certidumbre y de protección contra los riesgos; por otro, la vida humana es insegura. **La seguridad nacional es una función del Estado, que es el concentrador del poder nacional.** Pero, esa seguridad involucra al Estado y a la Nación,

18 **Ministerio de Defensa. MINDEF.** Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú. Lima, Perú. 2005. Pág. 94

toda vez que se refiere a la garantía de existencia de los mismos, con sus individuos, patrimonio, instituciones, valores y cultura en este sentido, debe entenderse como una filosofía de acción política, especie de ideología práctica. **La seguridad nacional, al ser altamente abstracta, es una herramienta de tipo político, económico, social y militar que se constituye en un mecanismo de la política general.**

La seguridad nacional responde a las exigencias del Estado, la Nación y el poder de ambos, según sea la ideología, puede tratarse de una condición, una situación, un grado de garantía, un Estado, una capacidad o una política. **Se realiza con la aplicación del poder nacional, mediante previsiones, políticas, estrategias, acciones y planeación.** Además, es determinada y relativa a una época y lugar. **Su ámbito de acción es el Estado-Nación y los intereses y compromisos internacionales del mismo.** Finalmente, la utilidad de esta herramienta es **brindar protección al Estado y la Nación.** Conformando el concepto más evolucionado, el mismo que consiste en una condición de equilibrio que perfila la seguridad como una tarea integral, participando todos los actores estatales, se plasma en una **política de seguridad nacional** cuyo principio rector es el fortalecimiento de la soberanía, situación, a través de acciones internas y externas, el valor más importante de nuestra nacionalidad.

Desde una perspectiva científica, el bienestar no es un enunciado acerca de una situación ideal por alcanzar, como es el caso del “Bien Común”. El bienestar tiene existencia real y tangible, cuando el bienestar llega a la mayoría absoluta de la población es: **bienestar general.**

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD.) aplica el modelo del Índice del Desarrollo Humano (IDH.) con variables de educación, ingresos y esperanza de vida, se perfecciona y actualiza estos indicadores constantemente. La participación del Ejército está dirigida a la ejecución de proyectos de infraestructura terrestre, así como en el desarrollo de obras de apoyo a la comunidad, de asentamiento rural fronterizo, de acción cívica y de protección ambiental, con mayor participación de unidades de ingeniería. Asumiendo la defensa del territorio, de la población, la institucionalidad, la biodiversidad y el medio ambiente.

“El Desarrollo Nacional y la Defensa Nacional son los instrumentos para alcanzar los fines esenciales del Estado”

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- García Toma, Víctor. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. Segunda Edición. Palestra Editores S.A.C. Lima. Perú. 2008. Pág. 25.
- Nicolás de Maquiavelo (1469-1527). “El Príncipe”. Florencia, Italia. 1513. 1ª Publicación: 1532. Pág.12. Tomado de: Borea Odría, Alberto. “Los Elementos del Estado Moderno”. Editora e Impresiones Hochman S.A. Lima, Perú. Pág. 67.
- Ver: Rousseau, Jean Jacques en “*El Contrato Social*” (1762) y a Montesquieu; Voltaire; Diderot, Denis; D’Alembert; Rrousseau, Jean Jacques; Buffon, y otros en: “*La Enciclopedia Ilustrada*”. París, Francia (1751-1755).

- Ferrero Rebagliati, Raúl. “Ciencia Política”, Ediciones: Librería Studium. Lima, Perú. 1975. Págs. 19, 53 y 55.
- CAEN (Centro de Altos Estudios Nacionales); “Planteamientos Metodológicos”. Tomo I. Lima, Perú. 1983.
- **Concordancias.- Dec. Leg. N° 1094. Código Militar Penal Militar Policial. Título I. Delitos Contra La Defensa Nacional. Cap. I Traición a la patria.** Art. 58.- Traición a la patria. Art. 59.- Traición a la patria en tiempo de paz. **Cap. II. Delitos contra la seguridad interna.** Art. 60.- Rebelión militar policial. Art. 61.- Exención y atenuación de pena. Art. 62.- Sedición. Art. 63.- Motín. Art. 64.- Negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín Art. 65.- Colaboración con organización ilegal. Art. 66.- Falsa alarma. Art. 67.- Derrotismo. Art. 68.- Conspiración del personal militar policial. Art. 69.- Disposiciones comunes sobre agravantes inherentes a los militares y policías. **Cap. III. Violación de información relativa a la defensa nacional, orden interno y seguridad ciudadana.** Art. 70.- Infidencia. Art. 71.- Posesión no autorizada de información. Art. 72.- Infidencia culposa. **Cap. IV. Ultraje a los símbolos nacionales militares o policiales.** Art. 73.- Ultraje a los símbolos nacionales, militares o policiales. Art. 74.- Ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.
- Jellinek, George, “Teoría General del Estado”. Edit. Albatros. Buenos Aires, Argentina. 1954. Tomado de: García Toma, Víctor. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”, Palestra Edit. Lima, Perú. 2008. Pág. 121.
- Pareja Paz Soldán, José. “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979”, Justo Valenzuela, Ediciones. Lima, Perú. 1981. Tomado de: García Toma, Víctor. Op. Cit. Pág. 123.
- García Toma, Víctor. Op. Cit. Pág. 123.
- Territorio del mar peruano con 66,458.6 Km² adjudicado al Perú por el Fallo de la Corte Internacional de la Haya (2013), siguiendo la línea equidistante desde el Punto Concordia, 18° 21´ 08” Sur y 70° 22´ 39” Oeste.
- Bodin, Jean. “Los seis libros de la República” (1576). Francia. Tomado de: Weber, Max. Economía y Sociedad. Ed. F.C.E., México, 1964. Tomo I, Pág. 45.
- Páez Warton, José. “Defensa y Seguridad Integral del Perú”. Impresiones OLGRAF. Lima, Perú. 2013. Pág. 27.
- Constitución Política del Perú – 1993. Art. 44.
- Constitución Política del Perú – 1993. Art. 43.
- D. Leg. N° 1095. 2010. Establece las reglas del uso de la fuerza por las FF.AA.

- 15 Jurisprudencia: Tribunal Constitucional del Perú. STC. N° 022-2011-PI/TC. Interpretándose los Arts. 4 num. 3 y 23 inc. d) del citado D. Leg. como otros casos constitucionales justificados” en aquellos extremos en los que se pone en peligro la vida, la salud y seguridad de las personas”; cuando la Policía sea sobrepasada en el control del Orden Interno.
- Bernaldes Ballesteros, Enrique. “Constitución Política del Perú. Análisis Comparado». 5° Ed. RAD. Edit. Lima. 1999. Tomado de Romero Sánchez, Rubén. Orden Interno y Derechos Humanos en el Perú”. Edit. San Marcos. Lima. Perú. 2006. Pág. 103.
- Romero Sánchez, Rubén. Op. cit. Pág. 103.
- Ministerio de Defensa. MINDEF. Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú. Lima, Perú. 2005. Pág. 94.



**PINTURA EN SALA DE ENTRADA AL AUDITORIO
JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN**

José León Barandiarán, nació en Lambayeque el 8 de diciembre de 1899 y falleció en Lima el 24 de diciembre de 1987. Eminente tratadista del Derecho Civil en el Perú y uno de los más calificados aportates al Código Civil de 1984.

Barandiarán ha estudiado, analizado y explicado el Código Civil peruano. Desde 1965 trabajó infatigablemente en el proceso de reforma del Código Civil de 1936 que culminó el 24 de julio de 1984 al promulgarse el Código Civil.

En el contexto político Barandiarán también sirvió a su país. Fue asesor jurídico y luego Ministro de Justicia y Trabajo en el Gobierno de José Luis Bustamante y Rivero.

Escribió numerosos libros, entre ellos Tratado de Derecho Civil Peruano, en 8 tomos, La concepción de la ley de Santo Tomás de Aquino, Manual del Acto Jurídico.

En 1954 fue elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima y cuyo auditorio principal lleva su nombre y en un ambiente próximo a dicho auditorio se encuentra el presente óleo.

EL MECANISMO DE PROMOCIÓN DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA CON ENERGÍAS RENOVABLES EN EL PERÚ

Por: *Edwar Rafael Díaz Villanueva*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EL CONCEPTO DE ENERGÍAS RENOVABLES III. EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA PROMOVER LA GENERACIÓN ELÉCTRICA CON ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES IV. EL MECANISMO PARA PROMOVER LA GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD CON ENERGÍAS RENOVABLES V. CONCLUSIONES VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de asegurar el abastecimiento de energía eléctrica mediante la diversificación de la matriz energética, de proteger el ambiente y para dar cumplimiento al Protocolo de Kyoto, en el Perú se instituyó por primera vez en el año 2008, la legislación promotora de la generación eléctrica con energías renovables no convencionales mediante la publicación del Decreto Legislativo N° 1002 “Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables” (DL 1002).

En el presente trabajo analizamos las subastas de suministro de electricidad generada con energías renovables no convencionales, instituidas en el D.L 1002, como medio jurídico que integra el derecho humano a un ambiente equilibrado, los principios económicos constitucionales que rigen las actividades económicas y las obligaciones estatales de promover estas fuentes energéticas.

II. EL CONCEPTO DE ENERGÍAS RENOVABLES

El jurista español LÓPEZ SAKO¹ advierte que “no es posible presentar una definición o delimitación unívoca sobre el concepto de energías renovables”. Las legislaciones o los trabajos de investigación presentan una relación de las fuentes de energías renovables, acompañada de la respectiva definición de cada una, mas no existe en el mundo una lista taxativa de cuáles son todas las energías renovables, pues las definiciones varían con el tiempo, según se desarrollan tecnologías para aprovechar estos recursos energéticos.

Las energías renovables reciben la denominación de renovables porque no son consumibles con su utilización, sino que se renuevan a través de ciclos naturales, siendo inagotables a escala humana. En el Perú se les llama legislativamente “Recursos Energéticos Renovables” o simplemente “RER”.

Debemos hacer énfasis entre la diferencia existente de las energías renovables en general y las energías renovables no convencionales. Estas últimas, a diferencia de las primeras tienen poca incidencia y participación en los mercados energéticos y es sobre las cuales nos referiremos en el presente trabajo.

“Las energías renovables reciben la denominación de renovables porque no son consumibles con su utilización”

Los RER no convencionales más comunes son la energía solar, eólica y la biomasa. La primera es la contenida en las radiaciones que emite el sol. El recurso solar puede aprovecharse en forma de calor (energía solar térmica) o través de placas de silicio que convierten la radiación solar en electricidad (energía solar fotovoltaica). Por su parte, la energía eólica es la contenida en la fuerza del viento, susceptible de ser transformada en electricidad a través de aerogeneradores provistos de palas, las que al girar realizan la transformación de la energía cinética del viento en energía eléctrica. A su vez, la energía de la biomasa está contenida en los residuos utilizados en actividades agropecuarias, forestales, industriales, cultivos energéticos e incluso actividades domésticas; residuos que son sometidos a un proceso de combustión o procesados para producir biocombustibles, a fin de generar electricidad.

Mención aparte merece la energía geotérmica que emana en forma de calor a través de yacimientos de agua subterránea, ya que cuenta con su propia legislación, aunque también le son aplicables las disposiciones del DL1002.

La energía hidráulica es reconocida como una fuente energética renovable convencional, puesto que es aprovechada en centrales hidroeléctricas que transforman la fuerza del agua que pasa por los ríos o que se almacena en represas para transformarla en electricidad. Sin embargo, para efectos de aplicar los beneficios del DL 1002, se le considera RER no convencional cuando es

1 LÓPEZ SAKO, Masao Javier; *Regulación y autorización de los parques eólicos*; Thomson Civitas, Navarra, 2008; p. 54

aprovechada en las centrales hidroeléctricas con capacidad o potencia menor o igual a 20 mega watts (MW).

III.

EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA PROMOVER LA GENERACIÓN ELÉCTRICA CON ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES

I.1. El derecho humano a un ambiente equilibrado y el desarrollo sostenible como preceptos constitucionales

La Constitución Política del Perú de 1993 ha reconocido en el numeral 22 de su artículo 2° el derecho de toda persona humana a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Según el Tribunal Constitucional², este derecho humano comprende la facultad de las personas de poder disfrutar de un ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica y, en caso el hombre intervenga, ello no suponga una alteración sustantiva a dicha interrelación.

El correlato de este derecho fundamental lo encontramos en el deber del Estado Peruano de promover el bienestar general de las personas, fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación, deber que ha sido consagrado como una premisa inherente al Estado en el artículo 44° de la Constitución. Sobre este precepto, el Tribunal Constitucional³ refiere que el derecho a que el ambiente se preserve implica la obligación del Estado y de los particulares, principalmente de aquellos que realizan actividades económicas con incidencia sobre el ambiente, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute.

El vínculo ineludible entre el derecho a desarrollar actividades de producción económica aprovechando los recursos que se encuentran en el ambiente y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, se materializa en el principio de desarrollo sostenible. Este principio consiste en alcanzar un desarrollo orientado a satisfacer las necesidades presentes, procurando asegurar la satisfacción de las del futuro, es decir, de lograr la equidad⁴ entre las generaciones presentes y futuras en cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales.

El principio de desarrollo sostenible se encuentra consignado en el artículo 67° de la Constitución, el cual faculta al Estado a determinar la política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de los recursos naturales. Este encargo conlleva a que las acciones del Estado estén orientadas a alcanzar la confluencia entre el desarrollo socioeconómico y la protección del ambiente, donde se conjuguen el derecho humano a vivir en un ambiente equilibrado y el ejercicio de las libertades económicas, y que estas últimas tengan como límite la explotación adecuada de los recursos naturales⁵.

2 Fundamento 17 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, del Expediente N.° 0048-2004-PI/TC.

3 Ibid.

4 PARENTE, Alessio; "Principios de Derecho Comunitario de la Energía", De la tesis de Doctorado *Principi di diritto comunitario dell'energia*, en la Universidad de Castilla La Mancha, 2009; pp. 506-509

5 Ver fundamentos del 18 al 26, y del 31 al 38 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, del Expediente N.° 0048-2004-PI/TC.

El principio de sostenibilidad no solo ha sido recogido en la legislación ambiental del país, sino también en el marco normativo del sector eléctrico. Así, el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, norma principal de este sector, establece que las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica deben preservar el ambiente y usar los recursos naturales racionalmente. En armonía con este precepto, el Estado Peruano ha aprobado, mediante Decreto Supremo N° 29-94-EM, el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, con el objetivo de regular la interrelación entre la ejecución de actividades eléctricas con la protección del ambiente.

No obstante el cuidado ambiental que demanda la realización de las actividades eléctricas, la generación de electricidad en Perú actualmente se efectúa empleando principalmente energía hidráulica y gas natural. Para la construcción de grandes centrales hidroeléctricas se inundan amplias áreas geográficas, se talan árboles y modifican los ecosistemas naturales. Asimismo, el uso de gas natural en las centrales térmicas trae como consecuencia la emisión de gases de efecto invernadero durante el proceso de combustión, necesario para transformar la energía calorífica de este recurso fósil en electricidad. Todo ello involucra romper el equilibrio ambiental y consumir o destruir recursos no renovables.

Ante este panorama, en la actividad de generación eléctrica el desarrollo sostenible se debe traducir en sustituir la utilización de fuentes energéticas no renovables o contaminantes por las energías renovables que no se agotan con su explotación y que no liberan gases de efecto invernadero al ambiente. De esa manera, el principio de sostenibilidad, que se desprende del derecho humano a tener un ambiente equilibrado, se hace efectivo. Dicha inclusión, traducida en el establecimiento de un marco legal que promueva la generación eléctrica con energías renovables no convencionales, permite al Perú alcanzar lo que ORTEGA⁶ ha denominado *estructura energética sostenible*, entendido este concepto como un sistema de creación de empleo, respeto por el equilibrio ambiental, la descentralización de la generación eléctrica y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

I.2. Los principios económicos constitucionales que regulan las actividades económicas y el sector eléctrico peruano

La Constitución Política de 1993 no sólo reconoce los derechos humanos inherentes a nuestra dignidad, también consagra una serie de principios económicos que rigen el actuar de las personas y el desarrollo de sus actividades. DIEZ PICAZO⁷ nos dice que uno de los grandes principios del orden económico es el de libertad económica. Manifiesta este jurista que *la consecuencia inmediata y más importante de este principio son las reglas de la libertad de mercado, libertad de empresa, la libre competencia económica y la libre contratación.*

El artículo 58° de la Constitución Política señala que la iniciativa privada es libre y que esta se ejerce en una economía social de mercado. El principio de libre iniciativa privada, según

6 ORTEGA RODRIGUEZ, Mario. *Energías renovables*; Editorial Paraninfo, Madrid 1999; pp. 16-20.

7 DIEZ PICAZO, Luis; "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial" Volumen I Segunda Edición; Tecnos, Madrid, 1988; p. 47

RUBIO CORREA⁸, expresa un derecho constitucional por el cual las personas tienen libertad de realizar las actividades económicas que mejor consideren, de acuerdo con sus preferencias, capacidades y decisiones. Este principio se ejerce con ajuste a los requisitos estipulados en las normas sectoriales, y, según OCHOA⁹, conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia.

Por su parte, el artículo 59° de la Constitución Política reconoce el derecho a la libertad de empresa, entendida según DIEZ PICAZO¹⁰ como *la libertad de creación de las empresas y la libertad en la dirección y gestión de las mismas así como en la adopción de las decisiones empresariales*. Esta libertad debe ser ejercida dentro de los límites que impone la ley y sin afectar otros derechos, tales como el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y propicio para la salud, el derecho a la propiedad, a la vida, entre otros.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de empresa no sólo garantiza a las personas una libertad de decisión para crear empresas, a lo cual denomina como libertad de fundación de una empresa, sino que se extiende hasta la libertad para actuar en el mercado, lo que es conocido como libertad de acceso al mercado¹¹. Sobre el libre acceso al mercado, ARIÑO¹² nos dice que quienes reúnan requisitos para realizar actividades económicas podrán hacerlo, bastando solamente, en algunos casos, una autorización administrativa reglamentada según *condiciones técnicas, económicas, profesionales, que el ordenamiento fije*.

De otro lado, la libre competencia es otro de los principios recogido en la Constitución Política, en cuyo artículo 61° se dispone que el Estado facilite y vigile la libre competencia y combata toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. En palabras de RUBIO CORREA¹³ *el concepto de libre competencia supone la libertad de acción y de decisión de todos los competidores*.

Como contrapartida a los principios económicos de libre iniciativa privada, libertad de empresa, libre acceso al mercado y libre competencia, se instauró el rol subsidiario del Estado, el cual, de acuerdo con lo explicado por OCHOA¹⁴, consiste en la participación de aquel con carácter excepcional, únicamente ante la falta o inexistencia de la iniciativa privada. Adicionalmente, se conservan las funciones estatales de garantizar un mercado en el que no se permita el abuso de posición de dominio, la competencia desleal o las prácticas restrictivas de la competencia, es decir, el Estado asume la función de intervenir únicamente para corregir las fallas que ocurrieran en el mercado.

8 RUBIO CORREA, M.; *Op.cit.*; p. 199

9 OCHOA CARDICH, César. "Bases fundamentales de la Constitución Económica de 1993". En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995; p.90

10 DIEZ PICAZO, L.; *Op.cit.*; p.47

11 Fundamento 15 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, del Expediente N.º1405-2010-PA/TC

12 ARIÑO ORTIZ, Gaspar; "Principios de Derecho Público Económico", Editorial Comares S.L., Madrid, 2004; p.613

13 RUBIO CORREA, M.; *Op.cit.*; p 242

14 OCHOA CARDICH, C.; *Op.cit.*; p.88

El principio de subsidiariedad estatal se condice con las libertades económicas establecidas en la Constitución. Así, tenemos que el artículo 60° señala que únicamente por razones de interés público o conveniencia nacional, y con autorización por ley expresa, el Estado puede realizar actividad empresarial; es decir, de no mediar estos supuestos no se encuentra admitida la posibilidad de constituir empresas estatales¹⁵.

El sector eléctrico peruano ha evolucionado y se ha adecuado a los principios económicos que inspiraron a la Constitución Política de 1993. Cuando se encontraba vigente la Constitución de 1979, este sector estaba conformado por empresas estatales integradas verticalmente (generadoras, transmisoras y distribuidoras eléctricas), muchas de las cuales habían sido nacionalizadas en el año 1972. El Estado no tenía un rol subsidiario, sino que, por el contrario, intervenía directamente en las actividades eléctricas, tal como lo señala SALVATIERRA¹⁶, el mercado eléctrico, antes de la reforma, estaba integrado por un Estado que mantenía un doble papel: por un lado era el ente

“El principio de subsidiariedad estatal se condice con las libertades económicas establecidas en la Constitución”

normativo representado por el Ministerio de Energía y Minas, por el otro, era un empresario que actuaba a través de empresas como Electro Perú, Electro Lima, entre otras.

Estado en el sector eléctrico. Se produjo lo que Salvatierra considera un *cambio de rol del Estado*¹⁷, el cual consistió en el apartamiento de su actividad empresarial para dar lugar a la figura del inversionista privado, quien actuaría en un mercado eléctrico donde se priorizaría la competencia en la actividad de generación eléctrica frente a los monopolios estatales que otrora existían. Por su parte, la actividad monopólica sólo se mantendría, por razones de eficiencia asignativa y productiva, en las actividades de transmisión y distribución eléctrica.

Con la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas publicada en noviembre de 1992, se materializó el rol subsidiario del

Como consecuencia de dichos cambios, actualmente el Perú cuenta con un mercado eléctrico provisto de un importante número de empresas privadas, donde las actividades de generación, transmisión y distribución no están integradas verticalmente en una sola empresa o grupo empresarial, sino separadas; y en el que los particulares gozan de todas las garantías para operar sin que las entidades gubernamentales establezcan trabas o limitaciones a las inversiones.

La normatividad eléctrica ha incorporado los principios económicos de libre iniciativa privada, libertad de empresa, libre acceso al mercado y libertad de competencia. La Ley de Concesiones Eléctricas reconoce el derecho a la libre iniciativa privada y la libertad de acceso en la actividad de generación eléctrica, al señalar que las actividades eléctricas pueden ser ejercidas por personas nacionales o extranjeras, siempre y cuando cumplan con las disposiciones de la ley para obtener el título habilitante (concesión o autorización), previa evaluación dentro de

15 RUBIO CORREA, M.; *Op.cit.*; p. 235

16 SALVATIERRA COMBINA, Rolando “Sector Eléctrico: entre la regulación y la competencia”; en: *Revista del Foro N° 96 Año XCII*; Ilustre Colegio de Abogados, Lima, 2010-II; p.192

17 Ibid.

un procedimiento administrativo. En el caso de las actividades de distribución y transmisión eléctrica, al tratarse de monopolios, cuando exista un concesionario operando en la zona, no se acepta el acceso de un segundo. No obstante ello, la libertad de acceso al mercado se traduce en el principio de libre acceso a las redes, por el cual los terceros pueden conectarse siempre y cuando asuman los costos que dicha conexión demanda para el concesionario que opera tales redes.

Del mismo modo, en la actividad de generación eléctrica existe libertad de empresa, puesto que los generadores pueden elegir el lugar donde construirán sus centrales y la fuente energética con que producirán su electricidad. En el caso de transmisión y distribución eléctrica, existe también libertad de empresa, pero las decisiones empresariales están sujetas al reconocimiento tarifario que el organismo regulador determine.

I.3. La actividad de fomento como prerrogativa estatal

La actividad de fomento es aquella en que la administración interviene en la economía, sin ejercer coerción¹⁸ sobre los administrados, buscando una finalidad de interés público previamente determinada y ofreciendo estímulos para aquellos que realicen acciones orientadas a alcanzar dicha finalidad. El Estado no participa en la actividad económica, por el contrario, se mantiene al margen, de acuerdo con su rol subsidiario, velando porque sean los particulares quienes desarrollen las actividades que aquel busca promover. Se puede decir, en palabras de JORDANA¹⁹, que el fomento es *una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo*.

Los artículos 58° y 59° de la Constitución Política, con relación al fomento, establecen que el Estado orienta el desarrollo del país actuando principalmente, entre otras áreas, en la promoción de los servicios públicos; debiendo para ello estimular la creación de riqueza, especialmente en sectores en situación de desigualdad. En base a estos enunciados, el Estado puede establecer incentivos para fomentar determinadas actividades que se encuentran poco desarrolladas o donde no existe inversión privada, como es el caso de la actividad de generación eléctrica con energías renovables no convencionales, sin que ello implique la creación de empresas estatales de generación eléctrica que utilicen esos recursos.

En este mismo sentido, el Artículo 7° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y el Artículo 85.1 de la Ley General del Ambiente establecen como deber del Estado, fomentar la producción, la libre iniciativa, e impulsar la transformación de los recursos naturales para el desarrollo sostenible del país. Además, en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha manifestado²⁰ que dentro de una economía social de mercado le corresponde al Estado crear las condiciones para que las actividades económicas se desarrollen, procurándose el bienestar de los usuarios; para tal fin, sostiene, deben ser corregidas todas las inequidades.

18 GARRIDO FALLA, Fernando; *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. II; Editorial Tecnos, Madrid, 2002; p. 306

19 JORDANA DE POZAS, Luis; "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo" En: *Revista de Estudios políticos* N° 48, Madrid, 1949"; p.46

20 Fundamento 12 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, del Expediente N.° 0048-2004-PI/TC.

El desarrollo del mercado eléctrico es indispensable para asegurar que el servicio público de suministro de electricidad llegue a más personas con la oportunidad, calidad y continuidad debidas, y, de ese modo, facilitar y estimular el desarrollo de las actividades humanas. Un mercado que crece y demanda mayor electricidad obliga al Estado a fomentar la diversificación de la matriz energética de generación eléctrica con la inclusión de nuevas fuentes renovables y el incremento de la capacidad de las centrales eléctricas existentes, así como la construcción de nuevas centrales. En este escenario, la actividad de fomento adquiere significativa importancia ya que constituye la vía por la cual el Estado estimula el logro de sus objetivos en el sector energía. El fomento en este sector, se hace, en palabras de SALVATIERRA²¹, con una doble acepción: *el fomento de la inversión privada en el sector y el fomento de la competencia en las actividades competitivas, como es la actividad de generación eléctrica.*

Fomentar la inversión en el uso de los RER no convencionales adquiere relevancia, puesto que se necesita tener una matriz energética que armonice el aprovechamiento sostenible de los recursos energéticos con el cuidado del ambiente. Si las inversiones en generación eléctrica serían todas con fuentes convencionales, nuestro ambiente sería menoscabado con la inundación de áreas y la emisión de gases de efecto invernadero. Bajo este supuesto, y dado que la producción de electricidad con RER no convencionales es aún más costosa que con fuentes convencionales, entonces el Estado debe asumir un rol de fomento que, a la vez, no se contraponga con los principios económicos constitucionales que son aplicables al sector eléctrico.

Experiencias sobre la actividad de fomento en el sector eléctrico peruano existen. Por ejemplo, a fin de promover el aseguramiento del suministro eléctrico y el uso sostenible del gas natural, mediante dispositivos legales, se establecieron cargos tarifarios para remunerar los costos de conversión de las centrales térmicas que funcionan con diésel a centrales duales más eficientes que empleen también gas natural, o para aquellas que operando a base de gas natural se conviertan en centrales de ciclo combinado y, además del gas, utilicen el vapor del agua para producir electricidad.

IV.

EL MECANISMO PARA PROMOVER LA GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD CON ENERGÍAS RENOVABLES

La actividad de fomento en el sector eléctrico se materializa, entre otras formas, con incentivos para promover la generación de electricidad con RER no convencionales. Ciertamente, ROJAS y GAMIO²² han señalado que *para desarrollar centrales eléctricas con energías renovables, como ocurre con todas las tecnologías relativamente recientes, se requiere de incentivos que puedan hacer atractivo para los privados invertir en la instalación de plantas con energías limpias, lo cual*

21 SALVATIERRA COMBINA, R.; *Op.cit.*; p.192

22 ROJAS MONTES, Verónica y Pedro GAMIO AITA, “La lucha contra el cambio climático. Propuestas para reflexionar: energías renovables y protección de bosques amazónicos”. En: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano*. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo; Grijley, Lima, 2008; p.398

necesita de un marco legal. De hecho, la actividad de fomento de la Administración Pública forma parte de una política energética orientada a utilizar energías de origen renovable.

Para estructurar un marco legal de promoción a las energías renovables, se debe elegir un mecanismo de incentivos. Los mecanismos más comunes son el sistema de primas, el de cuotas o carteras, el de incentivos tributarios y el de subastas.

El sistema de primas, llamado también tarifas de introducción²³ o *feed in tariff*²⁴, consiste en fijar tarifas de entrada para quienes generen electricidad con energías renovables no convencionales y la inyecten en la red. Con la finalidad de garantizar a los generadores renovables la rentabilidad de sus proyectos, el precio al que se compra la electricidad es el precio convencional de mercado de la energía al que se le añade una prima, la misma que cubre la diferencia entre el costo de producción de la electricidad de origen renovable y su precio de venta en el mercado (llamado también precio pool o costo marginal).

El sistema de cuotas consiste en establecer un porcentaje determinado de electricidad de origen renovable que los generadores convencionales deberán producir y los distribuidores eléctricos deberán suministrar. Para cumplir con la obligación, los generadores convencionales deben comprar electricidad a los renovables no convencionales, al precio que establezcan estos últimos, o en todo caso, deberán producir su propia electricidad con dichos recursos no convencionales, hasta el porcentaje²⁵ fijado por el Estado. Una variable del sistema de cuotas es el sistema de certificados verdes, por el cual, el Estado entrega estos certificados a los generadores renovables, en función de su capacidad, e impone la obligación a los convencionales de adquirir una cuota mínima de estos; así, se crean dos mercados paralelos: el de la electricidad y el de los certificados. Estos últimos son los que le dan rentabilidad a los proyectos con RER no convencionales.

Otra forma de promover la generación de electricidad con RER no convencionales es mediante incentivos tributarios, ya sea mediante reducción o exoneración de aranceles a la importación de equipos destinados a las centrales renovables, la depreciación acelerada de dichos equipos, exoneraciones al pago de impuesto a la renta o imposición de impuestos ambientales a los generadores convencionales que producen más emisiones de gases de efecto invernadero.

Por último, tenemos al sistema de subastas, el cual consiste en establecer una determinada cantidad de energía eléctrica del consumo nacional que debe ser producida y suministrada por generadores que utilicen RER no convencionales. Para contratar a estos generadores se realiza un proceso de subasta o licitación en el que los interesados presentan sus ofertas (precio por su electricidad) y son elegidos los postores con ofertas menores. El Estado u otros agentes del mercado se obligan a comprar la energía adjudicada al precio resultante de la subasta.

23 TAMPIER, Martin y Jean-Philippe BEAULIEU, *Estudios de caso sobre financiamiento en materia de energía renovable: lecciones derivadas de iniciativas exitosas*; Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión para la Cooperación Ambiental, Montreal, 2006; p. 8

24 Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación COM(2005) 627 final, de fecha 7.12.2005. "El apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables"; p.4

25 TAMPIER, M. y J. BEAULIEU, *Op.cit.*; p. 7

I.4. El mecanismo de subastas de energías renovables en el Perú

En el DL 1002 se creó el marco normativo de promoción a las inversiones privadas en generación de electricidad con RER no convencionales, estableciéndose un sistema de subastas donde se prioricen proyectos de generación renovable menos costosos y se les adjudique el suministro, en el largo plazo, de su electricidad producida a precio fijo.

Según este mecanismo de subastas, el Estado convoca a un concurso público en el que los titulares de proyectos de generación con energías renovables, participan y compiten entre sí, ofreciendo un precio por unidad de energía licitada (MW) a ser suministrada cada año. El desarrollo de estas subastas se encuentra regulado en unas bases que el Ministerio de Energía y Minas aprueba, donde se establecen las condiciones de participación, responsabilidades, plazos y demás especificaciones. Los adjudicatarios suscriben un contrato de suministro con el Estado, donde se formaliza la estabilidad del precio de la electricidad de origen renovable que se inyecte en la red eléctrica, por un período de hasta veinte años.

Aunque en estas subastas no se aplica la Ley de Contrataciones del Estado, su naturaleza jurídica corresponde, de forma muy similar, a la de la licitación pública como forma procedimental de la Administración para seleccionar contratistas²⁶. Al igual que dichas licitaciones públicas, las subastas no constituyen un acto por sí mismas, sino que se encuentran integradas por un conjunto de actos (reglamentos administrativos, actos administrativos, actos jurídicos, hechos administrativos) sucesivos pero individualizables entre sí, en los que participan la Administración y los particulares con voluntad y capacidad propias.

Son características de las subastas peruanas de energías renovables, las siguientes:

- Son organizadas y conducidas exclusivamente por el organismo regulador de las inversiones en energía Osinergmin.
- Tiene por finalidad cubrir el 5% del consumo nacional de electricidad con fuentes de energías renovables no convencionales. Este porcentaje se puede incrementar por decisión del Ministerio de Energía y Minas.
- Sobre la base del consumo nacional de electricidad del año anterior a la realización de la subasta, el Ministerio de Energía y Minas determina la cantidad de electricidad de origen renovable que se concursa en cada subasta (energía requerida), por cada tecnología de RER.
- Los participantes presentan sus ofertas indicando un precio por unidad de energía a suministrar, según la tecnología en la que postulan. Además, señalan la cantidad de energía que se comprometen a suministrar cada año al precio ofertado, durante el plazo contractual derivado de la subasta.

26 DROMI, Roberto; "Derecho Administrativo" 7ma edición actualizada; Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998; p.339-426

- Para la adjudicación, las ofertas de cada una de las tecnologías subastadas, son ordenadas de menor a mayor para adjudicarse primero las menores, y se sigue con las mayores hasta cubrirse toda la energía requerida.
- Existe un precio máximo de adjudicación calculado por Osinergmin, el cual constituye el límite que los postores no deben superar para poder adjudicarse la energía requerida, caso contrario, son descalificados.
- Los adjudicatarios adquieren el derecho a una tarifa adjudicada que equivale al precio por unidad de energía ofertado en la subasta. Tiene carácter firme por un plazo de hasta veinte años y sólo está sujeta a actualizaciones de acuerdo con la fórmula de indexación y a reducciones con carácter sancionador.
- El producto de multiplicar la tarifa adjudicada por la electricidad de origen renovable inyectada en un año, da como resultado el ingreso garantizado anual al que tienen derecho todos los adjudicatarios de las subastas.

Los generadores renovables adjudicatarios de la subasta cuentan con un régimen especial, por el cual no compiten con otros generadores en la venta de su electricidad producida, sino que la inyectan directamente en el mercado de corto plazo de la electricidad denominado *mercado spot*, donde concurren a realizar retiros de energía, todos aquellos que tienen contratos de suministro eléctrico con clientes. La electricidad de origen renovable inyectada en el mercado spot se valoriza al precio de dicho mercado en el momento que se entrega. Al finalizar un período anual, Osinergmin revisa lo percibido por los generadores renovables por concepto de energía inyectada al precio del mercado spot y si dicho monto no cubre el ingreso garantizado anual, se habilita a favor de estos generadores el derecho a percibir una prima que cubra la diferencia entre lo recaudado en el mercado spot y lo que debiera obtener por su energía al precio adjudicado. Finalmente, Osinergmin convierte esta prima en un cargo tarifario a ser pagado por todos los usuarios del sistema eléctrico, como parte del peaje de transmisión eléctrica.

I.5. El cumplimiento de los derechos, principios y obligaciones constitucionales en la promoción a las energías renovables

Un estudio realizado por CEPAL²⁷, en el año 2004, dio a conocer que existían barreras para la penetración de las energías renovables en los mercados eléctricos de los países de América Latina. Dentro de las barreras económicas se mencionó a los elevados costos de la generación con RER no convencionales, los cuales superan los de la generación convencional, principalmente con combustibles fósiles; esta situación ha creado una desventaja para los generadores no convencionales cuando compiten en el mercado eléctrico, pues los precios de venta de energía no cubren los costos de la generación con tecnologías no convencionales, haciendo que estos proyectos no sean rentables.

27 ALTOMONTE, Hugo, Manlio COVIELLO y Fernando CUEVAS; "Fuentes renovables de energía en América Latina y el Caribe". Documento preparado en el marco del proyecto conjunto con la Agencia de Cooperación Técnica Alemana (GTZ) "Promoción del Desarrollo Económico por medio de la Integración de Enfoques de Políticas Ambientales y Sociales en América Latina y el Caribe"; CEPAL, Santiago de Chile, 2004; pp. 89-93

El mecanismo de subastas integra a los generadores renovables en un régimen especial, en el que estos se encuentran excluidos de competir con los convencionales, de esa manera, el mercado de generación eléctrica se divide en dos: por un lado se encuentran los generadores convencionales que compiten entre ellos por venderle su electricidad a las empresas de distribución eléctrica, también a través de un mecanismo de licitaciones como el previsto en la Ley N° 22832, y a los grandes usuarios; y, por el otro, están los generadores renovables que compiten por adjudicarse la energía subastada.

Dado que los generadores renovables adjudicatarios se acogen al régimen especial de tarifa adjudicada, el sistema de subastas elimina la barrera económica del alto costo de la producción de electricidad, pues le garantiza a los inversionistas con RER no convencionales que percibirán cada año el ingreso garantizado, con independencia de los precios de la electricidad en el mercado eléctrico.

El principio de libre competencia en el mercado eléctrico se garantiza con el régimen de subastas, puesto que hay competencia tanto entre generadores convencionales como en los que utilizan energías renovables, solamente que por separado, ya que el Estado en ejercicio de su actividad de fomento ha separado un porcentaje del mercado para ser abastecido por generadores renovables; de esa forma, el Estado mantiene su rol subsidiario estableciendo incentivos para que los privados sean quienes se animen a participar en el uso de los RER no convencionales en la generación eléctrica. En efecto, al existir competencia entre los participantes de la subasta, los precios ofertados son más eficientes, pues cada postor se esfuerza por reducir sus costos para presentar ofertas menores, así lograr la adjudicación e ingresar al régimen especial de ingresos garantizados anuales. El principio de libre competencia también se aplica a las subastas de forma negativa, en el sentido de que se sanciona todo tipo de colusión entre postores o cualquier práctica que restrinja o limite la competencia.

El principio de libre iniciativa privada prevalece con el régimen de promoción a la generación eléctrica con RER no convencionales, ya que el mecanismo de subastas solo tiene por finalidad garantizar los ingresos de quienes resulten adjudicatarios, lo cual no excluye que quienes deseen producir electricidad con energías renovables lo hagan sin acogerse a dicho régimen y sin participar en las subastas. Inclusive, en ejercicio del principio de libertad de empresa, dentro del proceso de subastas, cada participante goza de libertad para elegir la fuente energética renovable que empleará para producir electricidad, la misma que podrá determinar según las conclusiones de sus propios estudios y conforme cuales considere de mayor rentabilidad y factibilidad técnica.

De igual modo, la libertad de acceso al mercado eléctrico se encuentra irrestricta con el régimen especial de las energías renovables, toda vez que, como se ha mencionado, incluso sin ser adjudicatarios de las subastas, los generadores renovables pueden vender libremente su electricidad, aunque ello sea dificultoso por los costos de producción. Además, el acceso a participar en la subasta está solamente limitado al cumplimiento de requisitos administrativos pero basados en la debida diligencia que los ofertantes deben observar; en cambio, el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos que se suscriban sí está sujeto a sanciones pecuniarias y a la ejecución de garantías por el incumplimiento del cronograma de ejecución de los proyectos.

Sin perjuicio de la observancia de los principios de libre iniciativa privada, libertad de empresa y libertad de acceso al mercado, resulta necesario establecer ciertos límites a la participación de la electricidad generada con RER no convencionales en el mercado eléctrico nacional, en razón de que se requiere preparar la capacidad técnica del sistema eléctrico para la penetración de fuentes que no son continuas en el suministro, por no encontrarse disponibles las 24 horas del día (por ejemplo, la luz solar y las corrientes de viento); y porque una excesiva cuota para los generadores renovables implicaría incrementar las tarifas eléctricas, puesto que las primas a favor de estos generadores forman parte de la estructura tarifaria que asumen los usuarios finales en sus facturaciones.

Las subastas constituyen un mecanismo propicio para promover las inversiones en generación eléctrica con RER no convencionales, puesto que con ellas, no solamente se resguarda el cumplimiento de los principios económicos constitucionales que rigen al sector eléctrico, sino que se promueve el uso sostenible de los recursos energéticos al desplazar el uso de recursos como el gas natural para otros usos, tales como el residencial y el transporte, lográndose así una matriz energética sustentable que no produzca demasiadas emisiones de gases de efecto invernadero. A su vez, el Estado mantiene su rol subsidiario y, mediante la actividad de fomento, busca incentivar a que sean los privados quienes inviertan en generación eléctrica con RER no convencionales.

Finalmente, es preciso indicar que las subastas de energías renovables se encuentran acordes con la política energética nacional²⁸, la misma que contiene como objetivos el contar con una matriz energética con énfasis en energías renovables, contar con un abastecimiento energético competitivo, lograr autosuficiencia en la producción energética y desarrollar el sector energético con el mínimo impacto ambiental y reducción de emisiones de carbono en el marco del desarrollo sostenible.

V. CONCLUSIONES

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el derecho humano a gozar de un ambiente equilibrado adecuado para la vida. Este derecho implica, de un lado, el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano adecuado para la vida, y del otro, el deber del Estado de velar por el bienestar general y garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Considerando que las energías renovables no convencionales no son agotables a escala humana y no contaminan el ambiente con emisiones de gases de efecto invernadero, su utilización en la producción de electricidad permite cumplir con dicha obligación estatal y salvaguardar, a la vez, el derecho humano a gozar de un ambiente equilibrado adecuado para la vida.

De otro lado, la Constitución Política ha reconocido los principios económicos de libre competencia, libertad de empresa, libre acceso al mercado y la libre iniciativa privada que rigen el desarrollo de las actividades económicas del país, entre las que se encuentra el aprovechamiento

28 Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, aprobada mediante Decreto Supremo N° 064-2010-EM. Actualmente, este documento se encuentra en materia de revisión.

de los recursos energéticos. Asimismo, ha destinado al Estado un rol subsidiario en la economía, por el que sólo intervendrá cuando exista ausencia de inversiones privadas o para corregir las anomalías o amenazas al mercado. El Estado también tiene entre sus prerrogativas ejercer la actividad de fomento para establecer políticas o tomar medidas que, sin intervenir directamente en la economía, incentiven la participación de los agentes privados en determinadas áreas que se encuentran en situación de desventaja o carecen de inversiones privadas, como es el caso de la producción eléctrica con energías renovables no convencionales.

Sobre la base de la actividad de fomento, atendiendo al resguardo del derecho humano a gozar de un ambiente equilibrado y en observancia de los principios económicos consignados en la Constitución Política, en el Perú se instituyó el sistema de subastas para promover la generación eléctrica con energías renovables, mediante el establecimiento del beneficio de un precio fijo adjudicado por un plazo de hasta veinte años, a aquellos proyectos de generación con recursos renovables no convencionales que resultasen adjudicatarios, a cambio de que estos suministren una determinada cantidad de electricidad de origen renovable, ofrecida y adjudicada en la subasta.

El sistema de subastas se ha enmarcado perfectamente en los principios y fundamentos constitucionales, ya que permite la libre competencia entre los participantes de las subastas, dentro de un marco de igualdad, transparencia y publicidad, sancionándose las prácticas colusorias. Con el establecimiento de un régimen especial que reconoce tarifas adjudicadas a largo plazo, se rompe la barrera de entrada que tiene actualmente la generación de electricidad con energías renovables no convencionales, debido a que su alto costo no le permite competir con la generación con recursos energéticos convencionales. Así, el Estado, en uso de su actividad de fomento, ha separado un porcentaje del mercado eléctrico para que dentro de este compitan los generadores renovables para adjudicarse un ingreso garantizado anual. De esa forma, el Estado mantiene su rol subsidiario, pero emplea su actividad de fomento para promover que los privados se interesen en invertir en generación eléctrica con energías renovables no convencionales.

La libre iniciativa privada se cumple puesto que cualquiera que lo desee puede participar en el mercado eléctrico utilizando energías renovables no convencionales. La subasta tiene por finalidad garantizar los ingresos anuales a los adjudicatarios, pero no es una restricción para participar en el mercado. Asimismo, la libertad de empresa se da en el hecho que los inversionistas pueden elegir la fuente energética con la cual producirán su electricidad, conforme a sus propios estudios y decisiones empresariales.

También existe libertad de acceso al mercado, puesto que la participación en la subasta se da de forma abierta, con el previo cumplimiento de requisitos administrativos y, posteriormente, sujeta a sanciones en caso de incumplimiento de los contratos suscritos tras la adjudicación. Únicamente, se ha restringido el beneficio de la tarifa adjudicada a largo plazo para los generadores renovables que se hayan comprometido a entregar electricidad hasta que se alcance el 5% del consumo eléctrico nacional con fuentes de origen renovable no convencional. Esta restricción tiene su fundamento en que se requiere incurrir en costos de adaptación del sistema para el suministro no continuo de fuentes no disponibles todo el día, y para no afectar a los usuarios que pagan en sus tarifas eléctricas las primas a favor de los generadores renovables que aseguran sus ingresos garantizados anuales.

En consecuencia, en el presente trabajo concluimos que con el mecanismo de subastas de energías renovables no convencionales se promueve la inversión en generación eléctrica con estas fuentes, armonizando el derecho humano a gozar de un ambiente equilibrado y el uso sostenible de recursos energéticos con los principios económicos establecidos en la Constitución Política de 1993.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALTOMONTE, Hugo; “América Latina y el Caribe frente a la coyuntura energética internacional: oportunidades para una nueva agenda de políticas”. Documento elaborado por la Unidad de Recursos Naturales y Energía de CEPAL; Santiago de Chile, 2008
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Principios de Derecho Público Económico”, Editorial Comares S.L., Madrid, 2004
- DIEZ-PICASO, Luis y Antonio GULLÓN; “Sistema de Derecho Civil”, Volumen I 10º edición; Tecnos, Madrid, 2001
- DROMI, José Roberto; Derecho Administrativo Económico Parte 1”; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983
- GARRIDO FALLA, Fernando; “Tratado de Derecho Administrativo” Vol. II; Editorial Tecnos, Madrid, 2002
- JORDANA DE POZAS, Luis; “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”. En: Revista de Estudios políticos N° 48, Madrid, 1949
- LÓPEZ SAKO, Masao Javier; “Regulación y autorización de los parques eólicos”; Thomson Civitas, Navarra, 2008
- OCHOA CARDICH, César. “Bases fundamentales de la Constitución Económica de 1993”. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 11, Comisión Andina de Juristas; Lima, 1995
- ORTEGA RODRIGUEZ, Mario; “Energías renovables”; Editorial Paraninfo, Madrid, 1999
- PARENTE, Alessio; “Principios de Derecho Comunitario de la Energía”, De la tesis de Doctorado Principi di diritto comunitario dell’energia, en la Universidad de Castilla La Mancha, 2009
- ROJAS MONTES, Verónica y Pedro GAMIO AITA; “La lucha contra el cambio climático. Propuestas para reflexionar: energías renovables y protección de bosques amazónicos”. En: El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Ponencias

presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo; Grijley, Lima, 2008

- RUBIO CORREA, Marcial; “Estudio de la Constitución Política de 1993” Tomo 3. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999
- SALVATIERRA COMBINA, Rolando “Sector Eléctrico: entre la regulación y la competencia”; en: Revista del Foro N° 96 Año XCII, Ilustre Colegio de Abogados, Lima, 2010-II
- TAMPIER, Martin y Jean-Philippe BEAULIEU, “Estudios de caso sobre financiamiento en materia de energía renovable: lecciones derivadas de iniciativas exitosas”; Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión para la Cooperación Ambiental, Montreal, 2006
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, del Expediente N° 0048-2004-PI/TC.

EL PROCESO INMEDIATO EN CASO DE FLAGRANCIA ¿UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DEL PROCESO SUMARIO?

Por: Rafael Vega Llapapasca^{1 2}

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EL PROCESO COMÚN Y LA REFORMA OLVIDADA DE 1939: LAS BUENAS INTENCIONES III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCESO SUMARIO: EL NACIMIENTO ESPURIO Y LA GANGRENA QUE AÚN HOY PERVIVE IV. EL PROCESO INMEDIATO EN CASO DE FLAGRANCIA: DESBORDE Y CRISIS DEL SISTEMA V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL FINO HILO CONDUCTOR ENTRE EL PROCESO SUMARIO Y EL PROCESO INMEDIATO VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Proceso Sumario ha hecho ya mucho daño a la administración de justicia penal en nuestro país, pero se resiste a morir, continúa su andar azaroso en los tribunales, como una vieja y pesada carreta que se mete a una autopista, sólo para entorpecer el tráfico y generar malestar a los usuarios.

En un tiempo en que en Latinoamérica se ha desechado las tendencias inquisitivas o mixtas (aunque hay que reconocer que hay aun lugares como España donde perviven) por sistemas de corte acusatorio y, como sucede en nuestro país con el Código Procesal Penal de 2004 – Decreto Legislativo 957, de tendencia adversarial, el Proceso Sumario es un arcaísmo.

1 Abogado por la UNMSM, profesor contratado en el año académico 2015 de la Cátedra Derecho Penal IV en la misma casa de estudios, con estudios concluidos en la maestría en Ciencias Penales también en la UNMSM, miembro fundador del Instituto Cesare Beccaria, miembro de las Comisión de Estudio de Derecho Procesal Penal y Cortes Internacionales y de la Comisión Consultiva Derecho Penal del Colegio de Abogados de Lima en el año 2016. Actualmente labora en el Estudio Rodríguez Hurtado.

2 A Karen Ariadna, por ser mi eterna sonrisa, mi esperanza y mi felicidad.

Se pensó que el arribo del nuevo cuerpo procesal, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, cuya puesta en marcha se dio el año 2006, cerraría el ciclo del Proceso Sumario, se habría hallado, entonces, solución a esta patología procesal, a este terrible mal que aquejaba al mayor número de causas en nuestro país (y que aun tramita la mayor parte en Lima). Craso error, diez años después aún goza de una vitalidad envidiable, y así el Código Procesal Penal se implemente completamente, tomará tiempo olvidarnos de ese lastre, ¿o tal vez no?

La modificación del Proceso Inmediato, vía el Decreto Legislativo 1194, ha transformado dicho proceso especial en un discutible mecanismo de simplificación procedimental que tiene como norte llegar a una sentencia más rápido, pero desconociendo derechos y garantías, recortando plazos y suprimiendo fases procesales, todo ello de manera obligatoria. Nuestros peores temores se materializaron: el Proceso Sumario ha vuelto. Las líneas que siguen tratarán de explicar el cómo.

II. EL PROCESO COMÚN Y LA REFORMA OLVIDADA DE 1939: LAS BUENAS INTENCIONES

El artículo 1° del Código de Procedimientos Penales de 1940 dispone que el proceso común (ahora conocido como proceso ordinario) se divide en dos etapas: la primera, conocida como “etapa de instrucción” o “período de investigación”, consiste en el conjunto de actos de investigación tendientes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de los autores, directrices que se ven reunidas en el artículo 72°, donde se establece que el objeto de la instrucción es *reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados.*

La Segunda etapa es la conocida como “enjuiciamiento” o “juicio oral”, cuya principal característica es, nos dice Vázquez Rossi, la de ser *el momento fundamental (...) de todos los procedimientos penales*³, en tanto, en la misma se arribará a una decisión a partir de la prueba actuada en audiencia. San Martín Castro hace una interesante división de esta etapa en periodos⁴:

- El primero de ellos se inicia con la apertura del juicio oral, dictada por el Presidente del Tribunal (Art. 234° del C. de P. P.), a partir del cual todos los actos son públicos (Art. 215° del C. de P. P.), por lo que podemos considerarlo como el *periodo inicial*.
- Posteriormente entraremos al *periodo probatorio* o de asunción de pruebas (Arts. 237° a 262° del C. de P. P.), en el cual, citando a Inés Horvitz Lennon, María, “el tribunal debe

3 Vazquez Rossi, Jorge: Derecho Procesal Penal Chileno. t. II – El proceso penal. Editorial Rubinzal Culzoni; Bs. As – Argentina. 1997. Pág. 423

4 San Martín Castro, Cesar: Derecho Procesal Penal. Tercera Edición, Grijley, Lima, 2014. Pág. 601.

formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, esto es, la que ha percibido por sí mismo originaria e inmediatamente⁵.

- Después de la actuación de las pruebas entramos al *periodo decisivo*, en el cual *las partes realizan el análisis de fondo y forma, de hecho y derecho, del caso en análisis*⁶ (Arts. 273°, 276°, 277°, 278° y 279° del C. de P. P.), finalizando con la deliberación (Art. 279° del C. de P. P.) y la sentencia (Arts. 280° a 291°) por parte de la Sala.

III.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCESO SUMARIO: EL NACIMIENTO ESPURIO Y LA GANGRENA QUE AÚN HOY PERVIVE

El Anteproyecto de 1939 del Código de Procedimientos Penales daba cuenta de un formal rechazo a las intenciones del legislador de *entregar los juzgamientos de ciertos delitos a los Instructores, dejando sólo los de mayor gravedad al Tribunal Correccional*, en tanto esta forma de acusa un total desinterés en la valoración de pruebas, ausencia de oralidad y vulneración al principio acusatorio, por lo que el señalado anteproyecto lo consideró “una vuelta al pasado, una alteración en el juzgamiento, que rompe la unidad y la claridad del procedimiento... sin conseguir el objetivo deseado de evitar la acumulación de causas(...)”⁷.

Sin embargo, no fue hasta el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado, cuando se materializó una nueva vía de juzgamiento mediante el Decreto Ley 17110– Disponen normas procesales para activas los juicios y hacer pronta y oportuna⁸, publicada el 8 de noviembre de 1968.

La promulgación de esta norma (de indiscutible carácter inquisitivo), se fundamenta en “la pronta y oportuna administración de justicia penal”, lo que se traducía, como no, en reducción de plazos y trámites bajo la vulneración del derecho del debido proceso que resguarda al encausado. La oralidad en nueva vía procedimental era prácticamente inexistente y opcional, llegándose al extremo que el Juez Instructor de la causa “pronunciaría sentencia habiéndose o no producido alegatos o informes”⁹.

Los gobiernos militares cedieron el paso a mandatos autodenominados como democráticos que propugnaban un supuesto acatamiento a los derechos y garantías de los ciudadanos;

5 Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julian: Derecho Procesal Penal Chileno, T. II., Ed Jurídica Chile, Santiago – Chile, 2004. Pág. 268.

6 Vázquez Rossi, Jorge: Op. Cit.. p. 427

7 Guzmán Ferrer, Fernando: Código de Procedimientos Penales 8ª Edición, Edit. Cuzco, Lima, 1992. Pág. 15

8 Se puede ver el texto completo del D.Ley 17110 en: <http://goo.gl/4WSebg>

9 D. Ley 17110:

Artículo 8°. — *Producidos o no los alegatos o informes, el Juez Instructor pronunciará sentencia en el término de doce días. Contra esta resolución podrá interponerse apelación dentro del plazo de 24 horas o a falta de esta será elevada en consulta al Tribunal Correccional. – Posteriormente derogado por el Art. 11 del Decreto Ley N° 18060, publicado el 26-12-1969.*

sin embargo, pese a la primacía de la Constitución que todo proceso (sobre todo penal) debe tener, dicho cariz demócrata no impidió que el Decreto Ley 17110 siguiera aplicándose, hasta su derogación el 12.06.81 mediante por el Decreto Legislativo 124 – Proceso Penal Sumario, un cambio que podríamos considerarlo para peor: las palabras iniciales de dicha ley, a modo de exposición de motivos, señalaba que en el fenecido Decreto Ley 17110 [...] *se establecieron normas procesales tendientes a conseguir una pronta y oportuna Administración de la Justicia Penal, mediante la implantación de un Proceso Sumario y otorgando la facultad de fallo a los Jueces Instructores en determinados delitos [...]* y que se logró sólo en parte esa finalidad, debido al número limitado de delitos en los que el Juez (instructor) tiene facultad de sentenciar. Dichas afirmaciones contradicen los principios ya formulados en la Constitución de 1979, vigente al momento de la promulgación de dicho decreto.

De esta manera, y bajo la consagración de un gobierno al que ya no se podría acusar de represivo ni autoritario, esta nueva vía procesal abarcaría prácticamente todos los tipos legales, siendo únicamente aquellos delitos considerados como de mayor peligrosidad juzgados en la

“El desborde de la criminalidad exige respuestas por parte del gobierno”

vía ordinaria (la originaria vía procedimental única del C. de P. P. de 1940). Así, los jueces de instrucción volverían a tener facultades de investigación (no habiendo diferenciación entre actividad indagatoria y actividad probatoria) y de fallo¹⁰, la investigación duraría como máximo 60 días, con opción a prorrogarse otros 30 días.

En un inicio, los informes de defensa únicamente sólo podrían ser presentados, en clara muestra de su naturaleza inquisitiva, por escrito (desconociendo el principio de oralidad), ello hasta la modificatoria realizada por el Artículo 2 de la Ley N° 28117, publicada el 10.12.2003 (22 años y cientos de miles de procesos después de la norma originaria) que dispuso que dichos informes tuvieran la opción (ojo: sólo la opción) de ser sustentados oralmente a pedido de parte¹¹.

La historia actual del proceso sumario tiene un paralelismo con la situación política del país: hubieron dos reformas del proceso penal fallidas, la de 1991 y la de 1995, tiempo durante el cual nuevamente se estableció un gobierno dictatorial, el regreso a la democracia, con sus idas y vueltas, nos dio como resultado la promulgación del Decreto Legislativo 957 – Código Procesal Penal, publicado el 29 de julio de 2004.

Desde su puesta en marcha en Huaura en el 2006, lleva ya casi 10 años de avance, con sus defectos, errores y necesarias mejoras, pero que moderniza y constitucionaliza el proceso penal,

10 D. L. 124.-

Artículo 1.- Los Jueces de Primera Instancia en lo Penal conocerán en juicio sumario y sentenciarán con arreglo al presente Decreto Legislativo los delitos tipificados por el Código Penal y leyes especiales que se precisan en el artículo siguiente. En los casos de concurso de delitos, alguno de los cuales sea más grave que los comprendidos en la presente Ley, el procedimiento se seguirá por los trámites del proceso ordinario previstos en el Código de Procedimientos Penales.

11 D. L. 124.-

Artículo 5.- Con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de diez días, plazo común para que los abogados defensores presenten los informes escritos que correspondan o soliciten informe oral. Vencido dicho plazo no es admisible el pedido de informe oral.

en defensa no únicamente de los derechos de los procesados (como cierto sector lo quiere hacer ver) sino de todas las partes: los fiscales tienen más y mejores herramientas para la investigación (la cual es de su pleno dominio); el Juez Penal deja de lado las funciones de instructor y se dedica a garantizar el pleno respecto de las partes por la norma penal, procesal penal y –sobre todo– constitucional; la parte agraviada por primera vez se ve representada debidamente, con todos los deberes y derechos que le asisten para ver resarcido el daño que se le pudiere haber infringido, entre otros, etc.

IV. EL PROCESO INMEDIATO EN CASO DE FLAGRANCIA: DESBORDE Y CRISIS DEL SISTEMA

a. La Reforma Procesal Penal: Trasfondo de tropiezos, respuestas facilistas

El desborde de la criminalidad exige respuestas por parte del gobierno, las cuales, del fuera de la mera promulgación de leyes especiales y modificatorias procesales, vía una preocupante reducción de los derechos fundamentales y garantías procesales en pos de la creación de un estado represor, que se acomoda a impartir una justicia que no es tal, la reducción de plazos, y actuaciones no garantiza una justicia eficaz en sus verdaderos fines: la búsqueda de la verdad, la efectiva reparación del daño y la solución del conflicto.

La inseguridad ciudadana, en opinión personal, no se combate con normas, sino con políticas de estado (educación, mejoras en la organización policial, apoyo en la reforma procesal, mayor presupuesto a los órganos jurisdiccionales, capacitación a policías, fiscales, jueces y demás personal de despacho), un país como el nuestro, en el que las normas son letra muerta requiere un cambio en la sociedad completa, que nos permita coadyuvar a un verdadero desarrollo y ello sólo se logra con una concientización a través de principios y valores rectores que debemos hacer nuestros.

La antedicha proliferación de legislación represiva (las Leyes N° 30076, 30077 y los Decretos Legislativos N° 1194 y 1206 y 1229) en los últimos años no da con soluciones reales, sino que genera una mascarada, una pantomima mediante la cual en casos menores ingresamos ciudadanos a las cárceles con actos procesales mínimos, insuficientes y defectuosos¹², dando una imagen de mano dura, cuando la criminalidad no tiene fin, siendo el ejemplo más claro el hecho que la Provincia Constitucional del Callao se encuentra en Estado de Emergencia declarado el 04 de diciembre del año pasado¹³ y que hasta la fecha sigue vigente, al haber sido ampliado por tercera vez¹⁴.

12 El caso más escandaloso sería el del ciudadano Víctor Chu Cerrato quien por proferir bravuconadas e insultos se le impuso 9 meses de prisión preventiva, efectivizándose dos meses, y posteriormente 4 años de pena privativa de la libertad suspendida y 22 mil soles de reparación civil por el delito de violencia contra la autoridad agravada (art. 367° CP, segundo párrafo, inc. 3), el video de la audiencia se puede ver en: <https://youtu.be/-rX5mywZPNk>

13 Mediante el Decreto Supremo N° 083-2015-PCM, publicado el 04 de febrero de 2015 en el diario oficial El Peruano: <http://goo.gl/cqfyot>

14 Mediante el Decreto Supremo N° 076-2016-PCM, publicado el 15 de abril de 2016 en el diario oficial El Peruano:

b. El Proceso Inmediato antes de la modificatoria: inaplicación por desconocimiento e ineficiencia.

Refiriéndonos directamente respecto del llamado Proceso Inmediato (Decreto Legislativo N° 1194), este ya estaba contemplado en la redacción original del Código Procesal Penal de 2004, siendo este, a decir de Neyra Flores, “aquel proceso especial que, en aras de la celeridad de los procesos penales, pasa directamente de la fase de diligencias preliminares al juicio oral, obviando llevar a cabo las etapas de investigación preparatoria y la intermedia de un proceso común (...) puede realizarse, inclusive, cuando el Fiscal haya formalizado la Investigación Preparatoria, siempre y cuando éste lo solicite antes de los treinta días de haberse producido esta formalización (...) se encuentra pues determinado por la falta de necesidad de realizar la investigación preparatoria, debido a la existencia de flagrancia delictiva, confesión del imputado en la comisión del delito y/o porque los elementos de convicción evidencian la materialización del ilícito penal y la participación del imputado”¹⁵.

La excepcionalidad de este proceso especial era evidente, en tanto solamente en casos donde la ausencia de necesidad de continuar con la actuación indagatoria se ponga de manifiesto, en todos los casos, incluido la flagrancia y la confesión de parte, deban existir elementos de convicción que ratifiquen la comisión del hecho delictivo y el vínculo del investigado con la parte.

c. El Decreto Legislativo N° 1194: si no es por la razón será por la fuerza

El Decreto Legislativo N° 1194¹⁶, publicado el 30 de agosto de 2015, cambió este paradigma, en tanto la excepción se volvió regla bajo la excusa de la necesidad de la seguridad ciudadana; así la exposición de motivos del antedicho D.L. establece que los métodos alternativos o de simplificación procesal “constituyen en conjunto uno de los pilares principales del Código Procesal Penal, pues permite simplificar, economizar y descongestionar el Sistema de Justicia Penal, logrando resultados de mayor eficacia en la respuesta penal frente a los punibles”¹⁷.

La importancia de su implementación, continuando con la exposición de motivos, “radica en su grado de intervención y naturaleza –sobre aquellos delitos que configuran flagrancia delictiva– ofreciendo un tratamiento procedimental simplificado y eficaz frente al delito flagrante (...) a diferencia del proceso común donde el caso deberá transitar todas las etapas procesales (...)”¹⁸.

La primera crítica importante que se ha hecho del proceso inmediato está en la modificatoria al artículo 446° del CPP 04,² cuando se señala como “deber” del Fiscal el solicitar la incoación del proceso inmediato, cuando concurren las circunstancias antes mencionadas además de los casos de omisión de asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, con el condicionante

<http://goo.gl/8klGN9>

15 Neyra Flores, José Antonio: Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral, Idemsa, Lima, 2010. Pág. 431.

16 Texto completo del D.L. 11994: <http://goo.gl/ejre9F>

17 Exposición de Motivos del D.L. N° 1194, pág. 3 en: <http://goo.gl/TvZzOY>

18 Exposición de Motivos del D.L. N° 1194: Op. Cit. Pág. 4.

de que no hacerlo incurriría en “responsabilidad”. Esta “obligatoriedad” ha planteado una polémica grande, siendo que uno de los “padres” de este proceso inmediato, nos referimos a Juez costarricense Alfredo Araya Vega, ha considerado dicho verbo como inconstitucional, instando a que vuelva a ser facultativo su petitorio para los fiscales, toda vez que “el proceso especial debe ser la excepción y no la regla”¹⁹.

Por su parte el propio Fiscal de la Nación y profesor universitario Pablo Sánchez Velarde reconoce que la norma al llevar la palabra “deberá” es discutible dado que *en la práctica quien califica la flagrancia es el fiscal. Si dicha autoridad considera que los hechos no configuran flagrancia, no está obligado a requerir el proceso inmediato. Si existiendo flagrancia, el fiscal no cuenta con los elementos de prueba materiales inmediatos para sustentar su pedido ante el juez (por demora en las pesquisas, por ejemplo), deberá seguir con el proceso común*²⁰.

Respecto a las circunstancias bajo las que se requiere la invocación de un proceso inmediato, podemos identificar cuatro:

- i. Respecto al caso de flagrancia delictiva, tanto el art. 259º del CPP 04²¹ como el art. 4º de la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito²², dan un mismo tratamiento para dicha situación, afirmándola como aquella situación en la que el sujeto es descubierto en la realización del hecho punible, cuando acaba de cometerlo, cuando pese a huir ha sido identificado por quien haya presenciado el hecho delictivo dentro de las 24 horas de producido o cuando el agente es detenido dentro de las 24 horas después de la perpetración con instrumentos o efectos que lo vinculen al ilícito; por lo que están necesariamente conectadas con aquellas situaciones fácticas en las que se excusa la autorización judicial previa para evitar situaciones como la consumación del delito, el agotamiento del ya cometido, la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito.
- ii. La confesión, por su parte, regulado por los artículos 160º y 161º del CPP 04²³, implica, refiere San Martín Castro, una aceptación de cargos en sede judicial, admitiendo los hechos objeto de imputación, habiendo sido formulada de manera libre y voluntaria y con presencia de su abogado defensor²³. Al ser esta sincera podrá imponérsele, de acuerdo al criterio del juzgador, la disminución prudencial de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.

19 Araya Vega, Alfredo: El nuevo proceso inmediato (D.L. N° 1194). Hacia un modelo de una justicia como servicio público de calidad con rostro humano, en Actualidad Penal – Marzo 2016 / Vol.21 editado por Instituto Pacífico, Lima. Pág. 76.

20 Sánchez Velarde, Pablo: La flagrancia y el proceso inmediato, columna aparecida en el portal web del Diario El Comercio, de 01 de febrero de 2016: <http://goo.gl/m5kgNk>

21 Puesto en vigencia en todo el país desde el 01 de julio de 2009 según el art. 2º de la Ley N° 29372, publicado el 01 de julio de 2009.

22 Que curiosamente no ha sido derogado.

23 San Martín Castro, César E.: Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004; Editado por el INPECCP y Jurista Editores, Lima, 2015. Pág. 525.

- iii. Cuando los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, citando nuevamente a San Martín Castro, “se trata de un estado de conocimiento del hecho y de su autor especialmente claro en esta fase del procedimiento de averiguación, que no se preste a polémica fundadas o que adolezca de ciertas lagunas que determine la necesidad de actos de investigación adicionales o de corroboración”²⁴.
- iv. En los casos de omisión de asistencia familiar (149° CP) y conducción en estado de ebriedad o drogadicción (274° CP), en ambos delitos ya se les considera como previamente acreditados: mediante los documentos remitidos por el juzgado de paz (vg. las resoluciones que declaran firme el monto, la pericia contable que son prueba pre-constituida) y por la policía (el examen de alcoholemia o toxicológico, que son prueba anticipada).

En relación al régimen de audiencias, el proceso inmediato comprende hasta tres de las mismas:

- La audiencia única de incoación (art. 447° CPP 04’) para determinar la procedencia del proceso inmediato. Esta audiencia debe ser solicitada dentro del plazo y antes del vencimiento de la prisión preventiva (24 horas, salvo casos especiales), teniendo 48 horas posteriores para la realización de la audiencia. Es criticable el hecho que de manera inconstitucional (desconociendo lo señalado en el art. 2° inc. 24, g. de la Carta Magna) se amplíe la detención preliminar judicial, manteniendo hasta 72 horas detenida a una persona sin mayor justificación que una presunta seguridad jurídica. En esta audiencia, además de la procedencia de la incoación, se decidirá sobre la medida coercitiva y la procedencia de algún mecanismo de justicia penal negociada (principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada).
- Dentro de la audiencia de juicio inmediato se hace control de la acusación, debiendo el fiscal dar resumida cuenta los hechos, la calificación jurídica y las pruebas que ofrecerá para su admisión, previo compromiso de las partes a preparar y convocar sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos. En caso haya defectos formales el Juez dispondrá subsanar el requerimiento acusatorio en la misma audiencia; a su vez las partes podrán hacer uso de sus prerrogativas que, en relación a la acusación, dispone el art. 350 CPP 04’ (vg. observaciones formales, deducción de excepciones, solicitud de revocación de medida coercitiva, pedido de sobreseimiento, etc.).
- El juez, una vez pasado el filtro de control de la acusación y resuelta las cuestiones planteadas, dictará acumulativamente el auto de enjuiciamiento y citación a juicio, de manera inmediata y oral. Por cuestiones de tiempo, se podrá citar a sesiones continuas no pudiendo el magistrado conocer otras causas mientras no se resuelva la ya iniciada. Este procedimiento seguirá las reglas del proceso común, siempre y cuando “sean compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato”, vale decir, se da amplia

24 San Martín Castro, César E.: Op. Cit., 2015. Pág. 525.

discrecionalidad al magistrado de prescindir de actuaciones que, a su criterio, le puedan parecer dilatorias.

V.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL FINO HILO CONDUCTOR ENTRE EL PROCESO SUMARIO Y EL PROCESO INMEDIATO

La reforma procesal penal ha pasado por difíciles y pesados trancos y barrancos: desde una accidentada implementación, en la que los mecanismos no eran claros, la falta de presupuesto, los problemas de las capacitaciones; pasando por los primeros movimientos anti-reforma encabezados principalmente por la Policía Nacional del Perú, la cual buscaba a toda forma hacer de la investigación su feudo; sin olvidar las dilaciones y postergaciones de las fechas de la implementación progresiva, que desde el 2006, es decir, 10 años ya, busca que todos nuestros connacionales puedan acceder a una justicia penal moderna, garantista y garantizadora de los derechos de todas las partes, apegada a la constitución, que busca la estrategia de la teoría del caso por sobre la improvisación, que rompe con la cultura del expediente y prepondera la oralidad como el arma principal para la defensa de los intereses de las partes, en un régimen de audiencias.

Uno de los últimos ataques que ha sufrido la reforma procesal en el Perú se ha dado con la modificación del llamado proceso inmediato, el mismo que se ha puesto en marcha tanto para aquellos lugares donde se imparte justicia con el CPP 04¹, como adelantándose su vigencia para donde aún rige el C de PP; las críticas a la inconstitucionalidad manifiesta del Proceso Sumario, parecen haber caído siempre en saco roto, incluso ahora, con la inminente llegada de un nuevo cuerpo normativo procesal, la sombra de esta patología procesal pervive y esa sombra es el Proceso Inmediato.

Ya no se habla es verdad, de un juez instructor (que conjuga investigación y sentencia), de un fiscal que sólo acusa (sin dirigir ninguna actuación) y de ausencia de oralidad; pero el proceso inmediato sí vulnera el derecho de defensa, recortando al ridículo (por lo menos en los casos de flagrancia) el tiempo de organización de la defensa, de una norma obliga al fiscal a que en los casos detallados líneas arriba solicite la incoación, sin pararse a pensar que, más allá de la supuesta flagrancia, pueden existir casos en los que efectivamente no sea necesaria la aplicación de este proceso especial, sino que se continúen las pesquisas a nivel preliminar, en consagración del verdadero fin del proceso: encontrar la verdad.

El rol del juez se ve también recortado, en primer término en tanto el Juez de la Investigación, tanto se aleja de su papel de juez de garantías, para, primero calificar una solicitud de incoación, instar a una terminación anticipada o calificar la suerte de las medidas coercitivas de un procesado que vendrá generalmente con una detención preliminar, lo cual, puede generar cierto prejuicio e inferir que sea necesario que el encausado siga privado de su libertad. Por su

“La inseguridad ciudadana, en opinión personal, no se combate con normas, sino con políticas de estado”

parte, el Juez de Juicio se irroga la función de hacer control de acusación “en la misma audiencia de juicio inmediato”, para posteriormente proseguir con el juicio, pese a que ya se ha contaminado, conociendo los hechos y las pruebas, calificando la acusación, para después proseguir, como si siguiera impoluto.

He ahí la nueva manifestación del proceso sumario: más moderno, más estilizado, con audiencias, pero en la que pervive el desorden, los derechos recortados, los tiempos irrisorios y el intercambio de roles que termina por desnaturalizar el proceso. Una verdadera pena que así se atente contra la reforma procesal y su auténtico interés: que los ciudadanos cuenten con un proceso que siquiera les garantice estándares mínimos de justicia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA VEGA, Alfredo: El nuevo proceso inmediato (D.L. N° 1194). Hacia un modelo de una justicia como servicio público de calidad con rostro humano, en *Actualidad Penal* – Marzo 2016 / Vol.21, editado por Instituto Pacífico, Lima. Págs. 70-77.
- Guzmán Ferrer, Fernando: *Código de Procedimientos Penales 8ª Edición*, Edit. Cuzco, Lima, 1992.
- HORVITZ LENNON, María Inés y López Masle, Julian: *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II., Ed Jurídica Chile, Santiago – Chile, 2004.
- NEYRA FLORES, José Antonio: *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar:
 - *Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición, Grijley, Lima, 2014.
 - *Derecho Procesal Penal*. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004; Editado por el INPECCP y Jurista Editores, Lima, 2015.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: La flagrancia y el proceso inmediato, columna aparecida en el portal web del Diario El Comercio, de 01 de febrero de 2016: <http://goo.gl/m5kgNk>
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge: *Derecho Procesal Penal Chileno*. t. II – El proceso penal. Editorial Rubinzal Culzoni; Bs. As – Argentina. 1997.

EL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL EN EL PERÚ

Dra. Elba Pérez Cárdenas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR III. EL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL IV. EL PROBLEMA DEL INDIGENA EN EL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL V. CRÍTICA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL VI. TENDENCIA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL Y LA TRANSFORMACION DE LA COMUNIDAD INDIGENA A TRAVES DE LA CRISIS DEL SISTEMA FEUDAL VII. EL DERECHO DE PROPIEDAD COLONIAL GENERO EXPLOTACIÓN Y ESCLAVITUD EN LA COMUNIDAD INDIGENA VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro medio hemos visto como el derecho de propiedad ha ido desarrollándose y entrando en el Perú, este desarrollo se puede ver a través de la historia, la llegada de los conquistadores al Perú modificó mucho nuestro sistema de propiedad quitándole el valor a la tierra, a la agricultura y a la comunidad indígena, creando e instaurando el sistema feudal en el que solo pertenecían un grupo de personas, quienes eran enviados del rey a sus colonias para que cumplan con sus mandatos y administren los bienes, hagan uso, goce y disfrute de la propiedad y sus frutos que se generaban en ella, con el fin de cumplir y seguir produciendo debido a que España se volvió el eje principal del comercio, así mismo, los conquistadores al llegar al Perú tuvieron un acceso al derecho de propiedad por medio de la apropiación, debido a que se apropiaron de nuestros recursos naturales, minerales y de la materia prima.

Por otro lado, España pugnaba por solucionar la crisis de su sistema feudal a través de una expansión territorial, para constituirse así como una economía mundial mercantil y de división internacional de trabajo. La explotación minera y de materia prima fue el eje de producción colonial a la que luego con el intercambio de mercancías se articuló la agricultura, a través de una estructura legal de comercio basándose en un principio mercantil y de comercio, pero a pesar de ello aún seguía en crisis el sistema feudal por lo que deciden incorporar a la población indígena

a la economía mercantil con una estructura legalizada, pero que en realidad, seguía siendo una explotación al pueblo indígena ya que existía una mano de obra barata, y esto se podía observar a través de los tributos, diezmo, entre otros. Ellos tenían acceso al derecho de propiedad por medio de una imposición violenta justificada ideológicamente como un *quid pro quo* de protección a cambio de trabajo y sumisión, pero no todo duraría para siempre el sistema feudal entraría en crisis y su final por el ejército napoleónico.

Sin embargo, ya habiéndose acabado la casi esclavitud de los peruanos y volviéndose republicanos a través de la independencia, seguían bajo la sombra de la estructura económico-política del sistema feudal de sus conquistadores, impidiendo así el desarrollo y la inclusión a nuevas modificaciones y estructuras.

En cuanto al sistema de propiedad de la tierra determina el régimen político y administrativo de toda nación y como hemos podido ver al pasar de los años que el derecho de propiedad se ha impuesto y desplegado en el mundo financiero, tal es así que nuestro sistema de propiedad en la actualidad se encuentra regulado en nuestro código civil y la constitución, así mismo el derecho de propiedad sin duda es el nuevo perfil práctico que el mercado ha creado para otorgarle al sistema de propiedad más versatilidad, pero a su vez en algunos casos han dejado estructuras no específicas como quien tiene la titularidad del bien o quien ejerce el derecho de propiedad en sí.

Actualmente cuando hablamos de un derecho de propiedad no se habla de un acto constitutivo sino de un derecho de propiedad inviolable, garantizado por el estado en su artículo 70° de la Constitución, así mismo el código civil en su artículo 923°, nos dice que el derecho de propiedad es “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”. Como se aprecia, una de las facultades que confiere el derecho de propiedad es la de reivindicar el bien debiendo para ello probar ser el propietario, que se trate del mismo cuya titularidad ostenta el código civil nos habla sobre el titular del bien es aquel que hace uso, goce, disfrute, y disposición del bien y de sus bienes futuros productos de la explotación del bien propio.

II. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR

El sistema de propiedad en la actualidad se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico a través del código civil y como un derecho garantizado en nuestra constitución en su artículo 70° en el que se estipula lo siguiente: *El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio*¹ de esta manera vemos que en principio la propiedad es un derecho real del cual se puede hacer un

1 CONSTITUCION POLITICA DEL PERU
1993 TITULO III DEL REGIMEN ECONOMICO.DEL CAPITULO III DE LA PROPIEDAD art. 70

goce, uso, disfrute, y disponer libremente de las cosas o bienes hasta las últimas consecuencias sin hacer abuso de ello, ya que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, por tanto, debe ejercitarse dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común, aunque, la ley puede privarnos de este derecho de propiedad a través de la expropiación, acto por el cual el estado priva a un individuo de su propiedad con el objetivo de emplear en beneficio o utilidad de la sociedad. Del mismo modo, nuestro código civil peruano en su artículo 923°, estipula lo siguiente: *La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.* Como bien se aprecia, y a diferencia de lo que estipula nuestra constitución se añade una de las facultades que confiere el derecho de propiedad que es la de reivindicar el bien debiendo para ello probar que se es el propietario, y que se trate del mismo cuya titularidad ostenta.

De esta manera podemos observar cómo el derecho de propiedad ha ido desarrollándose hasta llegar a estar regulado en nuestro código civil peruano y la constitución política del Perú, teniendo así un despliegue importante para la sociedad, ya que el derecho de propiedad surge para cumplir con fines colectivos y no con fines de interés propio ya que debe ejercerse en armonía con el interés social, un punto muy importante que en la época de la colonia se ve vulnerado en su totalidad, debido a que en el sistema de propiedad colonial solo cumplía con fines de interés propio del rey, atentando así contra el bien común, apropiándose de las propiedades, las tierras, recursos naturales, minerales y materia prima generando un clima inhóspito para los indígenas, hasta llegarlos a convertir en esclavos para que trabajaran la tierra y la mina por obligación y sin derecho a nada, pero esto solo sería el inicio ya que al entrar en crisis el sistema feudal, los indígenas serían incorporados a la economía mercantil recibiendo un salario de mano de obra barata y alimento.

Por otro lado, el derecho de propiedad antes de estar regulado en nuestro sistema jurídico, pasó por muchas modificaciones a lo largo de la historia peruana, estas modificaciones y desarrollo del sistema de propiedad se inician con la llegada de los conquistadores al Perú, en el cual los españoles por medio del sistema feudal le quitaron el valor a la tierra, la agricultura y a la comunidad indígena, a pesar que la gran mayoría de la comunidad indígena se dedicaba a la agricultura, pues ellos eran tradicionalmente agricultores; cultivaban productos alimenticios que abastecían como alimentos para ellos y también para la realización del comercio. Empero, con el sistema feudal el derecho de propiedad de los indígenas se vio vulnerado por medio de la apropiación de las tierras y la explotación de los indígenas al establecerse una mano de obra barata para trabajar en la tierra en cuanto a la agricultura y en las minas para la explotación de los recursos minerales, la cual se pudo observar a través de los diezmos, tributos, etc. Los productos agroindustriales cultivados y sembrados por la comunidad indígena en la propiedad de los terratenientes eran destinados para la exportación, estos productos no eran los mismos que cultivaban los incas, tales como: la caña de azúcar y el algodón. Estos alimentos fueron traídos por los españoles para su cultivo ya que ellos en Europa exportaban eso y es por ello que estos alimentos se concentraban en la costa y se mantenían bajo el control de los que ejercían el sistema feudal, cumpliendo así los enviados del rey a sus colonias con sus mandatos e intereses; administrando sus propiedades, haciendo uso, goce y disfrute de la propiedad como de sus frutos generados. En tal sentido, vemos que la llegada de los conquistadores al Perú nos solo modificó nuestro sistema de propiedad actual sino que también transformo al indígena en esclavo.

Respecto al tema, Julio Cotler, ganador de muchos premios y reconocimientos por su contribución al conocimiento de las ciencias sociales de América Latina a través de sus investigaciones, en el año 1978 publicó el libro titulado *Clases, Estado y Nación en el Perú*, considerado este libro como un clásico y habiéndose también publicado una tercera edición en el año 2005. Por consiguiente, en este libro en su primer y segundo capítulo va a tratar, a través de la herencia colonial y la desintegración político-económico y reorganización colonial,² sobre el sistema de propiedad colonial en el Perú y como los indígenas se convierten en esclavos; además para tratar y profundizar acerca de la gran influencia que ha legado la época colonial de nuestra historia en la sociedad actual y en su estructura político-económica de nuestro país, es necesario remontarnos hacia aquellos tiempos y cotejar las costumbres, vivencias y experiencias que nos permitan comprender el inminente efecto que ha dejado huellas y secuelas en nuestra propia idiosincrasia, vale decir en nuestra realidad actual y, es por ellos, que a continuación desarrollaré un breve resumen sobre los dos capítulos antes mencionados, para su mejor entendimiento.

III.

EL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL

3.1. La herencia colonial

La herencia colonial inicia si bien es cierto con la conquista a América Latina; cuando los españoles llegaron al Perú introdujeron la religión católica, el castellano y una estructura económico político, que fue aplicándose en todas las colonias, pero esta estructura económico-político fue desapareciendo a medida que los países se independizaban, pero este no fue el caso exactamente de Perú.

Es así que en la época de la Conquista, Europa pugnaba por resolver la crisis del sistema feudal por la que estaban pasando y es por ello, que por medio de la conquista al Perú se le permitió superar dicha crisis, constituyéndose así en una economía mundial de orden mercantil. La explotación minera fue el eje principal de la producción colonial, en especial la explotación y saqueo en las minas del oro y la plata, a las que también se articularon como eje de producción colonial a la agricultura, las artesanías y el comercio. El establecimiento legal de dichas relaciones sociales, destinadas a favorecer la apropiación mercantil de las zonas centrales del sistema global, selló la suerte y el destino histórico de la sociedad peruana³ (Cotler 2005: 52). Al respecto de la llegada de los españoles al Perú se puede ver que se afectó a la tierra y a la población indígena de una manera directa, haciéndolos cumplir con el rol de mano de obra barata y alimento barato, ya que ellos realizaban un trabajo forzado en la minas a cambio de un mínimo salario que no alcanzaba para la comida, trabajando así para el interés propio del rey de España y ya no para un interés colectivo.

Por otro lado, la función económica colonial de incorporar a la población indígena a la economía mercantil, fue más en condiciones de explotación colonial como esclavos asalariados, y no como comerciantes; esto mínimo salario se ve a través de los tributos, diezmos, reducciones,

2 COTLER, Julio. 1978 (2005) *Clase, Estado y Nación en el Perú*. Tercera Edición. Lima: IEP ediciones.

3 COTLER, Julio. "La Herencia Colonial" *Clases Estado y Nación en el Perú*. Lima: IEP ediciones, pp. 52-88

encomiendas y mitas, corregimientos y repartimientos. Esta relación económica y social con la comunidad indígena colocaba a España como eje integrador de sus diversas economías coloniales, engañando a los indígenas y convirtiéndolos en sus esclavos, por lo que la organización política patrimonial del sistema feudal se funda en la premisa que el Rey concedía a sus súbditos españoles la atribución de administrar su patrimonio particular, por la que ellos debían rendirle tributo y prestarle lealtad personal, a cambio de lo cual estos retenían los beneficios de dicha administración; es por ello que la estructura política colonial al encontrarse organizada en forma estamental y corporativa, fragmentó los intereses sociales, impidiendo el logro de una identidad común desde las primeras décadas del siglo XVIII España dictó una serie de medidas tendientes a la liberación del comercio intercolonial e internacional, ahora bien en este siglo, los comerciantes no dejaron de crecer en importancia económica, y esto se ve reflejado en la proporción de forasteros que era solo el 40% de la población. Esta población “flotante” como los denominó Cotler habitaba en los centros urbanos donde operaban como pequeños comerciantes, artesanos y asalariados. (Cotler 2005: 70).

A fines del siglo XVIII España, se vio envuelta en avatares de la guerra napoleónica viéndose imposibilitado de hacerse presente en América, entrando así a la crisis del sistema feudal, sin embargo, la invasión de España por los ejércitos napoleónicos y la deposición de Fernando VII significaron el descalabro de la monarquía española y el principio del fin de su explotación en América. Ello acarrió cambios políticos en las colonias y al romperse los lazos con la metrópoli, la aristocracia criolla no pudo servir de equipo de reemplazo y de estabilidad (Cotler 2005:88). Y así es como la dirección política del país cayó en mano de los jefes militares de la campaña de la independencia; sin embargo, al no tener suficiente poder económico, tuvieron que valerse de alianzas transitorias con diferentes oligarquías regionales o con distintos políticos.

3.2. Desintegración político-económico y reorganización colonial

En este segundo capítulo del libro de Julio Cotler, nos muestra como la independencia se presenta como una suerte de desintegración del orden patrimonial y ruptura del comercio colonial derivado de un proceso de “feudalización”, más conocido como el sistema feudal, que consistía en una relación de clientela entre caudillo y allegado que reposaba en el respaldo de sus seguidores en la medida que esta fuera capaz de otorgarles favores personales, por el simple hecho de ser cercanos al rey, así mismo la recomposición social de fines del siglo XVIII y la emergencia del caudillismo se expresó como una pugna entre conservadores y liberales, ya que ambos propugnaban formas contra puestas de organización social y política.⁴(Cotler 2005: 89-91)

El problema radicaba en plantear la necesidad de implantar el orden y la unidad de la república, ya que se vio fragmentada ese orden y unidad en la época colonial, estos grupos dominantes reeditaron la conquista española sobre la población indígena. Por más que se generaron oportunidades para la inversión en el país, como emisión de bonos, empréstitos y otros, inversión en ferrocarriles, no existía un plan de desarrollo, y es así que: la herencia colonial es traducida de manera cristalina en una falta de identidad nacional de la población campesina e

4 COTLER, Julio. “Desintegración Político-Económico y Reorganización Colonial”. Clases Estado y Nación en el Perú. Lima: IEP ediciones, pp.89-124

indígena con los sectores dominantes (Cotler 2005: 124). Finalmente en la conquista española se vio sometido al indígena, convirtiéndolo en esclavo a través de un sistema de propiedad colonial o también dicho un sistema feudal donde el indígena no podía tener acceso a propiedades o hectáreas de tierra para su uso propio de cultivo.

Del mismo modo, el escritor uruguayo Eduardo Galeano, en su libro publicado en 1971 *Las Venas Abiertas de América Latina*, analiza la historia de América Latina de modo global desde la colonización europea de América hasta la América Latina contemporánea, argumentando a través de crónicas y narraciones el constante saqueo y apropiación de los recursos naturales de la región por parte de los imperios coloniales entre los siglos XVI y XIX.⁵

En particular este libro, nos narra desde un inicio el origen del derecho romano como adquisición de un derecho justo, equitativo y humanista, se creyó que se estaba encontrando el equilibrio del hombre con la sociedad, sin embargo, el hombre al desarrollarse más y adquiriendo nuevos conocimientos tuvo la necesidad de explorar más nuevas tierras, ya no le eran suficientes sus propiedades, ahora el necesitaba recursos naturales, minerales y materia prima para seguir desarrollándose. Por un lado, España vivía el tiempo de la reconquista debido a que al agotarse su materia prima deciden ir a otros lugares que tuvieran lo que ellos ya tenían en escases. Y es así que Cristóbal Colon comienza a navegar en busca de nuevo lugares o como los españoles llamaron “el nuevo mundo” nacido de aquella equivocación de consecuencias grandiosas, y así es como se da el descubrimiento de América Latina, con el informe que dejó al morir Colon, en el cual él decía: que era un lugar maravilloso, lleno de recursos naturales, minerales y de materia prima, al enterarse de ello los españoles y debido a la escases en que se encontraban deciden navegar hacia América Latina para iniciar el saqueo y la apropiación de los recursos naturales, minerales y materia prima, instaurando con su llegada su estructura económica-política, para quitarle el valor a la tierra y esclavizar al indígena a través de su sistema latifundista, pero para américa este sistema surge como un medio para integrar la mano de obra con una remuneración mínima por trabajar en la tierra, minas, etc., el desarrollo que tuvo este sistema no fue más que un medio de esclavitud debido a que trabajaban más horas y tenían una remuneración que no les alcanzaba para alimentarse bien y adquirir una propiedad. A pesar de ello surgió el principio de igualdad de adquisición de la propiedad, tenían aparentemente los mismos derechos que un latifundista para adquirir tierras o propiedades, pero lo que no se dieron cuenta fue que si bien generaron la mano de obra estaban desarrollando un sistema jurídico laboral casi vulnerado.

Las colonias americanas habían sido descubiertas, conquistadas y colonizadas dentro del proceso de la expiación del capital comercial. La economía colonial también financiaba el despilfarro de los mercaderes, los dueños de las minas y los grandes propietarios de tierras, quien se repartían el usufructo de la mano de obra indígena y negra bajo la mirada celosa y omnipotente de la Corona y su principal asociada, la iglesia. (Galeano 1971: 39).

5 GALEANO, Eduardo. 1971 (2004). *Las Venas Abiertas De América Latina*. Septuagésimo sexta edición. Buenos Aires. Siglo XXI editores.

Finalmente, también el peruano José Carlos Mariátegui a través de su libro publicado en 1928, *Los 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, busca contribuir con la creación del socialismo peruano, y analiza el proceso socio-económico partiendo de la economía colonial. Para Mariátegui el problema del indio lo concibe no como un asunto racial, administrativo, jurídico, educativo, o eclesiástico, sino como un problema sustancialmente económico cuyo origen está en el injusto régimen de propiedad de la tierra; y por eso que en su segundo y tercer capítulo nos habla sobre como el sistema de propiedad colonial convierte en si al indígena en un esclavo asalariado, para mayor entendimiento también hare un breve resumen sobre los capítulos antes mencionados.

IV.

EL PROBLEMA DEL INDIGENA EN EL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL

El problema del indígena en el sistema de propiedad radica en el problema de la tierra, Mariátegui dice: “todas las tesis sobre el problema indígena, que ignoran o eluden a este como problema económico –social, son otros tantos estériles ejercicios teóricos, y a veces solo verbales, condenados a un absoluto descredito. No las salva algunas su buena fe. Prácticamente todas no han servido sino para ocultar o desfigurar la realidad del problema” (Mariátegui 1928: 18). El reconoce el problema del indígena como un problema sustancialmente económico cuyo origen está en el injusto régimen de propiedad de la tierra denominado gamonalismo; se conoce como gamonalismo a un sistema de explotación de los campesinos indígenas en las haciendas de la sierra del Perú conformado por los gamonales o terratenientes quienes acaparaban inmensos latifundios donde hacían trabajar a los indios como siervos con un salario mínimo, instaurado así en el sistema feudal, manteniéndolos en la más mísera pobreza y cometiendo sobre ellos los más terribles abusos; así mismo estos gamonales detentaban un considerable poder local, muchos de ellos llegaban a ser senadores, diputados, alcaldes y perfectos, ya que contaban también con pequeños contingentes armados. Era pues una autentica feudalidad o semi feudalidad enquistada en el Perú como rezago del colonialismo español.

Así mismo, mientras subsista esta forma de propiedad todo intento por solucionar el problema del indio quedaría disuelto en la estéril denuncia lirica o en la predica oportunista e inconsciente, pues terminar con el gamonalismo, con la feudalidad significaba devolver más que tierras; ya que tenía un significado importante ante la raza desposeída como su rendición histórica, pues bien la recuperación de su esencialidad moral y su auténtica integración a la vida nacional, no fue tarea fácil para esa época y creo que tampoco para la actualidad. En conclusión para Mariátegui la solución del problema del indio radicaba en una solución social, ya que sus realizadores debían ser los mismos indígenas, este concepto conduce a ver en los congresos indígena como un hecho histórico, pero desvirtuados en los últimos años por el burocratismo, pues representaban todavía un programa de comunicación no bien establecida, pero en sus primeras reuniones señalaron una ruta comunicando a los indígenas de diversas regiones, debido a que los indígenas les faltaba una vinculación nacional, muestra de ello son sus protestas han sido siempre regionales pues esto ha contribuido, en gran parte, a su abatimiento (Mariátegui 1928:22-24).⁶

6 MARIATEGUI, José Carlos. 1928. Siete Ensayos De Interpretación de la realidad Peruana. Primera edición. Lima. Minerva editora

4.1. EL PROBLEMA DE LA TIERRA

En este capítulo Mariátegui estudia la cuestión agraria unida necesariamente a la del indio, reivindicando el derecho de este a la tierra, para lo cual era necesario sacarlo del estado de servidumbre que suponía en el sistema feudal de los gamonales. Luego, muestra como el colonialismo destruyó y aniquiló la economía incaica de tipo “comunista”, no supo reemplazarla más que con el feudalismo, ahora bien nos preguntamos ¿Qué le paso a la comunidad agraria del ayllu?, a pesar de las leyes escritas, de las leyes de indias; la comunidad indígena fue despojada por el sistema feudal, cuyas expresiones eran el latifundio y la servidumbre. Pero mientras en Europa, por el siglo XVIII, tomaba otro rumbo al fortalecerse y ascender al poder la clase que desplazo y liquidó con el sistema feudal.

Por otro lado, la revolución de la independencia hispano-americana encontró al Perú retrasado en la formación de su burguesía, si bien se abolieron las mitas, se dejó en pie la aristocracia terrateniente, la que si bien ya no conservaba sus privilegios de principio, pero conservaba sus posiciones de hecho, sin embargo, seguía siendo en el Perú la clase dominante la aristocracia terrateniente, esta clase apoyada por el militarismo gobernante, retardó el surgimiento de una vigorosa burguesía urbana. Y recién se intentó una reorganización gradual de este problema cuando promulgó el código civil en el año 1852 que favoreció la formación de las pequeñas propiedades, en desmedro de los grandes dominios señoriales y de la comunidad indígena, al mismo tiempo, no obstante, la pequeña propiedad no prospero, y por el contrario el latifundio se consolidó y extendió, siendo la única perjudicada la comunidad indígena, la misma que, pese a todo, logro sobrevivir. (Mariátegui 1928: 37)

Así mismo, el latifundio de la costa era distinto del latifundio de la sierra; el costeño evolucionó hacia modos y técnicas capitalistas, en tanto que el de la sierra conservo íntegramente su carácter feudal, resistiéndose a la transformación industrial y capitalista; aun así no logró destruir la comunidad indígena, que aún existe en gran parte agricultores pero si logró una influencias capitalistas. El latifundio cada vez más ligado al capital extranjero prefirió desplazar los tradicionales cultivos alimenticios por el cultivo de algodón y de caña de azúcar, productos traídos de España en la época colonial, que fueron productos de exportación, generando un círculo vicioso de importación de alimentos y exportación de materias primas indistintamente del tipo de latifundista, esto impedía el desarrollo del capitalismo nacional, ya que los terratenientes obraban como “intermediarios o agentes del capitalismo extranjero”; como una barrera para la inmigración blanca ; se oponían a la renovación de métodos, cultivos, etc., era incapaz de atender la salubridad rural, particularmente en la sierra el feudalismo agrario se mostraba del todo inepto como creador de riqueza y de progreso. En una palabra, agrega Mariátegui “que el gamonal como factor económico, esta pues, completamente descalificado”, vemos como el derecho de propiedad o tierra tuvo mucha influencia para transformar a la comunidad indígena en esclavos (Mariátegui 1928: 46)⁷

7 MARIATEGUI, José Carlos. 1928. “El problema de la tierra”. Siete Ensayos De Interpretación de la realidad Peruana. Lima. Minerva editora. pp. 28-57

V.

CRÍTICA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL

5.1. ¿El sistema de propiedad colonial transformó al indígena en esclavo?

Muchas características de la sociedad peruana actual son una herencia de la época colonial, en nuestro medio hemos visto como el derecho de propiedad ha ido desarrollándose y entrando en el Perú, este desarrollo se puede ver a través de la historia, la llegada de los conquistadores al Perú, quienes eran enviados del rey a sus colonias para que cumplan con sus mandatos y administren los bienes y, hagan uso, goce y disfrute de la propiedades y sus frutos que se generaban en ella, con el fin de cumplir con los mandatos del rey y seguir produciendo debido a que España se volvió el eje principal del comercio, de igual modo, los conquistadores al llegar al Perú tuvieron un acceso al derecho de propiedad por medio de la apropiación, debido a que se apropiaron de nuestros recursos naturales, minerales y de la materia prima.

Por otro lado, la minería tuvo mucha importancia para los españoles, pero para el indígena significó una esclavitud con salario; en un inicio se procedió al saqueo de metales preciosos, pero éste al concluir, se procedió a la explotación de minas mediante el trabajo forzado y obligatorio de los indígenas a través de las mitas, que se encuentra estructurado legalmente en el sistema feudal, debido a que existían varias minas fue que los españoles estructuran ese sistema de trabajo forzado para la explotación de la comunidad indígena para sus fines propios del rey, pero solo dos minas fueron las principales, y que hasta incluso articularon la economía local tales como: Potosí en Alto Perú - Bolivia que era una mina de plata (Ag) y Huancavelica, posteriormente se descubrieron minas como los de Cerro de Pasco, entre otros. La economía de los Iquichanos una comunidad indígena ubicada en Huancavelica (alturas de Huanta) a finales del siglo XVIII y principios del XIX, se vio afectada debido a la decadencia de las minas de Huancavelica, ya que éstos lo abastecían de coca y otros productos nacionales que servían como producto alimenticio, debido a esta causa posteriormente se rebelarían en contra del gobierno republicano de La Mar, pero sería el Fray Bartolomé de las Casas quien denunció los abusos cometidos por los corregidores hacia la comunidad indígena sobre su esclavitud, además de la masiva disminución demográfica de éstos; razón por la cual llegarían los esclavos negros, quienes no se adaptarían en los trabajos mineros, obligándolos más a los indígenas al trabajo en las minas.

Así mismo, José Carlos Mariátegui cuando nos habla del problema del indígena nos explica que la esclavitud de la comunidad indígena se basaba sobre el derecho de propiedad en sí, ya que con la llegada de los españoles se introduce y se estructura un sistema feudal en donde el indígena era despojado de sus tierras y obligado a trabajar para un fin con interés propio del rey de España y no para un fin colectivo o comunista como se vino haciendo en la época inca, prueba de ello es el sistema de el “gamonalismo” que surge para invalidar inevitablemente toda ley u ordenanza de protección indígena, en este caso en el sistema feudal, el hacendado, el latifundista, era considerado un señor feudal; que contra su autoridad, sufragada por el ambiente y el hábito, es impotente la ley escrita.

Al respecto, el trabajo gratuito está prohibido por la ley y, sin embargo el trabajo gratuito, y aun el trabajo forzado, sobreviven en el latifundio como un medio de esclavitud al

indígena⁸; así, el juez, el subprefecto, el comisario, el maestro, el recaudador, están enfeudados a la gran propiedad, pues la ley no puede prevalecer contra los gamonales; el funcionario que se obstinase en imponerla, sería abandonado y sacrificado por el poder central, cerca del cual son siempre omnipotentes las influencias del gamonalismo, que actúan directamente o a través del parlamento, por una y otra vía con la misma eficacia.

Otro punto a tratar es que el dominio de la tierra fue colocada en manos de los gamonales, la suerte de la comunidad indígena, caía en un grado extremo de depresión y de ignorancia. Además de la agricultura, trabajada muy primitivamente, en la Sierra peruana se presentó otra actividad económica como: la minería, que estaba en manos de dos grandes empresas norteamericanas. En las minas prevaleció el salariado; pero la paga era mínima, la defensa de la vida del obrero era casi nula, la ley de accidentes de trabajo era notablemente burlada, la paga demostraba una mano obra barata, reflejándose así la esclavitud pero asalariada, que por medio de anticipos esclaviza al obrero, coloca a los indígenas a merced de los españoles. Es tanta la miseria que la condena la feudalidad agraria, que los indígenas encuentran preferible, con todo, la suerte que les ofrecen las minas.

Por un lado, el problema de la tierra esclarece una actitud socialista y jurídica, ante las supervivencias del Virreinato, el “perricholismo” literario no nos interesa sino como signo o reflejo del colonialismo económico. La herencia colonial que queremos liquidar no es, fundamentalmente, la de “tapadas” y celosías, sino la del régimen económico feudal, cuyas expresiones son el gamonalismo, el latifundio y la servidumbre, el acostumar a un indígena a trabajar por un fin propio y no colectivista convirtió al indígena en conformista, así la literatura colonialista, evocación nostálgica del Virreinato y de sus fastos, no es para mí sino el mediocre producto de un espíritu engendrado y alimentado por ese régimen. El Virreinato no sobrevive en el “perricholismo” de algunos trovadores y algunos cronistas, sino sobrevive en el feudalismo, en el cual se asienta, sin imponerle todavía su ley, un capitalismo larvado e incipiente. No renegamos, propiamente, la herencia española; renegamos la herencia feudal de ese sistema económico – político que se instauro en la época de la conquista y que hasta la actualidad vivimos un reflejo de ella.

El problema agrario se presenta, ante todo, como el problema de la liquidación de la feudalidad en el Perú, esta liquidación debía haber sido realizada ya por el régimen demo-burgués formalmente establecido por la revolución de la independencia. Pero en el Perú no hemos tenido en cien años de república, una verdadera clase burguesa, una verdadera clase capitalista, por eso la antigua clase feudal camuflada o disfrazada de burguesía republicana ha conservado sus posiciones. Así mismo la política de desamortización de la propiedad agraria iniciada por la revolución de la Independencia como una consecuencia lógica de su ideología, no condujo al desenvolvimiento de la pequeña propiedad, vemos como la a vieja clase terrateniente no había perdido su predominio. La supervivencia de un régimen de latifundistas produjo, en la práctica, el mantenimiento del latifundio, sabido es que la desamortización atacó más bien a la comunidad, y el hecho es que durante un siglo de república, la gran propiedad agraria se ha reforzado y

8 MARIATEGUI, José Carlos. 1928. “el problema de la tierra”. Siete Ensayos De Interpretación de la realidad Peruana. Lima. Minerva editora. pp. 28

engrandecido a despecho del liberalismo teórico de nuestra Constitución y de las necesidades prácticas del desarrollo de nuestra economía capitalista.⁹

Si bien es cierto, la comunidad indígena se esclavizó y aunque estos fueran incorporados a la economía mercantil y se les diera un salario, daba la apariencia de una explotación colonial; la derrota más antigua y evidente es, sin duda, cuando reducen la protección de los indígenas a un asunto de ordinaria administración. Desde los tiempos de la legislación colonial española, las ordenanzas sabias y prolijas, elaboradas después de concienzudas encuestas, se revelan totalmente infructuosas. Ya que la fecundidad de la República, desde las jornadas de la Independencia, en decretos, leyes y providencias encaminadas a amparar a los indios contra la exacción y el abuso, no es de las menos considerables. El gamonal de hoy, como el “encomendero” de ayer, tiene sin embargo muy poco que temer de la teoría administrativa. Sabe que la práctica es distinta.

En este caso según Eduardo Galeano, no habla sobre las colonias americanas habían sido descubiertas, conquistadas y colonizadas dentro del proceso de la expiación del capital comercial. Por lo que la economía colonial también financiaba el despilfarro de los mercaderes, los dueños de las minas y los grandes propietarios de tierras, quienes se repartían el usufructo de la mano de obra indígena y negra bajo la mirada celosa y omnipotente de la Corona y su principal asociada, la iglesia (Galeano 1971: 39)¹⁰, siendo así la herencia colonial un reflejo fuerte en cuanto a nuestra estructura económico-política y religiosa.

En cuanto a Julio Cotler, abarca el tema de la herencia colonial, pues si bien en la época de la conquista de América, Europa pugnaba por solucionar la crisis del sistema feudal a través de su expansión territorial, constituyéndose así como una economía mundial de orden mercantil y de división internacional del trabajo, la explotación minera y de materia prima fue el eje de la producción colonial a la que luego con el ingreso de intercambio de mercancías se articularon la agricultura, las artesanías y el comercio, pero debemos hacer notar que a través del establecimiento legal de dichas relaciones sociales comerciales, destinadas a favorecer la apropiación mercantil de la zonas centrales del sistema global, selló la suerte y el destino histórico de la sociedad peruana(Galeano 1971:53)¹¹.

Además con la incorporación de la población indígena a la economía mercantil daba la apariencia de una explotación colonial, debido a que la población indígena cumplió con el rol de mano de obra y alimento barato, esta explotación se refleja a través de los tributos, diezmos, reducciones, encomiendas y mitas, corregimientos y repartimientos, colocando así a España como eje central de la economía colonial; por último la estructura política colonial al estar organizada en forma estamental y corporativa, fragmento los intereses sociales impidiendo el logro de una identidad común, sin embargo la invasión de España por los ejércitos napoleónicos y la deposición de Fernando VII significo el descalabro de la monarquía española y el principio del fin de su imperio en América acarreado con los cambios políticos en las colonia, la dirección

9 MARIATEGUI, José Carlos. 1928. “el problema de la tierra”. Siete Ensayos De Interpretación de la realidad Peruana. Lima. Minerva editora. pp. 30

10 GALEANO, Eduardo. 1971 (2004). Las Venas Abiertas De América Latina. Septuagesimosexta edición. Buenos Aires. Siglo XXI editores, pp. 39

11 COTLER, Julio. “La Herencia Colonial”. Clases Estado y Nación en el Perú. Lima: IEP ediciones, pp. 52-88

política del país cayó en manos de los jefes militares de la campaña de la independencia; sin embargo al no tener suficiente poder económico, terminaron valiéndose de alianzas transitorias con diferentes oligarquías regionales o con distintos políticos.

Es así que el régimen de trabajo está determinado principalmente, en la agricultura, por el régimen de propiedad. No es posible, por tanto, sorprenderse de que en la misma medida en que sobrevive en el Perú el latifundio feudal, sobreviva también, bajo diversas formas y con distintos nombres, la servidumbre.

Desde la promulgación del Código Civil se entró en el Perú en un período de organización gradual. Casi no hace falta remarcar que esto acusaba entre otras cosas la decadencia del militarismo. El Código, inspirado en los mismos principios que los primeros decretos de la República sobre la tierra, reforzaba y continuaba la política de desvinculación y movilización de la propiedad agraria. Así mismo, Ugarte registrando las consecuencias de este progreso de la legislación nacional en lo que concierne a la tierra, anota que el Código “confirmó la abolición legal de las comunidades indígenas y de las vinculaciones de dominio; innovando la legislación precedente, estableció la ocupación como uno de los modos de adquirir los inmuebles sin dueño; en las reglas sobre sucesiones, trató de favorecer la pequeña propiedad”(Ugarte: 57)¹².

Al respecto, Francisco García Calderón atribuye al Código Civil efectos que en verdad no tuvo o que, por lo menos, no revistieron el alcance radical y absoluto que su optimismo les asigna: “La constitución escribe: había destruido los privilegios y la ley civil dividía las propiedades y arruinaba la igualdad de derecho en las familias. Las consecuencias de esta disposición eran, en el orden político, la condenación de toda oligarquía, de toda aristocracia de los latifundios; en el orden social, la ascensión de la burguesía y del mestizaje”. “Bajo el aspecto económico, la partición igualitaria de las sucesiones favoreció la formación de la pequeña propiedad antes entrabada por los grandes dominios señoriales”

Esto estaba sin duda en la intención de los codificadores del derecho en el Perú. Pero el Código Civil no es sino uno de los instrumentos de la política liberal y de la práctica capitalista. Como lo reconoce Ugarte, en la legislación peruana *se ve el propósito de favorecer la democratización de la propiedad rural, pero por medios puramente negativos aboliendo las trabas más bien que prestando a los agricultores una protección positiva*. En ninguna parte la división de la propiedad agraria, o mejor, su redistribución, ha sido posible sin leyes especiales de expropiación que han transferido el dominio del suelo a la clase que lo trabaja (Mariátegui 1928:42).¹³

Actualmente cuando hablamos de un derecho de propiedad no se habla de un acto constitutivo sino de un derecho de propiedad inviolable, garantizado por el estado en su artículo 70° de la constitución, así mismo el código civil en su artículo 923°, nos dice que el derecho de propiedad es “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”. Como se aprecia, una de las facultades que confiere el derecho de propiedad es la de reivindicar el bien

12 UGARTE, Cesar Antonio. *Bosquejo de la Historia Económica del Perú*, pp. 57

13 MARIATEGUI, José Carlos. 1928. “el problema de la tierra”. *Siete Ensayos De Interpretación de la realidad Peruana*. Lima. Minerva editora. pp. 42.

debiendo para ello probar ser el propietario, que se trate del mismo cuya titularidad ostenta, el código civil nos habla sobre el titular del bien es aquel que hace uso, goce, disfrute, y disposición del bien y de sus bienes futuros productos de la explotación del bien propio.

VI.

TENDENCIA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD COLONIAL Y LA TRANSFORMACION DE LA COMUNIDAD INDIGENA A TRAVES DE LA CRISIS DEL SISTEMA FEUDAL

Con el descubrimiento de América realizado por Cristóbal Colon, que a su llegada a nuestro continente que carecía de nombre, él descubrió un continente rico en todo, tanto en recursos minerales y recursos naturales; lo que interesó mucho a los conquistadores debido a que ya se encontraban ante una crisis, por lo que se da inicio al despojo y genocidio en América. Al principio aparecen los conquistadores en carabelas empezando a apoderarse del oro y plata, de todo lo valioso en general, pues se dieron cuenta que en América existía no solo recursos naturales y minerales sino también era rico en materia prima lo cual era importante para los españoles debido a que ellos eran el eje principal del comercio. Sin embargo, con la llegada de los españoles al Perú, específicamente se generó un cambio en cuanto a nuestro sistema de propiedad, ya que en el Perú se dedicaban al cultivo, eran agricultores, se empezó a dar el inicio de un sistema feudal quitándole el valor a la tierra, a la agricultura y a la comunidad indígena, convirtiendo al indígena en esclavo, que más adelante sería un esclavo asalariado por la crisis del sistema feudal.

Durante el periodo colonial –desde a mediados del siglo XVI hasta principios del siglo XVIII– surgió un conjunto de ciudades fundadas por los conquistadores para servir y afianzar su postura de denominación sobre el Perú, cuantiosos aspectos y características en la sociedad peruana actual son una herencia de la época colonial, cuando llegaron al Perú los españoles no tuvieron la intención de difundir la lengua castellano entre la población, sino más bien quisieron instituir el uso del quechua como la lengua principal entre toda la comunidad indígena para así apropiarse del oro y plata que existía y hacer uso de la propiedad por medio de la apropiación, volviéndolos así sus esclavos y así los españoles poder administrar los recursos a su antojo.¹⁴

6.1. La crisis del sistema feudal y la oligarquía convirtió al indígena en esclavo asalariado

El sistema feudal entraría en crisis, y sería el ejército napoleónico que terminaría con la casi esclavitud de los indígenas, demostrando una vez más que con la llegada de los españoles y con la introducción de su régimen económico-político colonial al ser instaurado solo volvió a la comunidad indígena en esclavos y en una división internacional de trabajo.

Sin embargo, con el fin del sistema feudal y luego la independencia del Perú, ya entonces volviéndose un país republicano, decidieron mantener la misma estructura establecida por sus conquistadores, impidiendo el desarrollo e inclusión de nuevas estructuras y modificaciones para su bienestar y para la igualdad de adquisición de propiedad. Por un lado al ver la herencia colonial desde un punto jurídico, se refleja en la estructura legalizada de trabajo en cuanto al

14 COTLER, Julio. 1978 (2005). Clase, Estado y Nación en el Perú. Tercera Edición. Lima: IEP ediciones.

ámbito salarial del cual debería desarrollarse más pero por mantener la misma estructura, no hubo cambio.

Otro punto a tratar y muy importante, es que en la colonia existía una oligarquía, y la denominación oligárquica se da en el Perú a través de los enviados del rey para cumplir con sus mandatos y así estos hicieran uso, goce y disfrute de los bienes con el fin de cumplir y seguir produciendo, debido a que España se volvió el eje principal del comercio. Estos seguían explotando los minerales y materia prima del Perú para seguir siendo país potencia, ellos estaban necesitando nuestros recursos para crecer debido a que los de ellos ya estaban agotados. La oligarquía de dominio español persistió por muchos años a través de su estructura política-económica y la religión, pero esta terminaría con la invasión del ejército napoleónico. Dejando al Perú libre y este al convertirse en republicano decide seguir bajo la estructura dejada por sus conquistadores y es las fuerzas armadas del gobierno militar quienes creyeron lograr una estructura nacionalista.

6.2. La importancia de tener extensas propiedades en las colonias obligan al indígena al trabajo forzado

Sin embargo, una de las grandes preocupaciones de los españoles fue la de poseer extensas tierras en el territorio conquistado para así obtener mayores ventajas económicas y un mayor prestigio social en sus colonias. Tener extensas propiedades les permitió incluir dentro de ellas a una gran cantidad de mano de obra indígena para que la trabajase, sin embargo, a través de ello se instauró una estructura legalizada de trabajo con salario, en el cual la comunidad indígena tenía una mano de obra barata y alimento barato, de no poseer tierras los españoles, ellos carecían de valor y no hubieran logrado ser en ese entonces un eje principal del comercio.

No obstante, a pesar de haber existido disposiciones legales que amparaban y protegían la propiedad indígena sobre tierras, debido a que la comunidad indígena se dedicaba a la agricultura, el crecimiento y fortalecimiento de las haciendas y estancias en el siglo XVII cada vez restaba tierras agrícolas y pastos a las reducciones indígenas y a los indígenas particulares y surge eso por el acaparamiento y usurpación de los españoles por la que logran una despoblación indígena, que dejaron tierras vacías y por las composiciones de tierras que fueron el mecanismo para legalizar las tenencias sobre la tierra.

Por otro lado, es necesario señalar que las haciendas jugaron un rol fundamental, convirtiéndose en fuente de renta para sus dueños por que lograron compatibilizar una economía natural al interior de ellas y una economía monetaria fuera de ellas. Demás está decir, que fue la mano de obra indígena considerada una esclavitud pues fue el motor de todas las actividades productivas de la colonia. La tenencia de la tierra se hizo a base de repartimientos y usurpación de territorio, cuya propiedad se legitimó por medio de la ley llamada “de Composición de Tierras”

Así mismo, el problema de la tierra esclarece la actitud vanguardista o socialista, ante las supervivencias del Virreinato. El “perricholismo” literario no nos interesa sino como signo o reflejo del colonialismo económico. La herencia colonial que queremos liquidar no es, fundamentalmente, la de “tapadas” y celosías, sino la del régimen económico feudal, cuyas expresiones son el gamonalismo, el latifundio y la servidumbre. La literatura colonialista evocación

nostálgica del Virreinato y de sus fastos, no es para mí sino el mediocre producto de un espíritu engendrado y alimentado por ese régimen. El Virreinato no sobrevive en el “perricholismo” de algunos trovadores y algunos cronistas pues sobrevive en el feudalismo, en el cual se asienta, sin imponerle todavía su ley, un capitalismo larvado e incipiente. No renegamos, propiamente, la herencia española; renegamos la herencia feudal.

6.3. La sustitución de la propiedad de las comunidades agrarias indígenas por los latifundios

El régimen agrario colonial determinó la sustitución de una gran parte de las comunidades agrarias indígenas por latifundios de propiedad individual, cultivados por los indios bajo una organización feudal. Estos grandes feudos, lejos de dividirse con el transcurso del tiempo, se concentraron y consolidaron en pocas manos a causa de que la propiedad inmueble estaba sujeta a innumerables trabas y gravámenes perpetuos que la inmovilizaron, tales como los mayorazgos, las capellanías, las fundaciones, los patronatos y demás vinculaciones de la propiedad

Así mismo, las Leyes de Indias amparaban la propiedad indígena y reconocían su organización comunista, pero esta legislación relativa a las “comunidades” indígenas, se adaptó a la necesidad de no atacar las instituciones ni las costumbres indiferentes al espíritu religioso y al carácter político del Coloniaje. Sabemos bien que esta legislación en gran parte quedó únicamente escrita. La propiedad indígena no pudo ser suficientemente amparada, por razones dependientes de la práctica colonial, como se ve aparte de volverlos esclavos, también fueron despojados de su propiedad.

El problema agrario se presenta, ante todo, como el problema de la liquidación del sistema feudal en el Perú. “Esta liquidación debía haber sido realizada ya por el régimen demo-burgués formalmente establecido por la revolución de la independencia. Pero en el Perú no hemos tenido en cien años de república, una verdadera clase burguesa, una verdadera clase capitalista”. Es por eso que la antigua clase feudal camuflada o disfrazada de burguesía republicana ha conservado sus posiciones.

Así mismo la política de desamortización de la propiedad agraria iniciada por la revolución de la Independencia como una consecuencia lógica de su ideología, no condujo al desenvolvimiento de la pequeña propiedad, es por ello que la clase terrateniente no había perdido su predominio. La supervivencia de un régimen de latifundistas produjo, en la práctica, el mantenimiento del latifundio. Sabido es que la desamortización atacó más bien a la comunidad. Y el hecho es que durante un siglo de república, la gran propiedad agraria se ha reforzado y engrandecido a despecho del liberalismo teórico de nuestra Constitución y de las necesidades prácticas del desarrollo de nuestra economía capitalista.

Por otro lado, el régimen de propiedad de la tierra determina el régimen político y administrativo de toda nación. Por tal el problema agrario que en la República no se ha podido hasta ahora resolver, domina todos los problemas de la nuestra. Sobre una economía semifeudal no pueden prosperar ni funcionar instituciones democráticas y liberales. En lo que concierne al problema indígena, la subordinación al problema de la tierra resulta más absoluta aún, por

razones especiales. La comunidad indígena es una raza de agricultores y el obligarlo a trabajar de manera forzada fue como convertirlos en esclavos.

En cuanto al pueblo incaico era un pueblo de campesinos, dedicados ordinariamente a la agricultura y el pastoreo. Además, la agricultura en la colonia fue de tipo extensiva, por lo que no logró abastecer a la sociedad; se introdujeron nuevas especies tanto vegetales como animales, entre ellos: el trigo, cebada, vid, olivo, caña de azúcar; vacunos, ovinos, caballos, caprinos, burros, etc. Pero la papa, el maíz y la coca siguieron siendo especies nativas muy cultivadas por la comunidad. Sin embargo la papa peruana fue exportada a Europa y fue el factor decisivo contra el hambre de los pobres en Europa y los europeos hasta hoy, ¡no han dicho gracias!

Así pues que el carácter colonial de la agricultura de la costa, que no consigue aún librarse de esta sombra de la estructura del régimen colonial, proviene en gran parte del sistema esclavista. El latifundista costeño no ha reclamado nunca, para cultivar sus tierras y trabajar en ellas.

VII.

EL DERECHO DE PROPIEDAD COLONIAL GENERO EXPLOTACIÓN Y ESCLAVITUD EN LA COMUNIDAD INDIGENA

7.1. El gamonalismo un sistema de explotación a los indígenas

El objetivo principal es entender un poco más en qué consistía la función del indígena y determinar si seguía siendo un esclavo para los españoles, a pesar que ellos ya formaban parte de la economía mercantil en la colonia, y seguían cumpliendo con el rol de la mano de obra barata y alimento barato por la realización de un trabajo forzado y obligatorio en la mina; convirtiendo a la comunidad indígena en esclavos asalariados, pues considero que el sistema feudal, fue un sistema de explotación y esclavitud del indígena que para ello hare una explicación breve sobre el gamonalismo.

Ahora bien se conoce como gamonalismo, a un sistema de explotación de los campesinos indígenas en las haciendas de la sierra del Perú, conformada por los gamonales o terratenientes acaparaban inmensos latifundios donde hacían trabajar a los indios como siervos con un salario mínimo, considerándose una mano de obra barata, manteniéndolos en la más mísera pobreza y cometiendo sobre ellos los más terribles abusos; así mismo estos gamonales detentaban un considerable poder local, muchos de ellos llegaban a ser senadores, diputados, alcaldes y perfectos, contaban también con pequeños contingentes armados.

7.2. La esclavitud de la comunidad indígena

En el Perú aun seguíamos bajo la sombra de la estructura político-económica como eje central para nuestro desarrollo, sin embargo los españoles ante la crisis del sistema feudal y por la crisis que pasaban decidieron tomar como medida preventiva incorporar al pueblo indígena a la economía mercantil con una estructura legalizada la cual daba apariencia de una explotación colonial al indígena lo cual era cierto, ya que empezó a existir la mano de obra barata y alimento barato.

Por otro lado, la codicia de los españoles por los metales preciosos era absolutamente lógica en un siglo en que tierras tan distantes casi no podían mandar a Europa otros productos, lo cual empujó a los españoles a ocuparse preferentemente en la minería, cuyo interés radicaba en convertir a la comunidad indígena en un pueblo minero, el cual desde un inicio bajo su imperio incaico y desde sus más remotos orígenes, había sido un pueblo fundamentalmente agrario, eran indígenas dedicados a la agricultura, así mismo por ser un pueblo agrario nació la necesidad de los españoles de imponer al indígena la dura ley de la esclavitud, ahora bien el trabajo de la comunidad indígena agraria, dentro de un régimen naturalmente feudal, hubiera hecho del indígena un siervo vinculándolo a la tierra, motivo por el cual a los españoles no les convenía, ya que al tener los indígenas sus propias tierras ya no existiría la mano de obra barata, tampoco la mita; es por ello que el trabajo de las minas y las ciudades, debía hacer de él un esclavo. Los españoles establecieron con el sistema de las mitas, el trabajo forzado, arrancando al indio de su suelo y de sus costumbres, debido a que cada día necesitaban más brazos para la explotación y aprovechamiento de las riquezas conquistadas por los españoles.

Ahora bien el sistema de propiedad colonial si volvió al indígena en esclavo desde la llegada de los españoles y sus ansias por apropiarse de nuestras riquezas naturales, minerales y materia prima, esto hizo que realizaran una persecución y esclavizamiento de los indígenas, sacándolos de sus propias tierras para luego apropiarse de ella los españoles, pues era la Comunidad indígena un pueblo fundamentalmente agrario, dedicados a la agricultura y pastoreo. Sin embargo, los españoles a través de la conquista instauraron una estructura económico-política en la cual los indígenas no tenían derechos, tales como el derecho a la propiedad y a la libertad, a pesar que existía la leyes de indias la cual amparaban la propiedad indígena y reconocían su organización comunista, esta fue una legislación relativa a las “comunidades” indígenas, pues esta ley se adaptó a la necesidad de no atacar las instituciones, ni las costumbres indiferentes al espíritu religioso y al carácter político del Colonismo. Se sabe bien que esta legislación en gran parte quedó únicamente escrita y la propiedad indígena no pudo ser suficientemente amparada, por razones dependientes de la práctica colonial. Por otro lado, los españoles establecieron las mitas que era una forma de trabajo forzado en las minas para los indígenas, bajo un sistema estructuralmente legalizado debido a que introdujeron el trabajo asalariado.

Así mismo con la crisis del sistema feudal los españoles incorporaron a la población indígena a la economía mercantil, pero esto dio la apariencia de una explotación colonial, debido a que la población indígena cumplió con el rol de mano de obra barata y alimento barato, esta explotación se refleja a través de los tributos, los diezmos, etc. Esto era como una esclavitud asalariada. El Perú seguía desarrollándose a través de la agricultura, artesanías y comercio bajo la misma estructura económico – político establecido en el Colonismo, la comunidad indígena seguía trabajando para los países europeos, pero aun con el trato de esclavos, a pesar que ya formaban parte de la economía.

No obstante, los terratenientes acaparaban inmensos latifundios donde hacían trabajar a los indígenas como siervos con un salario mínimo, manteniéndolos en las más mísera pobreza y cometiendo sobre ellos los más terribles abusos, ahora bien este sistema al que eran sometidos se le conoce como gamonalismo, el cual era un sistema de explotación a los campesinos indígenas en las haciendas de la sierra del Perú.

VIII. CONCLUSIONES

Con la conquista nuestro sistema de propiedad tuvo una gran modificación ya que un inicio el sistema de propiedad era agrario, pues los indígenas eran personas dedicadas a la agricultura y al pastoreo, más no a la explotación del oro y plata en las minas, cuando se instauró el sistema económico-político por los españoles que era respaldado por la iglesia, surge un gran cambio tanto en la comunidad indígena, como en el sistema propiedad, ya que se inicia con un sistema feudal que a los únicos que favorecía era a los mismos españoles, porque el sistema feudal consistía en que los enviados del rey tenían la capacidad de hacer uso, goce y disfrute de la propiedad; y de los frutos que en ella se generaban, para así cumplir con los mandatos y fines encargados por el rey, se regía este sistema por la oligarquía. Sin embargo con el sistema feudal se incorporaron normas que afectarían a la comunidad indígena y a su sistema de propiedad, debido a que los conquistadores españoles necesitaban más brazos para la explotación y aprovechamiento de las riquezas y así los indígenas ejercieran su mano de obra en favor de ellos, recibiendo un salario mínimo.

Otro punto a tratar es el sistema de las mitas establecidas por los españoles, que era más bien un trabajo forzado realizado por los indígenas, se podría decir entonces que la comunidad indígena la convirtieron de un u otra manera en esclavos, arrancando al indígena de su agricultura, de su propiedad y de sus costumbres, pero no era cualquier esclavo, sino era un esclavo asalariado, ya que con la crisis del sistema feudal, los conquistadores decidieron incorporar al indígena en su economía mercantil, pero esto dio la apariencia de una explotación colonial, debido a que la población indígena cumplió con el rol de mano de obra barata y alimento barato, su salario era tan mínimo que no les alcanzaba para comer, y esta explotación hacia el indígena se ve reflejada a través de los tributos, diezmos, reducciones, encomiendas y mitas, corregimientos y repartimientos, todo ello surge para colocar a España como el eje central de la economía colonial, fragmentando así los intereses sociales impidiendo el logro de una identidad común.

Sin embargo, en el sistema feudal existieron leyes protectoras hacia el indígena y su propiedad, tal es el caso de las leyes de indias la cual amparaban la propiedad indígena y reconocían su organización comunista, debido que antes de la llegada de los españoles, regía un sistema de trabajo comunista y no colectivo que es lo que surge con la conquista y llegada de los españoles, pues esta fue una legislación relativa a las “comunidades” indígenas, ya que esta ley se adaptó a la necesidad de no atacar las instituciones, ni las costumbres indiferentes al espíritu religioso y al carácter político del Colonismo. Como bien sabemos esta legislación en gran parte quedó únicamente escrita. La propiedad indígena no pudo ser suficientemente amparada, por razones dependientes de la práctica colonial. Ahora bien con la llegada de la crisis del sistema feudal vemos como los conquistadores españoles terminan siendo derrotados por la invasión del ejército napoleónico, dándose así el fin a la esclavitud de los indígenas. Sin embargo la comunidad indígena decide seguir bajo la sombra de la estructura económica-política para su desarrollo a pesar que ya era un país republicano.

¿ES POSIBLE LA EMISIÓN DEL CERTIFICADO REGISTRAL INMOBILIARIO EN EL CUAL SE SEÑALE TODOS LOS COPROPIETARIOS?

Por: Gaby Analí Fernández Espinoza¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PUBLICIDAD. 2.1. PUBLICIDAD E INTERÉS PÚBLICO. 2.2. PUBLICIDAD Y APARIENCIA. 2.3.- EL REGISTRÓ PÚBLICO Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL. 2.4. LA PUBLICIDAD JURÍDICA REGISTRAL. 2.5. LA PUBLICIDAD Y SU EVOLUCIÓN. 3. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. 3.1. PUBLICIDAD MATERIAL. 3.2. PUBLICIDAD FORMAL. 4. FINES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL. 5. LA PUBLICIDAD FORMAL COMPRENDE. 5.1. CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA PUBLICIDAD FORMAL. 6. CLASES DE CERTIFICADOS. 6.1. CERTIFICADO LITERAL. 6.2. CERTIFICADO COMPENDIOSO. 6.2.1. CLASES DE CERTIFICADOS COMPENDIOSOS. 7. DECRETO SUPREMO N° 035-94-JUS. 7.1. CERTIFICADO REGISTRAL INMOBILIARIO. 8. NUESTRA POSICIÓN CON RESPECTO A LA RESOLUCIÓN REGISTRAL BAJO ANÁLISIS. *EL CASO DE LA RESOLUCIÓN N° 930-2015-SUNARP-TR-T*. 9. CONCLUSIONES.

Palabras claves: Publicidad registral, publicidad material, publicidad formal, certificados literales, certificados compendiosos, copropietarios.

Resumen: La publicidad registral puede expedirse en general respecto de cualquier partida de Registro de Predios, por lo que no existe impedimento alguno para otorgar este tipo de Certificados respecto de un predio matriz o respecto de uno que se encuentre sujeto a copropiedad de diversas personas, enmarcándose a la utilidad que consta en cada certificado y también del tipo de certificado con sus características respectivas.

¹ Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la UNMSM.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Registral de la SUNARP, a través de la Resolución del Presidente del Tribunal Registral N° 930-2015-SUNARP/PT del 13.5.2015, resolvió publicar que si es posible la emisión del certificado registral inmobiliario en donde se señale la totalidad de todos sus copropietarios.

“El Abogado Certificador o Registrador al expedir un Certificado Registral Inmobiliario debe efectuar un estudio integral de la partida registral, y por consiguiente si corresponderá su otorgamiento aun cuando en la partida consten diversas transferencias de acciones y derechos”.

2. PUBLICIDAD

La publicidad, en sentido amplio y general, es el conjunto de medios que se emplean para divulgar y extender el conocimiento o noticia de determinadas situaciones o acontecimientos con el fin de hacer llegar a todos, de modo que tales situaciones o acontecimientos, en cuanto objeto de publicidad, adquirirán la calidad o estado de publicas, esto es, serán notorias, manifiestas y patentes para todos. Así la publicidad, se opone a la clandestinidad, en tanto la primera supone divulgación y conocimiento, mientras la segunda ocultación y desconocimiento.

2.1. Publicidad e Interés Público

Sea que se trate de la seguridad dinámica, o de la seguridad estática, la publicidad persigue como fin preservar un valor de primordial importancia para el ordenamiento jurídico, el valor “seguridad”, razón por la cual debemos afirmar que no se reduce a tutelar intereses privados, sino que está en juego el interés público, ya que contribuye a afianzar la paz social y hacer efectivo el valor supremo del ordenamiento, la justicia.

Es cierto que los intereses en conflicto, en especial cuando se trata de derechos de carácter privado, pero con la publicidad se procura evitar y solucionar, y allí es donde emerge el interés público, ya que una de las principales funciones del Estado es la de prevención y, en subsidio, la recomposición de los intereses de quienes integran el núcleo social.

Si el fin primordial de la publicidad es garantizar la seguridad jurídica para proteger el interés general, es indudable que interesa al Estado crear un medio adecuado para que todos puedan conocer o verificar determinadas situaciones o relaciones jurídicas, logrando así la seguridad del tráfico.

Al Estado le compete asegurar la paz social, evitando o previniendo los conflictos de intereses, por ello la publicidad registral es una función pública irrenunciable.

Para brindar seguridad jurídica es necesario que se pueda conocer la titularidad de los derechos reales, en especial de aquellos que no se ejercitan por vía posesoria, es menester también

tener la posibilidad de conocer la existencia de los embargos u otras medidas cautelares trabadas por terceros, para garantizar sus derechos.

Este interés público repercute, incluso, en las leyes que regulan el funcionamiento del notariado, donde encontramos normas que imponen al notario el deber de “inscribir” los actos que han autorizado, cuando con ellos se tiene a constituir o modificar derechos que deben publicitarse”, por ello junto al interés público la publicidad protege el interés privado.

2.2. Publicidad y apariencia

La tutela de la apariencia tiene su máximo desarrollo justamente donde falta un sistema de publicidad adecuado. La apariencia puede ser un medio complementario de la publicidad, cuando ella no existe o resulta defectuosa, pero la publicidad lo que procura es hacer conocer “realidades”, no apariencias.²

2.3. El registro público y la publicidad registral

Se entiende por Registro Público, aquella institución del Estado cuya finalidad es la inscripción de los actos que se celebran en la vida diaria respecto de bienes (muebles e inmuebles), y personas (naturales y jurídicas), a efecto de ser publicitados con carácter erga omnes; contribuyendo con ello a la seguridad del tráfico jurídico con la consiguiente reducción de los costos de transacción, e incremento de la circulación de los bienes, porque los terceros que quieran contratar encontraran toda la información necesaria respecto del bien que quieran adquirir (titularidad, gravámenes) como de las personas con quienes contratan (capacidad, representación), en el registro.

Es por ello que se señala que la publicidad que brinda el registro es pública, porque está al alcance de cualquier persona, y jurídica, en razón a los importantes efectos materiales que produce (oponibilidad), consiguiéndose con ello seguridad jurídica tanto para el titular del derecho, llamada también seguridad estática, como para el adquirente de dicho derecho, llamada también seguridad dinámica.³

2.4. La Publicidad Jurídica Registral

Es la exteriorización sostenida e ininterrumpida de determinadas situaciones jurídicas que organiza e instrumenta el Estado a través de un órgano operativo, para producir cognoscibilidad general respecto de terceros, con el fin de tutelar los derechos y la seguridad en el tráfico de los mismos.

El fin de la publicidad jurídica registral consiste en otorgar una completa seguridad jurídica, en toda la extensión del concepto. Esto es, apunta tanto a la seguridad estática como a la seguridad dinámica.⁴

2 MOISSET DE ESPANES, Luis. “Publicidad Registral”. Lima. Octubre de 2015. SUNARP, Págs. 53-55.

3 TARAZONA ALVARADO, Fernando. “Manual de los procedimientos registrales”, Lima, agosto del 2007, Gaceta Jurídica. Pág. 147.

4 DELGADO SCHEELJE, Álvaro. “Principio de Publicidad”. En: Código Civil Comentado, Tomo X, Lima, agosto del 2007. Gaceta Jurídica. Págs. 306-307.

2.5. La Publicidad y su evolución

La seguridad jurídica procura fortalecer, tanto en sus aspectos estáticos como dinámicos; a lo largo de la historia se encuentran distintas formas de publicidad, que pueden sistematizar de acuerdo a los efectos que producen.

En sus formas más incipientes la publicidad consiste solamente en un *anuncio*, por el que se exterioriza el derecho existente sobre una cosa, haciendo conocer a los demás que se encuentra en el ámbito de disposición jurídica del sujeto, de donde surge que la sociedad debe respetar a sujeto en el libre goce de los derechos que tiene sobre esa cosa.

En estos anuncios, primera forma histórica de publicidad, está en germen la defensa del tráfico jurídico, pero resultan insuficientes, sobre todo porque no quedaba constancia de ellos, ya que se los hacía oralmente, sea por pregones, sea a la salida de la misa dominical, o se los fijaba duramente algún tiempo en el ayuntamiento, pero luego se los sacaba y no quedaban asentados datos que informasen de la transmisión ni había donde recurrir para enterarse. En otras palabras, faltaba la posibilidad de conocer en todo tiempo, que es propia del concepto de publicidad en sentido técnico.

“Al Estado le compete asegurar la paz social, evitando o previniendo los conflictos de intereses, por ello la publicidad registral es una función pública irrenunciable”

Con el desarrollo de la sociedad se buscan sistemas que obvien esa dificultad, y para ello se asientan en libros la constitución o transmisión de ciertos derechos; así nace el registro. Primero las constancias registrales se ocupan de derechos que no tiene ninguna otra forma de exteriorización publicitaria, como las hipotecas para proteger tanto a los titulares del derecho constituido, como a los terceros que vayan a adquirir algún derecho

sobre el bien gravado, que podrán dirigirse al ayuntamiento, cabecera territorial del lugar en que se encuentra ubicado el inmueble, y verificar en sus libros si pesan gravámenes sobre ese bien.

Las formas publicitarias en el derecho germánico evolucionan más rápidamente que en los sistemas latinos, y pasan por la *auflassung*, especie de investidura de tipo judicial, para desembocar en los libros registrales, como manera de brindar protección más perfecta a los intereses del tráfico, por medio de informaciones que pueden ser consultadas en cualquier momento.

De estos libros de registro alemanes surge la línea de evolución que va llevar hacia la última forma de publicidad, que no solo es protectora del interés del tráfico, con efectos de oponibilidad a terceros de la transmisión registrada, sino que llega a los efectos constitutivos del derecho, es decir que el negocio jurídico se integra con el registro publicitario, produciéndose por esa vía la transmisión de la titularidad.

La publicidad constitutiva, así concebida, cumplirá la función de la investidura, y otorgará a adquirente la titularidad aunque el derecho le haya sido transmitido por quien no era dueño.⁵

5 MOISSET DE ESPANES, LUIS, *Publicidad Registral*, cit., pág. 55.

3.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Es el sistema de divulgación destinado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y seguridad del tráfico⁶. “Artículo 2012 del Código Civil, Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”⁷.

En consecuencia, los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque siempre tuvieron la posibilidad de conocer y saber. Al revés, aquello que no esté publicado no debe perjudicarlos ni oponérseles por cuanto nunca estuvieron en posibilidad de conocerlo. Este doble efecto de la publicidad jurídica constituye su efecto material y se concreta en los principios registrales recogidos por cada sistema, de modo tal, que estos determinaran como y cuando el perjuicio y la oposición operan.

3.1. Publicidad Material

La publicidad material alude a los efectos que derivan de la inscripción o anotación registral previsto en el presente reglamento y otras disposiciones legales. Tales efectos presuponen la calificación registral de los derechos y actos inscritos o anotados.⁸

El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas.

Asimismo, el contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo el mismo.⁹

La publicidad material encuentra asientos sustantivos en la fe pública de que gozan los Registros, base fundamentalmente sin la cual carecería de razón de ser un sistema publicitario.¹⁰

6 Artículo 3 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral: El registro es público y la publicidad que otorga consiste en la exteriorización continuada y organizada de los derechos y actos inscritos, a fin de hacerlos cognoscibles a los terceros. La publicidad registral tiene como finalidad otorgar seguridad jurídica a los terceros, constituyendo en algunos casos, la existencia misma del derecho o acto registrable”.

7 El registro brinda a los interesados la posibilidad de conocer la situación jurídica en que se encuentran las relaciones publicitadas, esta cognoscibilidad se considera suficiente, y produce sus efectos, como si el adquirente hubiera realmente conocido lo asientos, aunque en los hechos no los haya consultado. El adquirente, por tanto, no podrá ampararse en una mera ignorancia de las cosas, sino que se le exige una buena fe diligente.

8 En general todos los Registros de bienes persiguen fundamentalmente como efecto sustantivo la seguridad del tráfico, que es esencialmente dinámica, contemplando a tal fin dos vertientes: la transmisión de derechos sobre el bien registrado, y la protección del crédito.

9 Artículo 5 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral. Los efectos de la publicidad material son los siguientes: Efecto de cognoscibilidad. El contenido de la partida registral afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo, salvo disposición en contrario.

Efecto de inoponibilidad: Los actos o derechos no inscritos ni anotados en el registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el registro.

Efecto legitimador: El titular registral se encuentra legitimado para actuar conforme al contenido de la inscripción registral.

10 Como señala Chico y Ortiz: “La seguridad o protección del tráfico es gran finalidad que la publicidad registral persigue.

3.2. Publicidad Formal

El registro es público¹¹, la publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, contenga información del archivo registral. El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro¹².

La publicidad material y publicidad formal no son mas que dos aspectos del mismo fenómeno. En un caso nos ocupamos de los fines jurídicos que se persiguen con la publicidad, en el otro de las herramientas o medios que se emplean para lograr esos fines, aspectos que, en realidad, son inescindibles.¹³

4.

FINES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

El fin principal es la “seguridad jurídica” que reconoce dos vertientes:

Esta finalidad está pensada y proyectada mas de cara al que pretende adquirir y al que necesita lograr garantía para el capital prestado que para el que ya figura amparado por la eficacia de la publicidad (...) no hay que olvidar que el Registro no es mas que el instrumento técnico o institución pública al servicio del fenómeno publicitario. El Registro, pues, proporciona inmediatamente los posibles contratantes la información necesaria para la defensa de sus intereses, y con ser una función importante, aun llena otra que lo es mas; la de contribuir poderosamente a crear esa necesaria conciencia pública de que, al menos en cuanto a las relaciones jurídico-inmobiliarias, es posible conocer, de un modo fácil y seguro, el status vigente. Esta es la razón de que no hayamos vacilado en vincular la naturaleza misma del Registro a la doctrina de la seguridad jurídica, puesto que al orden público sirve en primer término, sin perjuicio de contribuir también y poderosamente a la realización de la justicia. CHICO Y ORTIZ, José María. ESTUDIOS SOBRE DERECHO HIPOTECARIO, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, Pág. 249.

- 11 Artículo 7 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral. Legitimado para solicitar la publicidad formal: Toda persona debidamente identificada puede solicitar sin expresión de causa los servicios de publicidad formal que el registro proporcione, salvo disposición en contrario, y previo pago del derecho registral.
- 12 Artículo 76 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral. Información protegida por el derecho a la intimidad: Para efectos de brindar la publicidad formal, de manera enunciativa, son considerados información protegida por el derecho a la intimidad los siguientes:
 - a) Las causales de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos.
 - b) Las causales de interdicción o inhabilitación de las personas naturales.
 - c) Las causales de pérdida de la patria potestad.
 - d) La condición de adoptado.
 - e) Las causales del inicio del procedimiento concursal de las personas naturales
 - f) La calidad de hijo extramatrimonial o el reconocimiento en un testamento.
 - g) Las causales de desheredación y/o indignidad.
- 13 Al otorgarse mediante la publicidad registral seguridad jurídica tanto al titular registral como a los terceros que quieran contratar, se contribuye a la reducción significativa de los costos de transacción, y con ello al incremento en la circulación de los bienes, habida cuenta que por un lado, el propietario de un predio no tiene que incurrir en mayores gastos para acreditar y proteger su propiedad frente a actos usurpatorios, ya que la sola inscripción de su título de propiedad le da legitimidad para que se le tenga por propietario, al margen que en la realidad no sea así, y por lo tanto, con legitimidad para intervenir en los procesos donde se discuta la propiedad o posesión del inmueble, como también a exigir su intervención en cualquier actos de disposición respecto al bien que se pretenda inscribir, y por el otro, los terceros interesados en adquirir la propiedad o cualquier otro derecho real, no tiene que incurrir en gastos onerosos para comprobar la titularidad aducida o que el bien no tiene gravámenes.

- a) Seguridad estática (tutela de derechos), por la cual ningún titular de derechos subjetivos puede ser privado de ellos sin su consentimiento.

Se encuentra garantizada por el principio de “legitimación registral” (art. 2013 del Código Civil) y por la garantía de “intangibilidad el contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme.

- b) Seguridad dinámica (seguridad del tráfico), referida a que el adquirente de un derecho subjetivo no puede ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o que no debió conocer al tiempo de llevada a cabo.

Se encuentra garantizada por el principio de oponibilidad (art. 2022 del Código Civil) y por el principio de fe pública registral (art. 2014 del Código Civil).

5.

LA PUBLICIDAD FORMAL COMPRENDE

- La manifestación de las partidas registrales o exhibición de los títulos que conforman el archivo registral o que se encuentran en trámite de inscripción.
- La expedición de los certificados literales de las inscripciones, anotaciones, cancelaciones y copias literales de los documentos que hayan servido para extender los mismos y que obran en el archivo registral.
- Expedición de certificados compendiosos.
- La información y certificación de contenido de los datos de los índices y del contenido de los asientos de presentación.
- No forma parte de la publicidad registral formal la información que de manera gratuita se brinde a través de internet o telefonía móvil¹⁴.

14 Artículo 8 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral. Fuentes documentarias de la publicidad formal. Las fuentes documentarias para brindar el servicio de publicidad formal son las siguientes:

El asiento registral donde consta el acto o derecho inscrito.

La partida registral

El título archivado

Los índices informatizados conformados por la data almacenada o estructurada en el procedimiento registral de inscripción.

La solicitud de inscripción denegada con las respectivas esquelas de observación, liquidación y tacha, según corresponda.

Otros, de acuerdo a la especialidad de cada registro.

El título que se encuentra en trámite no es fuente documentaria para brindar el servicio de publicidad formal.

5.1. Clasificación y características de la publicidad formal:

- a) **Publicidad formal simple:** Es informativa y consiste en la obtención de información del archivo registral, sin la suscripción del servidor responsable en su expedición.
- b) **Publicidad formal certificada:** Es instrumento público y da fe de la información contenida en el registro. Es suscrita por el registrador, abogado certificador o certificador debidamente autorizado, según corresponda. Tiene valor para todo procedimiento seguido ante una institución pública o privada.

6.

CLASES DE CERTIFICADOS

6.1. Certificado Literal

Consiste en la reproducción total o parcial de los documentos que conforman el título archivado, la solicitud de inscripción denegada o la partida registral, inclusive aquellas que se originan en tomo o ficha, con la indicación del día y hora de su expedición debiendo ser autorizados por el registrador, abogado certificador o certificador mediante su sello, firma y rubrica en la hoja u hojas que conforman dicha publicidad.

6.2. Certificado compendioso

Consiste en la expedición de un extracto, resumen o indicación de determinada circunstancia que conste en la partida registral, tales como la titularidad, gravamen, carga, nombramiento, revocación u otro dato.

También comprende la información registral sintetizada que permite acreditar la existencia, inexistencia o vigencia de determinada inscripción o anotación registral, así como las aclaraciones necesarias para no inducir a error sobre la situación de la partida registral y la indicación de la fecha y hora de su expedición.

El certificado compendioso se encuentra suscrito por el registrador o abogado certificador mediante su sello, firma y rubrica en la hoja u hojas que conforman dicha publicidad.

6.2.1. Clases de certificados compendiosos:

Están comprendidos dentro de los certificados compendiosos los siguientes:

- a) **Certificado Registral**
Acredita la información relativa a la titularidad, descripción, cargas y gravámenes vigentes respecto de un bien de acuerdo a cada registro jurídico¹⁵.

15 Extracto, resumen o indicación de determinadas circunstancias del contenido de las partidas registrales, los que

Asimismo, acredita la información con alcance nacional respecto de una persona de acuerdo a los registros jurídicos que el sistema informático permita.

- b) Certificado de cargas y gravámenes
Acredita la existencia de cargas, gravámenes u otras afectaciones vigentes respecto del bien de acuerdo a cada registro.
- c) Certificado positivo
Acredita la existencia de una inscripción respecto a determinado registro jurídico, detallando el número de partida registral, el tipo de registro y la oficina registral donde se encuentra inscrito el acto o derecho, según corresponda.
- d) Certificado negativo
Acredita la inexistencia de una inscripción respecto a determinado registro jurídico de la oficina registral correspondiente.
- e) Certificados de vigencia
Acredita la existencia y eficacia del acto o derecho inscrito en determinado registro jurídico a la fecha de su expedición.

“La publicidad material encuentra asientos sustantivos en la fe pública de que gozan los Registros, base fundamentalmente sin la cual carecería de razón de ser un sistema publicitario”

7.

DECRETO SUPREMO N° 035-94-JUS

Mediante el mencionado Decreto Supremo se integró en un solo documento, el Certificado de Gravámenes y la Copia Literal de Dominio denominado Certificado Registral Inmobiliario “CRI”.

Se deja constancia que conforme al D.S. N° 035-94-JUS el Certificado Registral Inmobiliario constituye un instrumento cuya naturaleza es facilitar la contratación inmobiliaria y el crédito hipotecario; no constituyendo un servicio de copia literal en su totalidad.

7.1. Certificado Registral Inmobiliario (CRI)

El certificado registral inmobiliario es el resultado de la integración del certificado de gravámenes y el certificado literal. La información sustantiva que contiene este certificado compendioso está referida a la descripción del inmueble, la titularidad y las cargas o gravámenes vigentes.¹⁶

podrán referirse los gravámenes o cargas registradas, a determinados datos o aspectos de las inscripciones (artículo 131 inciso b del RGRP).

16 Consiste en la expedición de un extracto, resumen o indicación de determinada circunstancia que conste en la partida registral, tales como la titularidad.

En el certificado se anexa el certificado literal de los asientos de dominio con 10 años de antigüedad, así como las cargas, gravámenes, cancelaciones y anotación en el registro personal con 30 años de antigüedad. Asimismo, el certificado literal de los asientos relativos a la descripción del inmueble, sin considerar la antigüedad de los mismos, los que están referidos a la siguiente información:

- a) El área del terreno, linderos y medidas perimétricas, así como sus modificaciones, acumulaciones o desmembraciones.
- b) La fábrica, sus ampliaciones, modificaciones o demolición, según sea el caso.
- c) La ubicación del inmueble.

Al respecto, debe señalarse que resulta necesario que el Certificador o Registrador al expedir un Certificado Registral Inmobiliario efectúe un estudio integral de la partida registral, por lo que al tener este certificado la calidad de certificado compendioso destinado al tráfico inmobiliario, el certificado está destinado para un uso en específico por lo cual solo debe contener los datos necesarios y relevantes para los fines que desea el usuario.

8.

NUESTRA POSICIÓN CON RESPECTO A LA RESOLUCIÓN BAJO ANÁLISIS:

El caso de la Resolución N° 930-2015-SUNARP-TR-T

Este caso se resume en la necesidad que la publicidad puede expedirse en general respecto de cualquier partida del Registro de Predios, por lo que no existe impedimento alguno para otorgar este certificado respecto de un predio matriz o respecto de uno que se encuentre sujeto a copropiedad de diversas personas.

En el análisis de la presente resolución tal como se demuestra en la esquila de observación la Abogada Certificadora no niega la emisión del Certificado Registral Inmobiliario de la Partida Matriz, sino solo solicita que aclare su rogoria y señale el nombre del copropietario del cual desea se le emita el Certificado Registral Inmobiliario correspondiente, ya que este no es una copia literal en el cual se remite a la entrega solo de la partida registral, este certificado tiene la calidad de ser un certificado compendioso de utilidad en el tráfico inmobiliario, por lo cual es necesario la emisión de dicho certificado limitándose a los datos útiles para el usuario los cuales serán los más idóneos para su trámite inmobiliario.

9.
CONCLUSIONES

- a) En virtud de lo señalado líneas arriba la publicidad registral puede expedirse en general respecto de cualquier Partida Registral con excepción de las prohibiciones expresamente establecidas en otras disposiciones.
- b) Los certificados literales vendría hacer la copia o impresión de todo o parte de la partida registral, o de los documentos que dieran mérito para extenderlos.
- c) Los certificados compendiosos son los que se otorgan mediante un extracto, resumen o indicación de determinadas circunstancias del contenido de las partidas registrales, los que podrán referirse a los gravámenes o cargas registrales, a determinados datos o aspectos de las inscripciones.
- d) Tal como se ha establecido el CRI es un certificado que integra en un solo documento el Certificado de Gravámenes y la Copia literal, adquiriendo el carácter compendioso del primero al hacer un resumen de la partida y adjuntado la impresión de la partida registral tal como lo establece la copia literal.
- e) Asimismo, se deja constancia que conforme al D.S. N° 035-94-JUS el Certificado Registral Inmobiliario constituye un instrumento cuya naturaleza es facilitar la contratación inmobiliaria y el crédito hipotecario; no constituyendo un servicio de copia literal en su totalidad.

ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DE LOS TIPOS HOMICIDAS AGRAVADOS REFERIDOS AL PARRICIDIO Y AL ASESINATO

Por: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo*

SUMARIO: 1.- TIPOS HOMICIDAS AGRAVADOS. 1.1. PARRICIDIO. 1.1.1. FUNDAMENTO DEL INJUSTO SOBRE CRIMINALIZADO. 1.1.2. TIPO AUTÓNOMO O CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE. 1.1.3. EL TIPO OBJETIVO DEL PARRICIDIO. 1.1.3.1. SUJETOS DE LA ACCIÓN: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. 1.1.3.2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL PARRICIDIO. 1.1.3.2.A) RELACIÓN DE PARENTESCO SANGUÍNEO Y POR ADOPCIÓN. 1.1.3.2.B) RELACIÓN DE PARENTESCO LEGAL POR MATRIMONIO. 1.1.3.2.C) RELACIÓN DE CONVIVENCIA. 1.1.4. EL TIPO SUBJETIVO DEL PARRICIDIO. 1.1.5. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA. 1.1.6. CONCURSO DE TIPOS. 1.1.7. CONSECUENCIA JURÍDICA. 1.1.8. PARRICIDIO AGRAVADO. 1.1.9. PARRICIDIO ATENUADO. 1.2. ASESINATO. 1.2.1. FUNDAMENTO DEL INJUSTO. 1.2.2. EL TIPO OBJETIVO DEL HOMICIDIO. 1.2.2.1. SUJETOS DE LA ACCIÓN: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. 1.2.2.2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL ASESINATO. 1.2.2.2.A) AGRAVANTES DE ACUERDO AL MÓVIL INDUCTOR. 1.2.2.2.A.1) HOMICIDIO POR FEROCIDAD. 1.2.2.2.A.2) HOMICIDIO POR CODICIA. 1.2.2.2.A.3) HOMICIDIO POR LUCRO. 1.2.2.2.A.4) HOMICIDIO POR PLACER. 1.2.2.2.B) AGRAVANTES DE ACUERDO A LA CONEXIÓN CON OTRO DELITO. 1.2.2.2.B.1) HOMICIDIO PARA FACILITAR OTRO DELITO. 1.2.2.2.B.2) HOMICIDIO PARA OCULTAR OTRO DELITO. 1.2.2.2.C) AGRAVANTES DE ACUERDO AL MODO DE EJECUCIÓN. 1.2.2.2.C.1) HOMICIDIO CON GRAN CRUELDAD. 1.2.2.2.C.2) HOMICIDIO CON ALEVOSÍA. 1.2.2.2.D) AGRAVANTE DE ACUERDO AL MEDIO EMPLEADO. 1.2.2.2.D.1) HOMICIDIO MEDIANTE FUEGO O EXPLOSIÓN U OTRO MEDIO CAPAZ DE CREAR PELIGRO COMÚN. 1.2.3. EL TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO. 1.2.4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA. 1.2.5. CONSECUENCIA JURÍDICA. 1.2.6. ASESINATO EN CONCURSO CON EL PARRICIDIO Y EL FEMINICIDIO. 1.2.7. TIPIFICACIÓN DEL HOMICIDIO UTILIZANDO VENENO.

* Profesor titular principal de Derecho Penal UNMSM. Decano (e) de la Facultad de Derecho y C.P. UNMSM. Profesor de Derecho penal Facultad de Derecho UIGV. Profesor de la Unidad de Post Grado Facultad de Derecho y C. P. de la UNMSM. Magister y Doctor en Derecho penal por la UNMSM. Profesor investigador, autor de diversos artículos y libros en materia penal. CORREO ELECTRÓNICO: proderechoperu@gmail.com

TIPOS HOMICIDAS AGRAVADOS

1.1. Parricidio

1.1.1. Fundamento del injusto sobre criminalizado

Se trata de una modalidad homicida agravada en relación al vínculo de hecho o de parentesco que une a los sujetos de la acción. La noción de parricidio ha obedecido siempre a la idea de que lo agravante es la violación de los deberes derivados de la relación existente entre el autor y la víctima, quedando como particularidad, para cada legislación, la determinación del vínculo a protegerse; en el caso nuestro, la norma establece la protección del vínculo sanguíneo (ascendientes y descendientes naturales) del vínculo legal generado por la adopción, así como las relaciones que se generan en el marco de una relación de matrimonio y convivencia sea vigente o no. A diferencia nuestra el C.P. venezolano extiende específicamente la protección al caso de los hermanos <Art. 409.1>. En igual sentido se pronuncia el Código colombiano en el inciso 1, del artículo 104 y el Código costarricense en el Inciso 1, del artículo 112).

Nuestro primer Código penal (1863), sancionaba con pena de muerte a quien a sabiendas matare a su padre o a su madre (Art. 231). Si la muerte se verificaba sobre cualquier otro ascendiente (que no sea el padre o la madre) o sobre sus descendientes en línea recta; o sobre su hermano; o sobre el padre, madre o hijo adoptivo; o sobre su cónyuge, se aplicaba pena de penitenciaría en cuarto grado (Art. 233). La actual redacción típica se encuentra en el artículo 107 del C.P., sancionando la conducta de quien a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia.

En lo que respecta al fundamento de la agravante en cuestión, la doctrina presenta divergencias marcadas; por un lado hay quienes esgrimen como fundamento una mayor culpabilidad, mientras que por el otro lado, se manifiesta que la agravación se vincula a lo injusto. Consideramos que la determinación del fundamento sobre criminalizar no puede tener como eje una mayor culpabilidad, ya que no es coherente sancionar con mayor severidad basándose tan solo en el reproche personal (*ex post*), teniéndose tan solo como dato objetivo la relación de parentesco o uniones de hecho. Por el contrario, parece más convincente buscar el fundamento agravante teniendo en consideración el reproche que se haga de la conducta en razón al interés social que se pretenda asegurar o proteger.

En esa consideración, el plus desvalorable del que nos habla Gracia Martín (Estudios de Derecho Penal, 2004, pág. 453), ha de referirse a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados del parentesco. En efecto, mediante la norma, el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar las relaciones parentales, por lo que el reproche se manifiesta cuando dolosamente incrementa innecesariamente el riesgo con respecto a tales deberes. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción. De esta manera, coincidimos con Bacigalupo, en que el parricidio debe tratarse como

un supuesto en el que además de la vida, se protegen reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas, y no la existencia de simples vínculos jurídicos (“Los Delitos de Homicidio”, Monografías Jurídicas, 1989, pág. 72).

1.1.2. Tipo autónomo o circunstancia agravante

En doctrina y en la legislación comparada se plantea también la cuestión relativa acerca de si el parricidio corresponde a un delito autónomo o por el contrario es un mero homicidio agravado o cualificado por la circunstancia de parentesco, o si en su defecto, los fundamentos parricidas no constituyen mérito para su tipificación.

En la actualidad, hay legislaciones que no lo contemplan, sea como un tipo constitutivo o como una modalidad agravada específica del homicidio, como el caso de los Códigos penales de España y Alemania, en los cuales no se encuentra referencia específica a esta modalidad homicida. Al respecto, Cerezo Mir nos dice, “me parece censurable la supresión de la figura delictiva del parricidio, que tiene en España una larga tradición. Lo injusto, concretamente el desvalor de la acción, es más grave si entre el autor y la víctima existe un parentesco de sangre o un vínculo matrimonial” [...] “la supresión de la figura delictiva del parricidio es, por otra parte, problemática desde el punto de vista de la prevención general” (Obras Completas, Tomo II, “Otros Estudios”, pág. 903).

Si bien es cierto que en España ya no se tipifica directamente el parricidio, su Código penal norma la circunstancia mixta de parentesco como una forma genérica de agravación (Capítulo V). Así, en su artículo 23, establece que: “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos

del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”. De acuerdo con ello, Polaino Navarrete precisa que, “la relación familiar que es estimada por la legislación vigente como una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en su esencia, constituye una categoría conceptual normativa que en esta dimensión fundamenta su relevancia jurídica. La dimensión normativa de esta noción de nexo relacional entre determinadas personas tiene como presupuesto unas precisas interrelaciones personales de índole existencial, que proclaman una comunidad de vivencias y de afectos que caracterizan la intimidad y la privacidad de las formas de convivencia espiritual que es propia de las personas ligadas entre sí por vínculos tan próximos como familiares (Instituciones de Derecho Penal parte general, 2005, pág. 533).

En otras legislaciones, como la argentina (Art. 80), la colombiana (Art. 104), la venezolana (Art. 408), la circunstancia parricida es colocada sólo como una modalidad más de agravación del homicidio, conjuntamente con otras, que, cotejadas con nuestro ordenamiento jurídico, constituyen formas típicas de asesinato.

“No es coherente sancionar con mayor severidad basándose tan solo en el reproche personal”

Para la determinación del carácter constitutivo o no del parricidio, lo decisivo es, -como afirman Quintano y Mercedes Alonso (Citados por Gracia Martín en Estudios de Derecho Penal, 2004, pág. 450)- establecer cuál es la función concreta que el parentesco desempeña en el tipo parricida, puesto que para los efectos de la criminalización, un hecho o característica, puede ser valorado legislativamente como elemento esencial o mera circunstancia.

Nosotros consideramos que las relaciones de parentesco y de unión de hecho, al que el tipo se refiere, se constituyen en elementos constitutivos especiales del tipo objetivo, diferente a las circunstancias agravantes típicas del delito de asesinato. Dicho ello, y sin perder de vista que se trata también de una forma derivada agravada del homicidio (como lo es el asesinato), requiere un tratamiento y estudio especializado, justificándose así su tipificación individualizada. Este es el criterio seguido por nuestro legislador, apreciando que tanto el código penal de 1863, como el de 1924 y el vigente de 1991, tipifican individualizadamente el parricidio.

1.1.3. El tipo objetivo del parricidio

1.1.3.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

Se trata de un sujeto activo cualificado (específico), que puede serlo tanto hombre como mujer (a excepción de los supuestos en que se tipifique el feminicidio). Así, conforme a la redacción típica, el tipo parricida circunscribe la conducta de quien a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia. Apreciamos como característica de este delito, que constituye un tipo especial propio (cualificado), que el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la cualidad exigida en el tipo (*intraneus*).

En esta perspectiva se discute cómo deben aplicarse las reglas de la autoría y la participación en estos delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal como otros que no la poseen. Es esta “participación de *extraneus*” la que genera una serie de controversias sobre el título de la imputación que éste debe tener, lo cual se reflejará también, en algunos casos, en el título de imputación del *intraneus*. Al respecto, existen las siguientes teorías explicativas:

- a) La teoría de la ruptura del título de imputación.
- b) La teoría de la unidad del título de imputación.
- a) La teoría de la ruptura del título de imputación.- Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intraneus*, por lo tanto, los *extraneus* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (cada uno responde de su propio injusto, se basa en la teoría de la incomunicabilidad de circunstancias personales -Art. 26 C.P.-). Es el caso por ejemplo del hijo que mata a su padre con la ayuda de un amigo no pariente. El hijo comete parricidio, mientras que el amigo cometerá homicidio, simple o agravado según el caso.

Teóricamente siempre habría impunidad del *extraneus* con respecto al delito de parricidio cometido. Pero, además, el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues, en los casos en que quien tuvo dominio del hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del “hecho principal” punible (delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el “delito común”).

- b) La teoría de la unidad del título de imputación.- Para esta tesis, el *extraneus* sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como “autor” del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como “cómplice” o “instigador” de ese mismo delito. Según esta posición, la norma subyacente en el tipo especial también se dirige al *extraneus*, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos.

Esta tesis refuta la ruptura del título de la imputación en razón de la no comunicabilidad de circunstancias personales (Art. 26), consagrando la tesis de la “accesoriedad” de la participación respecto de la autoría, de tal manera que el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con otro distinto que en realidad no se ha cometido (evita la impunidad del *extraneus*). La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los actos con “dominio del hecho”. Si lo hizo el *intraneus* y el *extraneus* solamente colaboró; éste último será “partícipe” del primero en el delito especial.

Ahora bien, conviene dejar en claro que la solución aportada por la teoría de la unidad del título de imputación, tiene relevancia en la comisión de aquellos delitos que importan la trasgresión del deber, como los que refieren al ámbito de los delitos de función o contra la administración pública (deber normativo de cuidado y respeto en general por la correcta administración pública, que le atañe tanto a particulares como a servidores públicos). En consecuencia, teniendo en consideración que en el parricidio también se trasgrede un “deber”, es de tenerse en cuenta que este se refiere a una obligación personalísima, que obliga sólo a los parientes entre sí, y que no se puede extender a terceros no parientes, por lo que la solución a los problemas de autoría y participación han de resolverse teniendo en consideración la tesis de la ruptura del título de imputación (Art. 26).

Así, si un tercero, que no guarda vínculo de parentesco con la víctima, colabora en la ejecución del homicidio perpetrado por un pariente de éste, se configurará, para aquél, complicidad en un homicidio, mientras que el pariente sí estará cometiendo parricidio. Si el sujeto *intraneus* realiza la muerte de su pariente conjuntamente con el *extraenus*, la solución será imputar parricidio al *intraenus* y homicidio al *extraneus*. Si quien mata es un *extraneus* instigado por un sujeto cualificado, como en el caso de la mujer que instiga, mediante el ofrecimiento de dinero al amante para que de muerte a su esposo, la solución se presenta complicada, siendo la orientación de nuestra jurisprudencia la de imputar al *extraneus* como asesino y al *intraneus* por instigación al parricidio.

Por otro lado y en relación a la víctima, observamos que se trata de un sujeto pasivo también cualificado (específico). Puede serlo tanto un hombre como una mujer, que se encuentre ligado al agente mediante los vínculos de parentesco sanguíneo, legales o de hecho ya señalados (a excepción del supuesto en que se tipifique el feminicidio). En doctrina encontramos que, atendiendo al sujeto pasivo, se emplean los términos: matricidio, patricidio o filicidio, según se extinga la vida de la madre, del padre o del hijo. Nuestro Código no hace referencia a ninguna de estas figuras particulares, subsumiéndolas a todas bajo el rubro de parricidio.

1.1.3.2. Estructura típica del parricidio

Se trata de un acto homicida que puede consumarse utilizando cualquier medio. Pero, en la eventualidad de que el agente utilice como medios de ejecución, el fuego, la explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas, o mate por ferocidad, por lucro o por placer, o para facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad o alevosía (modalidades propias del asesinato), el tipo se agrava, pero no deja de ser parricidio (se produce un concurso de tipos con el asesinato, pero por principio de especialidad primaria la figura parricida <parricidio agravado>).

1.1.3.2.a) Relación de parentesco sanguíneo y por adopción

Palacio Pimentel indica que «el parentesco es la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas, surgida de la propia naturaleza o por mandato de la ley o nacida de la religión» (“Elementos de Derecho Civil Peruano”, 1979, p. 368, T.II). Visto así, el parentesco genera un deber de garante y una obligación de cuidado y mutua protección, que el agente trasgrede al quitar la vida a quien está llamado a proteger.

En cuanto a la relación de parentesco sanguíneo, la ley sólo ampara para los efectos de la agravante, aquella que es natural en línea recta, tanto ascendente como descendente (padre, madre, abuelo, bisabuelo; hijo, nieto, bisnieto). Dicho vínculo debe existir, ya que aunque el agente haya creído durante toda su vida que la víctima era su madre, pero muerta ella se descubre que no lo era (fue “regalado” o “vendido” por su madre biológica), entonces se presenta un caso de atipicidad con respecto al parricidio.

Nosotros consideramos que merecería tomarse en cuenta la posibilidad de extender la protección penal reforzada, también a los hermanos (el Código punitivo Colombiano amplía la protección penal incluso al hermano <Inc. 1 del Art. 104>. En igual sentido el Código venezolano <Art. 409.1>. El C.P. español también lo refiere como circunstancia agravante genérica <Art. 23>). Como ya hemos manifestado, esta relación ha de ser probada con el auxilio de la ley civil. «La simple confesión del procesado de ser ascendiente o descendiente de la víctima, o la sola declaración de testigos no son suficientes para admitir la existencia del delito de parricidio» (Hurtado Pozo, 1982, p.93).

Nuestra ley amplía también la esfera de protección penal, a la relación de parentesco legal originado por la adopción, en virtud de la cual, conforme a lo establecido por el artículo 377 del Código Civil, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante, y como señala Cornejo

Chávez, citado por Chunga Lamonja (1995, pág. 420), esta institución «tiene como finalidad suprema, dar una familia a quien no la tiene», y en tal sentido, teniendo en consideración que lo que la ley quiere proteger aquí, aparte de la vida humana, es ese respeto y deber de protección que surge del vínculo generado por la adopción, también se justifica la agravante constitutiva del parricidio.

1.1.3.2.b) Relación de parentesco legal por matrimonio

Es de apreciarse que como consecuencia de la tipificación del feminicidio se ha producido una bifurcación del parricidio, ya que si es el cónyuge el que mata a su mujer, entonces se tipifica el feminicidio, pero si es la mujer la que mata a su cónyuge, entonces se tipifica el parricidio. Lo dicho deja entrever que no se ha escindido completamente del parricidio la protección del vínculo matrimonial. Así, habrá parricidio si es la mujer la que mata a quien es o haya sido su cónyuge. Hablamos aquí específicamente de un “parricidio exclusivo de mujeres”.

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos (que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad), desde antaño ha motivado que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso, como desde la perspectiva jurídica. Así, nuestra Constitución consagra, protege y promueve el matrimonio como una institución natural y fundamental de la sociedad (Art. 4º: De los Derechos Sociales y Económicos). Su definición y normatividad jurídica, así como la formalidad del matrimonio y sus causales de separación y disolución, se encuentra en nuestra legislación civil, propiamente en el Libro III de nuestro Código Civil, que norma acerca del “Derecho de Familia”, donde se define al matrimonio como la “unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida común” (Art. 234, C.C.).

Se puede apreciar entonces, que el matrimonio es un acto jurídico voluntario efectuado en un tiempo y lugar determinado, ante un funcionario municipal. Se le puede definir como “el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer” (Aguilar Carbajal “Curso de Derecho Civil”, 1975, pág. 66). Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente, que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida (Cit. Bautista Toma y Herrero Pons “Manual de Derecho de Familia”, 2006, pág. 65). Su unidad está expresada en la forma monogámica de su constitución (Palacio Pimentel. “Compendio de Derecho Civil Peruano”, 1991, pág. 659).

Desde la perspectiva de los alcances conceptuales, que como elemento normativo se inserta en el tipo, apreciamos que la expresión jurídica “cónyuge”, alude a la institución matrimonial, que al efecto debe cumplir, y en todo caso, haber cumplido con todos los requisitos legales que exige la ley civil para su validez formal y temporal (aunque adolezca de nulidad todavía no declarada judicialmente).

Por otro lado, y de cara a la redacción típica, si a quien se mata es al actual cónyuge de la autora, consideramos que el plus desvalorable, ha de referirse a una condición *ex ante*, en la que

el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados de ese tipo de parentesco. En efecto, mediante la norma, la mujer es colocada en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar las relaciones conyugales, por lo que el reproche se manifiesta cuando dolosamente incrementa innecesariamente el riesgo con respecto a tales deberes. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor desvalor de la acción. Claro está que este fundamento es válido en cuanto exista una verdadera relación conyugal (estado matrimonial), pero no parece claro en cuanto la pareja haya disuelto de hecho su relación (como aquellos que llevan quince años separados y ya no tienen contacto ni físico ni afectivo). En todo caso, la ley no hace distinción alguna (lo que a nuestro parecer podría traer el peligro de una responsabilidad objetiva, tan sólo por el mero resultado).

Por el otro lado, si la mujer mata a su ex cónyuge, la situación se complica, ya que no aparece con claridad el fundamento del injusto sobrecriminalizado. La expresión normativa hace referencia a que “haya sostenido una relación conyugal”, situación que nos coloca en el contexto de dos situaciones: Si se produce el divorcio y si se declara la nulidad del matrimonio.

“Si la mujer mata a su ex cónyuge, la situación se complica, ya que no aparece con claridad el fundamento del injusto sobrecriminalizado

Si se produce el divorcio (dentro del marco regular que norma nuestra ley civil), el estado civil que se genera es el de divorciado (y por tanto ex cónyuges), que si se ajustaría a la previsión del tipo. Pero subsiste la duda en cuanto al fundamento del reproche penal, máxime si como lo señala el artículo 348 del C.C., el divorcio pone fin al vínculo del matrimonio cesando de

esta manera las obligaciones que surgieron de éste, entre las cuales se encuentran las personales, como la alimentación (Art. 287 C.C.), la fidelidad y asistencia (Art. 288 C.C.), la de hacer vida en común (Art. 289 C.C.), entre otras. En este contexto, la previsión penal estaría extendiendo irrazonablemente este débito conyugal. Al parecer el fundamento del injusto tendría relación sólo con una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva (P. ej., si Juana mata a su ex cónyuge y también a su cónyuge actual, se le imputaría dos parricidios?).

Si se produce la declaración de nulidad absoluta del matrimonio, que conforme a nuestra jurisprudencia, “significa la existencia de un vicio que afecta la validez del acto mismo del matrimonio, insanable, que determina su inexistencia...” (Cas. N° 1641-96-Lambayeque, El Peruano, 05-07-1998, Pág. 1390). Nos encontraremos en un supuesto en el que el matrimonio nunca existió y por tanto no se puede hablar de “ex cónyuge”. Si por el otro lado, el matrimonio es disuelto por concurrir causales de anulabilidad, tampoco se puede hablar de “ex cónyuge”, en el sentido típico del delito, aunque civilmente es posible hablarse de la validez de ciertos efectos generados durante su vigencia (Art. 284 del C.C.). Claro está, que habría que tomarse en cuenta que la norma contenida en el artículo 285 del C.C., que indica: “El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe”. Nosotros consideramos que la norma citada, contiene una

previsión aplicable a ciertos efectos jurídicos de naturaleza civil-patrimonial, pero que no pueden asimilarse a la expectativa de protección penal, para hablar de ex cónyuge, lo contrario sería admitir una analogía *in malam partem*.

1.1.3.2.c) Relación de convivencia

Es de apreciarse que en este caso también, la tipificación del feminicidio ha producido una bifurcación del parricidio, ya que si es el conviviente el que mata a su pareja, entonces se tipifica el feminicidio, pero si es la mujer la que mata a su conviviente, entonces se tipifica el parricidio. Lo dicho deja entrever que en el parricidio no se ha dejado de dar protección a la unión convivencial. Así, habrá parricidio si es la mujer la que mata a quien es o haya sido su conviviente. Hablamos también aquí específicamente de un “parricidio específico de mujeres”.

A diferencia de lo normado en nuestro derogado Código penal de 1924, el legislador de 1991 extendió la protección penal en el parricidio, al vínculo generado por la unión de hecho (concubinato), denominado también «matrimonio de hecho». Esta especial relación tuvo su consagración legislativa en nuestra Constitución de 1979 (artículo 9) y actualmente mantiene su vigencia en virtud de lo establecido por el artículo quinto de nuestra vigente carta política, que establece: “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Al parecer la orientación político criminal, que fundamentó la creación de la norma, se mantiene en la misma línea de extender protección penal a este sector social tan sensible y que constituye la mayoría de las uniones familiares. Pero apreciamos que el texto penal hace referencia si el agente sostiene o haya sostenido una relación de convivencia con la víctima. Habrá que interpretar entonces, que debe entenderse por “convivencia” desde la perspectiva normativa. Tanto la Constitución (Art. 5º), como el Código Civil (Arts. 326 y 402 Inc. 3), hacen referencia indistintamente a “hogar de hecho”, “unión de hecho” y/o “concubinato”. Por tanto, la expresión “convivencia”, no se ajusta técnicamente a la previsión protectora de la norma penal. En todo caso, reconduciendo la interpretación, tenderemos que entender que, el objeto de protección tendrá que ser la “unión de hecho” o “concubinato” (más precisamente las relaciones personales que surgen de dicha comunidad de hecho).

Etimológicamente el término <<concubinato>> deriva del latín *concubinatus*, del verbo infinitivo <<concubere>>, que significa “dormir juntos o comunidad de lecho” (se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables). Siendo una institución ancestral y arraigada en nuestras costumbres, el concubinato no es patrimonio exclusivamente peruano, éste es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal (se le conocía desde épocas bíblicas y lo encontramos incluso legislado en el Código de Hammurabi).

La existencia de dicha relación convivencial, requiere, por expreso mandato constitucional (Art. 5 C.E.), la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho (circunstancia fáctica que origina, como derecho, el origen de una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable de acuerdo a la ley

civil). En tal sentido, dicho enunciado comprendería sólo al concubinato propio, excluyendo el impropio. Pero, como bien lo aprecia Peralta Andía (“Derecho de Familia en el Código Civil”, 1995, Pág. 93), esta exclusión constitucional, sin embargo, no ha sido óbice para que los codificadores le reconozcan a nivel de legislación civil, algunos efectos jurídicos al denominado concubinato impropio.

Así, nuestro Código Civil define ambas clases de concubinato:

- 1) **Concubinato propio:** El artículo 326 establece que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.
- 2) **Concubinato impropio:** Que conforme a lo establecido en el inciso 3º del artículo 402, se entiende el simple hecho de hacer vida de casados sin estarlo (“para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales”).

En este sentido, la norma modificada no es clara al establecer su objeto de protección, siendo que al parecer se orienta en general a proteger todo tipo de relación convivencial o de hecho (concubinato impropio). Esta circunstancia introduce un nuevo elemento problemático e incluso contradictorio, que se aprecia al tratar de definir el fundamento del injusto.

Consideramos que si el concubinato es actual, por sus propias características de unión familiar de hecho, el fundamento del reproche se asimila al expresado para el caso del matrimonio actual, cuyo plus desvalorable se refiere a una condición *ex ante*, en la que el reproche se manifiesta en razón a la puesta en riesgo de los deberes emanados de tal situación. En efecto, mediante la norma, el sujeto es colocado en una situación de garante de estos deberes de mutua protección, afecto y cuidado que deben guiar este tipo de relaciones familiares. Por ello lo que incrementa el reproche tiene directa relación con el mayor disvalor de la acción.

El problema interpretativo se presenta cuando el texto del parricidio, extiende la autoría en el caso que la víctima haya sido el conviviente de la autora. En este supuesto, y como ya lo expresamos para el caso de la ex cónyuge, al parecer el fundamento del injusto tendría relación sólo con una exigencia social de respeto por una condición que fue, sin señalar modalidad ni temporalidad alguna, ni tener en consideración que conforme a lo establecido por el artículo 326 del Código Civil, la relación convivencial termina o por mutuo acuerdo, o por ausencia o por decisión unilateral de los concubinos, lo que evidencia una sin razón y un peligro para la seguridad jurídica, introduciendo de hecho una responsabilidad meramente objetiva (nos preguntamos cómo sobre criminalizar la conducta de la mujer que mata a su ex conviviente, cuando la separación fue voluntaria y ya hace mucho tiempo).

1.1.4. El tipo subjetivo del parricidio

El delito de parricidio exige como elemento subjetivo del tipo legal, que el agente de muerte «a sabiendas», a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia; es decir, que el agente tenga conocimiento, le conste, sepa del vínculo que lo une con el sujeto pasivo (se requiere un conocimiento cierto, que no se da, por supuesto, en los casos en que media ignorancia, aunque se haya originado en la propia culpa del agente). No es posible, por ello, la configuración del parricidio culposo (caso del hijo que al retroceder su vehículo da muerte a su madre, que en esos momentos se había agachado a recoger el llavero que se le había caído).

El saber, pues, no se equipara aquí al deber de saber (Creus, 1990, p. 15). Es justamente en ello que reside el agravamiento de esta figura, siendo un tipo netamente doloso (dolo directo o dolo eventual <siempre y cuando, en este último caso, concurra la especial circunstancia de que el agente continúe su accionar, tomando conciencia de la posibilidad del resultado letal que se cierne sobre su pariente, constándole tal relación, y no obstante continúa conformándose con el resultado>)

La tipicidad subjetiva del injusto parricida, determina la relevancia del elemento “a sabiendas”, que se integra al elemento cognitivo del dolo, siendo determinante e irremplazable para los fines de la imputación (dolo reforzado). En tal sentido, la concurrencia del error de tipo puede ser determinante a los fines de una adecuada tipificación. Conforme a las reglas contenidas en el artículo 14, de existir error invencible sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, se excluye la responsabilidad o la agravación; si el error es vencible, la imputación será a título culposo si existe el tipo correspondiente; (puede ser, por ejemplo, que el agente desconozca la existencia o vigencia del vínculo de parentesco protegido por la ley <hijo que nunca conoció a su padre pero que fue inscrito en provincia>).

Pueden también concurrir en la acción, otras circunstancias motivadoras o desencadenantes de tipo subjetivo, que evidentemente no condicionan la configuración del tipo, pero que pueden denotar la presencia de elementos atendibles, para una regulación gradual de la pena, a modo de circunstancias atenuantes genéricas, como el caso del móvil de piedad; la muerte del padre a manos del hijo condicionada por todo un largo historial de abusos y malos tratos contra la madre; La muerte de los hijos por parte de la madre por hallarse en total estado de miseria y desamparo, etc. o agravantes también genéricas, como el caso de la madre que mata al hijo por no poder soportar su llanto o porque perturba sus relaciones íntimas con el marido; o el caso del padre que por celos a su mujer, mata a su hijo para vengarse de ella.

1.1.5. Consumación y tentativa

Siendo en esencia el parricidio una forma homicida, su consumación se produce cuando el agente extingue la vida de su víctima bajo las especiales circunstancias parricidas ya estudiadas.

Asimismo, tratándose de un tipo lesivo de resultado material, la tentativa es perfectamente configurable en sus diferentes manifestaciones.

1.1.6. Concurso de tipos

La inclusión del feminicidio en nuestro sistema punitivo, genera implícitamente un concurso aparente de leyes penales en relación con el tipo parricida. En este caso el feminicidio se presenta subsidiario con respecto al parricidio.

Eventualmente es posible la configuración del concurso de tipos, sobre todo en relación a las figuras de homicidio simple e infanticidio (artículos 106 y 110); e incluso puede presentarse cuando el parricida utiliza alguna de las modalidades o medios constitutivos del asesinato (artículo 108) (P. ej. matar al padre utilizando un explosivo). La solución se determina por especialidad en favor del parricidio (que en este caso se agrava conforme al nuevo texto). Puig Peña, manifiesta que este crimen es independiente de toda circunstancia agravante. La premeditación, por ejemplo, o la alevosía, que transforman el homicidio en un asesinato, no modifican esencialmente el parricidio (Derecho Penal, T. III, Parte Especial 1955, pág. 395).

1.1.7. Consecuencia jurídica

La modalidad simple de parricidio se sanciona con pena privativa de la libertad no menor de quince ni mayor de treinta y cinco años.

1.1.8. Parricidio agravado

Conforme la redacción típica, cuando en el acto parricida, concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108 (asesinato), la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años. Así, el tipo agravado parricida se presentará cuando el agente a sabiendas, mata a su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, concurriendo alguno de los móviles, modos o medios de acción siguientes: Por ferocidad, por lucro o por placer; para facilitar u ocultar otro delito; con gran crueldad o alevosía; o, por fuego, explosión o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

Al respecto, y desde la perspectiva del principio de mínima intervención, no apreciamos fundamentos técnicos que avalen la inserción de estas agravantes, siendo solo suficiente apelar al criterio de conciencia y eficacia de la prueba penal, para la imposición de una pena más severa por parte del operador penal, en casos de tal gravedad, ya que el parricidio se sanciona con pena entre quince a treinta y cinco años de privación de libertad.

Por otro lado, la norma también establece como circunstancia agravante, cuando el agente tenga hijos con la víctima, en cuyo caso se adiciona a la pena privativa de libertad, acumulativamente la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36 (incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela).

1.1.9. Parricidio atenuado

La segunda parte del artículo 109, nos trae la figura del “parricidio por emoción violenta”, describiendo la conducta del agente que da muerte a su pariente (en los alcances establecidos en el tipo parricida), bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable. En igual sentido, el Código Penal de 1924 normaba análogamente esta circunstancia atenuante del parricidio en el artículo 154, que se constituye en fuente directa del tipo en estudio.

El Código Penal de 1863 también establecía circunstancias atenuantes para el parricidio, que aunque no se basaban específicamente en condicionamientos subjetivos de estado emocional y objetivos de que las circunstancias hicieren excusable el origen de tal estado emocional, permiten apreciar cierta tendencia a ello. Así el artículo 234 del código acotado establecía: “El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte, da muerte en el acto a este o a su cómplice o a los dos juntos, sufrirá cárcel en tercer grado”. En igual sentido, el artículo 235 disponía que: “Los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de 21 años, en acto de sorprenderlos infraganti, sufrirán cárcel en quinto grado. “Lo dispuesto en los dos artículos precedentes, no aprovecha a los que hubieren promovido, causado o tolerado la prostitución de sus mujeres, de sus hijas o de sus hermanas (Art. 236).

“El matrimonio invalidado
produce los efectos de un
matrimonio válido disuelto por
divorcio, frente a los terceros que
hubieran actuado de buena fe”

Este tipo delictivo nos presenta la convergencia y sobre posición de una circunstancia atenuante sobre otra agravante. Así, se requiere la concurrencia, de un homicidio agravado como es el parricidio, circunstanciado por una atenuante, derivada del estado emocional del agente a la hora de perpetrar la acción criminal. Los fundamentos atenuantes, en este caso, se basan en los mismos criterios objetivos, subjetivos y condicionales fundadores del tipo de homicidio por emoción violenta (nos remitimos a su estudio), y que en esta forma delictiva, se presentan en relación con el parricidio.

En cuanto a si el vínculo que une a los sujetos de la acción, es o no fundamento para la mayor o menor magnitud de la penalidad, hay quienes indican que tal vínculo «no representa una contención mayor para la fuerza emocional y que tal no debería primar para los efectos de la penalidad» (Núñez, 1961, p. 44). Criterio diferente sostiene Roy Freyre, quien indica que sí es necesario remitirse al vínculo de parentesco, y que tal es el fundamento de la mayor penalidad del parricidio emocional, en relación con la figura de homicidio por emoción violenta (Parte Especial, Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, 1986, pág. 286).

Nosotros coincidimos en que el menosprecio por la vida de quien es su ascendiente o descendiente natural o adoptivo o de la persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, determina que la particular circunstancia psíquica que fundamenta la emoción, sea menos excusable. Es verdad que la existencia del vínculo no representa de por sí «una contención mayor para la fuerza emocional», pero también es cierto que sí debería representarla.

Tratándose de una figura atenuada de parricidio, la penalidad que se ha establecido es de pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

1.2. Asesinato

1.2.1. Fundamento del injusto

Se concibe al asesinato, como las formas particularmente graves de homicidio doloso (Mezger, Derecho Penal, libro de estudio de la parte especial: 1959, pág. 35). La característica diferenciadora de este tipo homicida, está en la conducta traicionera y sanguinaria del agente, que ocasiona la muerte de su víctima evidenciando especial peligrosidad, perversidad y maldad, valiéndose de medios desproporcionados y peligrosos. Es allí donde radica justamente la esencia de lo injusto determinante de la agravación.

El asesinato, como figura inmersa dentro del rubro genérico de las formas homicidas, es el acto mediante el cual una persona quita la vida a otra, pero bajo circunstancias agravantes previstas específicamente por la ley. Se trata, a decir de Villa Stein, de “una forma circunstanciada de homicidio y si bien el legislador lo trata con sustantividad o autonomía propia, bien podría habersele considerado como modalidad dependiente y agravada del tipo base <homicidio simple> pues evidentemente se trata de una descripción típica accesoria y subsidiaria” (Derecho Penal Parte especial I - A: Delitos Contra La Vida, el Cuerpo y la Salud 1997, pág. 70).

En cuanto a su naturaleza jurídica, habrá que plantearse en primer lugar, si estamos ante un homicidio especialmente circunstanciado o, por el contrario, ante un delito autónomo. En tal consideración la cuestión fundamental estriba en si nos encontramos ante una figura delictiva con un contenido de injusto propio o, por el contrario, éste debe verse única y genéricamente en la lesión de la vida. En el caso peruano, las diferentes y discriminatorias modalidades agravantes constitutivas del asesinato, que tienen como origen la valoración arbitraria del operador legislativo, no indican un contenido propio del injusto (que lo diferencie del homicidio), por lo que se entiende que ellas no han de importar una mayor culpabilidad. En tal sentido, Carbonell Mateu y González Cussac, indican que las circunstancias que dan lugar al asesinato, sólo puedan explicarse en base a que conllevan una mayor necesidad de tutela, y ésta, se traduce en una mayor necesidad de pena. Su explicación ha de buscarse, en consecuencia, al margen de las categorías centrales de la infracción, o sea, fuera del injusto y de la culpabilidad (Derecho penal: Concepto y Principios Constitucionales, 1999, pág. 59).

En tal sentido, y como conclusión, es posible afirmar que el injusto y la culpabilidad exigidas en el delito de asesinato son exactamente iguales que en el homicidio. El bien jurídico protegido fundamental y genérico es la vida, y en tal sentido se reprocha su lesión o puesta en peligro. De modo que el asesinato se constituye en un tipo materialmente dependiente del homicidio, aunque formalmente autónomo (por ello es válido situarlo como una modalidad derivada del homicidio simple). Y precisamente su autonomía formal proviene de la existencia de circunstancias sin las cuales no tendría su *nomen iuris*. En este sentido, estas circunstancias son necesarias para la existencia del delito de asesinato, pero materialmente no comportan modificación alguna respecto al homicidio.

Nuestro texto penal no hace referencia específica a la denominación “asesinato”, que no aparece descrito en ninguna parte del artículo 108. Diferente es el caso de los Códigos español y alemán, donde si se hace mención directa a tal *nomen iuris* (Arts. 139 y 211, respectivamente. El artículo 221-3 del C.P. francés, establece que el homicidio cometido con premeditación constituye un asesinato). En tal sentido, el membrete que encabeza el presente estudio: “asesinato”, es recogido de la doctrina y de la legislación comparada.

Desde el punto de vista de la sistemática penal, estas especiales formas de matar se tipifican en el artículo 108 de nuestro texto punitivo. Al efecto, se sanciona como asesinato la conducta de quien mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1) Por ferocidad, codicia, lucro o por placer
- 2) Para facilitar u ocultar otro delito
- 3) Con gran crueldad o alevosía
- 4) Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas

En este contexto es claro que lo que se protege como bien jurídico es la vida humana, cuya extinción mediante cualquiera de los móviles, conexiones, modos o medios empleados, que por ir contra los más preciados sentimientos humanos, como son la lealtad y el respeto por el prójimo, determinan un repudio social y un reproche más pronunciado en atención al grado de culpabilidad alcanzado por el agente.

Ello nos permite apreciar además, que la tutela de la norma amplía sus alcances para involucrar también, de manera ínsita, otros valores fundamentales de la vida de relación, que justamente se ven dramática y drásticamente afectados por la acción del agente, quien denota en su conducta un desprecio total por la vida de sus semejantes.

1.2.2. El tipo objetivo del asesinato

1.2.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

El sujeto activo en el asesinato es genérico, puede serlo cualquier persona, siempre que su accionar se encuadre dentro de los modos, medios conexiones, móviles o circunstancias personales que agravan el homicidio.

Por su naturaleza típica, es posible la presencia de las distintas formas de autoría y participación, pudiéndose notar en el caso peruano que la multiplicidad de agentes no varía la tipicidad objetiva (diferente es el caso argentino, en cuyo Código si se establece como agravante el que el homicidio se haya producido con el concurso premeditado de dos o más personas <Art. 80.6>). Incluso, en el Código penal colombiano se introduce una modalidad agravante, cuando el homicidio es cometido “valiéndose de la actividad de inimputables” <Art. 104.5>.

Apreciado el tema desde una perspectiva genérica, es posible establecer que en el tipo de asesinato son configurables todas las formas de participación delictiva. No obstante ello, es

necesario apreciar con Carbonell Mateau y González Cussac (Ob. Cit. pág. 70), que el asesinato es un delito especial impropio, que no se diferencia del homicidio, por lo que sujeto activo puede serlo cualquiera, pero el problema radica en la comunicabilidad o no de las circunstancias calificativas a los copartícipes. En relación a ello, Muñoz Conde admite la ruptura del título de imputación si el partícipe desconoce la concurrencia de los elementos subjetivos del autor, pues se produciría un error esencial que excluiría el dolo de asesinato.

Al respecto, debe recordarse que el principio de accesoriedad limitada obliga a mantener el título de imputación a todos los intervinientes en un hecho por lo que se refiere a dicho hecho; esto es, a su contenido de injusto; y deberá, por el contrario, romperse el título de imputación en lo que afecte al juicio de culpabilidad o a otra clase de consideraciones. Si hemos mantenido que el asesinato es un delito especial impropio, en el sentido que tiene idéntico contenido de injusto al homicidio, diferenciándose de éste en lo que respecta al mayor reproche ético, es ahora necesario mantener el criterio de la ruptura del título de imputación: cada uno de los intervinientes en el hecho responderá al título que corresponda según su responsabilidad; es decir, sólo será partícipe en un asesinato si se dan en él el conocimiento y la voluntad necesarios para intervenir en el mismo, dando lugar con ello al incremento de la pena.

Como señala Cobo del Rosal, la unidad del título de imputación ha de mantenerse y, por lo mismo, todos habrán de responder de idéntico tipo de injusto (matar a otro), respondiendo, por su parte, cada uno, de las circunstancias particulares que concurran en su culpabilidad. Así, si las circunstancias se dan sólo en el autor principal y no en los partícipes, no podrán ser extendidas a éstos, sin que vengan en aplicación las reglas de la comunicabilidad, que en el caso peruano están contenidas en el artículo 26 del C.P., conforme al cual: “las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible” (en idéntico sentido, el artículo 65 del C.P. español indica: “las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran”).

De ahí que el partícipe en el que no quepa el mayor reproche, por no concurrir en él el aspecto subjetivo de la agravante que sí se da en el autor principal, debe responder como partícipe de homicidio. Y, por el contrario, si se da en él pero no en el autor, será partícipe de asesinato. Así, por las mismas razones, responderá como partícipe de un asesinato aunque en el autor principal no se de esa circunstancia pero si otra que también cualifique su hecho como asesinato, aun cuando por circunstancia diferente. En tal sentido es posible pensar en un coautor en quien concurra la alevosía pese a que en los otros autores no concurra tal circunstancia, sino la de recompensa económica por ejemplo.

Por su lado, el sujeto pasivo es común, puede ser cualquiera (genérico).

1.2.2.2. Estructura típica del asesinato

El injusto sobre criminalizado del asesinato se traduce en distintas maneras de matar, que revelan una peculiar peligrosidad en el agente, y una mayor intranquilidad e inseguridad para la

colectividad; de conformidad con la norma punitiva podemos apreciarlas desde los siguientes puntos de vista:

- **De acuerdo al móvil inductor:**
 Por ferocidad
 Por codicia
 Por lucro
 Por placer
- **De acuerdo a la conexión con otro delito:**
 Para facilitar otro delito
 Para ocultar otro delito
- **De acuerdo al modo de ejecución:**
 Con gran crueldad
 Con alevosía
- **De acuerdo al medio empleado:**
 Utilizando fuego o explosión u otro medio, capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas

En el contraste con la legislación comparada, encontramos que las modalidades agravadas correspondientes al odio racial o religioso, que tipifica la legislación argentina (Art. 78.4) o la legislación francesa (Art. 221-4.6°: En razón de la pertenencia o de la no pertenencia, cierta o supuesta, de la víctima a una determinada etnia, nación, raza o religión), no son específicamente contempladas por nuestra legislación pudiendo ser subsumidas por la ferocidad (en su caso), pero si la motivación es decididamente orientada a la eliminación total o parcial de un grupo social, étnico, racial o religioso, ello podría ser imputado como genocidio (Art. 319 - Delitos Contra la Humanidad).

En igual sentido, la legislación alemana, hace referencia también, como circunstancia agravante, la codicia o por otros motivos bajos, la satisfacción del instinto sexual o con medios que constituyen un peligro público (Art. 211) (de manera semejante el artículo 252 del C.P. Boliviano hace referencia a “por motivos fútiles o bajos”). El Código colombiano amplía sus circunstancias agravantes a “otro motivo abyecto”, a fines terroristas y a los casos en los cuales se atenta contra la vida de personas internacionalmente protegidas o cuando la víctima es o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso y el acto tenga relación con tal condición personal (Art. 104).

1.2.2.2.a) Agravantes de acuerdo al móvil inductor

1.2.2.2.a.1) Homicidio por ferocidad.- La mayor reprochabilidad social y por ende, el agravamiento de esta forma de homicidio, lo encontramos en el ámbito subjetivo del agente, quien mata a un semejante, desprovisto de razones, o por motivos nimios o fútiles que desdican su naturaleza humana y lo presentan como el peor de los monstruos. Su fuente la encontramos

en el Código Penal de 1924 (esta modalidad no era extraña para nuestro Código punitivo de 1963, que sancionaba con pena de muerte a quien matara: “Aumentando deliberadamente y con crueldad el padecimiento de la víctima, por medio de emparedamiento, flagelación u otro tormento <Art. 232, Inc. 5>).

El homicidio brutal, *ad lasciviam*, o por *libidine* de sangre, que es como Carrara denomina a este tipo de homicidio, “dibujan a un hombre peor que una fiera, al hombre que actúa sólo por odio al género humano y que representa un peligro universal y de esta manera un incremento inmenso de daño mediato” (Camaño, Delitos contra la persona física, 1952, pág. 245). “Ferocidad debe ser comprendida en su acepción de fiereza; es decir, inhumanidad en el móvil” (Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal, Parte Especial I: Homicidio y Aborto 1982, pág. 53).

Este tipo de calificante tiene su origen en la legislación Italiana, que la contemplaba en cuanto se actuaba «por el sólo impulso de brutal ferocidad» (maldad). En otros países, como en Argentina, se denotaba un especial «impulso de perversidad brutal», en Uruguay, se atiende a una «brutal ferocidad» o con «grave sevicia» (Art. 312.1°). Carrara lo denominó como «ad lasciviam» o por «libidine de sangre». Mezger (Alemania), lo conoce como homicidio «por placer de matar» (1959, p. 41).

“Es posible pensar en un coautor en quien concurra la alevosía pese a que en los otros autores no concurra tal circunstancia, sino la de recompensa económica por ejemplo”

En general, las legislaciones contemplan este tipo de modalidad homicida, ya que el hecho de matar a un semejante, sin mediar razones o por motivos intrascendentes o insuficientes, constituye un agravante muy especial del homicidio, porque tal circunstancia ocasiona enorme alarma social y demuestra extraordinaria peligrosidad en el agente. «El sujeto activo ultima una existencia sin ser evidente o indetectable el

interés perseguido, o sin tener a la vista ventajas próximas o ciertas» (Roy Freyre, Derecho Penal Peruano, T.I, 1974, pág. 76).

En este tipo de homicidio nos encontramos en un estado de indefensión y desamparo total, frente al ataque de quien quiere matarnos sin ninguna razón o motivo sustancial. Nosotros no podemos atinar a ninguna defensa ante quien, de improviso nos pretende ultimar sin tener odio, pasión ni fines de lucro. Por esto, para citar esta cualificante, en los casos concretos, es necesario que se encuentre ausencia completa de cualquier causa, aunque levísima de enojo, adversión, cólera o antipatía, que haya impulsado la determinación del agente; lo que lleva a la conclusión de que cuando el ataque fue dirigido contra un individuo determinado, al cual solamente, y no a ningún otro hombre, se quería quitar la vida, la tesis de la calificante en cuestión, resultará siempre insostenible porque «no actúa por el sólo bárbaro placer de derramar sangre humana aquel que particular y exclusivamente anhela la sangre de un individuo» (Carrara, Ob. Cit., 1945, pág. 247).

La agravación en este caso se fundamenta en razón de que el agente obra desprovisto de razones o cuando el móvil es desproporcionado e insignificante con respecto al resultado

obtenido. En el primer caso, nos dice Núñez, el agente obra sin motivo consciente, «por impulso de perversidad brutal», motivado o impulsado por objetivos que se sustentan en el desprecio o en el odio del ser humano como tal, sin razones individualizadoras de ese desprecio u odio, y, por esto su impulso homicida es perverso (porque expresa suma maldad) y es brutal por inhumano (Derecho Penal Argentino, T III, 1961, pág. 48).

Esta primera hipótesis corresponde a los homicidios verificados por androfobia, lujuria de sangre, vanidad criminal, espíritu de prepotencia. Tal es el caso de quien mata al que pasa por su delante, por el sólo hecho de haberle puesto “mala cara”. En el segundo caso planteado, el agente ocasiona la injusta muerte de un ser humano por razones fútiles, que son aquellos impulsos o estímulos insustanciales para la comisión de tal acción, debido a su insignificancia, lejanía y desproporción, entre los extremos que son la conducta homicida y el homicidio propiamente dicho. Es el caso del zapatero que mata al muchacho que jugando hace que se caigan al piso sus herramientas, o del pandillero que disparó sobre quien, “osadamente”, invitó a bailar a su pareja en una “pollada”.

Este tipo de agravante, como ya hemos expresado, atiende al móvil inductor y lo encontramos en el mundo subjetivo del agente, por lo que lo fundamental, aquí será su determinación, su “resolución malvada” y en ningún caso el aspecto objetivo de la acción, representado en lo brutal de la ejecución. Se trata de un tipo de tendencia interna intensificada. Por ello, no debemos confundir esta agravante con la muerte producida merced a un impulso torpe, cruel o brutal; esto determinará, en cada caso, otra conducta típica. Lo que hemos de apreciar aquí, no es la ejecución en sí misma del homicidio, sino el móvil determinante, el impulso brutal, “la resolución malvada”.

Dice Roy Freyre, que si nos fuera exigible clasificar al autor de esta agravante, demostrativa de una especial peligrosidad, diríamos que integra la categoría que Di Tullio llama del «delincuente constitucional de orientación hipoevolutiva», cuyas principales características psíquicas son el escaso desarrollo de la ideación superior, de la lógica y de la crítica, en el campo intelectual; un persistente predominio de las fuerzas instintivas de contenido egoísta agresivo; una constante y grave deficiencia de la sensibilidad moral, en el campo afectivo; una escasa capacidad inhibitoria y una habitual predisposición a actos instintivos, automáticos e impulsivos, en el campo volitivo. Como consecuencia de estas características, este tipo de delincuente está predispuesto a toda actividad antisocial y delictiva, orientada predominantemente a los caracteres de la prepotencia, de la perversidad y de la brutalidad (1986, pág. 137).

1.2.2.2.a.2) Homicidio por codicia.- Esta modalidad agravante proviene de fuente Alemana, que luego sirve de fundamento al legislador argentino (1960), que la tipifica como una modalidad agravada de homicidio en su artículo 80.4 (es posible apreciar que tanto el proyecto Suizo de 1916, así como su Código Penal de 1937, incluyen la modalidad de “codicia”). La actual norma punitiva teutona tipifica en el numeral 211 de su Código Penal, que “asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano”. No encontramos otras referencias en el derecho comparado a nivel de Latinoamérica, España o Francia.

Nuestro derecho histórico informa que la “codicia” no ha sido objeto de agravante específica del homicidio en el Perú. No la encontramos en el Código penal de 1863, ni en el de 1924 ni en la versión original del vigente código punitivo de 1991.

En su acepción castellana, se emplea el término “codicia”, para identificar el deseo o apetito ansioso y excesivo de bienes o riquezas; o inclusive el ansia, avidez y deseo vehemente de poseer algo inmaterial de carácter positivo. Puede caracterizarse la codicia como un acrecentamiento del sentido de los beneficios, el provecho o la utilidad de una manera malsana e inusitada.

Para Sebastián Soler, el contenido de la expresión “codicia” es más amplio, en cuanto comprende no solamente la obtención de un beneficio positivo sino también la liberación de una carga (obligación alimentaria, suprimir a un acreedor) (1978, T. III, pág. 37). De esta manera y en general, debemos interpretar el término “codicia”, de cara al tipo penal, como el afán desmedido de lograr beneficios económicos, ganancias o provecho material mediante la obtención de dinero, bienes o liberándose de obligaciones o cargas, u ocupando posiciones que puedan suministrar ventajas patrimoniales.

Por ello es que bien dice Creus, los autores han tratado de distinguir la codicia del simple ánimo de lucro, indicando que éste (lucro) se agota en la finalidad de obtener un beneficio económico específico (el precio pactado), mientras que aquella (codicia) revela una característica espiritual del sujeto que importa “un apetito desordenado de riqueza”, una “inclinación exagerada al lucro” (1990, pág. 37). Claro está que esta definición ajusta con precisión cuando se tipifica el lucro como promesa o recompensa estipulada, como lo es el caso argentino, más en el caso peruano la perspectiva es diferente, ya que nuestro texto punitivo refiere al “lucro”, que bien podría subsumirse en el concepto de codicia.

Como podrá apreciarse, en nuestro sistema la codicia es colocada como un especial móvil inductor, lo que revela un tipo de tendencia interna trascendente, que asume carácter de tipo penal abierto, debiendo ser el juez quien, en el caso objetivo, concrete la naturaleza del injusto sobre criminalizado. Por ejemplo, cuando el sobrino mata al tío millonario para heredarlo o cuando se mata al socio para ampliar sus márgenes de ganancia en la empresa.

Conforme lo precisado por Fontán Balestra, no ha de pensarse que la codicia se determina únicamente por el monto del beneficio, apreciado objetivamente; juegan para apreciar la agravante las condiciones personales y económicas del autor, pues lo que para uno puede ser un beneficio sin mayor importancia, puede significar para otro haber obrado con apetito desordenado de riqueza. Típico ejemplo de matar por codicia, lo constituye el hecho de matar a un hermano para constituirse en único heredero, aunque la herencia no sea cuantiosa. “Es, pues, una circunstancia de apreciación relativa” (1994, pág. 41-42).

Para Fontán Balestra la codicia consiste en la intención de obtener con el hecho delictuoso, un beneficio apreciable económicamente y puede caracterizarse como un acrecentamiento del sentido de los beneficios, el provecho o la utilidad en una medida inusitada, malsana (Parte Especial, 1994, pág. 41).

Desde la perspectiva subjetiva, la codicia revela un estado espiritual especial del individuo, de características más estables y de logros indeterminados, que requiere ser indagado en el interior del sujeto (la concurrencia de otros móviles, como podrían ser la venganza o el odio, no excluyen la codicia); mientras que el ánimo de lucro, en cambio, denota una circunstancia que incluso puede ser causal, surgida en el caso concreto y frente a situaciones específicas. “La codicia, podríamos decir, es un estado de ánimo; el lucro, en cambio, una mera intencionalidad” (Buompadre, 2014, pág. 129).

Para algún sector de la doctrina, la codicia comprende un campo más amplio a la sola motivación económica. Incluso manifiestan (como así lo hace el legislador patrio en la exposición de motivos de la ley), que la codicia no sólo abarca la apetencia de riquezas, sino otras de beneficio para el agente. Es decir no solo el obtener bienes materiales sino también –por ejemplo– una posición mejor en el empleo o los favores carnales de una mujer, y para lograrlo mata al que está usufructuando esa posición laboral o esos placeres eróticos, o también el autor puede matar por codicia para lograr una distinción honorífica que hubiera correspondido al muerto, o en el caso del homicidio para casarse con la viuda de la víctima, o el filatelista que mata para lograr una estampilla rara y antigua que le faltaba en su colección, o también un cuadro famoso para su pinacoteca.

Por lo dicho, concordando con Creus (1990, pág. 37), las ventajas sin contenido económico en sí mismas (p. ej. un título honorífico), no quedan comprendidas por la tipicidad (a menos que el agente haya obrado teniendo primordialmente en cuenta los beneficios de esa índole que ellas puedan suministrarle, como por ejemplo el aumento de su crédito, el acceso a sociedades comerciales exclusivas, entre otros). Para esta posición, por lo tanto, todo otro objetivo que no evidencie finalidad o sentido económico, debería quedar fuera del concepto típico de codicia. En todo caso, si la motivación es diferente a la económica, y resulta insubsistente, nimia o desproporcionada, la conducta podría tipificarse en la modalidad de homicidio por ferocidad.

Por ello, bien dice Jorge Eduardo Buompadre, los argumentos utilizados para ampliar el alcance de la agravante a otros bienes o beneficios que no tengan una caracterización patrimonial, a saber, que la ley no hace ninguna distinción y que, por otra parte, ya ha reprimido por separado el móvil económico en el homicidio por precio (según refiere López Doblado), no nos parecen convincentes (Ob. Cit. 2014, pág.). “La expresión codicia, en su sentido semántico o técnico, equivale sólo a dinero u otras ventajas que puedan ser traducidas económicamente, concepto que no permite su interpretación extensiva a otras situaciones diversas, menos aun cuando tal interpretación desmejora la situación del reo” (loc. cit.).

1.2.2.2.a.3) Homicidio por lucro.- Al respecto hay que precisar, que esta modalidad agravada tiene como fuente directa el artículo 152 del Código penal de 1924, que a su vez, conforme precisa Luis Bramont Arias (C.P. Anotado, 1966), fue recogido de fuente helvética, fundamentalmente de los proyectos Suizos de 1916 y 1918, que siguiendo los lineamientos legislativos francés y alemán de la época, insertaron como modalidad agravante en el homicidio el “lucro”, entendido como el afán de búsqueda de un provecho o ganancia económica.

Es así que el codificador penal peruano de 1924, se aleja de la fuente española que al respecto primo en la determinación de tal agravante en el Código penal de 1863, en cuyo contexto normativo se señalaba como circunstancia agravante del homicidio, el hecho de matar “por precio recibido o recompensa estipulada (Art. 232.1) (tendencia que incluso en la actualidad sigue primando en la legislación española; Art. 139.- Será castigado como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 2º Por precio, recompensa o promesa.). En igual sentido, la legislación argentina sanciona con reclusión perpetua o prisión perpetua (Art. 80), al que matare: 3º Por precio o promesa remuneratoria. Por precio o promesa remuneratoria sanciona el artículo 112.9 del C.P. de Costa Rica. Por premio o promesa remuneratoria tipifica el Art. 391.1º, refiere el Código penal chileno.

Como podemos apreciar, la tendencia española estructura el tipo agravado sobre la base de que la muerte sea producida a una persona por mano de otra, que cumple un mandato pactado o contratado con un tercero, que es el verdadero interesado en la muerte y se obliga a una contraprestación económica en favor del autor material.

Pero, si realizamos una estricta interpretación del fundamento agravante, y no perdemos de vista que en nuestro vigente texto punitivo, éste se representa como un especial móvil inductor, debemos concluir en que el término “lucro” se orienta más a ser entendido en su acepción de “codicia”, pudiendo abarcar *in extensu*, conductas en las que el móvil motivador del homicidio pueda serlo el afán de obtener recompensa pecuniaria o remuneratoria o el afán de obtener ventaja o provecho económico, como en el caso de matar a otro para sustraer sus bienes o privarlo de los mismos, o el del sobrino que mata al tío rico para heredarlo. En todos estos supuestos se presenta una conducta sumamente reprochable, de un agente que quita la vida a otro por el desmedido afán de obtener una ganancia o provecho económico, que es el fundamento del injusto sobre criminalizado (apreciamos al respecto, que el artículo 211 del Código penal alemán actual hace referencia, como circunstancia calificativa del asesinato a la “codicia”).

En este sentido, consideramos que la inclusión de la codicia ha subsumido al lucro, que a este respecto ha sido despojado de su identidad típica y de hecho habría quedado derogado (la nueva ley contiene en su integridad a la ley anterior). En igual sentido podemos decir lo propio con respecto al delito de sicariato, que le habría dado la estocada final al homicidio por lucro, ya que esta modalidad nueva en nuestro ordenamiento punitivo subsume *in extensu* esta forma agravada de homicidio.

1.2.2.2.a.4) Homicidio por placer.- El texto original de nuestro Código penal no hacía referencia a este tipo de agravante, el mismo que se podía considerar contenido dentro de los alcances de la calificante de la ferocidad. Es recién, por disposición del Decreto Legislativo 896 <24-05-98>, que se modifica el artículo 108 y se introduce, como una especial circunstancia agravante del homicidio, el móvil del placer, que denota en el agente una mayor perversidad y peligro social, circunstancias que fundamentan un mayor reproche y una justificada intensificación de la punibilidad.

Esta inclusión legislativa determina la necesidad de diferenciar la ferocidad en relación al móvil del placer, ya que ambas circunstancias agravantes, responden al móvil inductor

determinante del homicidio. En tal sentido, la ferocidad ha de circunscribirse estrictamente a una forma de motivación irreflexiva, violenta y brutal, mientras que el placer determina la presencia de una necesidad de satisfacción malsana del gusto, diversión o entretenimiento del agente.

Desde la perspectiva típica, nos encontramos ante la presencia de un tipo de tendencia interna trascendente, en relación a la existencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, que es justamente el móvil del placer. El placer al que se refiere el tipo, debe entenderse como la sensación satisfacción, agrado, entretenimiento o gusto, que motiva al agente al momento de matar. En tal sentido, Creus agrega que, “quien mata por placer lo hace por el gusto o agrado que le produce el acto, sin que otra motivación lo haya determinado” (1990, Ob. Cit. pág. 36). La característica esencial del tipo agravado está en la determinación del agente, que busca matar con la finalidad de sentir placer, por lo que no debe ser motivado por otro tipo de circunstancias, ya que la muerte decidida y ejecutada por una causa distinta, no constituye la agravante en estudio, aunque el autor haya experimentado a posteriori (aunque sea eventualmente) placer al realizarla.

El placer debe situarse como circunstancia motivadora, anímica y conscientemente presente durante el desarrollo del homicidio. La agravante en cuestión, abarca distintas circunstancias que, relacionadas con la muerte, pueden suscitar placer al agente, por ejemplo, el placer derivado de desahogar el instinto de matar; el derivado de una curiosidad malsana (ver correr sangre o contemplar por diversión la agonía de su víctima); el derivado de placeres sexuales (estrangular a su víctima durante el acto sexual); o el derivado de otras sensaciones suficientes para producir satisfacción en el agente (solazarse con el sufrimiento de la víctima).

1.2.2.2.b) *Agravantes de acuerdo a la conexión con otro delito*

Según nuestra dogmática el tipo objetivo de esta calificante, conocido en la doctrina como «homicidio *criminis causa*», se basa en el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito. Términos muy generales utilizados por nuestra ley, a diferencia de los Códigos argentino y uruguayo, donde se contempla como agravantes de este tipo, el hecho de “matar a otro para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro delito”.

La fórmula utilizada por nuestro legislador es adecuada y completa, por cuanto permite incluir los casos presentados en los Códigos mencionados, con la única excepción del hecho de matar por no haber conseguido el resultado propuesto, acción que podemos subsumirla en la calificante de ferocidad. Estamos como lo manifiesta Briceño, ante la presencia de un tipo de tendencia interna (Ob. Cit. 1994, pág. 8). Esta agravante haya su fundamento, en que el agente atenta contra un bien supremo como es la vida, para servir otras finalidades, por lo que debemos considerar como la médula de este tipo delictivo, al homicidio, no interesando la clase de tipos que han concurrido con tal hecho.

Podemos decir, con Núñez, que «el agravamiento del homicidio *criminis causa* reside en una conexión ideológica» (Ob. Cit. 1961, pág. 51), pero a diferencia de la dogmática argentina, donde se pueden apreciar dos tipos de conexión, siendo la impulsiva el caso de matar al no

conseguir el resultado propuesto y la conexión final en el caso de los restantes presupuestos; en nuestro medio, sólo se atiende al caso de la conexión final, que según nuestro Código puede ser, o bien para facilitar un delito, o bien para ocultarlo. Estas modalidades reflejan un comportamiento que, desde la perspectiva del tipo subjetivo, revelan tipos de tendencia interna trascendente.

En relación a la naturaleza del delito que se requiere facilitar u ocultar, debemos indicar que puede ser cualquiera de los tipificados en nuestro ordenamiento penal, no interesando su gravedad o menor peligrosidad. A esto arribamos apreciando el texto de la ley, que habla de «otro delito». El problema se presenta cuando la acción deviene en falta, en cuyo caso se plantea la interrogante relativa a si existe o no la agravante que estudiamos. En nuestro sistema existe diferencia entre lo que es un delito y una falta, y al referirse la ley al «otro delito» y no al «hecho punible» (porque ambos son merecedores de sanción), debemos concluir que para los fines de la agravante en cuestión, no se toman en cuenta las faltas (en toda caso podría configurarse la ferocidad).

1.2.2.2.b.1) Homicidio para facilitar otro delito.- Conocido también como «homicidio medio», es el acto de matar a otro (delito medio), con la finalidad de posibilitar o viabilizar otro delito (delito fin). El hecho de dar muerte a una persona para preparar un delito, para facilitararlo o consumarlo, indica en el agente, según Carrara, ausencia de escrúpulos y poca repugnancia al crimen (Ob. Cit. 1945, pág. 70). En el delito como medio, este menosprecio por la vida humana, ante un propósito delictuoso, justifica por sí sola la agravación.

Acertadamente Villa Stein señala que, “aquí el homicidio se instrumentaliza en favor de otro delito y en éste radica la gravedad del acto pues el sujeto activo menosprecia la vida humana, la pasa por alto con tal de alcanzar el ilícito fin al cual estaba orientada desde un inicio su conducta” (Ob. Cit. 1997, pág. 78).

El delito fin, puede haber sido solo tentado o en último caso solo proyectado, por cuanto estamos ante un caso en el cual se aprecia la vinculación subjetiva; y si el agente mata con la finalidad de facilitar un delito, aunque al final no lo llegue a perpetrar, siempre estará inmerso en esta agravante, en atención a la pre ordenación de su propósito. Por lo tanto, es indiferente el grado de ejecución del delito fin, es suficiente que el plan, tal como había sido concebido por el delincuente, pueda ser calificado como delictivo. En estos casos, la responsabilidad debe determinarse por el grado de ejecución del delito medio. No es necesaria la concomitancia entre el delito medio y el delito fin, ni que éste último haya estado a cargo del propio homicida o de un tercero, cómplice o no de aquél, lo que interesa aquí no es la confabulación, sino la finalidad delictiva del homicida. Deduciéndose de esto, que al carecer la acción de tal nexo psicológico, se presentaría un concurso real de delitos.

Por ello, en estos casos, no resulta suficiente la conexión o relación física (en el tiempo y en el espacio) de ambas acciones punibles; es necesario, y tal es el motivo de la agravación, que medie entre ellos una conexión mental determinante de la conducta homicida.

1.2.2.2.b.2) Homicidio para ocultar otro delito.- Este tipo de agravante nos sitúa frente a la concurrencia de dos hechos delictuosos, donde el primero puede ser de cualquier naturaleza,

inclusive culposo (a diferencia del caso anterior, donde el “otro delito” es necesariamente intencional) y el segundo es un homicidio, perpetrado con la finalidad de ocultar el primero para conseguir la impunidad y evitar sus consecuencias. La acción material se representa por el hecho de matar para poder ocultar el primer delito o para asegurar su producto, suprimir las pruebas de él o procurar la impunidad para sí o para sus colaboradores. Se encuentra dentro de esta agravante, la persona que da muerte a otra, a fin de evitar que ésta pueda servir de testigo o denunciarlo.

En lo que respecta al delito que se quiere ocultar, no interesa su naturaleza ni su grado de ejecución (debe, por lo menos, haber sido tentado). El delito al que se refiere la impunidad procurada, indica Creus, puede ser uno que ya se ha cometido o uno que se va a cometer (matar al único policía del pueblo para que no investigue el delito que se proyecta) (Ob. Cit. 1990, pág. 40). El homicidio puede producirse antes o concomitantemente con la realización del delito a ocultar (matar a la mujer que violó, para evitar ser denunciado). También puede ser posterior a él, no siendo pre-requisito alguno la referencia al tiempo, bastando sólo la comprobación de la pre ordenación subjetiva del agente, con respecto al móvil del homicidio.

Se incluye en la agravante el caso de quien mata para ocultar un delito, en cuya realización no actuó ni como autor ni como partícipe (por ejemplo, el caso en el que el padre mata para proteger a su hijo). Por otro lado, este tipo de agravante no contempla el homicidio pasional por cuanto la finalidad del homicidio, es decir, el nexa subjetivo, no está orientado a ocultar el delito cometido, sino que se produce como una reacción ante la frustración del agente, que no llega a obtener el resultado que se propuso o esperaba. Tal es el caso del ladrón que, luego de forzar la cerradura de la caja fuerte, mata al dueño por no haber encontrado dinero en ella.

“El placer debe situarse como circunstancia motivadora, anímica y conscientemente presente durante el desarrollo del homicidio”

Un caso interesante, es el que se presenta cuando el hijo, luego de haber hurtado bienes de su padre, mata a un tercero que pretende denunciarlo. La dificultad que encontramos aquí, deviene de lo prescrito en el artículo 208, donde se contempla la figura de “excusa absolutoria de punibilidad”, es decir, que no son reprimibles con pena, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren, entre otros, los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta. Si bien es cierto que aquí se plantea una situación de exención de penalidad, no podemos decir que tal hecho haya desaparecido como delito, hacer ello nos llevaría a una aberración jurídica. Por esto, al preexistir tal delito, la conducta del hijo sí estaría contemplada dentro de la calificante tratada.

1.2.2.2.c) *Agravantes de acuerdo al modo de ejecución*

Existen determinadas formas o maneras particulares de matar, que por su propia naturaleza determinan una mayor reprochabilidad social. Si bien es cierto que este tipo de homicidios se materializa mediante particulares comportamientos externos del agente, como son la traición o la crueldad, también es necesario remarcar que esta forma de agravante involucra

especiales circunstancias de índole subjetiva, que denotan la presencia de un tipo de tendencia interna trascendente.

1.2.2.2.c.1) Homicidio con gran crueldad.- Crueldad, ya de por sí denota fiera, inhumanidad, complacencia ante el desmedido sufrimiento de un ser viviente. De esto podemos establecer, que este tipo de homicidio es el que se comete con el ánimo de hacer sufrir a la víctima, dolores o padecimientos exagerados y excesivos antes de causarle la muerte, que revelan un tipo de tendencia interna trascendente. “Este tipo de homicidio es conocido también con el nombre de ensañamiento y sevicia, y en general, denota un modo cruel de matar. Tal circunstancia revela sadismo y perversidad” (Camaño, Ob. Cit. 1952, pág. 89).

De lo expuesto se ha de comprender, claramente, que estos actos de crueldad han de ser cometidos en la persona de un ser vivo consciente (la acción sobre un sujeto en estado de inconsciencia imposibilitaría la configuración de la agravante), y aun cuando la ley no lo diga expresamente, todo acto de crueldad sobre un cadáver, ya no sería indicativo de un acto de esta naturaleza, configurándose, así una circunstancia de ensañamiento, que son los actos realizados con fines extensivos al homicidio, como es el descuartizamiento; o por particulares actos de ira o de un impulso malvado, como el seguir dando puñaladas al cuerpo de la víctima luego de haberse producido la muerte.

Nos dice Roy Freire, que “tampoco la multiplicidad de lesiones sucesivas no son siempre indicativas de crueldad, pues en muchos casos obedece al propósito del agente de exterminar a su víctima a la brevedad posible, hecho que sería contrario a la crueldad” (1986, pág. 152). No necesariamente han de presentarse heridas en el cuerpo de la víctima, por cuanto también se puede matar con crueldad, anulando o entorpeciendo alguna de las funciones vitales del organismo, como la respiración, el sueño, la defecación, etc.; tal es el caso de las torturas, que se traducen en el asfixiamiento o ahogamiento de la víctima. Es compatible también con la agravante, la acción omisiva de quien mata a su víctima por inanición, negándole los alimentos o el agua. Lo que en realidad interesa es que el agente haya elegido esta forma de dar muerte, porque si alguien hiere con arma blanca o de fuego (disparo de escopeta a la altura del estómago), y la víctima muere después de largos padecimientos, sin haber sido esa la intención del agente, no podría verificarse la existencia de este tipo de agravante.

Carrara nos indica, al hablar de este tipo de homicidios, al cual conoce con el nombre de «homicidio acompañado de actos de barbarie», que es necesario que en el mundo subjetivo del agente, es decir, en su intención, se presenten la determinación de dos fines distintos, como son el hacer sufrir y el dar muerte, hechos que se materializan en la persona de la víctima. En su concepto, no habría crueldad o actos de barbarie en un homicidio cometido, por ejemplo, mediante incendio o envenenamiento, aunque la muerte haya sido atrozmente dolorosa, ya que esto fue consecuencia de los medios elegidos, y no de un especial refinamiento de venganza.

1.2.2.2.c.2) Homicidio con alevosía.- Desde ya la alevosía representa una forma insidiosa o traicionera de matar. Implica ventaja, actuación sin peligro, sin riesgo para el victimario e indefensión y desprevisión para la víctima. Supone una maquinación cautelosa y decidida, que

tiende a aprovechar de manera insidiosa y felona el estado de indefensión de la víctima provocada por el agente. Con respecto a los antecedentes de esta modalidad agravada, podemos decir que el Código de 1924 hacía referencia a la “perfidia” (Art. 152), mientras que el Código de 1863 establecía como agravante el hecho de que la muerte se ocasionara “a traición o sobre seguro” (Art. 232.2).

Como señala Núñez, al ocultamiento moral o material caracterizadores del homicidio proditorio y del homicidio insidioso, la alevosía le agrega la cobarde finalidad del autor de obrar sin riesgos para su persona (1961, Pág. 37). Igualmente, Bacigalupo, indica que en la alevosía se aprecia una ejecución sin riesgo para la persona del autor, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Se denota, según el citado tratadista, que la definición legal reduce el concepto de alevosía a la indefensión de la víctima y la correlativa seguridad con la que el actor actúa (Los Delitos de Homicidio, 1989 Pág. 42). Lo central es la idea del “aseguramiento de la ejecución evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima” (Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español P.G. II. Teoría Jurídica del Delito 1990, pág. 121).

La premeditación no es una circunstancia calificadora del homicidio, pudiendo existir la alevosía sin premeditación. La alevosía consiste en la traición, en la insidia que pudiendo manifestarse de distintas maneras, son insusceptibles de ser comprendidas en la directriz de una definición. El prudente arbitrio judicial, con el auxilio de la doctrina, es el llamado a decidir cuando existe alevosía. Ejemplo de ello lo encontramos cuando Juan, queriendo matar a su socio, lo cita “muy convenientemente” al local de la empresa (en cuyo interior él sabe no hay personas), y para iniciar la conversación le invita un trago, al que previamente ha introducido un somnífero, el cual hace efecto y aprovechando de ello Juan lo reduce y coloca alrededor de su cuello un lazo de sogas con la que lo cuelga de una viga, simulando un suicidio.

La legislación española hace expresa referencia a la alevosía, como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal (artículo 22, inc, 1), estableciendo que “hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Las condiciones físicas de indefensión, propias o adquiridas, (niños, ancianos, impedidos, trastornados, etc.), o las circunstancias señaladas en el artículo 22, inc. 2 del Código español: ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente, no pueden ser tomadas *per se* como circunstancias constitutivas de la alevosía.

Nos indica Muñoz Conde (Ob. Cit. pág. 48), que lo decisivo en la alevosía es, por tanto, el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pudiera hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa, aunque algunas corrientes feministas nieguen que esta calificación sea aplicable cuando la mujer mata al marido mientras duerme, ya que por su mayor debilidad física no puede hacerlo cara a cara, y algún sector doctrinal y jurisprudencial, influido por la dogmática alemana, cuyo Código penal, por cierto, carece de una definición de la alevosía, entienda que es necesario un ánimo especial alevoso (la definición de la alevosía no requiere, desde luego,

ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla).

1.2.2.2.d) *Agravante de acuerdo al medio empleado*

Aquí encontramos que la esencia de la suma reprochabilidad social, y por ende, el agravamiento de este tipo de conductas, está dado en relación directa a los medios que se utilizan para dar muerte a otro; medios que se revelan extremadamente peligrosos para la seguridad común, y que incrementan ostensiblemente el riesgo.

1.2.2.2.d.1) Homicidio mediante fuego o explosión u otro medio capaz de crear peligro común.- De la letra misma de la ley, podemos observar que el criterio fundamental de la agravación de este tipo de conductas, no la encontramos específicamente en la naturaleza particular de los medios que en ella se describen, sino en relación al peligro general que ellos implican. Posición que se reafirma normativamente, cuando la ley modificatoria (Ley 30253), que excluye el veneno como modalidad de acción agravada, establece en su inciso 4, un formula de interpretación analógica, que no cierra el tipo, sino que abarca la posibilidad de incluir como medios de ejecución, tanto al fuego, la explosión “o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas”,

“Al ocultamiento moral o material caracterizadores del homicidio proditorio y del homicidio insidioso, la alevosía le agrega la cobarde finalidad del autor de obrar sin riesgos para su persona”

que determina, en la interpretación estricta, que no solo se trata del uso del medio, sino que éste genere peligro común. Es decir, la utilización del fuego o explosión más la generación de riesgo (si ello no se presenta en la realidad, entonces resultaría atípica en relación a la agravante, pudiendo ser subsumida la acción en otra modalidad, como la gran crueldad si por ejemplo en agente rocía gasolina y prende a su víctima o le coloca un “collar bomba”).

Hemos de observar aquí, que lo que busca la ley es proteger a la colectividad, de acciones de tal magnitud y de tal desproporción, que ponen en peligro sus vidas, de forma tal, que le impiden su más mínima defensa o protección. Tales medios, como hemos manifestado, deben ser de una potencialidad y de una idoneidad tal, que puedan, efectivamente, constituirse en elementos estragadores que pongan en peligro cierto la vida de muchas personas. El medio empleado alcanza su cualificante cuando el autor ha provocado la explosión o el incendio con intención de matar y siempre que la utilización del medio cree un peligro común para las personas y sus bienes.

Actitudes como las que conforman el tipo de homicidio que comentamos, denotan en el agente una falta total de sensibilidad humana y misericordia para con sus semejantes. Aquí, la intención del agente ha de ser la de dar muerte a otra persona, utilizando para ello el fuego, la explosión o en todo caso cualquier otro medio capaz de causar peligro para la vida o la salud de otras personas, fórmula analógica utilizada por la ley ante la imposibilidad de poder detallar cada una de las modalidades de las cuales se puede valer el criminal para matar, siempre y cuando tengan la potencialidad suficiente para producir el peligro común y los estragos señalados en el

tipo. Ej., el descarrilamiento, la inundación, el derrumbe de edificios, la contaminación del agua con sustancias nocivas a la salud, etc.

Es necesario, para la configuración de la agravante, que exista una relación objetiva y subjetiva entre el medio estragador empleado y el fin homicida perseguido. El agente usa estos medios para conseguir su finalidad, que es el matar (por lo que el tipo se revela como uno de tendencia interna trascendente). Tal es el caso de incendiar la casa de la persona a la que se quiere dar muerte. En contrario sensu, la agravante no procederá cuando se produzca una relación inversa de finalidad, tal es el caso que se produce al utilizar estos mismos medios estragadores ya no con el fin de matar, sino con la finalidad de ocultar tal suceso.

El peligro común debe ser previsible, no siendo necesario que cause efectivamente los estragos temidos, pues es suficiente el riesgo corrido. Basta que el curso causal fáctico sea eficaz para crear una situación de peligro, sin que sea necesario que culmine con la lesión a la vida o salud de la persona extraña a la víctima proyectada.

Al considerar el legislador, como una agravante específica al fuego, ha querido preservar a la comunidad de la posibilidad de la producción de un incendio, que es una especie superlativa de aquél, por cuanto implica la presencia de un gran fuego incontrolado, que abrasa hasta aquello que no se quiso quemar. Tiene como características su gran magnitud, la imposibilidad de gobernarlo, su tendencia a progresar y difundirse, y la dificultad para reducirlo y apagarlo (Hurtado, 1973, Pág. 118). Lo que interesa aquí es la intención del agente de utilizar el fuego con el fin de matar, pero observamos que cabe la salvedad de que, para incurrir en la agravante, debe haberse producido o, en todo caso, ser producible un incendio. No podríamos plantear la agravante en el caso de haberse matado quemando la casa del granjero que vivía apartado del pueblo, ya que faltaría la *conditio sine qua non* de este delito, que es la factibilidad del peligro común.

La explosión, nos dice Nerio Rojas, obedece a diversas causas, como gases de un líquido en ebullición, cambio brusco de estado de un gas bajo presión, reacción química de sustancias detonantes o explosivas, como gas de alumbrado, nafta, alcohol, etc. Indica, además, que los explosivos propiamente dichos son la dinamita que es derivada de la nitroglicerina, el picrato de potasio, el fulminato de mercurio, las pólvoras diversas, existiendo también explosiones de polvos inertes por acción de un gas (carbón, harina).

Este medio también tiene que ser utilizado bajo las condiciones ya estudiadas de peligro común, por cuanto, si se mata mediante una explosión a una persona en un lugar descampado, no se presentará la agravante, por cuanto faltaría nuestro requisito *sine qua non*.

Desde la perspectiva criminalística: **fuego** es la reacción química de combustión o combinación de oxígeno y combustible en proporciones adecuadas y a temperaturas apropiadas para mantener la combustión. Esta reacción o reacciones químicas de oxidación son complejas y exotérmicas (desprenden calor).

Se clasifican en los siguientes tipos principales:

- a) Fuegos clase A.- Por combustión de materiales combustibles ordinarios, tales como madera, papel, paja, fibras textiles, desperdicios, etc.
- b) Fuegos clase B.- Por combustión de solventes y compuestos o líquidos orgánicos.
- c) Fuegos clase C.- Por combustión de materiales y equipos eléctricos.
- d) Fuegos clase D.- Por reacciones químicas de descomposición y otras.

Incendio es la propagación del fuego, principalmente por efecto de las llamas que produce la combustión. En los incendios ocurren reacciones químicas de combustión, de descomposición química por acción del calor (pirólisis), fusión y aumento de presión y temperatura.

Explosión es la liberación o formación brusca de una enorme cantidad de gas debido al súbito cambio físico o químico de un cuerpo sólido, líquido o gaseoso; produciéndose ondas expansivas. Estos cambios o reacciones químicas incontroladas van acompañadas de una liberación instantánea de energía. La explosión se diferencia del incendio por su velocidad, puede ser difusa o concentrada. Las explosiones físicas se producen por exceso de presión en los recipientes o botellas de gas licuado (oxígeno, hidrógeno, propano, acetileno, ácido carbónico) y en calderas y autoclaves. Las explosiones químicas se producen por reacciones químicas de combustión de cualquier producto o material combustible (vapores de gasolina, éter, bencina, propano, polvos de carbón, azúcar, almidón, cacao, madera, algodón, harina, papel, bronce, aluminio, magnesio), con el oxígeno, cloro, azufre, yodo u otras sustancias oxidantes. Además de los mencionados, se tienen como materiales explosivos, la pólvora, la nitroglicerina y las dinamitas, compuestos clorados (a base de cloratos), compuestos nitrados (a base de nitrato de amonio), ácido pícrico, trinitrotolueno, fulminato de mercurio, nitruro o azida de plomo, tetril y explosivos plásticos a base de pentrita. Podrían añadirse las mechas de seguridad, las bombas y los artificios explosivos.

1.2.3. El tipo subjetivo del asesinato

El delito de asesinato es eminentemente doloso. El dolo deberá abarcar tanto el resultado cuanto la concurrencia del aspecto objetivo de las circunstancias calificantes.

Conforme a la opinión doctrinaria mayoritaria, se requiere la presencia de dolo directo. No cabe la posibilidad del dolo eventual respecto de la concurrencia de las circunstancias calificativas, puesto que en ellas apreciamos que, o se requiere un elemento subjetivo incompatible con el dolo eventual, o consisten en ciertas disposiciones anímicas como las que han de concurrir en la modalidad de la codicia o el lucro, igualmente difíciles de comprender en esta modalidad eventual de dolo.

1.2.4. *Consumación y tentativa*

Al igual que en toda acción homicida, en el asesinato la acción se dirige contra una persona humana viva, y se consuma con la muerte, lograda por cualquiera de las modalidades calificativas señaladas en la ley.

La naturaleza misma del asesinato, la representa como una figura de acción primordialmente comisiva, pero puede configurarse también mediante omisión impropia (comisión por omisión). En este último supuesto, la imputación dependerá de la observación del móvil y la modalidad utilizada por el agente, así la comprobación de la existencia de la posición de garante, que en el caso concreto, vinculan la acción del agente al resultado, aunque materialmente no haya exteriorizado el comportamiento desencadenante de la muerte (caso de la enfermera que deja morir a su paciente, no suministrándole oportunamente sus remedios, motivada por la promesa remuneratoria de un tercero o por afán de codicia).

Siendo un tipo lesivo de resultado material, el asesinato admite todas las formas de tentativa señaladas en la ley, siempre que se hayan dado los aspectos objetivo y subjetivo de las circunstancias calificativas y siempre que desde la perspectiva del *iter criminis*, el hecho no haya llegado a la consumación: la muerte de otro.

1.2.5. *Consecuencia jurídica*

El asesinato se sanciona con pena privativa de la libertad no menor de quince años ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso peruano, la multiplicidad de actos homicidas, revestidos cada uno de ellos de las circunstancias calificativas señaladas para el asesinato, no señalan forma especial alguna de agravante. Al respecto, apreciamos en la legislación española, una modalidad agravante del tipo de asesinato: (Art. 140) “cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior (en el que se especifican las modalidades del asesinato), se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años (la pena del asesinato básico, es de prisión de quince a veinte años). Fórmula que merecería ser tomada en consideración por el legislador patrio.

Igualmente observamos en la legislación española una fórmula legal, que no encuentra paralelo en nuestro sistema, que permite la sanción (en grado inferior al del asesinato), de la sola provocación, proposición o conspiración al asesinato sin necesidad del resultado mortal consumado (Nuestros sistema si tipifica la asociación delictiva en su artículo 317).

1.2.6. *Asesinato en concurso con el parricidio y el feminicidio*

Conforme a la nueva redacción típica del parricidio, se puede apreciar la inserción de circunstancias agravantes que no se contemplaban en el texto inicial. Así, observamos que en la nueva figura parricida, la confluencia de circunstancias calificativas de un hecho homicida que ya es agravado en relación al homicidio simple que es su figura matriz.

De esta manera, cuando en el acto parricida, concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108 (asesinato), se tipificará una nueva modalidad que podemos denominar “parricidio agravado”, en cuyo caso la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años, primando en este caso por especialidad el tipo parricida.

Al respecto, y desde la perspectiva del principio de mínima intervención, no apreciamos fundamentos técnicos que avalen la inserción de estas agravantes, siendo solo suficiente apelar al criterio de conciencia y eficacia de la prueba penal, para la imposición de una pena más severa por parte del operador penal, en casos de tal gravedad, ya que el parricidio se sanciona con pena entre quince a treinta y cinco años de privación de libertad.

En igual sentido, en el feminicidio la distorsión típica alcanza también al asesinato, ya que conforme al texto del artículo 108-B, el hecho de matar a una mujer por su condición de tal obtiene una circunstancia agravante “cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108” (numeral 7). De esta manera se “desmembra típicamente” al asesinato creándose una condición discriminatoria que podría resumirse en que ahora tendrá que identificarse en nuestro sistema, una forma de “asesinato cometido sólo contra hombres” y otra de “asesinato cometido contra mujeres”, que en este contexto se ha de denominar “feminicidio agravado” (¿había necesidad de esto?).

1.2.7. Tipificación del homicidio utilizando veneno

Desde el punto de vista histórico y doctrinario, la agravación de este tipo de conductas, siempre ha estado dado fundamentalmente en base al modo insidioso como se suministraba el veneno, por lo que concordando con los fundamentos de la exposición de motivos de la Ley N° 30253 (que deroga su utilización como medio de asesinato), consideramos que la inclusión de este tipo de agravante es innecesaria ya que puede subsumirse en la forma alevosa e inclusive en el accionar con gran crueldad.

Estamos ante una conducta que se agrava conjugando dos elementos fundamentales; en primer lugar, «el medio» que es el veneno, y, en segundo lugar, el particular «modo» como se suministra éste. Al no concurrir este segundo elemento, el veneno sería sólo un medio más para cometer el homicidio, como una pistola o un puñal, y sólo agravaría la conducta, en cuanto se utilizara para producir desproporcionado sufrimiento en la víctima, lo cual nos lleva al campo del homicidio con crueldad.

«Entre los homicidios insidiosos, vale decir, traicioneros, el realizado mediante envenenamiento ha ocupado históricamente el primer lugar, a tal punto que mereció ser considerado nominativamente por las leyes « (Núñez, Ob. Cit. 1961, Pág. 44).

El fundamento sobrecriminalizador de la utilización del veneno para matar, ha sufrido cambios en nuestro sistema penal. El Código derogado situaba a esta especial forma de matar, como una agravante en relación a los medios empleados, conjuntamente con

el fuego, la explosión y otros medios estragadores, negándole su esencia eminentemente insidiosa. El texto original del Código Penal vigente de 1991, con acertada técnica legislativa, enmendó el error introducido por el Código de Maúrtua, atribuyéndole a esta forma de matar, una esencia fundamentalmente insidiosa, clasificándola como una forma especial de homicidio, relativa al modo de ejecución, conjuntamente con la gran crueldad y la alevosía.

Lamentablemente, mediante modificación legislativa posterior, introducida por el Decreto Legislativo 896 (Ley contra los delitos agravados, de 24 de mayo 1998), se modificó el artículo 108, reclasificándose la ubicación del veneno, que fue derivada a ser nuevamente una circunstancia agravante de acuerdo al medio empleado, conjuntamente con el fuego explosión y otros medios capaces de poner en peligro la vida o salud de otras personas, retrotrayéndose al error inicial del Código derogado, negándole su esencia insidiosa y atribuyéndole una característica de peligro común en su utilización que no tiene (así, colocado como un “medio” de ejecución, dentro del contexto del Inc. 4 del artículo 108, la exigencia típica obligaba a tener en consideración que no era sólo utilizar el veneno, sino que este tendría que generar en su utilización, un riesgo para la vida o salud de otras personas).

Nuestra operatividad abonaba a la confusión, que sobre la tipificación de esta modalidad de homicidio se hacía, ya que la identificación de cualquier vestigio de uso de veneno automáticamente tipificaba la conducta como asesinato (sin importar el modo de su suministro). Así, conforme a nuestra legislación procesal, si en el hecho de la muerte existen indicios de envenenamiento, el perito examinará las vísceras y las materias sospechosas que se encuentran en el cadáver o en otra parte y las remitirá en envases aparentes, cerrados y lacrados, al laboratorio especializado correspondiente (Art. 198).

Por eso, resulta adecuada la modificación legislativa que excluye el uso del veneno como una forma directa de asesinato; reservando su tipificación como tal, tan sólo si conjuntamente con su utilización, concurre la modalidad alevosa o el móvil de gran crueldad o si en su caso, su utilización pueda generar el peligro común que reclama el inciso 4 del artículo 108 del Código penal.

No obstante lo dicho, nuestro sistema punitivo admite la utilización del veneno como circunstancia agravante genérica, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sea elemento constitutivo del hecho punible <Artículo 42, numeral 2, letra m)>

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, Enrique...”Manual de Derecho Penal, Parte General”, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique...”Los Delitos de Homicidio”, Monografías Jurídicas, Editorial Temis, Bogotá - Colombia 1989
- BAGIGALUPO, Enrique...”Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal”, 2da Edición, Editorial Akai, Madrid 1994.
- BRAMONT ARIAS, Luis...”Código Penal Anotado (1924)”, Lima - Perú 1966.
- BRICEÑO PUENTE, Carlos...Trabajos de investigación: «El infanticidio», «Homicidio culposo», «Homicidio para facilitar u ocultar otro delito», Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Facultad de Derecho.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo...”Tratado de Derecho Penal, Parte Especial 1, Abeledo Perrot, 1º edición, Buenos Aires 2014.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan...”Manual de Derecho Penal: Parte Especial”, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1986.
- CAMAÑO ROSA, Antonio...»Delitos contra la persona física», La Justicia Uruguaya, T. XXV- Sec.Doctrina Montevideo 1952.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos...”Derecho penal: Concepto y Principios Constitucionales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España, 1995.
- CASTILLO DAVILA, William Paco...»Estructura del Homicidio Simple» Tratado Doctrinario acerca del Homicidio, Cicambro Editores - Lima, 1993.
- CEREZO MIR, José...”Curso de Derecho Penal Español P.G. II. Teoría Jurídica del Delito, Editorial Tecnos, Madrid 1990.
- CREUS, Carlos...”Derecho Penal: Parte Especial”, Tomo I, 3º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1990.
- CREUS, Carlos...”derecho Penal: Parte Especial”, Tomo 2, 3º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1991.
- DESPOUY, Leandro...»Homicidio Preterintencional», Lecciones y Ensayos, facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1969, No 39.

- FIGARI, Rubén y PARMA, Carlos...”El homicidio y aborto en la legislación peruana”, Motivensa Editora Jurídica, Motivensa SRL, Lima – Perú, 2010.
- FONTAN BALESTRA, Carlos...»Derecho Penal parte especial», Buenos Aires 1959, Talleres el gráfico.
- GARCIA MAAÑON, Ernesto...»Homicidio Simple y Homicidio Agravado», Editorial Universidad, Buenos Aires 1980.
- GARCIA PLANAS, Gabriel...»Notas sobre el tratamiento del homicidio simple en el Código Penal Español y en la jurisprudencia», Rev. Jurídica de Cataluña No 4, Barcelona 1979.
- GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique...»Delitos contra la vida y la integridad personal», Editorial litográfica, Colombia, Vol. II, 1946.
- HURTADO POZO, José...»Manual de Derecho Penal, Parte Especial 1 - Homicidio, Segunda Edición, Ediciones Juris-Lima 1995.
- HURTADO POZO, José...»Manual de Derecho Penal, Parte Especial 2 - Aborto, Ediciones Juris - Lima 1994.
- JAKOBS, Gunther...”Problemas Captales del Derecho Penal Moderno”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1998.
- LABATUD GLENA...»Derecho penal, parte especial», T.II, Tercera Edición. 1959, Editorial Jurídica de Chile.
- LEVENE, Ricardo...»Manual de Derecho Penal, Parte Especial», 2o Edición-Editor Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, Argentina 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco...”Derecho Penal Parte Especial”, Undécima Edición, Editorial tirant lo blanch, Valencia 1996.
- NUÑEZ, Ricardo...»Derecho Penal Argentino», Talleres el Gráfico, Buenos Aires, Setiembre 1961, T.III.
- ORTEGO COSTALES, José...”Teoría de la Parte Especial del Derecho Penal”, Editorial Dykinson, Salamanca 1988.
- PEÑA CABRERA, Raúl...»Derecho Penal Peruano», Volumen II, parte especial, 4ta Edición, Lima-Perú, 1982.
- PUIG PEÑA, Federico...”Derecho Penal”, Tomo III, Parte Especial, Cuarta Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 1955.

- QUINTANO RIPOLLES, Antonio...»Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», Tomo I: Infracciones contra las personas. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1962.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, VALLE MUÑIZ, José Manuel...»Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal», Aranzadi Editorial, Pamplona-España, 1996.
- ROY FREYRE, Luis E...»Derecho Penal Tomo I, Parte Especial, Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor», 2o Edición - Editorial y Distribuidora de Libros S.A-Lima-1986.
- ROXIN, Claus...»Teoría del tipo Penal», Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- ROXIN, Claus...»Problemas Básicos del Derecho Penal», Editorial Reus S.A., Madrid 1976.
- SALINAS SICHA, Ramiro...»Derecho Penal, Parte Especial, 3º edición, Editora Jurídica Grijley, Lima 2008.
- SOLER, Sebastian...»Derecho Penal Argentino», Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1978, Tomo III.
- VILLA STEIN, Javier...»Derecho Penal Parte especial I - A: Delitos Contra La Vida, el Cuerpo y la Salud», Editorial San Marcos, Lima 1997
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe...»Lecciones de Derecho Penal Parte Especial I-Delitos de Homicidio. Gios Editores-Lima 1991.
- VIVES ANTON, J. BIX REIG, E. ORTS BERENGUER, J.C. CARBONELL MATEU Y J. L. GONZALES CUSACC...»Derecho Penal Parte Especial», 3º Edición, Edit. Tirant lo – blanch, Valencia 1999.
- WELZEL, Hans...»Derecho Penal Alemán», Editorial Jurídica de Chile, 11o Edición, 1976.

ESTUDIO PRÁCTICO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por: *Luiggi V. Santy Cabrera*

SUMARIO: I. SUMILLA II. INTRODUCCIÓN III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR V. CONCLUSIONES

I. SUMILLA

La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respecto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales; es por ello, que en el presente comentario se desarrollará la vinculatoriedad de la Administración Pública —en el marco del ejercicio de su potestad sancionadora— en la prosecución de procedimientos administrativos sancionadores, al irrestricto respeto de los principios especiales que la componen.

II. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública constituye la organización que se otorga todo grupo social evolucionado, el instrumento de cohesión y de coordinación indispensable sin el cual la sociedad se reduce a un mínimo significado¹. Ahora bien, el presente comentario desarrolla los principios

1 DEBBASCH Charles y COLIN Frédéric. *Administration Publique*. 6e édition, Éditions Économique. Paris, 2005, pp.1-2.

del derecho administrativo sancionador en la Administración Pública, por ello, iniciaremos con una definición básica y previa del término “disciplina”, en lo que a nosotros nos interesa, expresa un doble significado. Por un lado, es “*Doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral*”, y por otro, se hace referencia a “*observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto*”; y es precisamente este segundo significado el cual nos permitirá abordar el presente trabajo. Conforme a lo expuesto anteriormente, la potestad sancionadora especial o disciplinaria es una de las manifestaciones de la potestad sancionadora administrativa, cuyo objetivo fundamental es prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública.³ Asimismo, el poder disciplinario del Estado-empleador (facultad disciplinaria) tiene como escenario ineludible la relación laboral, porque de ella emergen una serie de obligaciones cuyo incumplimiento habilita al empleador, en tanto acreedor de los servicios prestados, a reaccionar imponiendo las sanciones aplicables al caso concreto.

En relación a la potestad sancionadora administrativa, independientemente del vínculo laboral, contractual, estatutario o de cualquier índole, una persona puede ejercer una “función pública” cuando realiza una función reglada para la formación de la voluntad o la ejecución de funciones propias del Estado. De ahí que, dentro de la estructura de diversas entidades públicas se ubican como funcionarios, directivos, profesionales, entre otros, personas que sin tener una vinculación subordinada con el Estado, pueden ser sancionados por éste ante el incumplimiento de las funciones públicas que le fueron asignadas. Como observamos, en el presente escenario, no estamos frente a una potestad disciplinaria laboral, sino ante la facultad sancionadora administrativa del Estado, en ejercicio del *ius imperium*, que se sujeta a las reglas especiales existentes.

Entonces, conforme a lo señalado precedentemente, podemos decir que la potestad disciplinaria se diferencia de la potestad sancionadora general, pues la primera se ejerce respecto de sujetos especialmente vinculados a la Administración, que se integran dentro de su organización; mientras que la segunda se ejerce respecto de todos los administrados cuando éstos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente, a efectos de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar la realización de infracciones⁴. En ese sentido, nos centraremos en abordar los principios esenciales que componen a la potestad sancionadora de la Administración Pública; ello en el marco del denominado procedimiento administrativo sancionador.

2 Diccionario de la Real academia de la lengua, edición n° 22, Madrid, 2001.

3 MARINA JALVO, Belén. *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. Tercera Edición. Editorial Lex Nova, Madrid, 2006, p. 112.

4 Autoridad Nacional del Servicio Civil “*Establecen precedentes administrativos de observancia obligatoria relativos a la aplicación el principio del procedimiento administrativo en los procedimientos disciplinarios seguidos por las entidades empleadoras a personal a su servicio y el derecho de defensa en el marco del régimen laboral del D.Leg. N° 276 y su Reglamento aprobado por D.S. N° 005-90-PCM*” (Tribunal del Servicio Civil -Resolución de Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC) del 18.May.2012, en El Peruano, p.466446.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tal como lo hemos señalado, desarrollaremos en el presente comentario un análisis teórico-práctico de los principios especiales que forman parte de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Por ello, iniciaremos este comentario con los denominados principios generales del derecho. Pues bien, los principios generales del derecho son los fundamentos y reglas básicas que estructuran el ordenamiento jurídico. La definición y alcance de estos principios es diversa según la concepción iusnaturalista o positivista. Sin embargo, más allá de esta diferencia que hace al debate propio de la filosofía del derecho, los principios generales del derecho como fuente del derecho tienen una importancia relevante, ya que los mismos no solo tienen una función al momento de resolver las cuestiones que no tienen una solución en la ley, sino que por ser los fundamentos del derecho permiten la formulación, integración e interpretación de las normas jurídicas.⁵

Lo expuesto indica que la importancia de los principios generales del derecho como fuente de derecho, radica en la función que cumplen: establecen reglas que necesariamente deben ser consideradas al momento de la elaboración y dictado de las normas jurídicas —leyes y reglamentos—; permiten suplir las lagunas e insuficiencias de las normas que integran el ordenamiento jurídico; brindan criterios para determinar las normas aplicables en cada situación; permiten la adecuada interpretación de cada una de las normas, integrándolas al resto del ordenamiento jurídico, y superar las contradicciones que muchas veces ocurren entre las diversas normas aplicables y los conflictos entre jurisdicciones y competencia de diversos órdenes; posibilitan medir la razonabilidad y justicia de los resultados.⁶

Asimismo, existen principios generales del derecho que tienen carácter general, que son aplicables en todas las ramas del derecho. Entre ellos se destacan los principios de legalidad, el derecho a la vida, al debido proceso, a la defensa legítima, al honor y a la dignidad de la persona, la presunción de inocencia, entre otros. A su vez, cada rama del derecho cuenta con principios generales que se vinculan en forma más directa con la realidad de la cual se ocupa y que están presentes en las normas que integran esa rama del derecho. Así, dentro del derecho administrativo se destacan los principios reconocidos y establecidos por la Constitución, como son los que hacen a la organización del Estado y al sistema de gobierno, al ejercicio del poder público y a la vigencia y respeto de los derechos y garantías. Por último, existen principios generales propios de determinadas institutos, como son los del proceso administrativo, en los cuales los principios generales del derecho y los del derecho administrativo tienen un sentido particular o una determinada expresión, en función de la realidad concreta sobre la que actúan.

Por ejemplo, a lo precedentemente señalado, el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 que alude al Principio de Legalidad, consignando que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho,

5 DIAZ COUSELO, J.M. *Los principios generales del derecho*. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p.74.

6 ARCE Y FLORES-VALDES, J. *Los principios generales del derecho y su formación constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 34.

dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas⁷. Asimismo, el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, reconoce a los administrados el goce de los derechos y garantías del debido procedimiento administrativo, que comprende los derechos a: exponer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho⁸. En el caso de los procedimientos administrativos disciplinarios, la exigencia del respeto irrestricto de tales derechos y garantías adquiere una dimensión mayor, toda vez que en ellos “los derechos de los administrados son más profundamente influidos por la decisión de la Administración”⁹.

Por último, debemos destacar la importancia que los principios generales del derecho en general y los principios generales del proceso administrativo en particular tienen, como técnica de examen y evaluación en cuando a la eficacia y eficiencia que las normas del proceso administrativo tienen para la vigencia del Estado de Derecho. Es así que, los principios generales del derecho son fuente subsidiaria del Derecho Administrativo y por ende del derecho administrativo sancionador.¹⁰

IV.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es fundamental comprender que en cualquier etapa del procedimiento se deberán respetar los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona, de forma tal que estos no resulten lesionados por actuaciones arbitrarias de la Administración. Por ello, se debe velar porque todo procedimiento administrativo que pueda culminar con la imposición de algún tipo de sanción, se efectúe de forma objetiva, teniendo como finalidad determinar la verdad real de los hechos investigados. Comprender el verdadero significado de los principios que a continuación se describirán, es fundamental para garantizar el desarrollo de un procedimiento ajustado a Derecho.

Por ello, en el presente comentario *solo abordaremos los principios especiales del derecho administrativo sancionador más recurrentes y más desarrollados por la jurisprudencia constitucional y administrativa*. Para tal fin, nos situaremos en el marco del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley N° 27444, el cual rotula los denominados “Principios de la potestad sancionadora administrativa”, pues la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales que veremos a continuación:

7 Resolución N° 831-2013-TC-S3, f.j.26.

8 Resolución N° 03340-2012-SERVIR/TSC-Primera Sala, f.j. 12.

9 RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2006, p.220.

10 ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro. *Los principios generales del derecho como fuente del Derecho Administrativo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972, p.9.

1. Legalidad

Conforme al inciso 1 del artículo 230 de la Ley N° 27444, **el principio de legalidad**, señala que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. Dentro de la ideología de un Estado Democrático de Derecho, el principio de legalidad constituye uno de sus fundamentos y, para el caso de la Administración, supone que esta se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho.

Asimismo, el principio de legalidad *“implica que la acción administrativa debe necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito o no escrito, o sea a lo que solemos llamar bloque de legalidad (...) en todo momento requiere de una habilitación normativa que a un propio tiempo justifique y autorice la conducta desplegada para que esta pueda considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida”*¹¹. Asimismo, el principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*

Sobre esta base, este Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, este Tribunal también ha establecido en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC : *“(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)”*¹²

Además, el citado Tribunal, también ha establecido que: *“(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)”*¹³.

11 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Voto No. 40-95. Por su parte, la Sala Constitucional de forma clara y precisa ha señalado que el principio de legalidad constituye un principio rector del procedimiento administrativo. En tal sentido, sólo si el acto es conforme al ordenamiento jurídico se tendrá como válido. Voto No. 1731-93.

12 Resolución N° 009-2010-TC-S3, f.j.11.

13 STC. N° 2050-2002-AA/TC, f.j.9.

Del mismo modo, PÉREZ ROYO, cuando se refería al principio de legalidad en el Derecho Sancionador decía que: “El contenido del derecho fundamental está integrado por dos garantías, una material y otra formal. La garantía material está constituida por una triple exigencia: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado, (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, (*lex certa*). Mientras que la garantía formal está constituida por la exigencia de una forma de rango adecuado con base en la cual se puede imponer la condena o sanción”.¹⁴

De otro lado, en su planteamiento original, conforme al mencionado principio de legalidad, la Administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley. Ello obedecía a una interpretación estricta del principio de la separación de poderes originado en la Revolución francesa. Es así que, el principio de legalidad opera entonces como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima. Finalmente, es importante también que el subprincipio de

“La definición y alcance de estos principios es diversa según la concepción iusnaturalista o positivista”

tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación

básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.¹⁵

2. Debido procedimiento

Previamente ¿qué podemos decir en relación al “debido proceso”? Es un derecho que se debe tener en cuenta ante cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, donde se debe respetar el debido proceso legal¹⁶, pues, el debido proceso es una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico. En un plano material, el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración.

Conforme al inciso 2 del artículo 230 de la Ley N° 27444, **el principio del debido procedimiento**, señala que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. Antes de abordar el presente comentario, es preciso señalar algunos aspectos previos que contribuirán al contenido del mismo. Pues bien, el

14 PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2000, p.517.

15 EXP. N.º 2192-2004-AA /TC, f.j. 3-5.

16 ADENAUER, Konrad. *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer A.C, México D.F, p.135.

derecho constitucional al debido proceso tipificado en la Constitución Política de 1993 establece, en el inciso 3) del artículo 139, que: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”. Dicha disposición constitucional es aplicable a todo proceso en general, por lo que constituye *también un principio y un derecho del procedimiento administrativo*.¹⁷

Al respecto con relación al debido proceso en sede administrativa, este Tribunal en la Sentencia N° 4289-2004-AA/TC, ha expresado en los fundamentos jurídicos N° 2 y 3, respectivamente, que “(...) *el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. ...*”; y que “*El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto — por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa)*”¹⁸

3. Principio de razonabilidad

Conforme al inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, el principio de razonabilidad señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En el presente comentario anticipamos una interrogante, la cual será absuelta en el desarrollo de este: ¿Cómo opera el principio de razonabilidad en la graduación de la sanción administrativa? El citado principio de razonabilidad, se define como una expresión del principio contenido en el numeral 1.4 del Artículo IV de la Ley N° 27444, se refiere a que las entidades cuando ejerzan la potestad administrativa sancionadora, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, y mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los

17 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Editorial ARA Editores, Lima, 2001, pp.47-48.

18 El subrayado es nuestro.

fines públicos que debe tutelar, a fin que éstos respondan a lo racionalmente necesario para su cumplimiento de sus finalidades.¹⁹

La definición del principio de razonabilidad contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, ha sido considerada por algunos autores como adecuada. Así, la referida Ley resalta la importancia de los límites de la facultad que tiene la administración al ejercer su labor punitiva. MORÓN URBINA considera que dicha facultad debe ser producida de manera legítima, justa y proporcional²⁰. OCHOA CARDICH califica en general la definición legal de los como técnicamente correcta²¹. Estas aproximaciones resaltan la importancia de la observancia del principio de razonabilidad en los procedimientos administrativos disciplinarios, cuyo cometido es determinar la existencia de responsabilidad funcional y la aplicación de la consecuente sanción. Esta labor punitiva que el Estado ejerce a través de las autoridades de control en el sistema de justicia. El ejercicio de esta atribución se encuentra garantizado con el respeto del derecho al debido proceso que corresponde a todo presunto responsable que se encuentre sometido a un sistema de control.

El fundamento de la obligación de todo órgano sancionador de analizar la razonabilidad al momento de imponer una sanción, radica en la necesidad de no afectar la esfera jurídica de quienes podrían ser sancionados administrativamente, cuando resulte claro de los hechos materia de análisis que la imposición de una sanción es innecesaria o no resulta adecuada o proporcionada²². En ese sentido, en caso no se cumpla con la obligación legal de aplicar los criterios de razonabilidad para la imposición de una sanción administrativa, es claro que se estaría contraviniendo un principio que orienta el procedimiento administrativo sancionador. Dicha situación, por tanto, genera la nulidad del acto administrativo por contravenir abierta y expresamente una norma legal de carácter imperativo.

Es así que, el punto de partida de este trabajo es el principio general de la razonabilidad y su relación con el principio de la proporcionalidad. Para la doctrina especializada, el principio de razonabilidad se define de la manera siguiente: “*El principio de razonabilidad es un parámetro de valoración de los actos del Poder Público para verificar si éstos están de acuerdo con el valor superior inherente a todo el ordenamiento jurídico: la justicia.*”²³ Se entiende que la razonabilidad supone

19 Resolución N° 016-2014-TC-S1.

20 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición, Editorial Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2011, p. 70.

21 OCHO CARDICH, César. “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444. Segunda Parte*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 643.

22 Explicando el fundamento del principio de razonabilidad o proporcionalidad, Pedreschi Garcés ha señalado respecto al numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General lo siguiente: “*El principio de razonabilidad o proporcionalidad constituye un postulado que, en cierta medida, racionaliza la actividad sancionadora de la Administración evitando que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva y encauzando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado*” (el subrayado es nuestro). Vid. PEDRESCHI GARCÉS, Willy. “Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 530.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Sao Paul, 1998, p. 209.

equilibrio, moderación y armonía. Es decir que no se trata de una acción caprichosa o arbitraria²⁴ sino que corresponda al sentido común²⁵ y a los valores vigentes²⁶.

En ese sentido, como un ejemplo de aplicación al mencionado principio-citaremos a la Ley de Contrataciones del Estado- donde la sanción a aplicarse en el procedimiento administrativo sancionador, se deberá graduar conforme a los criterios previstos en el artículo 245 del Reglamento (antes del 9 de enero de 2016)²⁷ y el artículo 226 del nuevo Reglamento de Contrataciones del Estado (posterior al 9 de enero de 2016, fecha en la que entra en vigencia el Decreto Supremo N° 350-2015-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado)²⁸ y aplicando el *Principio de Razonabilidad* consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

De otro lado, el Tribunal de Contrataciones del Estado, en aplicación al principio de razonabilidad en la imposición de la sanción administrativa, considera lo siguiente:

“La definición del principio de razonabilidad contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, ha sido considerada por algunos autores como adecuada”

24 BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 205.

25 QUINTANA, Linares. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981. p. 122.

26 BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p.205.

27 Artículo 245 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en relación a la “ Determinación gradual de la sanción”, precisa:

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse, conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

28 Artículo 226.- Determinación gradual de la sanción

Son criterios de gradualidad de las sanciones de multa o de inhabilitación temporal las siguientes:

- a) Naturaleza de la infracción.
- b) Intencionalidad del infractor.
- c) Daño causado.
- d) Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal.
- f) Conducta procesal.

- i. **Naturaleza de la infracción:** la conducta efectuada por la Contratista reviste gravedad en la medida que desde el momento en que asumió un compromiso contractual frente a la entidad, se encontraba llamada a cumplir cabalmente con lo ofrecido, máxime si es conocido que ante un eventual incumplimiento de sus obligaciones se verían afectados los intereses de la Entidad, comprometiéndose el cumplimiento de las metas institucionales.
- ii. **Daño causado:** según se desprende del acuerdo conciliatorio entre la Contratista y la Entidad, los daños y perjuicios ocasionados a esta última, fueron indemnizados por la Contratista con el pago de una suma de dinero.
- iii. **Reiterancia:** del Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado que forma parte del Registro Nacional de Proveedores, se observa que la Contratista no registra antecedentes de inhabilitación temporal o definitiva en su derecho de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado.
- iv. **Conducta procesal del infractor:** la Contratista se apersonó en el presente procedimiento administrativo y formuló sus descargos.

Se debe precisar en cuanto a la graduación de la sanción, el Tribunal de Contrataciones del Estado podrá aplicar, al momento de evaluar la sanción a imponerse, los criterios de gradualidad señalados en el artículo 230° inciso 3) de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el orden de prelación siguiente²⁹: **i)** La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; **ii)** El perjuicio económico causado, **iii)** La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, **iv)** Las circunstancias de la comisión de la infracción; **v)** El beneficio ilegalmente obtenido; **vi)** La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

4. Tipicidad

Conforme al inciso 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, el principio de tipicidad, señala que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin

29 Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

Asimismo, la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionadora.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra³⁰. Además, el principio de tipicidad exhaustiva, para MORÓN URBINA, exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la administración; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas, iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva de los supuestos descritos como ilícitos (*desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y concreta*)³¹.

Del mismo modo, el principio de tipicidad implica que la acción debe estar precisada como falta antes de su comisión, tipicidad que puede ser genérica, como en el caso de las faltas en que incurran los funcionarios y servidores públicos, o la infracción a las obligaciones establecidas en la norma, lo que supone la precisión de las faltas, como es el caso de postores y contratistas. La tipicidad es un requisito sustancial del procedimiento administrativo sancionador.³²

Un ejemplo de aplicación del citado principio, el Tribunal de Contrataciones del Estado a través de la Resolución N° 018-2011-TC-S4, establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente, las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley permita tipificar por vía reglamentaria.³³

También, el mencionado Tribunal de Contrataciones del Estado a través de la Resolución N° 901-2014-TC-S4, señala que todo procedimiento administrativo sancionador debe basarse

30 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda edición ampliada, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 293.

31 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.654-655.

32 RETAMOZO LINARES, ALBERTO. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control: Análisis y Comentarios*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2010, p. 120.

33 ACUERDO N° 415 /2012.TC-S1 de 07 de Agosto de 2012, ACUERDO N° 080/2015.TC-S4 de 13 de febrero de 2015, ACUERDO N° 928 /2013.TC-S4 de 23 de agosto de 2013.

en los principios de tipicidad, debido procedimiento y legalidad, al tener el estado de su registro como “suspendido”, y no caduco, como lo señala la norma, no se encontrarían inmersos en una posible infracción, pues la suspensión implica un estado de regularización de un trámite con el que ya contaban y que solo estaba pendiente de renovar. Lo contrario implicaría atentar contra el principio del debido procedimiento.

Finalmente, el Tribunal del Servicio Civil por medio de la Resolución N° 01351-2013-SERVIR/TSC-Segunda Sala, señala que el principio de tipicidad de la potestad sancionadora administrativa, determina que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango legal mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Por tanto, las entidades solo podrán sancionar la comisión de conductas que hayan sido previamente tipificadas como ilícitas, mediante normas que escriban de manera clara y específica el supuesto de hecho infractor y la sanción aplicable.

5. Continuación de infracciones

Conforme al inciso 7 del artículo 230 de la Ley N° 27444, el principio de continuación de infracciones, señala que para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa;
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme;
- c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.

La infracción continuada puede ser definida como en palabras del maestro español ALEJANDRO NIETO, como “(...) *la realización de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido (...)*”⁵, o al profesor argentino DANIEL MALJAR, quien la define como “*el mantenimiento de una situación ilícita en tanto no sea alterada mediante una conducta contraria por parte del autor de la infracción (...)*”³⁴. Asimismo, en el derecho europeo, se ha señalado que la *infracción continuada* significa

34 NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 451.

una acción que consta de varios hechos que reúne todos los elementos de la misma infracción (o de una infracción similar) cometidas durante un período de tiempo.³⁵

Como ejemplo del presente principio, la Resolución de Contraloría N° 005-2015-CG-TSRA del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, señala al respecto que resulta importante mencionar que el inciso 7 del artículo 230 de la Ley N° 27444 establece como principio que rige el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades la figura de la Continuación de Infracciones, con la finalidad de garantizar a los administrados la decisión justa de la administración, evitando la multiplicidad de procedimientos en los casos de acciones variadas cometidas por un mismo sujeto y que resultan lesivas a un mismo bien jurídico, tutelando la seguridad jurídica en un procedimiento unificado. Dicho principio es acogido en el procedimiento administrativo de la Contraloría General de la República cuando admite la existencia de la acción continuada en la comisión de infracciones, conforme se aprecia en el artículo 40 del Reglamento de la Ley N° 29622. Por lo demás, de este modo, la potestad sancionadora se puede ejercer de modo pleno, sin dejar vacíos o áreas exentas de punición.³⁶

6. Causalidad

Al respecto, MORÓN URBINA³⁷ señala que: “Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (...) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisional. Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.”, y que “(...) Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional. (...)”.

Asimismo, el mencionado autor³⁸ señala que: “(...) este principio (de causalidad) conecta con otro bastante debatido en el Derecho Administrativo sancionador: el de culpabilidad del infractor.” El cual “A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora.”, al examinar “si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.”, pues esto último, es lo que se observa en el presente caso, en razón que a las actuaciones de la jefatura anterior, mi persona no puede verse involucrada por hechos ajenos a mi actuación funcional, por tanto, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.

35 CEDH 21 janv. 2015, *Rohlema c/ République tchèque*, n°59552/08, Crim. 20 mai 1992, *Bull. crim.* n° 202.

36 Resolución de Contraloría N° 005-2015-CG-TSRA, f.j. 5.3.

37 MORON URBINA, Juan Carlos. Op. cit., pp. 723 y 724.

38 Ídem, p.724.

Conforme al inciso 8 del artículo 230 de la Ley N° 27444, **el principio de causalidad, señala que** la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

Por ejemplo, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República a través de las Resoluciones de Contraloría N° 007-2014-CG/TSRA y N° 006-2015-CG/TSRA, ha señalado que el principio de culpabilidad se encuentra vinculado al principio de causalidad, prescrito en el inciso 8 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en el numeral 5.3.15 de la Directiva N° 008-2011-CG/GDES, por el cual "(...) resulta condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado...que su conducta configure un hecho previsto en el tipo como sancionable", lo que determina que en el caso de conductas omisivas sea necesario preguntarse "¿si se hubiese realizado la acción omitida con todas las condiciones relevantes del entorno, no se hubiese realizado el estado de cosas Perjudiciales?(...)"³⁹

7. Licitud

Conforme al inciso 9 del artículo 230 de la Ley N° 27444, el principio de presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

Ahora bien, como ejemplo, el Tribunal de Contrataciones del Estado a través de la Resolución N° 491-2015-TCE-S1, el citado Tribunal imputa a determinadas empresas integrantes de un consorcio, su supuesta responsabilidad al haber presentado ante la Entidad contratante, documentación falsa y/o con información inexacta, consistente en una Carta Fianza supuestamente emitida por una entidad bancaria el 24 de febrero de 2012, en el marco de una Licitación Pública; pues, dicha situación —según el Tribunal— sería pasible de una infracción, la cual se encontraba tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la derogada Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.

Previamente, es importante precisar que para la tipificación de la infracción imputada, constituye mérito suficiente acreditar la falsedad del documento presentado o la inexactitud de la declaración formulada, independientemente de quién haya sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a su falsificación o inexactitud, en salvaguarda del Principio de Moralidad que debe regir las contrataciones estatales y que, a su vez, forma parte del bien jurídico tutelado de la Fe Pública. De esta forma, es objeto de protección de las normas referidas, el Principio de Presunción de Veracidad, por el cual se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario.

Al respecto, cabe precisar que la presunción de veracidad, ya sea como principio o como norma, *no tiene* como categoría propia del derecho público que persigue simplificar y reducir los costos del procedimiento administrativo-*un carácter absoluto*. Por lo tanto, si nos remitimos al

39 Resolución N° 007-2014-CG/TSRA, Resolución N° 006-2015-CG/TSRA.

texto mismo de las normas reseñadas, observamos que la sola existencia de una prueba en contra de lo afirmado en el mencionado documento limita la operatividad plena de dicho instrumento, obligando a las autoridades administrativas a abandonar la referida presunción.

Es así, que el Tribunal invoque el *principio de presunción de licitud*, establecido en el numeral 9) del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, más conocido como el *principio de presunción de inocencia*, que significa un estado de certeza provisional por la que el imputado adquiere atributos a ser respetados durante el procedimiento administrativo, tales como la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable, conocido también como *indubio pro reo*, que según el Tribunal Constitucional, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del imputado, debe estarse a lo que sea más favorable a éste (la absolución por contraposición a la sanción). Así, si bien es cierto que el *indubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la *presunción de inocencia*, que sí goza del reconocimiento constitucional [*Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, f.j. 35-36*].

Ahora bien, de todos los principios que componen las contrataciones del Estado, mencionaremos al Principio de Presunción de Veracidad, el cual consiste en *“el deber de suponer -por adelantado y con carácter provisorio- que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento que intervengan (rige tanto las relaciones de la Administración Pública con sus agentes como con el público). Sustituye la tradicional duda o escepticismo de la autoridad sobre los administrados”*.⁴⁰ Por ejemplo, en relación al Principio de Presunción de Veracidad, una determinada empresa o adjudicataria ofrece cartas fianzas expedidas por una entidad bancaria a favor de la Entidad contratante; donde las citadas cartas fianzas supuestamente falsos o con información inexacta fueron presentadas para la suscripción del contrato y durante la ejecución de éste.

“El principio de tipicidad, señala que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía»

Un ejemplo de lo precedentemente señalado, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas a través de la Resolución de Contraloría N°002-2015-CG/TSRA, señala que el principio de tipicidad, previsto en el inciso 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General —Ley N° 27444 y el artículo 5.3.14 de la Directiva N° 008-2011— CG/GDES, se ha pronunciado señalando que el citado principio “exige tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas, iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en

40 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Cuarta Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; pp. 74 -75.

la aplicación de supuestos descritos como ilícitos⁴¹. Para fines del procedimiento sancionador se presume que los administrados han actuado acorde con sus atribuciones, obligaciones, competencias y otros elementos relacionados al desempeño de la función, mientras no se compruebe lo contrario. El Informe de Control es una prueba que será valorada conjuntamente con las evidencias de descargo del imputado y la que, de oficio, se actúe en el procedimiento sancionador.

8. Non bis in ídem

Conforme al inciso 10 del artículo 230 de la Ley N° 27444, **el principio Non bis in ídem**, señala que no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

En relación al mencionado principio, GUILLERMO CABANELLAS⁴² define al *non bis in ídem* como un aforismo latino que significa *no dos veces sobre lo mismo*; por su parte DE LEÓN VILLALBA⁴³ califica el “*non bis in ídem*”, o también llamado “*ne bis in ídem*” como un criterio de interpretación o solución al constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, agrega el referido autor, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto.

Entonces, podemos decir que el *non bis in ídem* garantiza a toda persona que no sea juzgada nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar en segunda ocasión. Debemos recordar que en reiterada y constante jurisprudencia, este principio se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el inciso 2, del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; y tiene una doble dimensión: *una vertiente sustantiva*, el cual garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por un mismo hecho; *y una connotación procesal*, el cual garantiza a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho⁴⁴. En ambas connotaciones, la aplicación del *Principio Non Bis In Ídem* impide que una persona sea juzgada o sancionada por una misma infracción cuando exista la triple identidad (identidad subjetiva, identidad objetiva y la identidad causal o de fundamento).

Ahora bien, como ejemplo de aplicación al citado principio, se observa el análisis de la denuncia promovida por el Registro Nacional de Proveedores (en adelante RNP) en contra del Proveedor, por la presentación de documentación supuestamente falsa y/o con información inexacta, con ocasión de la aprobación de su trámite de aumento de capacidad de contratación

41 Resolución de Contraloría N1 010-2013-CG/TSRA, Resolución de Contraloría N°002-2015-CG/TSRA.

42 CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1992, p. 175.

43 DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio “ne bis in ídem”*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pp.388-389.

44 Vid. Expediente N° 02493-2012-PA/TC.FJ5.

como ejecutor de obras ante el RNP, infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51° de la derogada Ley. Es así, que a través de la Resolución N° 1687-2014-TC-S1 el Tribunal de Contrataciones del Estado, hace referencia a la Resolución N° 161-2012-OSCE/DRNP donde se declaró que: i) el contratista se encuentra impedida de inscribirse y renovar su inscripción en el RNP durante el periodo de dos (2) años; dado que, se ha restringido el mencionado derecho debido a que se han vulnerado los Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad que rigen los procesos de contratación con el Estado; ii) la citada resolución pone en conocimiento del Tribunal una vez que se encuentre consentida o firme en sede administrativa, para que dé inicio al procedimiento sancionador a que hubiere lugar.⁴⁵

El Tribunal en referencia a la citada Resolución N° 161-2012-OSCE/DRN, explica que dentro de los principios administrativos que recoge la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, en el numeral 10 del artículo 230°, se encuentra el *Principio de Non bis In Ídem*, el cual intenta resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal. Sin embargo, el citado Tribunal realiza una precisión muy importante, en cuanto a la extensión del *Principio non bis in ídem* en el presente caso, al señalar que este principio no es de aplicación únicamente ante una dualidad configurada en un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, sino que dicho principio se hace extensivo incluso a procedimientos de la misma naturaleza jurídica, como es el caso de dos procedimientos administrativos sancionadores⁴⁶, situación que se manifiesta en el presente caso.

Conforme a lo precedentemente expuesto, el Tribunal al verificar la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento en ambos procedimientos administrativos sancionadores; (esto es, el primer procedimiento sancionador referido a que el contratista se encuentra impedida de inscribirse y renovar su inscripción en el RNP durante el periodo de dos (2) años; y el segundo referido a dar inicio al procedimiento sancionador); decidió no imponer sanción al proveedor por estar impedida de inscribirse y renovar su inscripción en el RNP durante el período de dos (2) años; y por tanto, no era pasible de una nueva sanción administrativa; dado que, concurrían los tres supuestos de la triple identidad para que opere el *Principio del Non Bis In Ídem*; caso contrario, una nueva sanción constituiría un exceso de la potestad administrativa sancionadora, en detrimento a las garantías del propio Estado de Derecho y una afectación al debido proceso administrativo⁴⁷ al volver a emitir pronunciamiento sobre un procedimiento administrativo sancionador que ya fue sustanciado y sobre el cual se emitió una Resolución administrativa que finiquita el mismo.

De otro lado, en el marco de la responsabilidad administrativa funcional; la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República se realiza en respeto al derecho al debido

45 ACUERDO N° 802 /2012.TC-S1 de 11 de Diciembre de 2012

46 STC. N° 2050-2002-AA/TC, Resolución N° 001-2014-TC-S2

47 STC. N° 0432-2004-AA/TC y el Numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

procedimiento⁴⁸, el cual que garantiza que los administrados gocen de derechos tales como el de exponer sus argumentos, de ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en el derecho⁴⁹. Finalmente, el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso⁵⁰, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444.

Pues, la Contraloría General de la República no puede imponer sucesiva o simultáneamente dos o más sanciones administrativas al mismo funcionario o servidor, por

“Podemos decir que el *non bis in ídem* garantiza a toda persona que no sea juzgada nuevamente por el mismo delito o infracción”

los mismos hechos y con el mismo fundamento (aspecto sustantivo del principio); asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento (aspecto procesal del principio)⁵¹. El procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional es independiente de la responsabilidad penal y

civil que pudiera establecerse por los mismos hechos y respecto a la misma persona, en la medida que los bienes jurídicos e intereses protegidos por la infracción administrativa y el delito, son diferentes.

Como ejemplo del citado principio, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República a través del **Primer Acuerdo Plenario** N° 01-2013-CG/TSRA, en el caso de la aplicación del poder disciplinario de la entidad y la aplicación de la potestad sancionadora de Contraloría General de la República por un mismo hecho; en relación al principio *non bis in ídem*⁵²⁻⁵³[el principio *non bis in ídem* considerado como la prohibición de la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procesos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento]⁵⁴ no tiene aplicación, dado que en ambos casos (poder disciplinario de la entidad

48 El “*debido proceso*” en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que forman parte de un contenido mínimo y que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración. Vid. STC. N° 0432-2004-AA/TC.

49 Vid. Constitución Política del Perú de 1993, en su Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional, 3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*. Vid. STC. N° 1628-2003-AA/TC, f.j.6; STC. N° 01981-2011-PA/TC, f.j.5.

50 Los alcances del “debido proceso administrativo” o “debido procedimiento”, aparecen detallados en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444: “Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. 1.2 Principio del debido procedimiento.

51 Ley N° 27785, art. 49°, Ley N° 27444, art. 243, Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, STC 9851-2006-AA, 3363-2004-AA, 2405-2006-HC, 10192-2006-HC.

52 Vid. Ley N° 27785, art. 49°, Ley N° 27444, art. 243, Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, STC 9851-2006-AA, 3363-2004-AA, 2405-2006-HC, 10192-2006-HC.

53 Disposiciones Generales de la Directiva N° 008-2011-CG/GDES. Aprobada por Resolución de Contraloría N° 333-2011-CG de 22.NOV.2011, en su numeral, se desarrolla el numeral 5.3.11 *Principio de non bis in ídem*.

54 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”. En: *Ius Et Veritas*. Editorial PUCP, Lima, octubre, 1995, p. 155.

y la potestad sancionadora de la Contraloría General) en cuanto a la identidad de fundamento presentan bienes jurídicos distintos.

De lo anteriormente citado, la Contraloría General de la República será la competente en cuanto a la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional, independientemente⁵⁵ del proceso administrativo disciplinario⁵⁶ al que pudiese ser sometido el funcionario o servidor público por la propia entidad por un mismo hecho; dado que, conforme lo señala el Acuerdo Plenario del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, al no existir la identidad de fundamento para la aplicación del principio del *non bis in ídem*, ya que éste principio requiere de la identidad de sujeto, hecho y fundamento; pero por tratarse de bienes jurídicos⁵⁷ distintos tanto en el procedimiento administrativo disciplinario como en el caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General por responsabilidad administrativa funcional, la identidad de fundamento no se manifiesta, por tanto, no existe el riesgo que pueda presentarse en este caso la aplicación del principio del *non bis in ídem*.

Pues, a través de la Resolución N° 013-2013-CG/TSRA, el presente Acuerdo Plenario deja establecido que en los casos de concurrencia de responsabilidad administrativa disciplinaria y de responsabilidad administrativa funcional con identidad en los sujetos y en los hechos, no opera el principio *Non Bis in ídem* porque no se presenta la identidad de fundamento, requisito esencial para su constitución, por lo cual la existencia de un proceso administrativo disciplinario en trámite, o sobre el cual ya se hubiese emitido una resolución de sanción o de archivamiento, no se encuentra encuadrada dentro del desarrollo del principio *Non Bis in ídem*, como garantía de que ninguna persona pueda ser sancionada ni procesada dos veces por lo mismo⁵⁸.

Otro ejemplo que podemos citar es la Resolución de Contraloría N° 004-2015-CG/TSRA del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, donde señala que el principio *Non bis In Idem*, establecido en el inciso 10 del artículo 230 de la Ley N° 27444, se define como el “principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración”.⁵⁹

55 Vid. Ley N° 29622 - Ley que modifica la Ley Núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, Artículo 49° D.S. N° 023-2011-PCM (Reglamento de la Ley N° 29622) Artículos 5°, 12°, 26°, 29° Directiva N° 008-2011-CG/GDES, Numerales 5.3.11; 6.1.1.9; Numeral 6.2.14., a) Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, Artículos 230°, numeral 10; Artículo 243°.

56 “(...) Conforme a lo anteriormente dicho, no se ha violado de ningún modo el principio *non bis in ídem* (...) mientras que el *procedimiento administrativo disciplinario implica supuestos de hecho definidos por la doctrina del procedimiento administrativo y su finalidad es determinar la responsabilidad administrativa (...)*”. Vid. Expediente N° 1209 -2003-AA/TC.

57 El Tribunal Constitucional define además la “*identidad de fundamento*” como “*identidad de bien jurídico*” o “*identidad de interés protegido*”. Vid. STC. N° 2050-2002-AA/TC FJ N° 19.

58 Vid. Resolución N° 013-2013-CG/TSRA, f.j. 5-28.

59 Resolución de Contraloría N° 007-2013-CG/TSRA, Resolución de Contraloría N° 004-2015-CG/TSRA.

V. CONCLUSIONES

- 1., La potestad sancionadora de la Administración Pública es el poder jurídico que permite castigar a los administrados cuando éstos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente, a efectos de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar la realización de infracciones. El procedimiento sancionador en general, establece una serie de pautas mínimas comunes para que todas las entidades administrativas con competencia para la aplicación de sanciones a los administrados ejerzan de manera previsible y no arbitraria. En ese sentido, el artículo 230 de la Ley N° 27444, ha establecido cuáles son los principios de la potestad sancionadora administrativa.⁶⁰
2. El desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho peruano está confirmando una sostenida tendencia garantista de la potestad sancionadora de la administración Pública.

60 Resolución N° 03340-2012-SERVIR/TSC-Primera Sala, f.j. 16; Resolución N° 01351-2013-SERVIR/TSC-Segunda Sala, f.j. 18; Resolución N° 00049-2013-SERVIR/TSC-Segunda Sala, f.j. 19.

¿EXISTE EL MARCO JURÍDICO PARA EL USO DE ARMAS NO LETALES POR LOS SERENAZGOS MUNICIPALES? UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Por: *Pedro A. Hernández Chávez* (*)

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO JURÍDICO Y DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA. III. LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO COMPETENCIA DE LAS MUNICIPALIDADES. IV. LA REGULACIÓN DEL USO DE ARMAS EN EL PERÚ: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA NOCIÓN DE “PODER DE POLICÍA”. V. EL NO REQUERIMIENTO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA Y LA NECESIDAD DE HABILITACIÓN AUTONORMATIVA PARA LA UTILIZACIÓN DE ARMAS NO LETALES POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES. VI. REFLEXIONES FINALES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que el problema más agudo que afrontamos los peruanos durante el último lustro fue la inseguridad ciudadana y el incremento de las incidencias delictivas en la capital de la República y diversas zonas del país, penosa realidad que envió al rincón de las frases dignas de olvido aquella afirmación de un ex Presidente del Consejo de Ministros que calificó de “percepción” y un caso de “histeria colectiva” los reclamos e indignación ciudadana ante la pasividad del gobierno para enfrentar esta grave problemática.

(*) Docente de los cursos de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Constitucional (CEDC) de dicha Casa de Estudios. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de Lima (períodos 2012 y 2013). Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura del Perú (AMAG). Asesor parlamentario.

A partir de la asunción de las nuevas autoridades locales y regionales en enero de 2015, la ciudadanía comenzó a exigir el planteamiento de soluciones rápidas y adecuadas ante este flagelo, demandando su protagonista y coordinador.

En este contexto, mediante la Ordenanza N° 1907 del 22.10.2015 –que modificó la Ordenanza N° 638 que creó el Serenazgo Metropolitano de Lima (SEMEL) – y el Decreto de Alcaldía N° 003-2016 del 05.02.2016 que la reglamenta, se autorizó a los efectivos del Serenazgo (“serenos”) la realización de acciones preventivas y disuasivas, contando para ello con equipos o elementos que permitan proteger su integridad, la integridad de terceros y de la población, minimizando la posibilidad de causar daños permanentes (1).

Esta decisión metropolitana –que ha sido replicada– y se encuentra en vía de implementación en otros distritos de la capital pone en el tapete el debate sobre si los serenos y las municipalidades en las que prestan servicios, se encuentran autorizados para utilizar las denominadas “armas no letales” con miras al mejor cumplimiento de sus funciones; aspecto éste estrechamente vinculado con las competencias municipales en materia de seguridad ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el propósito de abordar este complejo y novedoso tema, es importante empezar por analizar el marco jurídico y de políticas públicas que regula a nivel nacional el siempre difícil tema de la seguridad ciudadana; para luego establecer si las Municipalidades se encuentran autorizadas normativamente para disponer el uso de armas no letales o –por el contrario– requieren de una autorización previa de índole legislativa –por parte del Congreso– o administrativa por la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de uso Civil (SUCAMEC).

1 El acápite “b” del numeral 2 del Artículo 26 del Decreto de Alcaldía N° 003-2016, señala:

“Artículo 26.- Tipo de equipamiento

Para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo a la modalidad de servicio que realizan los serenos, deberán contar con el siguiente equipamiento:

(...)

Equipamiento Complementario, es el dispositivo que permite mayor especialización en la modalidad de servicio que presta un sereno a fin de minimizar el riesgo de daño a su integridad física o de terceros, pudiendo ser:

(...)

Herramientas, equipos o elementos disuasivos, a fin de atenuar y/o prevenir conflictos se podrán utilizar elementos disuasivos o dispositivos de protección y defensa, que son instrumentos desarrollados especialmente con el objetivo de optimizar la prestación del servicio del sereno, en protección de su integridad, de la integridad de terceros y de la población, minimizando la probabilidad de causar daños permanentes; fortaleciendo las acciones en favor de la convivencia pacífica. Los serenos que porten estos dispositivos deberán ser estrictamente evaluados y capacitados en su uso y consecuencias”.

II. EL MARCO JURÍDICO Y DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA

En la Constitución Política de 1993 encontramos los siguientes dispositivos referidos a la seguridad ciudadana:

- a) El **inciso 22) del artículo 2º** consagra el derecho que tiene toda persona a la paz, tranquilidad, disfrute de tiempo libre, descanso, y de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
- b) El **apartado a) del inciso 24) del artículo 2º** consagra el derecho que tiene toda persona a la libertad y seguridad personales, y, dentro de ese marco, al principio por el cual, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- c) El **Artículo 44º** establece –dentro de los deberes primordiales del Estado– la protección de la población de las amenazas en contra de su seguridad.
- d) El **Artículo 163º** señala como deber del Estado el garantizar la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.
- e) El **Artículo 166º** define el rol constitucional de la Policía Nacional señalando como su finalidad la de garantizar, mantener y restablecer el orden interno y prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, así como prevenir, investigar y combatir la delincuencia.
- f) El **Artículo 175º** regula la posesión y uso de armas de guerra y de armas distintas de las de guerra.
- g) El **inciso 5 del Artículo 195º** señala que los Gobiernos Locales son competentes para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
- h) El **Artículo 197º** establece como finalidades de las Municipalidades el promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local, así como brindar servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú.

De igual modo, a nivel infra-constitucional, como normas de desarrollo constitucional que forman parte integrante del denominado *bloque de constitucionalidad* ⁽²⁾, es necesario tener en cuenta los siguientes dispositivos legales:

2 El Artículo 79 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, señala:

“Artículo 79.- Principios de interpretación

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los Órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”.

- a) Los **Artículos 2° y 4° de la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana**, definen la Seguridad Ciudadana como *la acción integrada del Estado con la colaboración de la ciudadanía, para asegurar su convivencia pacífica, erradicando la violencia y cuidando de las vías y espacios públicos, creando el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana para promover la acción del Estado coordinada con la participación ciudadana* (3).
- b) Los **Artículos 73° y 85° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades**, establecen como competencia municipal compartida con el Gobierno Provincial, la Seguridad Ciudadana, en coordinación con la Policía Nacional; indicando que las Municipalidades Provinciales deberán coordinar con las Municipalidades Distritales que la integran y con la Policía Nacional, el servicio interdistrital de Serenazgo y Seguridad Ciudadana.

De manera complementaria, a nivel del marco regulatorio de elaboración e implementación de políticas públicas, se deben tener en consideración los siguientes instrumentos:

- a) La Séptima Política de Estado del **Acuerdo Nacional** denominada “Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana”, supone el compromiso de *“normar y fomentar las acciones destinadas a fortalecer el orden público y el respeto al libre ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes individuales”*; propone como objetivos –entre otros– *consolidar políticas orientadas a prevenir, disuadir, sancionar y eliminar aquellas conductas y prácticas sociales que pongan en peligro la tranquilidad, integridad o libertad de las personas, así como la propiedad pública y privada* (Objetivo “a”); *garantizar su presencia efectiva en las zonas vulnerables a la violencia* (Objetivo “d”); *desarrollar una política de especialización en los organismos públicos responsables de garantizar la seguridad ciudadana* (Objetivo “f”); y *promover un sistema nacional de seguridad ciudadana en la totalidad de provincias y distritos del país, presidido por los alcaldes y conformado por representantes de los sectores públicos y de la ciudadanía* (Objetivo “h”).
- b) El **“Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013–2018”** recoge y sistematiza los aportes no solo de instituciones que integran el SINASEC sino también de la sociedad organizada, el sector privado y académico, especialistas y vecinos, habiendo definido seis (06) objetivos estratégicos para dicho período: i.) disponer de un Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana articulado y fortalecido; ii.) implementar espacios públicos seguros como lugares de encuentro ciudadano; iii.) reducir los factores de riesgo social que propician

3 El Artículo 2 de la Ley N° 27933, **Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana**, define a la *seguridad ciudadana* como: *“(…) a la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas”*.

De manera complementaria, el Artículo 2° del Decreto Supremo N° 012-2003-IN, que aprobó el **Reglamento de la Ley del Sistema de Seguridad Ciudadana** entiende por *“seguridad ciudadana”* al conjunto interrelacionado de organismos del Sector Público y la Sociedad Civil, y de normas, recursos y doctrina; orientados a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, así como a garantizar la paz, tranquilidad, cumplimiento y respeto de las garantías individuales y sociales a nivel nacional, teniendo por finalidad coordinar eficientemente la acción del Estado y promover la participación ciudadana para garantizar la paz social.

comportamiento delictivos; iv.) promover la participación de los ciudadanos, la sociedad civil, el sector privado y los medios de comunicación para enfrentar la inseguridad ciudadana; v.) fortalecer a la Policía Nacional del Perú como una institución moderna, con una gestión eficaz, eficiente y con altos niveles de confianza ciudadana; y vi.) mejorar el sistema de administración de justicia para la reducción de la delincuencia. Cabe resaltar que este Plan ha sido aprobado como “Política Nacional del Estado Peruano” por Decreto Supremo N° 012-2013-IN el 28.07.2013.

A nivel jurisdiccional, el Tribunal Constitucional se ha referido a la *seguridad ciudadana* como uno de los tres aspectos que comprende la noción más amplia de “orden interno”, cuando señala que el mismo se sustenta en: i.) la *seguridad ciudadana*: que implica la protección de la vida, de la integridad física y moral de las personas, el respeto al patrimonio público y privado, entre otros; ii.) la *estabilidad de la organización política*: referida al mantenimiento de la tranquilidad, quietud y paz públicas, así como el respeto hacia la legítima autoridad pública; y iii.) el *resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales*: que incluye las edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, energía eléctrica, entre otros ⁽⁴⁾. Así, el Tribunal Constitucional, cuando habla de la defensa nacional en el ámbito interno, precisa que en ésta, el Estado

“Para nadie es un secreto que el problema más agudo que afrontamos los peruanos durante el último lustro fue la inseguridad ciudadana y el incremento de las incidencias delictivas en la capital

“... promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos y de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provenga del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales” ⁽⁵⁾
(Resaltado y subrayado añadidos).

4 STC peruano N° 00017-2003-AI/TC del 16.03.2004 (f. 8), y STC peruano N° 00002-2008-PI/TC del 09.09.2009 (f. 14).

5 STC peruano N° 00017-2003-AI/TC del 16.03.2004 (f. 32), y STC peruano NN° 00002-2008-PI/TC del 09.09.2009 (f. 14).

Como se puede advertir de las líneas precedentes, el marco normativo vigente y de decisión política nacional –así como la propia jurisprudencia- establece en forma clara que la seguridad ciudadana es un “*deber del Estado*” que debe realizarse dentro del marco de respeto y garantía de los derechos humanos- el proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (6).

III.

LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO COMPETENCIA DE LAS MUNICIPALIDADES

Al ser una obligación encargada al *Estado en su conjunto*, los distintos niveles de gobierno –Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales- poseen diversas competencias y atribuciones orientadas a coadyuvar con el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, a partir de la configuración del Estado Peruano como uno de tipo unitario pero, a la vez, descentralizado.

En lo que a los Gobiernos Locales concierne, si bien en sus orígenes el Serenazgo Municipal fue creado con fines de prevención y/o disuasión, en la actualidad su uso y necesidad han ido incrementándose en el tiempo luego del notorio crecimiento de la actividad delictiva en el país y de las diversas modalidades que se utilizan para atentar contra la tranquilidad no sólo en las vías públicas y espacios comunes de la ciudadanía, sino inclusive, dentro de sus propias viviendas, locales de trabajo, negocios y hasta instituciones educativas; hoy en día se alude a un *servicio de serenazgo y seguridad ciudadana* (como servicio público municipal o función a cargo de las municipalidades) y un *cuerpo de serenazgo* (como personal responsable de la seguridad ciudadana vecinal), según lo precisan en forma expresa los Artículos 73 (numeral 2.5) y 85(7) (numerales 1.1,

6 El Artículo 44 de la Constitución Política de 1993, señala:

“Artículo 44.- Deberes del Estado

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
(...)”.

(El subrayado es nuestro).

7 El numeral 2.5 del Artículo 73 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades:

“Artículo 73.- Materia de competencia municipal

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:

a) Planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial. Las municipalidades provinciales son responsables de promover e impulsar el proceso de planeamiento para el desarrollo integral correspondiente al ámbito de su provincia, recogiendo las prioridades propuestas en los procesos de planeación de desarrollo local de carácter distrital.

b) Promover, permanentemente la coordinación estratégica de los planes integrales de desarrollo distrital. Los planes referidos a la organización del espacio físico y uso del suelo que emitan las municipalidades distritales deberán sujetarse a los planes y las normas municipales provinciales generales sobre la materia.

c) Promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales que presenten, objetivamente, externalidades o economías de escala de ámbito provincial; para cuyo efecto, suscriben los convenios pertinentes

2.1 y 3.1) de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades⁽⁸⁾.

Una interpretación sistemática de las normas señaladas, tanto a nivel constitucional como legal, permite colegir que la función de seguridad ciudadana ha sido encargada –entre otros– a los Gobiernos Locales, tanto Provinciales como Distritales, razón por la cual estos niveles de gobierno sub-nacionales, *ratione materiae*, detentan competencias y tienen responsabilidad de normar lo necesario para su mejor concretización, teniendo en claro el marco normativo nacional vigente.

IV.

LA REGULACIÓN DEL USO DE ARMAS EN EL PERÚ: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA NOCIÓN DE “PODER DE POLICÍA”

Para abordar este aspecto, resulta necesario desarrollar algunas ideas previas propias del Derecho público, a modo de marco teórico.

con las respectivas municipalidades distritales.

d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.

Cuando se trate del caso de municipalidades conurbadas, los servicios públicos locales que, por sus características, sirven al conjunto de la aglomeración urbana, deberán contar con mecanismos de coordinación en el ámbito de la planificación y prestación de dichos servicios entre las municipalidades vinculadas, de modo que se asegure la máxima eficiencia en el uso de los recursos públicos y una adecuada provisión a los vecinos.

Las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del presente Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes:

(...)

2. Servicios públicos locales:

(...)

2.5 Seguridad ciudadana.

(...)"

(Los subrayados son nuestros).

8 Los numerales 1.1, 2.1 y 3.1 del Artículo 85 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades:

“Artículo 85.- Seguridad ciudadana

Las municipalidades en seguridad ciudadana ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

1.1. Establecer un sistema de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o del de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley.

(...)

2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

2.1. Coordinar con las municipalidades distritales que la integran y con la Policía Nacional el servicio interdistrital de serenazgo y seguridad ciudadana.

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

3.1. Organizar un servicio de serenazgo o vigilancia municipal cuando lo crea conveniente, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial respectiva.

(...)"

(Los subrayados son nuestros).

En primer término, partimos de recordar la clásica diferenciación entre “*soberanía externa*” y “*soberanía interna*”, la misma que, a su vez, distingue entre la “*seguridad nacional*” –preocupada por garantizar la supervivencia de la nación, normalmente afectada por factores externos propios de la dinámica interestatal– y “*seguridad interna*” –también denominada “*seguridad pública*” –, que procura el desenvolvimiento de la sociedad en un entorno de paz y orden, a partir del cumplimiento de las normas y leyes existentes ⁽⁹⁾.

Para la concreción de la seguridad pública es indispensable la referencia –en tanto sustento constitucional y administrativo– a la clásica noción de *poder de policía*, modernamente conocida como “*actividad de policía*” o “*actividad de ordenación*” ⁽¹⁰⁾, que supone la actuación estatal que busca mantener el orden público mediante el establecimiento de *prestaciones debidas* a cargo de los administrados, cuyo incumplimiento debe ser castigado mediante una sanción, constituyendo una limitación de las actividades privadas que los ciudadanos realizan como ejercicio de su libertad jurídica individual, a fin de lograr la consecución de intereses generales predefinidos ⁽¹¹⁾⁽¹²⁾.

Este *poder de policía* admite tres acepciones: a) la *acepción amplísima*, que lo entiende como la parte del poder del Estado que se ejercita a través de normas de derecho público a fin de reglar la libertad jurídica individual, equivaliendo así a “*funciones de poder público*” sobre la

9 “El principal objetivo de la seguridad pública es garantizar el pacto social y preservar las culturas que convergen en el país, además de resguardar su patrimonio. El Estado, en el marco de un proyecto de nación, está obligado a desarrollar políticas públicas que resguarden el sistema de convivencia social y garantizar la inserción de las diferentes identidades que existen. Es evidente que si esta función no se cumple, se generan condiciones para que el crimen (...) ocupe los vacíos del Estado de derecho y del desarrollo económico (...) la seguridad es un bien público, que debe suministrar la autoridad a toda la sociedad dado que, al no hacerlo, se generan vacíos que rápidamente puede ocupar la delincuencia organizada. Las consecuencias de este escenario vaticinan conflictos entre individuos, colectividades y sistemas jurídicos que norman la actividad del ciudadano”.

Rosas, María Cristina. *Las instituciones de seguridad pública frente a la delincuencia en México: Retrovisión y perspectivas*. En: Rosas, María Cristina (Coordinadora). *El Nuevo Modelo de Policía en México*. Centro de Investigación y Estudios en Seguridad (CIES) de la Secretaría de Seguridad Pública Federal. México, 2012. pp. 13-62 (p. 58).

10 Santamaría Pastor destaca la diferenciación entre la *actividad de policía* tradicional y la moderna *actividad de ordenación*. Mientras la primera está orientada exclusivamente al mantenimiento del orden público y de indagación y persecución de las actividades ilícitas (policía de seguridad) y a los colectivos de servidores públicos encargados de la misma (policía nacional), la ordenación comprende diversos aspectos que no necesariamente se enmarcan dentro del anterior parámetro. Así las cosas, si bien la actividad administrativa de policía está comprendida en la actividad de ordenación no la agota de ninguna manera.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. II. 2da. Edición. Editorial Central de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2000. p. 256.

11 “... hay un procedimiento de policía cuando una autoridad administrativa está investida de una competencia que le permite reglamentar ciertas actividades o relaciones entre particulares”.

Bénoit, F.P. *Le Droit administratif française*. Ed. Dalloz. París, 1968. Cfr. Mescheriakoff, A.S. *Droit des services publics*. 2e. Édition. Presses Universitaires de France. París, 1997. p. 27.

12 Como lo recuerda Schiera, debe notarse cómo la palabra “policía” tiene la misma etimología que *policy* (política concreta) y que ha tenido históricamente, especialmente en la experiencia prusiana del estado absoluto, un significado mucho más amplio que el actual, haciendo referencia más bien a la vigilancia paternalista del gobierno para el bienestar de los súbditos.

Schiera, P. *Stato di polizia*. En: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicolas y Pasquino, Gianfranco. *Dizionario di Politica*. UTET. Turín 1984.

libertad ciudadana (¹³); b) la *acepción amplia*, según la cual se trata de la parte del poder estatal referido a materias de orden, seguridad, moralidad, salubridad, estética y bienestar público ejercida sobre la libertad individual, excluyendo la educación, defensa, relaciones internacionales y otras; y c) la *acepción estricta*, conforme a la cual se trata de la “*función administrativa*” de la Administración y los otros poderes clásicos del Estado que se ejerce, de manera unilateral, sobre la libertad individual en aplicación de vigentes “leyes de policía” en sentido amplio, y que se materializa mediante actos y hechos administrativos diversos.

Dentro de la tercera acepción, que asumiremos para efectos de este trabajo, el Estado –en tanto institución administrativa general a cargo de la “Administración Pública” – está facultado para ordenar, planificar, organizar, dirigir, limitar, fiscalizar, controlar u orientar las diversas acciones individuales de sus integrantes con el fin de ajustar el comportamiento particular al *orden público* y evitar que éste produzca perjuicio contra aquél; ejerciendo la denominada “*potestad imperativa*” o “*de mando*” conforme a la cual se encuentra autorizado para limitar ciertos derechos y restringir las libertades de los ciudadanos –en forma individual o asociada–, a través del otorgamiento de “autorizaciones”, “licencias” y “permisos” en sus diversas modalidades y conceptos.

Dejando claro que nos encontramos ante un concepto clave y sumamente versátil del Derecho público, es imperativo señalar que la noción “poder de policía” ha experimentado alcances y técnicas diversas en los diferentes momentos históricos, además de proyectarse sobre disímiles y variadas realidades en cada período (antes personas, hoy hasta semáforos, altura de edificios y salubridad de un negocio), siendo pues un concepto clave estrechamente vinculado a la *evolución del propio Estado* siempre vinculado a una función y finalidad concreta de cada época (¹⁴). Así las cosas, se puede afirmar que son dos los aspectos importantes de resaltar respecto del *poder de policía*: i.) el primero, que incide en su idea implícita de *orden público*, es la *tutela de la dignidad humana* en el marco de una convivencia social moderna que debe ser garantía del respeto y promoción de los derechos fundamentales derivadas de aquélla, por lo que la calificación de Martín Mateo como “*actividad administrativa de garantía*” a la actividad de ordenación (¹⁵) nos parece absolutamente pertinente; y ii.) la segunda, es la siempre presente idea de *limitación administrativa* de los derechos y libertades individuales que supone, puesto que la

13 Linares, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Iera. Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000. p. 421.

14 “Su extensión es reflejo, en último término, de la evolución del Estado; o, dicho de otra manera, de los fines que la Administración ha asumido en cada momento histórico”
Prieto Álvarez, Tomás. *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Thomson-Civitas. Navarra, 2005. p. 42.

15 Si bien el resto de actividades públicas administrativas implican también una garantía para el ciudadano, ninguna de ellas posee los mismos títulos o intensidad garantista, ya que lo que hace la Administración a través de ésta es “fijar el marco de la vida colectiva, establecer un orden intencional de convivencia; garantizar, pues, cuál sean los ámbitos dentro de los que pueden moverse las iniciativas privadas, y cuáles las posibles conductas de los particulares (...) por esta vía se decide cuál es lo mejor para la convivencia, garantizando que ésta se desarrolle tal como ha sido configurada legalmente (...) con ello la Administración estructura la vida social garantizando que las iniciativas y actividades de los particulares no entrarán en conflicto perjudicial entre sí, ni tampoco pugnarán con los intereses públicos definidos en un concreto momento por el Estado”.

Martín Mateo, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 23ª Edición. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2004. p. 351.

actividad de ordenación implícita en el poder de policía está –por propia naturaleza– *dotada de coercibilidad* para el ciudadano, entendida como “facultad de imponerse”.

Con la complejidad de la vida social moderna, cada vez es más difícil establecer un catálogo acabado de los diversos aspectos o contenidos que puede merituar un tratamiento por parte del poder de policía; motivo por el cual, *grosso modo*, consideramos que dichas competencias se pueden agrupar en dos grandes ámbitos de actuación:

- a) La ***policía de ordenación comunitaria***, vinculada a los diversos conceptos que componen la *actividad de ordenación* de la convivencia social en sí, comprendiendo –sólo a título enunciativo– la seguridad básica, salubridad, moralidad y estética, temas de edificaciones, monumentos históricos y artísticos, la sanidad, la propiedad, el tránsito, entre otros aspectos de índole colectivo, a los que se pueden sumar el registro de estado civil (nombres, apellido, edad, filiación, ocupación, domicilio, entre otros), el registro electoral, la inmigración, la zonificación, las patentes, marcas, calidad y cantidad de mercadería, control de precios y horarios, competencia desleal, comercio exterior, comercio interprovincial, la concentración deliberada de personas, así como la eficiencia, regularidad, continuidad y seguridad de los servicios públicos, sean éstos administrados por el Estado o se encuentren a cargo de los privados vía concesiones (sistema regulatorio), entre otros.
- b) La ***policía de seguridad armada***, que incide en la seguridad y tranquilidad públicas, en tanto aspiraciones colectivas que toda sociedad está obligada a garantizar a sus ciudadanos con miras a permitirles una convivencia basada en la regulación racional de las conductas, aspectos éstos que hoy en día conforman la noción “seguridad ciudadana” que incide en el cuidado, resguardo y desarrollo de la persona en el seno de la sociedad, enfrentando las amenazas que atentan contra la paz y la estabilidad social ⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾, y para lo cual –por mandato de la Constitución y/o la Ley– se otorga a la entidad responsable –normalmente las denominadas “fuerzas de seguridad” o “cuerpos de seguridad”– dos atributos importantes para de ser el caso, imponer la autoridad estatal inclusive contra la voluntad individual: la fuerza coercitiva y la autorización para portar armas.

16 De conformidad con el Art. 2 de la Ley N° 27933, se entiende por “seguridad ciudadana” a la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas.

17 La “seguridad ciudadana” es el conjunto de acciones destinadas a preservar otros valores jurídicamente tutelados por nuestro ordenamiento, además de los derechos constitucionales a la vida, a la integridad y a la propiedad, entre otros, como la tranquilidad pública o la paz social, el uso pacífico de los espacios y vías públicas, entre otros. Defensoría del Pueblo. Libertad de tránsito y seguridad ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima metropolitana. Informe Defensorial N° 81. Lima, 2004. p. 44.

18 Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano la ha definido como el conjunto de acciones orientadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden, consolidando una situación de convivencia con normalidad, es decir, preservada de cualquier peligro o amenaza para los derechos y bienes esenciales para la vida comunitaria STC peruano N° 03482-2005-PHC/TC (f. 13).

De lo señalado, es posible concluir que el poder de policía –en su acepción de *función administrativa*– se concreta en una **función policial** que puede ser entendida como “la actividad del Estado que regula y mantiene el equilibrio entre la existencia individual y el bien común; estableciendo restricciones y limitaciones a los derechos y libertades, y recurriendo a la coacción de ser necesario, para garantizar la convivencia social, en ejercicio de la ley” (19); y a su vez, admite la distinción entre “**función policial de orden comunitario**” –encargada a la Administración Pública nacional y a las Administraciones Públicas regionales y locales– y “**función policial de seguridad armada**” –encomendada a las “fuerzas de seguridad” o “cuerpos de seguridad” existentes en cada Estado, que detentan la fuerza coercitiva pública–.

En el Perú, la preocupación por el aludido orden comunitario ha generado –como en todo país del mundo– el conjunto de regulaciones normativas en todos y cada uno de los ámbitos de la convivencia social, a través de los distintos dispositivos, a nivel legal y reglamentario, que establecen –por un lado– el conjunto de acciones, actividades y/o conductas, tanto individuales como colectivas, objeto de regulación, y –por otro– las respectivas funciones, atribuciones y competencias que, respecto de ellas, detentan los distintos órganos del Estado a partir del complejo “orden competencial” dispuesto por la Constitución a favor de la Administración Pública nacional –dependiente del Poder Ejecutivo– y de los distintos niveles de Gobierno Sub Nacional, tanto Regional como Local en sus modalidades Provincial, Distrital y demás–.

Teniendo claro que la *función de policía de ordenación comunitaria* se encuentra encargada –en general– a toda la Administración Pública; la función policial de seguridad armada –por expresa disposición del Artículo 175° de la Constitución Política del Estado, ha sido encargada a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú, cuyos efectivos son los únicos autorizados a nivel constitucional para utilizar armas de guerra (20), sin perjuicio del distinto ámbito de actuación de cada uno.

Sobre el particular, debe advertirse del dispositivo constitucional citado que el constituyente no ha optado por una prohibición del uso de armas por parte de los particulares, sino que ha establecido una diferenciación importante a tener en cuenta: i.) las armas de guerra sólo pueden ser utilizadas por las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad (*función policial de seguridad armada*), y ii.) se permiten que los particulares utilicen armas distintas de las de guerra, “según ley”.

19 Manual de Derecho Humanos aplicados a la Función Policial. Aprobado por Resolución Ministerial N° 1452-2006-IN del 31.05.2006 (Capítulo I “Conceptos Fundamentales”, acápite “C. Función Policial y Respeto a los Derechos Humanos”).

20 El Artículo 175 de la Constitución Política de 1993, señala:
 “Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso de indemnización.
Se exceptúa la fabricación de armas de guerra por la industria privada en los casos que la ley señale
La ley reglamenta la fabricación, el comercio, la posesión y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra”.

(Los subrayados son nuestros).

Al respecto, es importante señalar que a través de la actual Ley N° 25054 (Ley sobre la fabricación, comercio, posesión y uso por los particulares de armas y municiones que no son de guerra) y la Ley N° 30299 (Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productor pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil) –aprobada a fines del año 2014 y que empezará a regir una vez aprobado su Reglamento–, el legislador sólo ha regulado la posesión y uso de armas de fuego por los particulares, **no existiendo regulación alguna sobre las denominadas armas no letales**, es decir, aquellas *diseñadas para neutralizar un adversario sin causarle la muerte y minimizando su impacto sobre el medio ambiente*, que bien pueden ser catalogadas como mecanismos que evitan matar al objetivo –a diferencia de las armas convencionales de fuego– y que suponen el uso de tecnología que permite la proyección de fuerzas que minimizan la posibilidad de consecuencias mortales.

En el marco normativo vigente, la adquisición y el uso de armas no letales no se encuentra regulado en nuestro país, razón por la cual pueden presentarse los siguientes escenarios: i.) **en el caso de los particulares**, éstos se encontrarían perfectamente habilitados para adquirirlas y usarlas sin ningún tipo de restricción ya que no existe ninguna limitación legal para ello ⁽²¹⁾; y b.) **en el caso de cualquier entidad pública**, resulta pertinente definir si ésta tiene o no competencia para definir su uso y establecer las condiciones en que el mismo se realice. Sobre este último aspecto, nos detendremos en el acápite siguiente.

V.

EL NO REQUERIMIENTO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA Y LA NECESIDAD DE HABILITACIÓN AUTONORMATIVA PARA LA UTILIZACIÓN DE ARMAS NO LETALES POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES

A diferencia del *principio constitucional* articulador de la Parte Dogmática del Texto Constitucional –que regula los derechos y libertades fundamentales consagrados a favor de los ciudadanos, a partir del denominado *principio de libertad de los ciudadanos*, conforme al cual éstos tienen garantizados a su favor una serie de conductas a pesar de no estar mencionados expresamente por la Constitución, en virtud de lo señalado en: i) inciso 1 del Art. 2 (*derecho al libre desarrollo de la personalidad*) ⁽²²⁾, y ii) parágrafo “a” del inc. 24 del Art. 2 (*cláusula general de libertad*) ⁽²³⁾–; la regulación de la estructura y organización del Estado y de los diversos

21 El Art. 72 de la Constitución Política de 1993, señala:

“Art. 72.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes”.

22 El inciso 1 del Art. 2 de la Constitución peruana de 1993, señala:

“Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

(...)”.

(El subrayado es nuestro).

23 El parágrafo “a” del numeral 24 del Art. 2 de la Constitución peruana de 1993, señala:

“Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

Organismos y Entidades que lo conforman –Parte Orgánica– se realiza en función del llamado **principio de imperio de la ley o de legalidad**, en virtud del cual se entiende que el accionar de los funcionarios y servidores públicos debe encontrarse expresamente establecido y, por ende, autorizado en normas legales de carácter general, en tanto técnica articuladora del poder político orientada a procurar una forma de control y fiscalización del accionar de los gobernantes, buscando evitar decisiones arbitrarias, y –además– a dotar de seguridad jurídica al gobernado, permitiéndole conocer de antemano sus derechos y sus deberes frente al poder.

Lo señalado ha sido expresamente consagrado en el **Art. 45 de la Constitución Política del Estado** cuando precisa:

“Artículo 45.- Ejercicio del poder del Estado

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

(El subrayado es nuestro).

Esta perspectiva de dogmática constitucional propia de la organización del poder en la convivencia moderna, también ha sido asumida por el Derecho Administrativo contemporáneo con la consagración del denominado **principio de legalidad** o **principio de vinculación positiva** o **principio de previo apoderamiento legal**, según el cual la *norma legal* se constituye en la habilitación que autoriza a un servidor público –en forma previa y necesaria– para realizar, desempeñar o llevar a cabo una determinada acción administrativa ⁽²⁴⁾, la cual sólo podrá imputarse como válida o legítima en tanto cuente con dicha autorización legal habilitante, como concreción del aforismo jurídico *“quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur”* (“*lo que no está permitido, se considera prohibido*”) ⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾.

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(...):”

(El subrayado es nuestro).

24. Entiéndase “Competencia”, “Facultad”, “Función” o “Atribución”, en sentido genérico.

25. “... la ley, de cara a la protección de los derechos de los particulares, no establecía lo que la Administración no podía hacer, sino por el contrario, lo que podía. De este modo los poderes de la Administración, en caso de colisión con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas”.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. Madrid, 1995. p. 29.

26. En su organización y actividad “los entes administrativos no determinan autónomamente sus fines sino que éstos les vienen dictados por el ordenamiento; frente a los sujetos particulares y a la autonomía de la voluntad típica del derecho privado, en derecho público puede predicarse, en mayor o menor intensidad, según los campos, la vinculatoriedad de la voluntad a la norma: principio de tipicidad del acto administrativo, prohibición de cláusulas accesorias, etc...; el derecho no actúa como límite sino como condición habilitante del contenido de su actividad; no pueden imponer tasas o cuotas no previstas en la ley, ni siquiera con el consentimiento previo de los sujetos afectados, etcétera”.

Ariño Ortiz, Gaspar. La administración institucional. Madrid, 1972. pp. 228-229.

27. “Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: en ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho

En nuestro país, estas consideraciones han sido recogidas a nivel de Derecho Administrativo, en dos extremos de la **Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**:

- a) En el acápite 1.1 del numeral 1 del Art. IV del Título Preliminar, donde se consagra el denominado **principio de legalidad** ⁽²⁸⁾.
- b) En el numeral 61.1. del Art. 61, donde se establece como **fuerza de la competencia administrativa a la Constitución y a la ley** ⁽²⁹⁾.

De manera complementaria, es importante señalar que la noción genérica de **“competencia”** ha sido objeto de una diferenciación conceptual más detallada que establece diversas modalidades, tipologías o formas de plasmación, con el propósito de optimizar el adecuado manejo de la moderna gestión gubernativa y administrativa; razón por la cual el Artículo 5 del Decreto Supremo N° 043-2006-PCM –que aprueba los “Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones (R.O.F.) por parte de las entidades de la Administración Pública”– diferencia las siguientes nociones:

- **Competencia.**- ámbito de actuación material o territorial de la entidad en su conjunto, establecido de acuerdo a un mandato constitucional y/o legal.
- **Facultad.**- derecho conferido para realizar cierta acción.
- **Atribución.**- facultad conferida expresamente a quien ejerce un cargo para resolver o tomar decisión sobre cualquier acto administrativo dentro de su competencia y en el ejercicio de sus funciones.
- **Función.**- conjunto de acciones que deben realizarse para alcanzar objetivos concretos, sea de la Entidad o de los órganos o unidades orgánicas en su interior, pudiéndose diferenciar:

público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente”.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. Parte General. Ara Editores – Fundación de Derecho Administrativo. Lima, 2003. p. XII-6.

- 28 El acápite 1.1 del numeral 1 del Art. IV el Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala:

“Art. IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (...)”.

- 29 El Art. 61 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala:

“Art. 61.- Fuente de competencia administrativa

61.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

61.2 Toda entidad es competente para realizar las tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, así como para la distribución de las atribuciones que se encuentren comprendidas dentro de su competencia”.

- **Función General.**- conjunto de acciones que debe realizar la Entidad, con miras a alcanzar los objetivos y metas de su gestión administrativa, las mismas que se derivan, concluyen o deducen de las normas legales sustantivas vinculadas a la Entidad.
- **Función Específica.**- conjunto de acciones que deben realizar los órganos y las unidades orgánicas de la Entidad, conducentes a alcanzar los objetivos de la misma y las metas de su respectiva gestión administrativa.

Conforme a lo señalado en líneas precedentes, los Artículos 73 (numeral 2.5) y 85 (numerales 1.1, 2.1 y 3.1) de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades señalan como materia de *competencia municipal la prestación del servicio público local de seguridad ciudadana, y –a su vez– como funciones específicas de las Municipalidades Provinciales la de establecer un sistema de seguridad ciudadana y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo (función exclusiva) y la de coordinar el servicio interdistrital de serenazgo y seguridad ciudadana (función compartida con las Municipalidades Distritales que la conforman), mientras que a las Municipalidades Distritales se encarga la función específica de organizar un servicio de serenazgo o vigilancia municipal cuando lo crea conveniente, “de acuerdo a las normas establecidas por la Municipalidad Provincial respectiva” (función exclusiva).*

En este punto es necesario detenernos un momento en la forma de “Estado unitario y descentralizado” consagrada en los Artículos 43 ⁽³⁰⁾, 188 ⁽³¹⁾ y 189 ⁽³²⁾ de la Constitución Política de 1993, que establece un determinado “orden competencial” que implica la distribución de funciones, competencias y atribuciones entre los “organismos fundamentales del Estado” donde se cuentan los clásicos *poderes del Estado* (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los *organismos constitucionales autónomos* (OCA’s) y los *gobiernos subnacionales* (Gobiernos Regionales y Locales, en sus diversas modalidades).

Precisando que las “competencias constitucionales” –aquellas establecidas en la propia Constitución Política por el poder constituyente, y que algunos califican como

30 El Art. 43 de la Constitución Política de 1993, señala:

“Art. 43.- (...)”

El Estado es uno e indivisible.

(...)”.

31 El Art. 188 de la Constitución Política de 1993, señala:

“Art. 188.- La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país.

El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley”.

32 El Art. 189 de la Constitución Política de 1993, señala:

“Art. 189.- El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”.

las “*competencias de las competencias*”⁽³³⁾ – son el título habilitante para que los órganos definidos por el Texto Fundamental puedan contar con capacidad legislativa ⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾, dentro de la lógica del *principio de legalidad* que inspira el derecho público en general, como concreción del Estado de derecho y su lógica de “limitación del poder por el Derecho” ⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾; es necesario señalar que la existencia de los *gobiernos sub-nacionales* implica la existencia de una *separación de poderes vertical* –propiamente denominada “*técnica de división territorial del poder*”– que incide en la existencia de diversos niveles de gobierno distintos de aquel que ha titularizado el poder del Estado de manera clásica: el Gobierno Nacional.

No escapará al entender del lector que un diseño orgánico-institucional como el establecido por la Constitución de 1993 tiene consecuencias tanto a nivel político como a nivel jurídico. En lo político, este diseño institucional supone la existencia de una pluralidad de *centros de decisión política* que habrán de analizar y definir diversos aspectos vinculados al manejo de la cosa pública, en cuanto *gestión* de los recursos. A nivel jurídico, por su parte, siendo la propia Constitución Política la que ha otorgado diversas funciones y competencias a los distintos “*órganos fundamentales del Estado*” aludidos, también les ha concedido competencias jurídico-normativas para que cada uno de estos organismos –en el propósito de cumplir las funciones encargadas– emitan

33 “Por eso, en la doctrina alemana, ha podido hablarse de que en la Constitución se encuentra la “competencia de las competencias” (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, en la perspectiva en que ahora estamos, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados (...), el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivas potestades normativas”.

García de Enterría, Eduardo. *El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones*. En: *Revista de Administración Pública*. N° 100-102. Madrid. pp. 221-222.

34 “(...) Es opinión prácticamente unánime que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional, consiste en disciplinar las formas de producción de las normas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia”.

Pérez Royo, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Tecnos. Madrid, 1985. p. 27.

35 “La Constitución, además de ser “fuente de fuentes” es también, pues, “competencia de las competencias”. En ambos casos existe lo que se denomina una “reserva constitucional”, esto es, la Constitución distribuye y asigna el acervo de competencias entre las instituciones públicas (“ordenamientos jurídicos”). Dentro de este acervo de competencias o materias, dichas instituciones, diseñadas por la Constitución, pueden desplegar su función normativa a través de fuentes igualmente diseñadas por la Constitución”.

Tafur Charún, Emilio. *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional)*. Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L. Lima, 2015. p. 19.

36 Al respecto, Fernández señala que la Constitución es precisamente “(...) distribución de poder entre órganos diversos y prohibición de interferencias e inmisiones en el ámbito competencial reservado a otros. En esa distribución de competencias empieza, la legalidad”.

Fernández, Tomás Ramón. *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad*. Civitas. Madrid, 1981. pp. 81-82.

37 “(...) el principio supra-ordinador de competencia, no es sino una derivación del principio de legalidad (o dado el caso de constitucionalidad), en la medida que es por obediencia a la norma con rango de Ley, o a la Constitución, que debe respetarse las competencias por ellas asignadas. Es por esto que el principio de competencia es más importante que el de la jerarquía del órgano que dicta la norma en materia de decretos y resoluciones”.

Rubio Correa, Marcial. *La legislación como fuente de Derecho en el Perú*. En: *Derecho PUCP*. N° 34. 1980. p. 31.

las normas jurídicas que sean necesarias para su pleno desenvolvimiento jurídico; dando origen así a una pluralidad de “ordenamientos o sistemas jurídicos sub-nacionales” o, más propiamente, “sub-ordenamientos jurídicos” o “sub-sistemas jurídicos” que coexisten y se vinculan entre sí de manera recíproca y compleja.

En virtud de lo señalado, y volviendo al tema que nos ocupa, consideramos que para que las municipalidades dispongan la utilización de armas no letales por parte de los agentes de serenazgo que prestan el servicio de seguridad ciudadana no requiere ningún tipo de autorización legislativa o administrativa previa en la medida que –en forma originaria, por expresa disposición de la Constitución Política y sus normas de desarrollo (Ley orgánica de Municipalidades)– tienen competencia en materia de seguridad ciudadana y por ende, se encuentran facultadas para emitir dispositivos orientados a regular la prestación de dicho servicio de la manera más eficiente. Así ha sucedido con la emisión de la respectiva **Ordenanza Municipal** autoritativa como ejercicio concreto de la función específica de carácter exclusivo de “normar el establecimiento de los servicios de serenazgo” consagrada en el aludido numeral 1.1. del Artículo 85 de la citada Ley Orgánica de Municipalidades.

En virtud de estas consideraciones, no podemos menos que discrepar con el **Proyecto de Ley N° 4716/2015-CR** presentado el 10.08.2015 por el señor Congresista Gustavo

Rondón Fudinaga, iniciativa legislativa que propone la aprobación de una “Ley que faculta a los Agentes de Serenazgo Municipal y Agentes de Seguridad Particular, el uso civil de armas no letales, para prevenir y disuadir, la comisión de delitos y faltas que atentan contra la seguridad ciudadana en el país”, en el que se plantea i.) la necesidad de tener una habilitación legislativa expresa para el uso de armas no letales por parte de los agentes de Serenazgo; ii.) se equipara a los agentes de Serenazgo con los agentes de Seguridad Privada, olvidando la distinta naturaleza de ambos; y iii.) se propone que sea la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil – SUCAMEC –en el marco de la Ley N° 30229, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil”- la entidad que *autorice* a los agentes de **Serenazgo Municipal** el uso de armas no letales como herramientas auxiliares en la prestación del servicio de seguridad ciudadana.

“De manera complementaria, es importante señalar que la noción genérica de “competencia” ha sido objeto de una diferenciación conceptual más detallada que establece diversas modalidades, tipologías o formas de plasmación, con el propósito de optimizar el adecuado manejo de la moderna gestión gubernativa y administrativa”

En nuestra opinión, un planteamiento legislativo como el señalado olvida que las competencias constitucionalmente otorgadas a las municipalidades y, además, desarrolladas en la normatividad legal pertinente (Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972) no

requieren ninguna autorización legislativa previa por parte del Congreso, y mucho menos puede encontrarse supeditada a la decisión estrictamente administrativa de un organismo como la SUCAMEC, por dos razones claras. En primer lugar, sin entrar en consideraciones que bien pueden ser objeto de otro trabajo, no puede dejarse de mencionar el ámbito de competencias que detenta la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil – SUCAMEC según lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1127, en cuyo Artículo 2° se señala que esta entidad tiene competencia de alcance nacional *en el ámbito de los servicios de seguridad privada, armas, municiones, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil*; por lo que sería importante definir al respecto si, propiamente, los agentes de serenazgo pueden ser catalogados como personas “particulares” o “civiles” que usan armas para su protección individual –como aquél ciudadano que solicita un arma de fuego para defensa personal– o lo hacen para realizar un servicio profesional y lucrativo de carácter privado –como sucede con el Agente de Seguridad Privada que trabaja para una empresa de ese rubro–, o si –por el contrario– se trata de personas que prestan un servicio de naturaleza pública, en la medida que laboran en un nivel de Gobierno Subnacional –como las municipalidades– con la finalidad de prestar el servicio de seguridad ciudadana.

En segundo lugar, no es posible equipar la labor realizada por los “Agentes de Serenazgo” (o “serenos”) de las distintas municipalidades del país, con la que desempeñan los “Agentes de Seguridad Privada”, puesto que los primeros prestan un *servicio público* vinculado a la *seguridad ciudadana* en virtud de la relación laboral que mantienen con los distintos Gobiernos Locales –Provinciales y Locales– para el cumplimiento de una función de su competencia; razón por la cual no existe razón ni justificación alguna que catalogue su desempeño como uno de naturaleza privada, como sí sucede con los “Agentes de Seguridad Privada”, quienes de manera individual o por medio de una persona jurídica brindan dicho servicio única y exclusivamente a las personas o entidades que puedan pagarlos, en virtud de la iniciativa privada y la libertad de empresa existente en nuestro país.

VI. REFLEXIONES FINALES

A partir de las consideraciones referidas en los numerales precedentes, se puede concluir:

- a) La Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, ha establecido como competencia municipal la prestación del servicio público de seguridad ciudadana, autorizándolas a implementar y normas los cuerpos de serenazgo.
- b) Actualmente, no existe regulación de jerarquía legal sobre la posesión y uso de armas no letales en el Perú; razón por la cual –en virtud de los Arts. 2 inciso 24 parágrafo “a”, y 72 de la Constitución Política de 1993– las personas naturales pueden adquirir sin ningún tipo de limitación; mientras que en el caso de las instituciones públicas, en virtud del aludido *principio de habilitación normativa de los poderes públicos*, consideramos que se requiere de norma expresa para tal efecto.

- c) Teniendo las Municipalidades Provinciales la competencia exclusiva de establecer un sistema de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o del de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley; consideramos que es constitucional y legalmente posible que la Municipalidad Metropolitana de Lima disponga que los Agentes de Serenazgo que presten el servicio de seguridad ciudadana en la Provincia de Lima, puedan utilizar armas no letales, para lo cual deberá emitirse la respectiva Ordenanza Municipal autoritativa.
- d) Por tener competencias en materia de seguridad ciudadana, las municipalidades tienen la expresa facultad de regular por sí mismas todos los aspectos necesarios sobre dicho tema, no requiriendo para tal efecto mayor autorización, ni legislativa ni administrativa.
- e) La decisión de dotar de armas no letales a los Agentes de Serenazgo evidentemente pasa por la necesidad de uniformizar –en cuanto a supervisión de la calidad de la capacitación– la formación y contratación de tales Agentes, en virtud de lo establecido en el Artículo 85 numeral 3.1 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; atendiendo a las posibles consecuencias civiles que dicha medida puede suponer.



PINTURA EN EL AUDITORIO PRINCIPAL JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN

Vicente José Morales y Duárez (Lima, 24 de enero de 1757 – Cádiz, 2 de abril de 1812) fue un jurista criollo peruano, quien llegó a ser Presidente de las Cortes de Cádiz.

Optó el grado de Doctor en Leyes y Cánones en la Universidad de San Marcos.

Integró la comisión de Constitución, y en sus labores abogó por la igualdad de peninsulares y criollos, la representación de americanos en el gobierno central y la mejora de la condición de los indios. Jurada la Constitución, fue elegido Presidente de las Cortes (24 de marzo de 1812) y mereció el tratamiento de “majestad”.

EXTERNALIDADES POSITIVAS EN LA GENERACIÓN DE ENERGÍA HIDROELÉCTRICA. EFICIENCIA EN EL USO DEL AGUA Y REPERCUSIONES ECONÓMICAS EN LOS AGENTES.*

Por: *Jacancarlos Jair Vega Lugo***

SUMARIO PROBLEMÁTICA. 1. USO DEL AGUA PARA GENERACIÓN ELÉCTRICA. 2. EXTERNALIDADES POSITIVAS EN GENERACIÓN DE ENERGÍA E INTERNALIZACIÓN. 3. AUTONOMÍA, COMPETENCIA ADMINISTRATIVA O JUDICIAL. 3.1. LIBERTAD CONTRACTUAL. 3.2. INSTANCIA ANTE EL REGULADOR. 3.3. CONDUCTA ANTICOMPETITIVA. 3.4. PODER JUDICIAL. 4. ALTERNATIVA NORMATIVA. 5. OBSERVACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

En el presente artículo el autor pone en evidencia la situación desventajosa que se presenta cuando una empresa de generación de energía eléctrica cuya fuente es el agua (hidroeléctrica), invierte recursos en la ejecución de obras de afianzamiento de infraestructura hídrica en zonas en cuyo ámbito de influencia se ubica otra generadora hidroeléctrica.

Así, luego de revisar la regulación normativa más cercana a este asunto, experiencia de un caso donde se reportó ciertos beneficios propios de una externalidad positiva, y la literatura sobre el particular, toma la iniciativa de sugerir una propuesta de norma sectorial cuya implementación representaría una solución.

PROBLEMÁTICA

La generación de energía eléctrica en base al recurso agua en nuestro país representa aproximadamente el 48.5 % de las fuentes utilizadas para tal fin¹, siendo que se estima un

* El presente artículo fue expuesto en la Comisión de Medio Ambiente y Sectores Regulados del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo, celebrado en el mes de abril de 2016 en la ciudad de Arequipa.

** Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Experiencia y especialización en temas administrativos, energéticos (electricidad y gas), y arbitrales en el Sector Privado y Público. Autor de diversos artículos jurídicos publicados en revistas del medio local. Ponente en el VI

potencial hídrico de alrededor de 70 000 megavatios (MW) aún por explotar. En este escenario, el interés por construir instalaciones que permitan generar energía eléctrica a través del agua estará presente aún por mucho tiempo².

Precisamente, uno de los incentivos que lleva a tomar la decisión de realizar fuertes inversiones en estas infraestructuras es la geografía de nuestro país. En la región sierra se encuentra anclada la mayor construcción de centrales hidroeléctricas, pues el cauce de los ríos y la topografía escarpada de la región debido a la presencia de la Cordillera de los Andes, coadyuvan a su realización.

“Ahora bien, la LRH señala que el uso de los recursos hídricos se encuentra condicionado a su disponibilidad, debiendo realizarse en forma eficiente y con respeto a los derechos de terceros, de acuerdo con lo establecido en aquélla

Típicamente las centrales existentes en el país son *de pasada*, que incluyen un componente importante de obras subterráneas, altas caídas y presas de derivación relativamente pequeñas, minimizando así su impacto ambiental. La mayoría de las centrales tienen un alto factor de planta (es decir, una elevada utilización de su capacidad instalada) que a menudo es consolidado a través de la construcción de pequeños reservorios estacionales ubicados en la cuenca superior, aprovechando las lagunas existentes, las condiciones morfológicas

favorables y casi libre de sedimentos. Todas las centrales están ubicadas en valles angostos y empinados que están escasamente poblados y que proveen pocas oportunidades para la agricultura. En la pendiente occidental (Pacífico), las centrales hidroeléctricas comparten las instalaciones de almacenamiento de agua con otros usos, por lo general riego y suministro urbano aguas abajo³.

Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2014), y expositor en cursos y seminarios de Derecho Administrativo y Energía.

- 1 Conforme a la información publicada por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas a enero de 2016, la producción total de energía eléctrica a nivel nacional del año 2015 (considerando unidades conectadas al SEIN y a las que generan como sistemas aislados), alcanzó los 48 066 GWh. De esta cifra, las termoeléctricas registraron 49.8 % (23 932 GW.h), las centrales hidroeléctricas produjeron el 48.5 % (23 300 GW.h), mientras que las centrales que generan con recursos energéticos renovables (RER) no convencionales (solar y eólica) acumularon una producción del 1.7 % restante. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/RESUMEN%20ANUAL%202015%20-%20Preliminar.pdf>. Última visita el 24 de febrero de 2016.
- 2 Las hidroeléctricas hasta los años noventa del siglo XX representaban el 90% de la energía eléctrica producida, decreciendo hasta un 72% para el 2007, y hasta un 52% para el 2011. A decir de Moncada Enrique, esta reducción de la participación de las hidroeléctricas ha sido el producto de una política energética del estado peruano de impulsar el uso del gas natural. Moncada Alcántara, Enrique. “*Algunas reflexiones sobre el desarrollo de las Centrales Hidroeléctricas en el Perú*”. Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras. Lima, 2012, pp. 12 – 13.
- 3 El Desarrollo Hidroeléctrico en el Perú. Report N° 53719-PE. Unidad de Energía del Departamento de Desarrollo Sostenible Banco Mundial. Mayo, 2010, p. 9.

Ahora bien, centrándonos en nuestro tema de análisis, las características propias que se requieren para el establecimiento de estas infraestructuras, llevan a la posibilidad de que se presenten escenarios en los que una generadora hidroeléctrica decida instalar una infraestructura de generación que haga uso no consuntivo del agua que discurre por los cauces de cierto río, que a su vez es fuente del recurso de la central hidroeléctrica de otra generadora ya instalada en una misma zona de influencia (“aguas arriba”). Para efectos prácticos, a la generadora ya instalada la mencionaremos como “Generadora A”, mientras que a la que decide instalarse en la misma zona de influencia (“aguas abajo”) la denominaremos “Generadora B”.

Bajo este escenario, en la operación de la Generadora B se aprovechará una calidad y cantidad de agua, que en creciente medida obedece a los beneficios que producen las obras de afianzamiento hídrico realizadas por la Generadora A, las cuales suponen inversiones que esta última realiza con el objetivo de mantener la administración y operatividad adecuada del recurso hídrico que le permita soportar el crecimiento de su empresa, pero que no puede excluir del disfrute del impacto positivo de los demás receptores del agua que discurre por el cauce del río después de su actividad de negocio (generación)⁴.

De esta forma, resulta evidente que las obras de afianzamiento que realice la Generadora A, beneficiarán en la operación y, por ende, rentabilidad de la Generadora B, y ello sin que esta última participe en la inversión -que en caso no existiera la Generadora A o esta no lo hiciera, lo hubiese tenido que realizar, caso contrario no gozaría del beneficio-; configurándose de este modo un aprovechamiento no compensado de la inversión efectuada por la Generadora A.

Lo expuesto, pone de manifiesto la necesidad de la Generadora A de buscar concretar un acuerdo que permita la ejecución de forma conjunta de los proyectos de afianzamiento que benefician a ambas, dada la incidencia positiva que representa obtener mayores volúmenes de agua, y en condiciones listas para producción, que permite el aprovechamiento en la operación de las Generadoras A y B, considerando que estos volúmenes de agua no son caudales formados en su estado natural, sino producto de la ejecución de obras civiles.

4 Conforme bien lo ilustran Kahatt, Azerrad y Pacheco, respecto del proceso de generación de las centrales hidroeléctricas, ello empieza con la recaudación de agua de un cuerpo natural hídrico superficial (ríos, lagos, lagunas, canales, estanques, etc.) que es conducida a través de canales y tuberías, con o sin embalses o reservorios, desde una ubicación de mayor altura hacia otra de menor altura donde se produce la energía. El agua se conduce a través de tuberías a una instalación de maquinarias (llamado “cuarto de máquinas”) en donde se ubica generalmente una turbina hidráulica. La fuerza con la que cae el agua desde el reservorio produce el movimiento de la turbina, que genera un campo magnético desde donde se extrae la energía para procesarla y transmitirla a los usuarios. Para utilizar el agua que se recauda de las fuentes naturales, ésta debe pasar por un tratamiento debido a que en su estado natural se hallan cuerpos o partículas sólidas (sedimentos) que desgastan las turbinas y generan ineficiencias en el proceso de generación eléctrica. Como resultado del proceso de tratamiento, se obtienen dos productos separados: i) el sedimento que, generalmente, se deposita en el fondo del reservorio, o en el desarenador, en el caso de centrales sin reservorio, y ii) el agua que desciende por las tuberías para la producción de energía. Luego de la etapa de producción de energía el agua que sale del cuarto de máquinas (donde se halla la turbina hidráulica) es devuelta a un cuerpo natural hídrico que en la normativa se denomina cuerpo receptor y que puede ser el mismo cuerpo natural desde donde se recaudó el agua, u otro cuerpo distinto. Kahatt, Azerrad y Pacheco. “Caracterizaciones forzadas en materia de efluentes: precisiones sobre la naturaleza de las aguas turbinadas del proceso de generación hidroeléctrica”. En: Revista Peruana de Energía N° 4, 2014, pp. 94-95.

1. USO DEL AGUA PARA GENERACIÓN ELÉCTRICA

Es extendido que a raíz de la creciente escasez relativa que presenta el recurso hídrico como resultado de diversos factores económicos, sociales y naturales, se ha puesto en marcha una nueva visión de la gestión de agua, incorporada en mayor o menor grado a las políticas públicas casi en todos los países del mundo⁵.

En esa línea, la regulación del sub-sector eléctrico se interrelaciona con la regulación prevista para el uso del recurso natural del agua y los derechos asociados a esta. Así, en nuestro país, el uso y la gestión de los recursos hídricos se encuentra regulada en la Ley N° 29338⁶, Ley de Recursos Hídricos (LRH), la cual establece como su finalidad regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como en los bienes asociados a esta.

Ahora bien, la LRH señala que el uso de los recursos hídricos se encuentra condicionado a su disponibilidad, debiendo realizarse en forma eficiente y con respeto a los derechos de terceros, de acuerdo con lo establecido en aquélla.

Así, la LRH reconoce tres clases de uso de agua, proclamando un orden de prioridad para su otorgamiento y ejercicio: 1. *Uso primario*; 2. *Uso poblacional*; y, 3. *Uso productivo*. Precisamente, dentro de esta última clase se menciona al tipo de uso productivo energético⁷.

A efectos de disponer del uso de agua, la LRH establece que se requiere contar con un derecho para su uso, los que podrán ser: i) *Licencia de Uso*; ii) *Permiso de Uso*; y, iii) *Autorización de Uso*. Para la generación de energía eléctrica se requiere contar con una Licencia de Uso de Agua de clase no consuntiva, esto es, que el recurso hídrico no se agota al desarrollar la actividad para la cual se otorgó el uso del agua, correspondiendo ser devuelto luego de su empleo a los cauces del río, sin afectar las características iniciales en que fueron otorgadas⁸.

La obtención de la mencionada Licencia otorga el derecho –en este caso a la Generadora– a lo siguiente:

1. Utilizar el agua, los bienes de dominio público hidráulico, así como los bienes artificiales asociados al agua de acuerdo con las disposiciones de la LRH, su reglamento y la respectiva resolución administrativa que lo otorga;
2. solicitar la modificación, suspensión o extinción de la licencia;

5 Ortega Ponce, Lidumila. “Los instrumentos económicos en la gestión del agua. El caso de Costa Rica”. En: CEPAL - SERIE Estudios y Perspectivas – Sede Subregional de la CEPAL en México, N° 59, octubre de 2006, p. 7.

6 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de marzo de 2009.

7 Artículo 43°, inciso 3 de la LRH.

8 Ob. cit. Kahatt et al., p. 99.

3. realizar estudios, obras e instalaciones hidráulicas para ejercitar su derecho de uso;
4. ejercer las servidumbres que correspondan, indispensables para el uso del agua y la evacuación de sus sobrantes; y
5. los demás derechos previstos en la LRH.⁹

2.

EXTERNALIDADES POSITIVAS EN LA GENERACIÓN DE ENERGÍA E INTERNALIZACIÓN

Como se ha evidenciado en la problemática inicialmente planteada, la inversión efectuada por la Generadora A frente a la Generadora B, representa una externalidad positiva que la primera de aquellas intentará aplacar; mientras que la segunda, en tanto no tenga incentivos que la lleven a decidir compartir los gastos de inversión, evitará hacerlo.

Brevemente haremos mención, a modo de ejemplo, a un caso donde se internaliza los beneficios derivados de la ejecución de inversiones en infraestructura hídrica desarrollados por una Generadora, por parte de los agentes receptores del agua derivada del cauce del río que les sirve.

Caso EGECUSCO - EGEMSA

La Empresa de Generación Hidroeléctrica del Cuzco S.A (EGECUSCO) es titular de la concesión definitiva para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica en la futura Central Hidroeléctrica Pucará¹⁰. Bajo esa titularidad, tramitó ante la Administración Local de Agua Sicuani (Cusco), una autorización para la ejecución de obras de aprovechamiento hídrico del proyecto Central Hidroeléctrica Pucará (C.H. Pucará)¹¹.

En el procedimiento seguido para la referida autorización, se presentó la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. (EGEMSA), señalando que el régimen de operación de la C.H. Pucará afectaría los caudales descargados de la presa de Sibinacocha, trayendo como consecuencia la alteración del régimen de operación económica de la Central Hidroeléctrica Machupicchu (C.H. Machupicchu) y disminuyendo las disponibilidad del recurso hídrico en horas críticas; razón por la cual solicitó se tomen las acciones correspondientes, a fin de evitar que la ejecución del proyecto C.H. Pucará afecte la operación económica de la C.H. Machupicchu.

En respuesta a lo señalado, EGECUSCO indicó que a partir de la puesta en operación del embalse Santa Bárbara, se dispondrá de mayores recursos hídricos para la generación de energía eléctrica; no teniendo ningún efecto negativo para EGEMSA con respecto a la operación de la

9 Artículo 56° de la LRH.

10 La central, con una potencia instala de 178 MW, se ubicará en el departamento del Cusco, provincia de San Pablo, y aprovechará las aguas de los ríos Urubamba, Salca y Acco.

11 Las obras de la C.H. Pucará comprende la construcción de las bocatomas: Callanca, Santa Bárbara y Pitumi; y la construcción de las presas de almacenamiento denominadas: Santa Bárbara y Patahazca.

C.H. Machupicchu, y que, por el contrario, esta será la mayor beneficiaria con la construcción secuencial de las obras para el embalse Santa Bárbara.

Analizado los argumentos de EGEMSA y EGEUSCO, la Dirección de Administración de Recursos Hídricos de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) decidió autorizar la ejecución de las obras solicitadas¹², por cuanto consideró que el proyecto C.H. Pucará no afectaría las operaciones de la C.H. Machupicchu, siendo que más bien la beneficiaría, al disponer de recursos hídricos adicionales durante las épocas de estiaje.

Contra dicha decisión, EGEMSA interpuso recurso de apelación, sosteniendo que la resolución recurrida fue emitida sin respetar el debido procedimiento, reiterando que la operación de la C.H. Pucará afectará gravemente sus derechos de uso de agua adquiridos con anterioridad, al existir un riesgo significativo de que las aguas que son descargadas durante la época de estiaje a la represa Sibinacocha no lleguen con el caudal necesario para la operación de la C.H. Machupicchu, o que dicho caudal llegue a una oportunidad distinta a aquella que determine las necesidades de la operación de esta Central.

Finalmente, el recurso de apelación fue resuelto por la Jefatura de la Autoridad Nacional del Agua, declarándolo infundado por cuanto se ratificó que el almacenamiento y regulación

“La regulación del sub-sector eléctrico se interrelaciona con la regulación prevista para el uso del recurso natural del agua y los derechos asociados a esta”

de las aguas que EGEUSCO desarrollaría a través de las obras de afianzamiento hídrico, incrementaría la disponibilidad hídrica durante las épocas de estiaje, siendo que a futuro EGEMSA dispondría de mayores caudales para la generación de energía en la C.H. Machupicchu. Además, dicha autoridad recomendó que ambas empresas elaboren de manera coordinada el Plan de Aprovechamiento óptimo de la cuenca del río

Salcca, considerando una operación conjunta y sincronizada de las presas Sibinacocha y Aco Aco.

Este caso grafica claramente los beneficios que representa servirse de la presencia de regulación hídrica para una generadora ubicada aguas debajo de otra que es la que ejecuta las obras. Así, aunque EGEMSA se opuso en el procedimiento administrativo comentado, consideramos que una decisión correcta pudo haber sido convenir los términos en que se realizaría esta operación de aprovechamiento, conforme lo sugirió la ANA.

3.

AUTONOMÍA, COMPETENCIA ADMINISTRATIVA O JUDICIAL

Ahora bien, llegado a este punto resulta necesario determinar las instancias en las que se encontraría habilitada la Generadora A para hacer valer una pretensión de internalización de los costos de las inversiones ejecutadas que favorezcan a la Generadora B.

12 Resolución Directoral N° 0106-2009-ANA-DARH, de fecha 02 de diciembre de 2009.

3.1. Libertad contractual

La suscripción de un acuerdo privado entre las Generadoras es la solución óptima a la problemática presentada. En este acuerdo, ambas partes convendrían las mejores condiciones a sus intereses que llegasen a conciliar.

La concreción de un acuerdo de esta naturaleza, implica tener claro todos los términos posibles de pactar (derechos, obligaciones, plazos, etc.), evitando dejar de regular situaciones que podrían ocasionar discrepancias posteriores.

Así, la Generadora A exigiría la participación en el costo de las inversiones ejecutadas que beneficien a la Generadora B; mientras que uno de los derechos que podría exigir la Generadora B a cambio de su participación en la ejecución de las obras de afianzamiento hídrico, sería el de verse beneficiada con una cantidad determinada de agua para garantizar el desarrollo normal (o superior) de sus operaciones. Con estas condiciones, las Generadoras A y B tomarían las situaciones de acreedor-deudor en la relación obligatoria derivada del acuerdo.

Un acuerdo que sirve como antecedente a tenerlo en cuenta, es el suscrito en el año 2008 entre dos empresas de distintos sectores regulados, pero que por sus actividades guardan un elemento en común, el agua. Nos referimos a la empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal) y Empresa de Generación Eléctrica de Lima (Edegel).

Sedapal y Edegel firmaron un convenio a través del cual esta última se comprometió a aportar US\$ 22 millones de dólares por el uso del agua del trasvase Huascacocha – Rímac. Dicho monto sirvió para financiar el costo total de las obras, que superó los US\$ 94 millones de dólares.

El objetivo del referido trasvase es incrementar el cauce del río Rímac en 2,61m³/s, en época de estiaje y la capacidad de las centrales hidroeléctricas de Edegel en 40 MW.

El proyecto no sólo permite la generación de energía hidráulica para el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), sino que luego se usa para ser potabilizada en la planta de Huachipa y para abastecer a Lima y Callao.

Edegel usa parte del agua que corre desde el Lago Huascacocha hasta la Planta de Tratamiento Huachipa para cuatro de sus centrales (Huinco de 267.83 MW, Callahuanca de 84.17 MW, Moyopampa de 69.15 MW y Huampaní de 30.18 MW) en época de estiaje, permitiendo que estas tengan un nivel alto de trabajo, lo cual representa una generación adicional promedio de 135 GWh/año durante dicha temporada.

3.2. Instancia ante el Regulador

El artículo 2° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 223-2013-OS-CD, establece lo siguiente:

“Artículo 2°.- Competencia de Osinergmin.

Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

Controversias entre Generadoras, (...), distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

(...)”. [Resaltado agregado].

Respecto a las materias sujetas a la competencia de Osinergmin, su Reglamento General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PMC, establece:

Función Supervisora:

“Artículo 31.- Definición de Función Supervisora.

La función supervisora permite a Osinergmin verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las Entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. (...).

Osinergmin ejercerá esta función en concordancia y con estricta sujeción a las normas legales del Sector Energía. (...). [Resaltado agregado].

Artículo 34.- Alcance de la Función Supervisora

De conformidad con las normas legales del Sector Energía, corresponde a Osinergmin supervisar:

(...)

e) El cumplimiento de las demás disposiciones vinculadas a las materias de su competencia. (...).” [Resaltado agregado].

Función Reguladora:

“Artículo 26.- Definición de Función Reguladora.

En virtud de su función reguladora Osinergmin tiene la facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos”.

Función Fiscalizadora:

“Artículo 36.- Definición de la Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite a Osinergmin imponer sanciones a las Entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por Osinergmin. (...).”

Considerando las referencias expuestas, con la regulación actual ninguna función se ajusta como fundamento para una posible reclamación contra la Generadora B en esta instancia. Tal vez la función supervisora podría dar espacio a una interpretación extensiva de los alcances de esta función, siendo que según el citado artículo 34°, se podría alegar que pese a que correspondería

la Generadora B la inversión en la ejecución de obras de afianzamiento hídrico, estas no se ejecutarían en toda su magnitud, debido a que es la Generadora A quien las realiza, cuando ejecuta las propias. Esto último se reforzaría si se expidiera una norma que otorgue competencia expresa a Osinergmin sobre este asunto.

Como sustento adicional, se recurriría a los objetivos específicos de Osinergmin, señalados en el artículo 19° de su Reglamento General. Los que, entre otros, son velar por la calidad y continuidad del suministro de energía eléctrica; y, promover el desarrollo, modernización y explotación eficiente del suministro de electricidad e hidrocarburos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos señalar que no existe una norma explícita en el sector energía que resulte aplicable al caso mencionado en que se pueda sostener la pretensión de la Generadora A.

3.3. Conducta anticompetitiva.-

El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), expresa lo siguiente:

“Artículo 6.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, (...), sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”. [Resaltado agregado].

El citado artículo de la LRCD recoge la denominada cláusula general de competencia desleal, según la cual serán calificados como prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten contrarios a la “buena fe empresarial”, esto es, que estén destinados a captar clientela y mejorar el posicionamiento en el mercado por medios distintos a la propia eficiencia económica¹³.

En la Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI¹⁴, se expresó que el elemento determinante de los actos de competencia desleal consiste en la contravención a la *buena fe empresarial*, es decir, en la realización de conductas contrarias a la ética que normalmente debe regir las actividades económicas en el mercado.

13 Resolución N° 1751-2011/SC1-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. contra Entrelíneas S.R.L., bajo Expediente N° 124-2010/CCD.

14 Resolución emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., Pacífico Editores, Escuela de Investigación y Negocios S.A.C., Tulio Obregón Sevillano, Javier Laguna Caballero y Carlos Valdivia Loayza; bajo Expediente N° 032-2002/CCD.

Continúa esta resolución indicando que la cláusula general de la LRCD tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe empresarial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que las actividades económicas se desenvuelvan de manera normal y pacífica. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada. Lo señalado evidencia que el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es precisamente la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico y que el exceso resulta inaceptable para la sociedad y el derecho.

De este modo, una forma de contravención a la buena fe empresarial es la manifestada a través de una conducta parasitaria, la que no corresponde a la ética que debe regir la competencia en el mercado. Por ello, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno constituye una forma de competencia desleal, dirigida a perjudicar o eliminar al competidor, no siendo, además, acorde con las normas de corrección que deben regir la actividad concurrencial en el mercado¹⁵.

Por su parte, el artículo 7º de la LRH, indica que:

“Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial”. [Resaltado agregado].

La contravención de la buena fe comercial, desde un ángulo objetivo, se produce al lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas la propia eficiencia, tal como ocurre, por ejemplo, cuando una empresa distorsiona la información sobre los bienes o servicios que ofrece y, en consecuencia, altera la valoración que se puede realizar sobre éstos en el mercado. Los actos de competencia desleal de un concurrente son capaces de producir sobre otros un daño concurrencial que no corresponde al daño esperado por efecto de la competencia bajo reglas de eficiencia. El Derecho considera a la conducta que causa dicho daño ilícito como una conducta indebida, contraria objetivamente a la buena fe empresarial¹⁶.

La sociedad se debe ver beneficiada, en su conjunto, al ser de interés general que el consumidor intermedio o final (demandante) logre satisfacer sus necesidades minimizando

15 A decir de Pierino Stucchi, son actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo o del derecho ajeno, aquéllos que consisten en la explotación comercial del esfuerzo ajeno, de modo contrario a la eficiencia competitiva; y, de los derechos o titularidades que corresponden a otro agente económico, sin asumir los correspondientes costos. Pierino Stucchi López Raygada. “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”, Themis 54, p. 297.

16 Indecopi, “Competencia Desleal y Regulación Publicitaria”. Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi, mayo de 2013, p. 27.

costos y maximizando beneficios, al tener a su disposición la oferta que, por ser la más eficiente, le ofrece mejores combinaciones de precio y calidad.

Debe tenerse presente que la prohibición y sanción de competencia desleal, conforme a la LRCD, no exige que se acredite conciencia y voluntad sobre su realización, lo que permite su encuadramiento en una infracción que no exige elemento subjetivo, sin perjuicio de que ello sea valorado para la graduación de una eventual sanción. Asimismo, basta que el daño sea potencial sobre otro concurrente en el mercado, sobre los demandantes o consumidores y/o sobre el orden público económico, no exigiéndose la constatación de un daño efectivo, lo que configura a esta infracción como un ilícito de peligro. Debe considerarse, asimismo, que no se exige relación de competencia entre quien se reputado afectado por un acto de competencia desleal y quien lo realice para que tal conducta se configure como infractora¹⁷.

De otro lado, corresponde señalar que la problemática que se ha planteado refiere a una situación de *externalidad positiva de producción*, donde los beneficios de una acción, no son completamente capturados por quien la lleva a cabo. En este caso, el nivel de inversión privada será menor al óptimo y no se llegará a un nivel de calidad socialmente eficiente.

De esta forma, tal como ha sido reconocido por Indecopi en la Resolución 010-2004-INDECOPI/CLC¹⁸, el aprovechamiento oportunista (*free riding*) se encuentra incluido en las externalidades que afectan el resultado comercial de un agente que opera en el mercado. Este consiste en el aprovechamiento por parte de una empresa (o individuo) de la acción y esfuerzo realizado por otra (u otro), lesionando con ello su resultado comercial y desalentando su inversión.

“Un asunto importante que se deberá considerar en esta norma, es el referido a la determinación de la autoridad competente en la que se llevará este procedimiento”

Por lo expuesto, acorde con el escenario bajo el cual se ha planteado la problemática analizada, corresponde expresar que el acto de competencia desleal resulta del aprovechamiento indebido por parte de la Generadora B del esfuerzo realizado por la Generadora A en la ejecución de las obras de afianzamiento hídrico.

Así, la conducta de la Generadora B no respondería a las exigencias de la buena fe empresarial en la medida en que se vale de las inversiones ejecutadas por la Generadora A, obteniendo una evidente ventaja en el mercado que no obedece a su esfuerzo.

17 Ibid., pp. 30 y 31.

18 Resolución emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. contra las empresas Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.; Compañía Cervecería del Sur S.A.A.; Cervecería San Juan S.A.A., Maltería Lima S.A.; el Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias; y, la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas; bajo Expediente N° 001-2004-CLC.

En relación al daño potencial que significa dicho acto, debe resaltarse que es la Generadora A quien asume la parte de los costos de inversión en infraestructura que le correspondería asumir a la Generadora B, disminuyendo de este modo la posibilidad de competir con éxito en las negociaciones y concursos para el suministro de energía a los usuarios libres y al mercado regulado, respectivamente, así como desincentivando la inversión en infraestructura.

Además, existiría un daño potencial al mercado eléctrico, por cuanto la Generadora B podría realizar comportamientos estratégicos que le permitan ser más remunerada de lo que por su propia eficiencia le corresponde, esto a costa de la inversión realizada por la Generadora A, y en claro perjuicio de los demás agentes del mercado eléctrico (otras generadoras y usuarios).

De esta forma, consideramos que existen razones suficientes para que la Generadora A presente una denuncia por competencia desleal contra la Generadora B ante Indecopi.

3.4. Poder Judicial

Finalmente, considerando que Indecopi únicamente podría declarar como conducta anticompetitiva el aprovechamiento indebido por parte de la Generadora B, no pudiendo ordenar la concreción de un acuerdo y más aún un resarcimiento por daños y perjuicios, es que deberá recurrirse al Poder Judicial para actuar las acciones correspondientes.

Así, los artículos 1954° y 1955° del Código Civil expresan:

“Acción por enriquecimiento sin causa

Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo. [Resaltado agregado].

“Improcedencia de la acción por enriquecimiento sin causa

Artículo 1955.- La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización. [Resaltado agregado].

Al respecto, existe consenso en la doctrina y práctica judicial que la acción por enriquecimiento sin causa requiere de i) *enriquecimiento del demandado*, ii) *empobrecimiento del demandante*, iii) *relación causal entre esos hechos*, iv) *ausencia de causa justificante del enriquecimiento*, y v) *carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio*.

En la problemática analizada, cada uno de estos requisitos serían cumplidos en tanto que existe un enriquecimiento por parte de la Generadora B al usar los mayores volúmenes de agua pese a no haber invertido suma alguna en las obras efectuadas por la Generadora A para el afianzamiento hídrico. Lo anterior, acredita el empobrecimiento de esta última, puesto que es esta quien solventó los costos de dichas obras.

Por otro lado, se verifica la ausencia de una causa justificante del enriquecimiento, ya que no existe mandato legal expreso que obligue a la Generadora A a permitir el disfrute gratuito por

parte de la Generadora B de los beneficios de dichas obras. Existe una relación causal o vínculo entre las obras de afianzamiento hídrico efectuadas por la Generadora A y el aprovechamiento de éstas por la Generadora B.

Finalmente, no existe una acción o procedimiento previsto para realizar cobro alguno por parte de la Generadora A que le permita actuar frente a la Generadora B y obtener la satisfacción de su interés.

Por lo anterior, la acción de enriquecimiento sin causa resulta una vía recurrible con la que cuenta la Generadora A para pretender la compensación de la Generadora B por los costos en construcción de infraestructura que se evita, al ser la primera quien los asume.

Ahora bien, sin perjuicio de que la demanda correspondería ser planteada y resuelta por el Poder Judicial, las partes podrían acordar el sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral, en tanto que si se le reconoce la posibilidad de celebrar libremente un acuerdo sobre sus derechos y obligaciones, con esa misma libertad con la que gozan, podrías convenir la vía arbitral.

Al respecto, este mecanismo presenta ciertas ventajas importantes de destacar: i) *agilidad*, dado que los plazos de actuación y decisión suelen ser más cortos que los de la vía administrativa y judicial, pudiendo las partes acordar sobre ellos; y, ii) *especialidad*, ya que las partes podrán elegir, conforme a sus propios criterios, árbitros especialistas en la materia a arbitrar.

No obstante que el Arbitraje presenta ventajas como las señaladas, podría afirmarse también –conforme a las circunstancias– que el arbitraje presenta ciertas desventajas. Una de ellas, se asienta en la posición de la parte vencida, pues a esta última le corresponde cumplir con lo dispuesto en el Laudo desde que es notificada, no pudiendo cuestionarlo a través de medio impugnatorio (apelación), sino únicamente a través del recurso de anulación por las causales expresamente señaladas en la Ley¹⁹.

De este modo, ante una decisión contraria a los intereses del Generadora A, no se tendría la posibilidad de oponerse, salvo el caso de presentar recurso de anulación.

4.

ALTERNATIVA NORMATIVA

Frente a la problemática expuesta, vemos que los incentivos por parte de las empresas que se encuentren en una situación como la descrita, les llevan a adoptar decisiones opuestas.

De una lado, la Generadora A se verá en la necesidad de invertir en la ejecución de obras de infraestructura hídrica a pesar de que con ello estará beneficiando directamente a un agente competidor de su mercado; mientras que la Generadora B, pese a obtener dicho beneficio que

19 Artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

incidirá en su producción, se negará a participar en los costos de las obras ejecutadas, en tanto que no existe norma que la obligue hacerlo.

De este modo, teniendo en cuenta la importancia que representa el sector energía en el desarrollo del país, y que nuestra constitución vela por que se proteja el desarrollo de las actividades en el mercado bajo la libre y leal competencia²⁰, resulta importante considerar una propuesta normativa que desarrolle los derechos, obligaciones y demás alcances necesarios respecto de los agentes del sector energía que se vean vinculados en la operación y mantenimiento de infraestructura hídrica. Esto último, acorde con lo señalado en el numeral 2.2 del artículo 2° de la Resolución Jefatural N° 892-2011-ANA²¹.

Ahora bien, la norma que resulte, deberá buscar que sean los agentes los verdaderos impulsores de la decisión final a la que se llegue, procurando la mínima intervención en su libertad de contratar. Así, las partes intervinientes tendrán garantizados sus derechos, legitimando con ello la decisión final.

Un asunto importante que se deberá considerar en esta norma, es el referido a la determinación de la autoridad competente en la que se llevará este procedimiento. De acuerdo a la normativa vigente, Indecopi es la autoridad administrativa competente para la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, salvo norma legal expresa que designe a otra entidad²².

De este modo, podría tomarse en cuenta que la tramitación del procedimiento a regularse en la norma recaiga sobre la competencia de Osinergmin, por cuanto sería este organismo quien posee la información y las herramientas necesarias para resolver este tipo de asuntos del sector energía.

20 Constitución Política del Perú de 1993.

“Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)”.

21 Reglamento de Operadores de Infraestructura Hidráulica.

“Artículo 2°.- Ámbito de aplicación

(...) 2.2 (...). La operación y mantenimiento de infraestructura hidráulica ejecutada con recursos privados y destinada a la realización de actividades sectoriales privadas se registrará por su normativa sectorial. (...)”.

22 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Decreto Legislativo N° 1044

Disposiciones Complementarias Finales

“Cuarta.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.-

Los órganos competentes para la aplicación de esta Ley conforme a lo dispuesto en el Título IV tienen competencia exclusiva a nivel nacional para la determinación y sanción de actos de competencia desleal.

La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley podrá ser asumida por órgano administrativo distinto únicamente cuando una norma expresa con rango legal lo disponga”.

5.

OBSERVACIÓN FINAL

El objetivo central de vislumbrar esta problemática es conseguir que en el desarrollo de obras civiles para el aumento de la oferta y demanda del recurso hídrico para generación eléctrica se garantice la correcta participación de los agentes del sector, por cuanto los incentivos con los que aquellos se presentan podrían llevar a generar ineficiencias en el mercado.

De este modo, corresponde buscar la solución que optimice lo descrito, procurando que el objetivo a conseguir vaya en línea con las garantías propias de un estado de derecho, donde la intervención del Estado sea justificada y proporcional con el fin propuesto.

Palabras claves:

Generación de energía hidroeléctrica, Afianzamiento hídrico, Externalidad positiva, Internalización de beneficios, Competencia desleal, Buena fe empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (2013). «*Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*». En: Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi, mayo.
- ORTEGA PONCE, Liudmila (2006). «*Los instrumentos económicos en la gestión del agua. El caso de Costa Rica*». En: CEPAL - SERIE Estudios y Perspectivas – Sede Subregional de la CEPAL en México, N° 59, octubre.
- KARIM KAHATT, Cecilia Azerrad y Boris PACHECO (2014). «*Caracterizaciones forzadas en materia de efluentes: precisiones sobre la naturaleza de las aguas turbinadas del proceso de generación hidroeléctrica*». En: Revista Peruana de Energía N° 4, Lima (93-114).
- LÓPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi (2007). «*La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados*». En: Revista Themis, N° 54, Lima (pp. 287-308).
- MONCADA ALCÁNTARA, Enrique (2012). «*Algunas reflexiones sobre el desarrollo de las Centrales Hidroeléctricas en el Perú*». Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras. Lima (pp. 211-221).
- UNIDAD DE ENERGÍA DEL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE BANCO MUNDIAL (2010). «*El Desarrollo Hidroeléctrico en el Perú*». Report N° 53719-PE, mayo.

EL DILEMA DEL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ: LA DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y HACIA UN “NUEVO” SISTEMA DE PENSIONES MULTIPILAR

Por: Javier Paitán Martínez*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIONES III. IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES IV. LEY DE LIBRE RETIRO DE LOS FONDOS DE LAS AFP: ¿INTENTO DE REFORMA O DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES? V. EL DILEMA DEL SISTEMA PENSIONARIOS: HACIA UN “NUEVO” SISTEMA DE PENSIONES MULTIPILAR VI. REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social viene evolucionando aceleradamente desde mediados del siglo pasado, al punto que podemos afirmar que cuenta con principios, doctrina y normatividad especial e independiente, y plena autonomía científica¹. Así pues, la Seguridad Social es considerada, esencialmente, como un mecanismo de protección social que tiene por finalidad brindarnos las herramientas o prestaciones necesarias (asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad o accidentes –comunes o profesionales-, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez, de supervivencia, de desempleo y de vejez), para atender las diversas contingencias sociales (accidente, enfermedad, embarazo, desempleo, muerte, vejez, entre otros) que se

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Estudio Gonzales & Asociados *Member of Littler Global*. Adjunto de Docencia de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialización en Seguridad Social en el Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social (CIESS) de México (Distrito Federal). Miembro principal del Círculo de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (CELSS) de la UNMSM.

1 Como reconocen algunos autores, por todos: RUÍZ GUILLERMO, Ángel. “La deslaboralización del Derecho de la Seguridad Social y su autonomía con respecto al Derecho Laboral”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Social* N° 7, Montevideo, 2008, p. 242.

presenten a lo largo de la vida, con el objetivo de que mantengamos un nivel que nos permita atender las necesidades básicas, lo que se logra a través de la redistribución de las rentas –en un modelo tradicional– o a través de la capitalización individual de los fondos –en un modelo moderno–.

En efecto, la Seguridad Social es una herramienta importante para la prevención y alivio de la pobreza que se gesta a través de las prestaciones de salud (atenciones médicas) y económicas (pensiones). Siendo estas últimas una de sus principales preocupaciones, de modo que ha sido imprescindible su tratamiento especial y diferenciado frente a las demás prestaciones, adquiriendo –tanto a nivel normativo como en el teórico– una autonomía e independencia particular dentro de la estructura misma de la especialidad, a través del denominado Derecho previsional o pensionario, que se encarga del estudio de las pensiones tomando en cuenta las características demográficas, sociales, económicas y políticas de cada país².

Con las pensiones, cuyo estudio teórico y normativo está a cargo del Derecho previsional, en primer lugar, se permite otorgar protección –de manera prolongada– a la persona humana frente a diferentes estados de necesidad o contingencias sociales, sea por la vejez, invalidez,

“En pocas palabras, los sistemas pensionarios (público o privado), bajo la dirección o supervisión del Estado, son instrumentos fundamentales para el desarrollo social y económico sostenible de toda sociedad”

muerte, entre otros; y, en segundo lugar, se permite que dichas prestaciones económicas sean suficientes, adecuada e íntegras para cubrir los determinados estados de necesidad, sobre todo las consecuencias de la vejez. Estas finalidades están bajo la responsabilidad del Estado, ya sea a través de su intervención directa (a cargo del Sistema Nacional de Pensiones) o de manera indirecta (a cargo del Sistema Privado de Pensiones).

En pocas palabras, los sistemas pensionarios (público o privado), bajo la dirección o supervisión del Estado, son instrumentos fundamentales para el desarrollo social y económico sostenible de toda sociedad.

En esa misma consonancia, Ruiz Moreno³ sostiene que, “el servicio público de la seguridad social [en pensiones] es sin duda una de las estrategias políticas, económicas y sociales más importantes para cualquier país del orbe, más allá del tipo de gobierno o del perfil ideológico de sus gobernantes”. Sin embargo, enfatiza que, “no es extraño que hoy día a muchos les suene el concepto a mero postulado de corte político, una simple entelequia al no entenderse la trascendencia de lo que significa e implica dicha seguridad social: *un derecho humano y social de todos, inalienable e irrenunciable, establecido como un servicio público que debe brindar el Estado como responsable primario y final del sistema, atento a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”.

2 ABANTO REVILLA, César. “Manual del Sistema Nacional de Pensiones”. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 36-37.

3 RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. “Retos y desafíos de la seguridad social contemporánea: entre la realidad y la utopía”. En: *Revista Jurídica Jalisciense*, Número 1 / 2010, pp. 126-127.

Ahora bien, en el sistema previsional del Perú, las pensiones están siendo tratadas como meros postulados de corte político e ideológico, como simples entelequias, desconociendo y vulnerando abiertamente su trascendencia como derechos humanos y fundamentales. Así que, dicho sistema previsional transita, actualmente, por un proceso de embate, de desregulación y de *deconstrucción*, y no de reforma, como algunos quieren hacerlo creer. No es más una de las principales e importantes estrategias políticas, económicas y sociales en favor del Estado y la sociedad en general (interés colectivo), sino una estrategia del Poder Legislativo, eminentemente, de corte populista en favor de unos cuantos (intereses particulares), que los viene concretando en normas que desregularizan las instituciones propias del Derecho previsional peruano, inclusive rebasando o vulnerando abiertamente la Carta Marga, en materia de seguridad social.

En efecto, el Congreso de la República, al amparo de lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución y primando más los intereses particulares que los colectivos –pese a que el Poder Ejecutivo observó los proyectos de ley presentados por este⁴ y por el cual mantuvo una interesante discusión, aunque de corta duración⁵–, logró que sea publicado el 21/04/2016 y el 29/06/2016 en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley N° 30425, bajo el nombre de “Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF, y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada”, y la Ley N° 30478, denominada “Ley que modifica el Artículo 40 y la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones”, respectivamente.

Consecuentemente con las Leyes N° 30425 y su modificatoria (N° 30478), respecto de la implementación de algunas modificaciones y adiciones del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 054-97-EF (T.U.O. de la Ley del SPP), se prescribió, principalmente, 5 puntos: *i) El afiliado a un AFP, a partir de los 65 o más años de edad, pueda optar en solicitar una pensión en cualquier modalidad que ofrece el Sistema Privado de Pensiones o en solicitar la entrega hasta el 95.5% de su Cuenta de Individual de Capitalización (CIC) en las armadas que considere necesarias, siendo que esta última opción también se extiende a los actuales pensionistas bajo el REJA y a quienes ya son jubilados bajo la modalidad de retiro programado total o parcial; ii) el afiliado, de cualquier edad, podrá retirar hasta el 25% del fondo acumulado en su CIC para la cuota inicial de una primera vivienda (terreno u otro bien inmueble) o la amortización de un crédito hipotecario; iii) el afiliado, que padece enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer, puede jubilarse anticipadamente y solicitar la devolución de sus aportes; iv) la prórroga del régimen de la jubilación anticipada para desempleados del SPP hasta el 31 de diciembre de 2018; y, iv) la imprescriptibilidad para el cobro de los aportes previsionales descontados y no pagados.*

4 El Proyecto de Ley N° 5047/2015-CR y el Proyecto de Ley N° 5265/2015-CR, siendo que ambos dieron nacimiento a la Ley N° 30425 y la Ley N° 30478, respectivamente.

5 La discusión data desde el 12/11/2015, en cuya fecha la Comisión de Economía del Congreso de la República aprueba el Proyecto de Ley N° 5047/2015-CR que dispone las referidas modificaciones y adiciones del T.U.O. de la Ley del SPP. Posteriormente, en el Pleno del Congreso llevada a cabo el 04/12/2015, por unanimidad se aprueba el proyecto de ley emitido por la Comisión de Economía; siendo que, con fecha 16/12/2015, el Congreso remite la autógrafa de la ley al Poder Ejecutivo para su respectiva promulgación.

Nótese, de los puntos *i*) y *ii*), que la finalidad del ahorro forzoso previsional (afiliación y pago de aportes obligatorios), esto es, generar una renta para sufragar la vejez, y que es característica innata de los sistemas pensionarios, pierde importancia y queda supeditada a la libertad de cada una de las personas afiliadas al SPP. Así pues, el retiro de los fondos pensionarios –en el que prima el hecho de tener mayor liquidez para el gasto en la actualidad que la previsión (ahorro) de contingencias futuras, como la vejez, fundamentalmente–, resulta ser más importante que el acceso a una pensión, representada por una *cultura (de ahorro forzoso) previsional*. El libre retiro de fondos no contribuye ni aporta al bienestar económico, menos al sistema de pensiones en general.

Por ello, en las siguientes líneas del presente estudio, ante este cuestionable –y por qué no decirlo, trágico– cambio legislativo del sistema previsional del país, concretado con las disposiciones de la Ley N° 30425 que desnaturalizan la finalidad del ahorro forzoso previsional, siendo que para un sector es una reforma parcial necesaria del SPP o la implementación de una modalidad (opción) más, mientras que para otros, una deformación, o manifiestamente una *deconstrucción*⁶ del SPP y, por ende, del propio sistema de pensiones. En definitiva, el dilema al que se enfrenta la concepción del sistema previsional en nuestro país no debe pasar desapercibido, por lo que se hace imprescindible repasar el marco constitucional del derecho a la seguridad social y del derecho de pensión, los cimientos del SPP, sus intentos de reforma y de deconstrucción; consecuentemente, para plantear que, ahora más que nunca, urge y se hace necesaria e impostergable una reforma estructural e integral del sistema de pensiones en general (privado y público).

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIONES

La Seguridad Social, como se señaló inicialmente, es el resultado de un largo proceso histórico derivado del estado de inseguridad en que vive el hombre, desde los albores de la humanidad⁷. Así pues, aquella es considerada como un derecho del ser humano y como un derecho fundamental, reconocidos en diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos y convenios de organismos internacionales⁸, así como en textos constitucionales.

6 Según la Real Academia Española, el término “*deconstrucción*” es definida como la “acción y efecto de deconstruir”, o como el “desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades”. Por su parte, el término “*deconstruir*” se expresa como “deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual”. Al respecto, se puede revisar en: <<http://dle.rae.es/?id=ByPcuX6>>.

7 NUGET, Ricardo. “La seguridad social: su historia y sus fuentes”. En: BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coord.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS) y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1997, p. 603.

8 Artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 9 y 25 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio 102 de la OIT, denominada “norma mínima de la seguridad social”, Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” y artículo 9.1 del

Por su parte, la Constitución Política del Perú de 1993⁹, en el Capítulo II “De los Derechos Sociales y Económicos”, ha diseñado un marco dentro del cual se conciben los cimientos de la Seguridad Social en nuestro país, siendo que la conjunción de los artículos 10¹⁰, 11¹¹ y 12¹², origina que tengamos un concepto de Seguridad Social susceptible de ser ejecutado por todos, los mismos que están referidos a su cobertura, prestaciones y gestión¹³, así como a la finalidad y objetivos de los fondos pensionarios. No obstante, la aplicación de dicho derecho fundamental del ser humano debe ser progresiva con un criterio de universalidad¹⁴.

En efecto, la Constitución Política vigente reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación –o por lo menos su mantenimiento– de su calidad de vida, a través de dos tipos de prestaciones: las prestaciones económicas (pensiones) y las prestaciones de salud (atenciones médicas y/o económicas). De esta manera, el Estado garantiza el libre acceso de las mismas, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento. Asimismo, refiere que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles y que solo tienen fines y objetivos previsionales.

La Seguridad Social es un derecho humano y fundamental que se manifiesta a través de las prestaciones de salud y las prestaciones económicas (las pensiones), principalmente; siendo el Estado, en su actuación directa (rector del sistema) o indirecta (supervisión), el garante y responsable primario y final en el otorgamiento de dichas prestaciones (salud y pensiones) a la colectividad protegida; inclusive se delega en privados el acceso a dichas prestaciones.

Por ello, el Estado, en cualquiera de sus vertientes (directa, bajo la rectoría del Estado, o indirecta, bajo la supervisión y subsidio a la intervención de entes privados), a través de las pensiones, tiene por función proveer medios de vida a todas las personas frente a las diferentes

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”.

- 9 En principio, es importante señalar que en la Constitución de 1979 (Artículos 12°, 13° y 14° de la Constitución de 1979), constituye el antecedente inmediato de la Constitución Política del Perú vigente. En el capítulo III “De la seguridad social, salud y bienestar”, ubicado en el Título I de la misma, referida a los “Derechos Fundamentales de la persona”, se dio por primera vez la constitucionalización de la Seguridad Social en el Perú.
- 10 **“Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social**
El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley para la elevación de la calidad de vida.”
- 11 **“Artículo 11.- Libre acceso a las pensiones de salud y pensiones**
El Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
La Ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.”
- 12 **“Artículo 12.- Fondos de la Seguridad Social**
Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.”
- 13 GONZALES, César y ANTOLA, Mariella. “La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones”. En: *Laborem, Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 15, Lima, 2015, pp.127-128.
- 14 ABANTO REVILLA, César. “El Derecho universal y progresivo a la Seguridad Social”. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 419-422.

contingencias sociales (desempleo, invalidez, vejez, muerte, etc.) para atender sus requerimientos básicos a partir de su nacimiento hasta su muerte, a fin de procurarles una existencia decorosa. Las *pensiones*, además de ser una de las principales preocupaciones de la seguridad social, son aquellas prestaciones económicas que buscan garantizar el bienestar de los trabajadores y sus familiares, así como de la sociedad en general, frente a las contingencias que se puedan presentar a lo largo de la vida. Al margen de estas contingencias (accidente, enfermedad, embarazo, desempleo, muerte, vejez, etc.), constituye el pago periódico e indeterminado que se otorga a quien se encuentra afiliado a un sistema determinado de protección, luego de cumplirse los requisitos que la ley establezca; requisitos referidos a los periodos de afiliación o de aportación, los cuales tenderán a variar de acuerdo con su naturaleza¹⁵.

Las pensiones se otorgan ante la carencia de una fuente segura de ingresos, esto es, en reemplazo de las remuneraciones, constituyéndose en una importante herramienta para la prevención y alivio de la pobreza, puesto que impregna la vida de todas las personas desde su nacimiento hasta su muerte. De esta manera, estas prestaciones económicas representan una de las transferencias de fuente segura de ingresos más importantes en las sociedades modernas, teniendo como función la provisión de mecanismos de vida a todos los grupos de la población, en especial a los que son vulnerables (adultos mayores) que, por su edad avanzada o condición de salud, ya no pueden participar o reincorporarse en el mercado de trabajo.

La protección que brinda la seguridad social en pensiones en la Constitución vigente tiene fundamento en el respeto a la dignidad humana, en la elevación de la calidad de vida –o por lo menos su mantenimiento–, que constituye una de las características básicas sobre las cuales se estructura nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. En esa línea, el derecho a la pensión, considerado como un derecho social-económico, así como un derecho fundamental –por disposición del artículo 3º de la Constitución de 1993 que enumera los derechos de las personas sin excluir los demás que la Constitución garantiza, tales como son las pensiones–, también es considerado como un derecho humano y social de todos, como una de las principales manifestaciones de la Seguridad Social, conforme a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por otra parte, en el marco constitucional peruano, el Sistema de Seguridad Social en Pensiones responde a un modelo dual o paralelo, pues habilita la existencia de un régimen contributivo de reparto (público¹⁶) y uno de capitalización individual (privado), y que de acuerdo con los sistemas de organización del gasto, estamos frente a un Sistema Nacional de Pensiones (SNP) a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y a un Sistema Privado de Pensiones (SPP) a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Ambos modelos están orientados a los trabajadores formales, y por consiguiente, su cobertura es parcial, dada la configuración actual de nuestro mercado laboral, que básicamente deviene de un sistema de

15 Como precisa ABANTO REVILLA, César. “El sistema de pensiones en el Perú: de la reforma y la desafiación a un sistema único complementario”. En: Trabajo y Seguridad Social. *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Lima, 2008, Grijley, p. 661.

16 A su vez integrado por cuatro regímenes: (i) el de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales (Decreto Ley N° 19846); (ii) el de los funcionarios públicos (Decreto Ley N° 20530); (iii) el Sistema Nacional de Pensiones – SNP (Decreto Ley N° 19990); y (iv) el de los servidores diplomáticos.

protección social basado en su interdependencia con el Derecho del Trabajo¹⁷, que impide y dificulta la inclusión del conjunto heterogéneo que constituyen los trabajadores independientes, los desempleados, y de otros sectores rurales o urbanos.

El modelo privado de protección social (SPP), en tanto otorgue cobertura frente al estado de necesidad (con prestaciones suficientes, adecuadas y completas frente a las contingencias contempladas), genere grandes capitales a través del ahorro forzoso, para ser invertidos adecuadamente y contribuir al desarrollo nacional, sin perjuicio de procurar el lucro para los accionistas de la entidad, válida en una sociedad capitalista y liberal¹⁸; así como, en materia de salud, brinde mayor cobertura y mejores prestaciones de seguridad social complementarios, justifica su intervención y participación en el modelo público de protección social (SNP). Sin embargo, este espacio privado, promovida por el mismo Estado a nivel constitucional y legal, siempre tiene que estar bajo su supervisión, pues el Estado es el garante y responsable primario y final en el otorgamiento de las prestaciones de salud y pensiones, en cualquiera de sus vertientes (modelo público y privado).

La Seguridad Social en la Constitución Política del Perú de 1993	
Cobertura (Artículo 10)	El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social.
Prestaciones (Artículo 10)	Protección frente a las contingencias que precise la ley.
Gestión (Artículo 11)	El Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
Financiamiento (Artículo 12)	Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.
En el sistema previsional coexisten de manera paralela o dual, el sistema basado en el principio de reparto (SNP) y el basado en el principio de capitalización individual (SPP).	
El Estado es el garante y responsable primario en el otorgamiento de las prestaciones de salud y pensiones, en cualquiera de sus vertientes (SNP y SPP).	

En definitiva, en la Constitución Política vigente hay una referencia –expresa– al derecho humano y fundamental a la Seguridad Social y de una de sus principales preocupaciones (es decir, las prestaciones económicas de las pensiones), tanto en su cobertura, financiamiento, gestión y finalidad y objetivos de los fondos pensionarios. Así pues, el Estado garantiza el libre acceso de las pensiones, a través de entidades públicas (ONP), privadas (AFP) o mixtas, supervisando su eficaz

17 Hasta el 2014 (según la ENAHO, INEI / DISEL MTPE), la PEA Ocupada afiliada de 60 y más años de edad, de un total de 1 millón 625 mil 719 personas, solo 509 mil 618 personas estuvieron afiliados a un Sistema de Pensiones (31,3%), mientras que 1 millón 116 mil 100 personas (68,7%) no estuvieron afiliados. El Sistema Privado de Pensiones (AFP) estuvo representado por un total de 156 mil 494 afiliados (9,6%), el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990 y Decreto Ley N° 20530) por 325 mil 590 afiliados (20,1%).

18 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los principios de la Seguridad Social y los diversos Sistemas Pensionarios”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008, p. 18.

funcionamiento; y, siendo los fondos (tanto de la ONP como de la AFP) y las reservas *intangibles*.

No obstante, las pensiones –imprescindibles para el bienestar económico de la sociedad y de los propios sistemas previsionales– pueden verse amenazadas o desnaturalizadas, cuando se consideran como un mero postulado, una simple entelequia y sin trascendencia alguna, a pesar de ser un derecho humano y fundamental.

III.

IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

A partir de la incorporación del sistema de capitalización individual, creado en Chile en el año 1981, la reforma del Sistema de Seguridad en Pensiones inició, en muchos países, diversas acciones de reformas estructurales; en particular, de los sistemas de organización del gasto, con panoramas positivos y otras veces muy desalentadores. En unos casos con un reemplazo total del sistema público de reparto, cerrándolo y reemplazándolo con el sistema de capitalización individual (o régimen de capitalización individual) administrado por empresas privadas (*modelo*

“La protección que brinda la seguridad social en pensiones en la Constitución vigente tiene fundamento en el respeto a la dignidad humana”

sustituto); pero en otros, con un reemplazo parcial del sistema público de reparto, en el que coexiste como una opción alternativa del régimen de capitalización individual (*modelo dual o paralelo*), o en el que se combina con este último (*modelo mixto*). Estas reformas tuvieron gran relevancia en diversos países de América Latina y el Caribe, así como de la Unión Europea, con un carácter continuado, así como discontinuo, en el tiempo y con modificaciones introducidas

–en gran parte y en puntos fundamentales– de las instituciones del Sistema de Seguridad en Pensiones.

Recordemos que en el sistema de pensiones del Perú, desde la dación de la Ley de Goces de 1850 –antecedente más remoto del Régimen Previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley N° 20530– ha estado siempre bajo la responsabilidad del Estado, siendo que recién a fines de la década de los noventa, debido a una severa crisis de la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones se pone en marcha la implementación de esquemas privados de pensiones (SPP) como un sistema pensionario alterno al SNP.

A noviembre de 1991 se dio el Decreto Legislativo N° 724, mediante el cual se creó, por primera vez, un SPP y se conformaron las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sociedades anónimas dedicadas exclusivamente a la administración de fondos acumulados en cuentas de capitalización individual de los trabajadores. Las cuatro disposiciones adicionales de mayor importancia fueron que: i) la tasa de aportación obligatoria de los trabajadores sería de 8% de sus remuneraciones; ii) no se cerraría el SNP a cargo del IPSS, al cual los trabajadores podrían afiliarse todavía; iii) se otorgarían bonos de reconocimiento a los trabajadores afiliados al SNP que decidieran trasladarse al SPP; y, iv) los bancos y compañías de seguros quedarían prohibidos de constituir y administrar directamente AFP, con lo cual también se restringiría fuertemente

la posibilidad de que lo hicieran sus accionistas. Lamentablemente, dicho decreto no llegó a implementarse debido a diversos factores, sobre todo políticos, que fueron adversos al mismo¹⁹.

No obstante, luego del autgolpe y el cierre del Congreso, el 5 de abril de 1992, en noviembre del mismo año se creó el actual SPP mediante Decreto Ley N° 25897, que inició sus operaciones en el mes de junio de 1993, cuando la Superintendencia de Administradoras privadas de Fondos de Pensiones (SAFP) –supervisores iniciales de las AFP– otorgó licencia de funcionamiento a las primeras cinco AFP²⁰. La intención original de implementar un SPP en el Perú tenía como fin diseñar un régimen único, con una implementación gradual y complementaria al SNP, sin embargo, debido a factores políticos y económicos, principalmente, incidieron que dicho sistema quede implementado como un régimen paralelo o dual al SNP.

Así, el SPP²¹, regulado por el Decreto Ley N° 25897, forma parte del sistema de capitalización individual, en el cual el afiliado (trabajador estatal y privado) cotiza una contribución definida (13% de la remuneración, aproximadamente²²) a una cuenta individual de capitalización que es administrada por las AFP –empresas privadas bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)– con el objetivo de acumular un fondo pensionario individual (Cuenta Individual de Capitalización - CIC²³), el que se dispondrá al momento del cese laboral, permitiendo el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivencia, así como de los gastos de sepelio. Así también, en dicho sistema se puede elegir entre diferentes modalidades de pensiones (retiro programado, renta vitalicia personal o familiar, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta mixta y renta vitalicia biomonedas) y fondos para la inversión de la pensión (Fondo de Pensiones Tipo 1 o de Preservación de Capital, Fondo de Pensiones Tipo 2 o Mixto, Fondo de Pensiones Tipo 3 o de Apreciación del Capital y Fondo de Pensiones Tipo 0 o de Protección de Capital –este último implementada por la Ley N° 29903 y vigente desde abril de 2016). Tanto en el SPP como en el SNP, la jubilación se alcanza a los 65 años (en el SNP adicionalmente se exige que el trabajador cuente con 20 años de aportes) y el aporte debe ser, como mínimo, sobre la base de la RMV.

19 Al respecto, para mayores alcances, se puede revisar: ROJAS, Jorge. *El Sistema Privado de Pensiones*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014, pp. 70-71.

20 Ibidem.

21 Hasta el año 2014, según el INEI, MTPE - DISEL – Dirección de Investigación Socioeconómica Laboral (DISEL), la PEA ocupada afiliada al Decreto Ley N° 25897 representa el 66% (3'638,429). Y, hasta diciembre de 2015 (según la SBS), la PEA ocupada afiliada representa 5'963,069 afiliados, no obstante, solo cotizan 2'602,188.

22 En el SPP, el trabajador aporta un porcentaje de la remuneración mensual del modo siguiente: 10% va al fondo de pensiones en su cuenta individual de aportes obligatorios, y un porcentaje de la remuneración mensual para pagar la prima de un seguro en caso el afiliado se invalide o fallezca y para pagar la comisión de la AFP por la administración de los fondos del afiliado, respectivamente. Estos dos últimos porcentajes son variables y son determinados por cada administradora.

23 El CIC está integrada por los aportes obligatorios y voluntarios de los afiliados, los aportes que efectúen los empleadores en favor de los afiliados, los intereses compensatorios y penalidades que establezcan los reglamentos, el producto de la transferencia efectuada por el primer titular o de la redención de los Bonos de Reconocimiento, las ganancias de capital y demás rendimientos que generen los montos de las CIC, los bienes no dinerarios que sustituyan a los montos de las CIC, los montos correspondientes a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en los casos que se produzcan tales contingencias.

En el SPP, los beneficios que se otorgan no son definidos, debido a que el monto de la pensión de jubilación se obtiene en función al fondo capitalizado, la rentabilidad y los aportes individuales realizados; además, no existe subsidio intergeneracional ni redistribución de recursos, debido a que los beneficios equivalen estrictamente a los aportes individuales rentabilizados²⁴, por lo que la cobertura de una pensión mínima se realiza solo a algunos de los afiliados de dicho sistema. El SPP principalmente se financia con los aportes de los trabajadores que se integran a las CIC de cada uno de ellos, no obstante, cabe señalar que también se financia con recursos del Estado destinados a reconocer los aportes al SNP a través de los Bonos de Reconocimiento (BdR)²⁵ y a financiar las pensiones mínimas mediante los Bonos Complementarios²⁶.

Conforme a lo expuesto, existe un papel que tiene el Estado y las entidades privadas en relación a la configuración y gestión de la protección social (dimensión público-privado) en nuestro país. A saber, la garantía institucional del Sistema de Seguridad Social consagrada en el artículo 10 de la Constitución conlleva el mantenimiento del sistema público de reparto²⁷, la titularidad estatal de la acción protectora, o la preservación de su financiación pública; mientras que, la aparición de fórmulas –o esquemas privados– de protección social, son amparadas por el artículo 11, cuando establece expresamente que *el Estado garantiza el acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento*. Entonces, el derecho humano a la seguridad social y el derecho fundamental a la pensión pueden materializarse a través de entidades e instituciones públicas, a cargo del SNP, que tiene como entidad central a la ONP, y privadas, a cargo del SPP, que tiene como exponentes a las AFP²⁸.

Tanto el sistema público de reparto (SNP) como el sistema privado de capitalización (SPP), aun cuando este último no está regulado expresamente como un mecanismo determinado de financiamiento de la Seguridad Social²⁹, tienen un objetivo social final: *transferir ingresos para proveer medios de vida al jubilado o inválido –y a sus sobrevivientes– por el resto de la vida, sobre todo de la población adulta mayor que no puede integrarse al mercado de trabajo*. En efecto, el SPP, en cuanto a su gestión (de colaboración, obligatoria o voluntaria) también garantiza el cumplimiento de los objetivos –aunque mínimamente– de universalidad a través de ahorro previsional forzoso, considerándose una moderna manifestación de la Seguridad Social³⁰, el cual

24 Dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera. Período Anual de Sesiones 2015-2016, p. 10.

25 Es un título valor que otorga el Estado a través de la Oficina de Normalización Previsional –ONP, para aquellos trabajadores que decidieron dejar el Sistema Nacional de Pensiones, para afiliarse al Sistema Privado de Pensiones – SPP, esto conforme al artículo 9° del Decreto Ley N° 25897. Existen tres tipos de BdR: 1) BdR 1992, 2) BdR 1996 y 3) BdR 2001.

26 Existen diferentes tipos: Bono Complementario Jubilación Adelantada-BCJA, Bono Complementario Pensión Mínima-BCPM, y Bono de Reconocimiento Complementario-BRC.

27 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en los Expedientes Nos. 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC, 009-2005-AI/TC (Fundamento 4).

28 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en el Expediente N° 07321-2006-AA.

29 VIDAL, Álvaro y SÁNCHEZ, Christian. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”. En: *Derechos Laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*. Ponencia del II Congreso Nacional de la SPDTSS, Arequipa, 2006, pp. 970-971.

30 Al respecto, César Abanto manifiesta que, efectivamente, el SPP podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y reglas diferentes a las tradicionales, dentro de un ámbito

es promovido por el propio Estado, garante institucional primario y final de la seguridad social en salud y pensiones.

IV.

LEY DE LIBRE RETIRO DE LOS FONDOS DE LAS AFP: ¿INTENTO DE REFORMA O DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES?



Desde la puesta en ejecución, en junio de 1993, del SPP (Decreto Ley N° 25897), administrado por las AFP, en el que se permitió a sus afiliados relacionen sus aportes con los beneficios que recibe –como una alternativa SNP–, este esquema, modelo o régimen en su ejecución viene demostrando no ser el mecanismo previsional más adecuado para todos los trabajadores, en especial para los que perciben ingresos medios y/o bajos. Así, se pasó por diversas reformas legislativas, entre las más importantes, en los años 2002 (Ley N° 27617³¹), 2007 (Ley 28991³²) y 2012 (Ley N° 29903³³); y, por “supuestas” reformas del SPP, como lo que acontece en el presente año 2016 (Ley N° 30425, modificada por la Ley N° 30478), que más que reformar el SPP la deforman, la deconstruyen, cuya afectación no es ajena al sistema de pensiones y que no encaja en ninguna de sus finalidades y objetivos: He ahí el dilema del sistema previsional.

que sería denominado “cuasi previsional”, cuyo sustento lo encuentra en los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Expediente N° 01776-2004-AA/TC, Fundamentos 6, 20 y 21; Expediente N° 01417-2005-PA/TC, Fundamento 37; y, Expediente N° 00014-2007-AI/TC, Fundamentos 36 y 39). En: ABANTO REVILLA, César. *Ob. cit.*, pp. 106-111.

- 31 Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 y modifica el Decreto Ley N° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.
- 32 Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada”, su Reglamento. Aprobado por Decreto Supremo N° 063-2007-EF. Al respecto, en mérito a las sentencia del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes Nos. 01776-2004-AA/TC y 07281-2006-PA/TC se reguló la desafiliación parcial de los afiliados de las AFP y su retorno al SNP, en tanto se encuentren dentro de los supuestos establecidos por el máximo intérprete de la Constitución.
- 33 Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, se dio una nueva reforma del Sistema SPP: i) se intentó afiliara los independientes, medida que posteriormente dio marcha atrás; se reestructuró el sistema de pensiones de las mype; iii) se implementó la numeración de directores independientes en las AFP; y, iv) se fomentó la cultura previsional, con la creación del Consejo de Participación Ciudadana en Seguridad Social (Copac) y el Fondo Educativo del SPP (Fesip), siendo que hasta la fecha estos no se implementan.

Es ineludible negar que en el SPP no se presente problemas de corte previsional, tanto en su regulación, cobertura, prestaciones económicas, rentabilidad, gestión y supervisión. A saber, y entre las más importantes existen problemas sobre las pensiones, pues estas son mínimas y reducidas, sobre todo para los afiliados que perciben ingresos medios y/o bajos en su vida laboral activa, lo que les genera un gran desconfianza. De modo que surgió la imperiosa necesidad de realizar reformas al SPP.

Tal y como lo advierte Rodríguez y Duran, los objetivos de cualquier reforma estructural de un sistema de pensiones podrían clasificarse en tres puntos: i) reducir o eliminar el déficit actuarial; ii) aumentar el número de afiliados; y, iii) aumentar el retorno de las contribuciones. Con los intentos de reformas legislativas –aunque más paramétricas que estructurales–, desde la implementación del SPP en el Perú, podría decirse, como lo refiere César Abanto, que se cumplió con el primer punto de manera relativamente exitosa, pues –ese a trasladarse a la empresa privada una parte del sistema, el Estado tiene aún a su cargo contingencias fiscales (pensión mínima, BdR, etc.); en cuanto al segundo punto, no ha jugado un papel significativo, pues la cantidad de personas que se afiliaron al nuevo modelo fue similar al porcentaje que se registraba en el antiguo; finalmente, con relación al tercer punto, no se habría cumplido el objetivo, pues la tasa de retorno depende de factores variables, como los costos de la gestión, la rentabilidad de las inversiones y la transformación del fondo de una renta vitalicia³⁴.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley N° 30425 y su modificatoria (Ley N° 30478), específicamente en sus artículos 2 y 4, no se busca ninguno de los tres puntos antes señalados, esto es, reformas legislativas –paramétricas y/o estructurales–, aunque sea de manera parcial e incompleta, como aconteció anteriormente con los intentos de reforma del SPP (2002, 2007 y 2012). Por el contrario, se busca la *deconstrucción del SPP y, progresivamente, del sistema previsional del Perú*, que lo aleja cada vez más de sus verdaderos retos y desafíos presentes, actuales y futuros, convirtiéndola en una realidad cada vez más inalcanzable, inconclusa. *Las pensiones son complejas y estas disposiciones recientemente promulgadas y ya vigentes, en nada ayudan a comprender dicha complejidad menos el dilema al que se enfrenta la concepción del sistema de pensiones de nuestro país.*

A saber, estas medidas más que reformar, deforman y deconstruyen el SPP y del sistema previsional en general, pues son factores que merman su desarrollo y fortalecimiento. En especial, los artículos 2 de la Ley N° 30425 que adiciona la Vigésimo Cuarta Disposición Final al T.U.O. de la Ley del SPP, y 4 que modifica el artículo 40 del T.U.O. de la Ley del SPP, bajo los textos siguientes:

“Opciones del afiliado

VIGÉSIMO CUARTA. *El afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro, y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de aportes obligatorios, en las armadas que considere necesarias. El afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal.*

34 ABANTO REVILLA, César. *Ob. cit.*, p. 133.

(...)

Lo dispuesto en la presente disposición se extiende a los afiliados que hubieran accedido al Régimen Especial de Jubilación Anticipada respecto a su saldo o que se acojan a este régimen independientemente del monto de la pensión calculada, así como también a los jubilados que hayan optado por la modalidad de retiro programado total o parcial, respecto al saldo que mantengan en su CIC (...).”

“Alcances

Artículo 40.-

(...)

Los afiliados al SPP podrán disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización de aportes obligatorios para:

a) Pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble, siempre que se trate de un crédito hipotecario otorgado por una entidad del sistema financiero.

b) Amortizar un crédito hipotecario, que haya sido utilizado para la compra de un primer inmueble otorgado por una entidad del sistema financiero.

Dicha afectación podrá darse en cualquier momento de su afiliación”.

Es así que, a partir de los 65 o más años de edad (hecho configurador para la aplicación de la referida disposición), todos los afiliados tienen dos opciones –excluyentes– respecto de su jubilación: 1) optar por una de las modalidades que ofrece el SPP (retiro programado, renta vitalicia familiar, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta combinada y renta mixta) o 2) **solicitar la entrega de hasta el 95.5% del total del fondo disponible en CIC en las armadas que considere necesarias. Esta última opción también resulta aplicable a los actuales pensionistas bajo el REJA y a quienes ya son jubilados bajo el régimen de retiro programado**, y siendo que de elegir esta última opción, el afiliado no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal (por ejemplo, pensiones no contributivas: “Pensión 65”).

Asimismo, los afiliados al SPP, de cualquier edad, puedan **retirar** hasta el 25% del fondo (ya no como garantía) del CIC para la cuota inicial de una primera vivienda (terreno u otro bien inmueble) o la amortización de un crédito hipotecario.

Tanto el sistema público de reparto como el sistema privado de capitalización, aun cuando este último no está regulado expresamente como un mecanismo determinado de financiamiento de la seguridad social³⁵, tienen un objetivo social final: **transferir ingresos para proveer medios de vida al jubilado o inválido –y a sus sobrevivientes– por el resto de la vida, sobre todo de la población adulta mayor que no puede integrarse al mercado de trabajo, ello de conformidad con los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución Política del Perú**. Entonces, el SPP, en cuanto a su gestión (de colaboración, obligatoria o voluntaria) también garantiza el cumplimiento de los objetivos –aunque mínimamente– de universalidad a través de ahorro previsional forzoso, el cual es promovido por el propio Estado, garante institucional primario y final de la seguridad social en salud y pensiones.

35 VIDAL, Álvaro y SÁNCHEZ, Christian. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”. En: *Derechos Laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*. Ponencia del II Congreso Nacional de la SPDTSS, Arequipa, 2006, pp. 970-971.

Cualquier disposición legal que inobserve, contravenga o vulnere las disposiciones constitucionales que contempla dicho derecho será, por esos simples hechos, una norma inconstitucional. Nótese que la medida de disponer la devolución de aportes del fondo acumulado de la cuenta individual de capitalización (para emprender un negocio, viaje, u otra finalidad distinta a las pensiones, o para la compra y amortización de un crédito hipotecario), no cuenta con el debido soporte constitucional, esto es, una debida legitimación social. Tampoco deviene del producto del diálogo social entre los principales actores de la sociedad involucrados (representantes de los trabajadores, empleadores, Estado: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Judicial) que enfrentan el mismo dilema al implementar reformas de los sistemas de pensiones.

Por tanto, no hay duda que, la medida que permite a los afiliados del SPP, al cumplir los 65 o más años de edad, retirar hasta el 95.5% del fondo acumulado en su CIC o, a cualquier edad, retirar hasta el 25% del fondo del CIC para la cuota inicial de una primera vivienda (terreno u otro bien inmueble) o la amortización de un crédito hipotecario, rebasa y contraviene abiertamente los tratados internacionales de Derechos Humanos que prescriben a la seguridad social como un derecho humano, irrenunciable, inalienable e inextinguible de toda la sociedad peruana en su conjunto; así, la Constitución Política del Perú (Artículos 10, 11 y 12) que expresan a la seguridad social y a una de sus principales preocupaciones (las pensiones) como un derecho fundamental universal, pero progresivo. Siendo que estos derechos humanos y fundamental deben ser atendidos y respetado por todos los integrantes de la sociedad, en particular y como ejemplo, por parte del propio Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Se vulnera el bloque de constitucionalidad del sistema de pensiones, que genera un grave problema (inseguridad social) para los trabajadores y pensionistas del hoy y del mañana, siendo estos una carga social para el Estado.

Hay una vulneración de derechos humanos y fundamentales, además una manifiesta deconstrucción del SPP, pues con estas disposiciones bajo comentario se desnaturaliza el ahorro forzoso para fines no previsionales, puesto que es muy probable que se gaste inmediatamente los fondos pensionarios, en un corto plazo, que se emplee como una ahorro forzoso con fines previsionales (sufragar la vejez), en un mediano o largo plazo. A todas luces, afectan más a los afiliados del SPP que a las AFP, perjudicando a los actuales pensionistas y trabajadores, así como a los de mañana, por cuanto se pone en riesgo el propio sistema previsional, en cuanto a su cobertura y prestaciones, sostenibilidad económica y financiera en el tiempo.

Entonces, la norma que permite a los afiliados –al cumplir los 65 o más años de edad– del SPP retirar hasta el 95.5% del fondo acumulado en su CIC limita evidentemente el correcto ejercicio del derecho fundamental a la pensión. Así es, afecta el derecho de acceso a una pensión en el SPP, debido a que coloca a los afiliados ante una posición de asumir la totalidad de su fondo acumulado en el CIC; y por otro lado, también afecta el derecho a una pensión mínima vital, pues con la entrega del 95.5% del fondo a un afiliado, es muy probable que se gaste inmediatamente dicho fondo, en un corto plazo, que se emplee como una ahorro forzoso con fines previsionales (sufragar la vejez), en un mediano o largo plazo.

El propio Estado desatiende y no respeta el derecho humano y fundamental a la Seguridad Social, menos aún, el contenido esencial del derecho fundamental (de acceso) a la pensión³⁶ y de la intangibilidad de los fondos³⁷, al permitir, ante la ausencia de conocimientos y/o alternativas adecuadas de inversiones, a los afiliados del SPP en un estado de inseguridad social absoluta; estos es, sin recursos dinerarios (sin pensiones) que les permitan sufragar los gastos de su vejez -y los de sus derechohabiente- durante el resto de sus vidas.

En resumen, los artículos 2 y 4 de la Ley N° 30425 que adiciona la Vigésimo Cuarta Disposición Final y modifica el artículo 40 del T.U.O. de la Ley del SPP, respectivamente, nacido en una etapa electoral, con una vocación populista y anti técnica, con ocasión de la inoportuna publicación de la propuesta de una “nueva” Tabla de Mortalidad presentada por la SBS, es *inconstitucional*, no sólo porque afecta directamente el *contenido esencial del derecho fundamental (de acceso) a la pensión*, sino también porque contraviene abiertamente la *intangibilidad de los fondos pensionarios*, establecida por el artículo 12 de la Constitución Política, que garantiza que dichos recursos dinerarios sólo podrían ser utilizados con fines previsionales, es decir, para asegurar el pago de una prestación de invalidez, vejez (jubilación) o sobrevivencia.

V.

EL DILEMA DEL SISTEMA PENSIONARIOS: HACIA UN “NUEVO” SISTEMA DE PENSIONES MULTIPILAR

Ante esta deconstrucción –así como embate y perforación– del SPP con la Ley N° 30245 (Artículos 2 y 4), en el que *garantizar una pensión para la vejez pierde relevancia jurídica, social y política*, es imprescindible que el Gobierno (actual o futuro) abra el diálogo y la discusión con relación al problema pensionario –conjuntamente con todas las fuerzas políticas–, no solo refiriéndose a las normas de las AFP sino a la legislación previsional en general (del SPP y SNP); puesto que urge contar con *políticas sociales de protección social en pensiones* de mediano y largo plazo –con esquemas bien diseñados y el apoyo financiero necesario– que permitan reformar de manera integral el Sistema Peruano de Pensiones, pasando de un sistema alternativo (SNP / SPP) restrictivo a un *nuevo sistema de corte multipilar*, universal y solidario, siguiendo las pautas previstas por el Banco en 1994³⁸, que fueran reformuladas posteriormente en el 2001 y 2005. Y ya que tanto se utiliza como referente el modelo chileno para nuestro esquema pensionario, el propio Presidente (actual o futuro) debería nombrar una Comisión de Especialistas -como las comisiones “Marcel” o “Bravo”, que en el 2008 y 2015, respectivamente revisaron (y replantearon) la reforma previsional en dicho país, reestructurando sus bases con el fin de garantizar mayores y mejores pensiones, asegurando –sobre la base del modelo multipilar propuesto por el Banco Mundial en 1994– el pago de una pensión básica mínima universal para todos *basadas en el*

36 Reconocidos en el fundamento 107 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC.

37 Existe una garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios de las AFP, prescrito en el artículo 12 de la Constitución, conforme al fundamento 91 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 00013-2012-AI/TC.

38 BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford University Press, Washington, 1994.

principio de solidaridad, que se complemente con los aportes adicionales de los afiliados *basadas en los fondos de capitalización individual*, de acuerdo con su condición laboral y su capacidad socio económica.

Ya en el año 2007, el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, ejerciendo su derecho de iniciativa legislativa presentó al Congreso, para su estudio y aprobación, el Proyecto de Ley N° 1929/2007-CP³⁹, que –partiendo del sistema multipilar formulado por el Banco Mundial– propone la creación de un Sistema Integrado de Pensiones. Así, se planteó un *sistema de corte multipilar*, es decir, una alternativa que viabilice el derecho a percibir una pensión digna, sobre la base de un Sistema Integrado de Seguridad Social en Pensiones, reemplazando el fracasado modelo alternativo (SNP / SPP) por un modelo complementario (SNP + SPP) estructurado en tres pilares: 1) asistencial, 2) solidario y 3) complementario; todo ello, en atención a las recomendaciones del Banco Mundial y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Han transcurrido más de 7 años y hasta la fecha poco o nada se sabe de esta iniciativa que propuso una *verdadera revolución pensionaria* de nuestro sistema previsional.



Ahora bien, el *nuevo sistema de corte multipilar* consiste en la combinación de las ventajas de los regímenes contributivos con los no contributivos. Así, se implementaría un primer pilar (Pilar 1) que garantice una pensión mínima, única o universal para todos los trabajadores (públicos o privados, dependientes o independientes); otro pilar (Pilar 2) que complemente esta prestación esencial, bajo el esquema de capitalización individual; un tercer pilar (Pilar 3) de carácter voluntario, en el que se puede fomentar los regímenes complementarios de pensiones a cargo de los empleadores; y el cuarto pilar (Pilar 0) que –con cargo a impuestos estatales– garantice un régimen solidario obligatorio y no contributivo (tipo “Pensión 65” y “Pensiones para personas con discapacidad severa”), de orden temporal, puesto que el norte fijo de esta reforma sería efectivizar el incremento de la cobertura subjetiva (protección social a todas las personas y no solo a los trabajadores) así como del monto de las pensiones (dignas, suficientes y adecuadas).

39 En base al informe de una Comisión de Especialistas, formada por los doctores Javier Neves Mujica, César Gonzales Hunt y Christian Sánchez Reyes.

Sin duda, esto también trae de manifiesto la imperativa necesidad de combatir paralelamente la informalidad laboral (y previsional) en el Perú y de educar a la población en materia pensionaria frente a la realidad del tsunami de la longevidad, con la debida participación y diálogo social de los principales actores (el Estado, la sociedad y los representantes de los trabajadores y de los empleadores).

Estas son las reformas estructurales que están pendientes de implementar en nuestro país, que deberán ser complementadas con otras reformas paramétricas importantes, tales como: retardar la edad de jubilación; establecer la contribución tripartita; tener en cuenta que la forma de cálculo de la pensión está alineada con el esfuerzo contributivo y la contingencia concreta que se está protegiendo; suprimir los planes de jubilación anticipada que son contrarias a la prolongación de la vida laboral, pues con menores años de cotización, el monto de las pensiones también es menor; y, entre otros puntos. Ambas reformas (estructurales y paramétricas) ya no puede seguir postergándose, es un desafío que se debe afrontar para garantizar pensiones dignas, suficientes y adecuadas; así como, la sostenibilidad del Sistema Peruano de Pensiones y su sostenimiento económico.

El *nuevo modelo multipilar* es un sistema de pensiones – y de Seguridad Social – avanzado, reconocido como posible por el artículo 11° de la Constitución de 1993, postergado por muchos años (desde el 2007) y que no viene siendo tomado en consideración en las políticas de protección social de los diferentes gobiernos de turno⁴⁰. Sin embargo, ello no es impedimento para que sea prioridad ya no solo como una política de gobierno sino como una política de Estado.

La reforma del sistema de pensiones peruano hacía un *nuevo modelo multipilar* ya no puede seguir postergándose, es su norte fijo, y es un desafío que es ineludible afrontar para garantizar su sostenibilidad y sostenimiento económico, con proyección al futuro y otorgando pensiones dignas, suficientes y adecuadas. Esta reforma debe ser realizada tomando en cuenta los factores económicos, sociales, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, sin dejar de lado que el *nuevo modelo multipilar* debe respetar los parámetros establecidos en la Constitución de 1993, los Convenios Internacionales suscritos por el Perú, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional. Asimismo, se requiere de medidas con la necesaria articulación de las entidades encargadas de la administración y gestión del Sistema Peruano de Pensiones.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La Constitución Política consagra al Estado peruano como social, identificando un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica que para que exista una adecuada redistribución del poder, deberán dejarse de lado los intereses individuales para prevalecer el interés social, garantizando la institucionalidad de la democracia y el respeto de los derechos

40 GONZALES, César y PAITÁN, Javier. “Hacia un modelo multipilar del sistema de pensiones peruano: ¿Una reforma impostergable?”. En: *Revista Diálogo y Concertación Nacional del Consejo Nacional del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima, 2015, p. 33.

social-económicos, como son el derecho de la Seguridad Social y de la pensión. Entonces, existe un deber del Estado en garantizar a plenitud la vigencia del derecho humano y fundamental a la Seguridad Social y del derecho fundamental a la pensión, en beneficio del interés social y no de intereses de una minoría. Es imprescindible el fomento de la institucionalidad de la democracia a través del diálogo social, esto es, la intervención y participación activa de toda la sociedad y los actores involucrados (por ejemplo, las instituciones y/u organismos competentes y la ciudadanía en general a través de un referéndum) sobre la materia.

La adscripción al modelo del Estado social y democrático de Derecho impone la ejecución de medidas eficaces y constantes para alcanzar progresivamente la vigencia de los derechos humanos y fundamentales, como es de la Seguridad Social y de pensiones. Su cobertura y protección es un mandato fundamental obligatorio a cargo del Estado más allá de que en su gestión intervengan entes privados. El no garantizar dicha obligación que emana de la Constitución se corre el riesgo –a corto, mediano y largo plazo– de que el Estado tenga que asumir por su compromiso social, la carga social de incontables pensionistas que decidan disponer de sus fondos para fines ajenos a lo previsional durante su vejez.

El Estado es el garante y responsable primario y final en el otorgamiento de las pensiones a la colectividad protegida, tanto en su cobertura, prestaciones, gestión y financiamiento, por lo que es considerado una garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Aún se trate de fondos administrados por entes privados, en la utilización de los mismos para fines no previsionales (como es la compra de un bien inmueble, la inversión en un negocio, la compra de bienes muebles, entre otros), la responsabilidad siempre recaerá ineludiblemente en el Estado, por tener este injerencia, aunque de manera subsidiaria, y control sobre dichas entidades.

La deconstrucción del sistema previsional peruano se expresa de tal manera que su finalidad u objetivo ya no consisten en asegurar el pago de una pensión de jubilación (vejez), invalidez o sobrevivencia, sino para financiar beneficios para fines no previsionales (tales como la compra de inmuebles, inversión en negocios, pago de deudas, etc).

Y frente a este dilema, urge implementar y fomentar una sociedad con un nuevo modelo multipilar del sistema de pensiones, con una cultura previsional, pues *nuestra vejez, como la de muchos en la actualidad, depende de ello*. El dilema del sistema de pensiones y su deconstrucción –que está iniciándose con el SPP– no es un problema exclusivo del Estado sino también de toda la sociedad y las instituciones involucradas en el mismo. Para enfrentar, en conjunto, este dilema y elegir la opción que revierta la deconstrucción del sistema de pensiones, urge plantear la posibilidad de reformarlo estructuralmente, adaptándose a las nuevas realidades sociales y económicas que caracterizan a la nueva sociedad, del hoy y mañana, en un proceso de reforma permanente.

A saber, ello se concretaría con la puesta en marcha del nuevo modelo multipilar, en un escenario en el que la evolución demográfica es dinámica, la informalidad laboral es alta, no se toma la debida importancia a la cultura previsional y los esquemas privados de pensiones vienen siendo el centro de la deconstrucción de los sistemas de pensiones.

TRABAJO JURIDICO-ACADEMICO Y CULTURAL

Por: Encinas Abril

SUMARIO: I. ENROSTRAR PARA HUIR II. TEORÍA SOBRE LA MORAL III. TEORÍA DE LA ÉTICA PROFESIONAL

I. ENROSTRAR PARA HUIR

Cuando uno inicia en la Universidad los estudios para convertirse en futuro abogado, una de las preguntas que nos hacemos está en relación sobre las funciones que desempeñan los abogados al momento de ejercer una defensa ante los litigantes.

Con desaliento observamos, que muchas veces la defensa se vale de mentiras, esto trae como consecuencia una serie de comentarios con respecto al profesional del derecho, que lo catalogan como un profesional que siempre miente.

Es lamentable la manera como se desarrolla un comportamiento en contra de la ética de la abogacía, creando un sentimiento de desconfianza frente a nosotros los abogados e incrementando la mala fama de la que sufre la gente de nuestra profesión.

Efectivamente, en la sociedad peruana crece el desprestigio de los abogados; inclusive podríamos referirnos a una “crisis de la abogacía”¹ ya que el rechazo moral es cada vez más importante, tan es así que desde el primer año de universidad, los estudiantes de derecho se ven confrontados a diferentes comentarios negativos acerca de su formación y muchas veces observaciones agresivas como si se tratara de hacerles cargar responsabilidades de todo lo mal actuado por colegas irrespetuosos de la ética.

1 Binder, A. (2010). *El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía*. Recuperado de <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/436.pdf>

Esta drástica apreciación no se ajusta al total de profesionales del derecho hablando de la defensa técnica en el desarrollo de los procesos judiciales y administrativos; sin embargo, hay que reconocer que estos hechos se producen no solamente ahora, sino que esto proviene desde hace mucho tiempo atrás, con la diferencia que en la actualidad se vienen produciendo grandes cambios significativos en los diferentes campos del derecho que conllevan a la aplicación real del principio de la verdad y las reglas de la ética del abogado.

Desde ese punto de vista, referirnos a una conducta ética dentro del ámbito jurídico, resulta no solo exigencia de aquellos profesionales en derecho que se conducen dentro de la administración pública sino, también y en forma racional, a los profesionales que ejercen liberalmente el derecho.

Como se podrá notar, el efecto es universal y ningún campo del acontecer humano se encuentra exento de la exigencia de un proceder ético y alejado de la corrupción.

Ello nos conduce a replantear los esquemas iniciales, a revitalizar los Colegios Profesionales y, en forma inmediata, darle verdadera eficacia a las normas deontológicas internas que regulan la conducta de los profesionales en derecho, donde se exige el proceder en cumplimiento de reglas éticas.

En ese sentido, la Disposición Final del Reglamento del Consejo de Ética Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, dice a la letra: *“Una vez estudiada la base legal de la ética profesional en el Perú y a nivel internacional, es juicioso estudiar la forma en la cual ésta ha sido aplicada pasando por los informes de las Comisiones de Investigación, resoluciones del Consejo, del Tribunal de Honor, hasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”*; que constituye la motivación para desarrollar artículos como éste.

Quisiera brevemente apuntar y subrayar que desde los aportes del ilustre y más grande iusfilósofo Immanuel Kant, quedó claro que la norma, que es una expresión del derecho obliga a un “deber hacer”, es decir, a una disciplina normativa: sé honesto, sé veraz, sé solidario, cuyo sustento primigenio está en la moral. En ese contexto, él había contestado a la pregunta, ¿qué debo hacer?, con lo cual estaba seguro que el derecho siguió a la moral, con mandamientos imperativos cuyo incumplimiento acarrea sanciones divinas, subjetivas, que el hombre burló rápidamente. De ahí el surgimiento del derecho con sanciones objetivas para hacer “lo que se debe hacer” de acuerdo con las normas sancionadas.

Este artículo denominado “Enrostrar para Huir” tiene como objetivos centrales, los de enseñar en la teoría la existencia de doctrinas y reglas éticas en la profesión y asimismo, evidenciar la conducta de los abogados sin ética, para que el joven abogado sea consciente que si estas reglas no son respetadas por propia voluntad, se harán respetar a través de los estamentos correspondientes. Valga repetir entonces que la finalidad esencial es la de retratar al abogado sin ética con el afán de disminuir, para luego eliminar, todo acto ilícito, no ético; esto es, que el abogado decida resueltamente, no ser indeseable.

Asimismo, otro de sus objetivos es el de tratar de uniformizar la jurisprudencia en materia de justicia deontológica entre los abogados, tanto para los que la administran como para los administrados. Que este artículo sirva como hoja de ruta en los casos que se presenten ante la Dirección de Ética Profesional del CAL, porque como bien sabemos, no hay nada nuevo bajo el Sol; salvo excepciones, en las cuales se debe aplicar la doctrina y el buen criterio.

Pretendemos entonces que se maneje la Jurisprudencia como la propia norma, que las investigaciones y resoluciones se amparen en casos ya resueltos con un criterio uniforme y definido; a la misma razón, el mismo derecho.

Con los textos de los Códigos Éticos de la región y de las sentencias del Consejo y Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima, se demuestra que hoy por hoy sí se sanciona a los abogados que no actúan con ética, a los abogados que usan la profesión para engañar, estafar y robar; para enriquecerse ilícitamente y para abusar del derecho que conocen y manejan bien, buscando la impunidad en un falso espíritu de cuerpo que la Orden no concede más. Tanto es así que el propio Tribunal Constitucional apoya, por encima del desempeño de altos cargos públicos, la defensa de la dignidad del ejercicio profesional. Hay que lograr que los jóvenes abogados que recién comienzan en nuestra noble profesión, vayan por el camino del ideal noble y alto de la dignidad personal, considerada como valor supremo y por ello, ocupen con legítimo derecho, un lugar de honor dentro del ambiente abogadil y de la sociedad misma. Pretendo entonces luego de que se lea esta investigación, que suceda lo que dijera el insigne maestro argentino José Ingenieros en su obra *El Hombre Mediocre*: “Como escritor, prefiero a un solo convencido que a cien admiradores”.

“Con desaliento observamos, que muchas veces la defensa se vale de mentiras, esto trae como consecuencia una serie de comentarios con respecto al profesional del derecho, que lo catalogan como un profesional que siempre miente”

Es verdad que en la actualidad, se señala a los abogados como profesionales con falta de ética, y con poco contenido moral.

Este concepto ha ido formalizándose en el tiempo, y muy a pesar de los abogados serios e idóneos, no se puede cambiar por el momento que la profesión ha tocado fondo, sobre todo en lo que se refiere a la calidad de su ejercicio y su repercusión en la sociedad, pues es esta sociedad la que finalmente se ha venido perjudicando con los resultados del ejercicio jurídico.

Son muchos las personas –ciudadanos, políticos, literatos y juristas– que menosprecian la profesión de la abogacía, culpándola de consolidar los males de la sociedad no sólo por el exceso de formalismos que desnaturalizan el proceso, convirtiéndolo en enfermedad social, instrumento de dilación, chantaje o represión, sino también, por las propias funciones públicas cumplidas por los abogados en los Poderes del Estado, el periodismo, la docencia, actividades a las que contaminaron.

Los abogados tienen una doble responsabilidad, una como ciudadano y otra como profesional del derecho, es por eso que en su caso, la obediencia a las normas éticas acarrea consecuencias mucho más graves.

Ellos son los responsables de que las normas sean eficaces, ¿cómo pedir que la justicia exista, cuando los llamados a alcanzarla no hacen lo debido para conseguirla?, ¿cómo hacer que las normas sean justas cuando quienes la elaboran no saben o no conocen los valores positivos?, ¿puede el derecho, es decir el sistema jurídico de por sí, ser justo?

Desde ese punto de vista, las normas tienen un contenido ético que puede perderse en tanto el individuo encargado de aplicarlo lo haga atendiendo solamente a sus intereses por lo que acarrearía el mal uso o el uso arbitrario del derecho, convirtiendo así, al derecho, en un conjunto de normas injustas, ajenas al interés común,

Por ejemplo, el abogado que ejerce la defensa por el puro interés económico o el mero éxito personal aun sabiendo que su cliente es culpable y que su defensa será exitosa en la medida que acuda a valores negativos, es decir a las coimas, relaciones e influencias personales, o creando con habilidad una duda razonable a partir del desprestigio de un testigo, olvidándose del interés de toda la sociedad, cual es recuperar la tranquilidad social sancionando las conductas desviadas.

Es un principio jurídico el derecho a la defensa, pero existen situaciones límites en que el abogado se encuentra en una disyuntiva, la defensa justa o la defensa no ética, en este caso ante la decisión correcta del abogado de alejarse o separarse del patrocinio de un caso, respecto al cual ha perdido la confianza necesaria que debe existir en la relación abogado- cliente basada en la verdad de los hechos.

Es común escuchar, que los abogados exitosos son aquellos que ganan los casos, sin importar los cargos que se imputen al cliente, o si son inocentes o culpables, su defensa solo se dirige a exonerarlo de responsabilidad o de satisfacer sus intereses más allá de su legalidad.

En ese sentido, ganar es sinónimo de éxito y éxito es sinónimo de dinero. No importan los medios que se empleen para ganar, si son los debidos o no, no interesan los medios sino los resultados.

II. TEORÍA SOBRE LA MORAL

Inicialmente podríamos decir que la moral es la ciencia del actuar, de las costumbres y lo vivido por el hombre² en un tiempo y espacio determinados. Se dice que nuestras acciones se repiten en lo que corresponde a hábitos y costumbres; por ello, no es posible pensar en personas

2 Cfr. Torre Díaz, Francisco Javier de la, *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, 2000, p. 72.

amorales, pues no lo son, sólo existen personas sin ciertas costumbres y hábitos³. La moral es entonces “un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patrones de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo concreto en una determinada época histórica. La moral es un sistema de contenidos que refleja una determinada forma de vida”⁴.

La moral se compone de dos aspectos o ámbitos; por un lado, es valorativa y, por otro, normativa. Es valorativa en cuanto establece criterios de distinción entre lo bueno y lo malo; por su parte, es normativa en cuanto ordena hacer el bien y no hacer el mal. No corresponde a la moral decidir qué es bueno, pues el bien tiene carácter ontológico.⁵

Como agrega Torre Díaz, “...este modo de vida no coincide plenamente con las convicciones de todos los miembros. Es un modelo ideal de buena conducta socialmente establecido”⁶.

De este modo, la moral viene a ser un conjunto de normas de costumbre, que rige la conducta humana (moral normativa) que son aplicables a los hombres libres y conscientes (moral fáctica), es una norma de valores que nos llega desde afuera, del grado cultural y el hombre “los asimila y los capta”. Finalmente, a la moral profesional la podemos definir como el derecho del hombre de seguir una profesión con preceptos éticos, lo cual proviene de una vocación; y a la deontología, como el estudio que se preocupa de los derechos y obligaciones de los profesionales.

Existen una serie de diferencias conceptuales y de contenido entre la moral y la ética; no obstante, también hay campos de conexión entre ambas⁷.

Tanto la moral como la ética orientan nuestras acciones. No obstante, la moral orienta nuestra conducta directamente, mientras que la ética no tiene por qué tener una incidencia inmediata en nuestra vida cotidiana, puede servir de modo indirecto de orientación pues su objetivo es indicar qué concepción moral es más razonable.⁸

En la práctica, la ética y la moral comúnmente se utilizan como sinónimos. Si revisamos la raíz etimológica de ambas palabras, podremos escudriñar que significan algo semejante; modo de ser, carácter (*ethos*: morada; *moris*: costumbre). Por ejemplo, se habla del comportamiento poco ético cuando queremos decir que no se conforma a la moral vigente.⁹

3 Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 72

4 Cortina, Adela/Martínez, Emilio, *Ética*, Madrid, 1996, p. 14.

5 Ver, Vázquez Guerrero, Francisco Daniel, *Ética, Deontología y Abogados. Cuestiones Generales y Situaciones concretas*, Barcelona, 1997, p. 22.

6 Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit. p. 73.

7 Los principios éticos son las nociones básicas que gobiernan las normas éticas de los Códigos de los Colegios de Abogados y rigen a través de las siguientes soluciones la problemática deontológica de la abogacía dentro de un concepto en donde la sociedad debe mirar al abogado con honor y para ello la hoja de ruta en la vida profesional debe ser intachable.

8 Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 73.

9 Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 73.

Tomando en cuenta lo anterior, no podemos separar en forma absoluta la moral y la ética, “nuestras razones nacen de nuestra concreta moral y los bienes que buscamos son los bienes concretos de nuestra tradición. Nuestra racionalidad depende de lo particular, del contexto, de nuestra historia y no podemos salir de esta finitud e historicidad hacia principios abstractos y universales salvo en la ficción o el sueño”¹⁰.

III. TEORÍA DE LA ÉTICA PROFESIONAL

Sócrates solía decir que no vale la pena vivir una vida no examinada. Pero, ¿Por qué no vale la pena vivir si no examinamos nuestra vida? Bueno, porque uno tiene que examinar la vida de forma tal de saber a lo que se quiere llegar en ella, lo que se quiere conseguir, lograr; haciendo esto, tendremos la idea de que lo que hacemos para llegar a lo anhelado es correcto; entonces, ¿qué calificación le daremos a los comportamientos de los demás que no hacen como uno? ¿Por qué no se comportan de la misma manera?

El transformar el pensamiento de cada individuo sobre su vida en algo concreto, da lugar a la teoría ética.¹¹ Un ejemplo similar es del pensamiento sobre la naturaleza de los astros, convirtiendo su estudio en astronomía. ¿Cuál es el propósito de un astrónomo? Conocer mejor la naturaleza de los astros ¿Qué es lo que se propone un teórico de la ética? Buscar un ideal de vida consistente y correcta, pero ¿Qué razones puede dar para convencer a otras personas de que su ideal es mejor que otros?

Ciertas personas niegan la utilidad de una profundización sistemática en las cuestiones éticas. Para algunos, la ética es terreno religioso, del sentimiento, completamente ajeno a la razón, negando la importancia del razonamiento lógico de la ética; para esto existe la respuesta de Epícteto, filósofo de la ética:

“Cuando uno del grupo dijo: ‘Convénceme de que la lógica es necesaria’, Epícteto le preguntó: ‘¿Quieres que te demuestre tal cosa?’. ‘Sí. ¿debo usar una forma demostrativa de argumentación?’. Y cuando el escéptico asintió, Epícteto añadió: ‘¿Cómo vas a saber si argumenté falazmente?’. El escéptico guardó silencio. ‘¿Lo ves?’, dijo Epícteto, ‘tú mismo reconoces que la lógica es necesaria, ya que sin su asistencia no podrías saber si la lógica es necesaria o no.’”

10 Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 74.

11 La esencia del deber ser de un abogado es la Ética en donde en cada momento de su actuar debe conjugar que cuestión previa es un servidor de la Justicia y un colaborador de su administración; que su deber profesional es defender, con estricta observancia a las normas jurídicas y morales los derechos de su patrocinado, el abogado que aconseja a su cliente a ocultar las pruebas del delito o a huir del país para entorpecer el sistema de administración de justicia por citar un ejemplo viola la esencia del deber profesional, y la Doctrina de las Comisiones de Investigación, del Consejo de Ética y del Tribunal de Honor deben afianzar un pensamiento doctrinario que pueda tener efectos éticos y no de inmunidad en la abogacía.

Pensar seria y profundamente sobre las cuestiones éticas es el trabajo de los eticistas. Esto no quiere decir que alguien que no sea filósofo no pueda pensar seria y profundamente sobre las cuestiones que más afectan a su vida, pero un poco de ayuda de las mentes más brillantes de la humanidad no es despreciable.

Es adecuado en este estudio, mencionar a Ortega y Gasset quien, en su obra “La rebelión de las masas”, constató que el mundo actual sufría una grave desmoralización, lo que se traduce en un claro proceso de desorientación, producto de un hedonismo moderno, orientado claramente hacia el consumo. En definitiva, la ética se ha ido vaciando de su contenido producto del olvido, de su fundamento ontológico en la persona.¹²

La situación enunciada lleva a las sociedades a buscar en el derecho, o mejor dicho en las reglas de la convivencia social, una especie de sucedáneo de la moral personal. Es aquí donde adquiere importancia la búsqueda de consensos éticos y ¿por qué no? de posibilidades de positivar principios que son propiamente morales.

El positivar dichos principios, en teorías éticas, nos capacita para descubrir inconsistencias en el modo de razonar de muchas personas, o de nuestro propio modo de pensar inclusive. Es decir, a descubrir cuando a dos situaciones similares le damos una apreciación diferente en toda subjetividad. Resolver esas inconsistencias es en gran parte el trabajo del filósofo ético.

“La situación enunciada lleva a las sociedades a buscar en el derecho, o mejor dicho en las reglas de la convivencia social, una especie de sucedáneo de la moral personal”

La ética tiene que ver con formas o modelos de vida y comportamiento. Uno debe elegir el suyo. Usted tiene que elegir el suyo; no puede dejar que otros se lo impongan.

Algunas personas estiman que la ética está desfasada, considerándola como un cúmulo de prohibiciones desagradables, con la finalidad de que nadie disfrute libremente de lo que desee hacer; estos, se posicionan desde un punto de vista anti puritano.

A pesar de ciertos escepticismos, nacen las “éticas aplicadas” las cuales inclinan a determinados colectivos a preguntarse cómo deben comportarse en sus respectivas áreas laborales para que su conducta pueda recibir aprobación desde un punto de vista ético. Estos son colectivos que aspiran a ser juzgados no sólo en su eficiencia de sus actuaciones, sino en la ética de éstas. Ética judicial¹³, ética forense, ética periodística, ética médica, ética política. Ellas

12 La honradez, integridad y buena fe del abogado le obliga a no aconsejar a su cliente actos fraudulentos sin embargo hay que conocer cuál es la frontera ética entre el Derecho Constitucional a ejercer la defensa y a los actos fraudulentos en razón a que cuando un abogado aconseja a un cliente a mentir puede inclusive agravar el delito y causar perjuicio es por ello que se requiere que la formación ética empiece en la familia, continúe en el colegio primario y secundario y se afiance en la universidad.

13 El abogado no puede sobornar a un empleado o funcionario público, ya que falta gravemente al honor y a la ética profesional, alcanzar la justicia significa sumergirse en los principios éticos de jamás estar involucrado en este tipo

determinan cómo debe conducirse una persona en su ámbito de trabajo de acuerdo a lo que se espera de cada uno de éstos en forma ética.

Por otra parte, la ética no es una ciencia exacta, esa noción perfecta en teoría, puede no serlo en la práctica. A nivel profesional, nuestros esfuerzos se concentran en aplicar, y hacer aplicar, de la mejor manera posible la ética de la actividad que ejercemos, la abogacía, ya que la ética no se aprende, normalmente, en los pupitres y en la cátedra, sino que se aprende en la vida misma, en el hogar, en la escuela, en la universidad, en el mundo práctico. La Ética entonces, son los principios y valores del ser humano, la misma que es inmutable, única, universal e intemporal.

Cuando hablamos de ética profesional del abogado, no podemos dejar de hacer un análisis del Código de Ética Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Éste está contenido en su propio texto y otorga al colegio de abogados la potestad para regular la conducta de los profesionales del derecho. En general se dan pautas deontológicas para que los abogados las practiquen en su actividad y en sus relaciones profesionales¹⁴. Se compone de cinco secciones que establecen valores generales del ejercicio profesional y obligaciones del abogado para con la autoridad, su cliente y la contraparte¹⁵.

III.1. Teoría de la ética profesional en la abogacía

Es importante iniciar esta parte, intentando dar un por qué a las acciones no éticas cometidas por los menos escrupulosos de nuestros colegas.

Las acciones no éticas tienen diferentes orígenes¹⁶, el relajamiento de la conciencia moral en general; la idea de que se tienen derechos para con la sociedad pero no deberes o sólo aquellos de conveniencia personal y la práctica de malas costumbres: si todos lo hacen así, cuya falsa disculpa da lugar a que nadie cumpla con su deber. Otras muchas causas existen, una de ellas, es la aplicación de la “justicia jurídica” producto o efecto de la causa que se deriva de la vigencia del positivismo jurídico que da lugar a que el orden jurídico pierda su fundamentación ética en el orden existencial del hombre, por lo cual tiene una vigencia artificial y forzada.

Otra causa más son las necesidades ficticias, vehiculadas por la vida moderna, que provocan buscar dinero por todos los medios, lícitos o ilícitos, que se pongan al alcance de las manos y que, es práctica de muchos en general. La personalidad del hombre se hace, perfecciona o corrompe, en el ejercicio de su profesión y los problemas más graves de su existencia están conjugados con los quehaceres profesionales.

de prácticas que degeneran y maltratan nuestro sistema de administración de justicia, hay que desterrarlo y el abogado que se entera de un hecho de esta naturaleza, realizado por un colega está obligado a denunciarlo.

14 La profesión del abogado impone defender gratuitamente a los pobres, tanto como éstos se los soliciten, como cuando recaigan en nombramiento de oficio. No cumplir con este deber, desvirtúa la esencia misma de la abogacía y ésta es una obligación ética que nos convierte en los soldados del Derecho.

15

16 Por citar un ejemplo, un abogado que recibe un Poder por Escritura Pública y se hace dar facultades para cobrar debe dar aviso a su cliente de los bienes y dinero que recibe y se lo entregará tan pronto aquel lo solicite. Falta a la Ética Profesional si no lo hiciera.

Una moral auténtica, ha de tener en cuenta este hecho si quiere cumplir su cometido de ciencia normativa, rectora de los actos humanos. De ahí su trascendencia¹⁷.

En cuanto a las acciones no éticas propias a la abogacía, una de las causas se encuentra en la presencia y aparición de numerosas facultades de Derecho que “fabrican” abogados¹⁸. Desde hace ya unos años, se puede apreciar el aumento de estas estructuras, muchas veces informales, que proponen una enseñanza “de primera”, sin siquiera contar con profesores especializados, capaces de brindar el conocimiento, la base necesaria, al aprendizaje de nuestra profesión.

Haciendo una comparación con otras ciudades de la región, Lima cuenta por lo menos, con el doble de facultades de Derecho; en dichos lugares, el control de la enseñanza, de la capacidad y nivel de los docentes, es más riguroso y podría decirse, mejor. Sin embargo, es a través de los cursos seguidos en la universidad, cuya finalidad será la formación ética profesional, que se logra desarrollar “en el futuro profesional, el conocimiento, la habilidad, la sensibilidad y voluntad para que cuando la persona actúe, lo haga a nombre de los intereses de la comunidad profesional de la que es parte” (Villarini).

¿Qué podemos entonces esperar de los egresados de estas instituciones?, instituciones que convierten la enseñanza en un fin comercial y lucrativo, ¿cuál es la consecuencia directa de su existencia?: La primera, es la excesiva cantidad de nuevos egresados por año; estos últimos terminan la carrera muchas veces sin haber adquirido los conocimientos necesarios para ejercer correctamente la profesión; además, son tan numerosos que el mercado laboral no ofrece un puesto para cada uno de ellos, por consiguiente, los nuevos egresados no pueden trabajar en la profesión.

“Ciertas personas niegan la utilidad de una profundización sistemática en las cuestiones éticas”

Este último dato conlleva a muchos colegas a ejercer la abogacía de forma precaria, con el único objetivo de ganar algún dinero y en otros casos, el enriquecimiento personal a toda costa, sin importar que la ascensión se base sobre actos no éticos.

Otra raíz del mal actuar de ciertos abogados, reside en el haber seguido el pre-grado de forma “virtual”, sin asistir a la universidad. De esta forma, alejados de la inmediatez con algún profesional del Derecho, capaz de dictarle la teoría jurídica, pero sobre todo, insistir sobre el carácter capital de la ética profesional, los estudiantes no interiorizan, en caso la estudien, la importancia que ésta tiene; por otra parte, tampoco existe la certeza que el estudiante haya siquiera leído sus cursos, no pudiendo afirmar, si al menos saben que existe una ética profesional que debe ser respetada por todo letrado jurídico.

17 La trascendencia ética ensancha las fronteras de la abogacía y fijan parámetros de conducta de valores positivos en nuestra sociedad.

18 La formación ética en las facultades de Derecho es fundamental, los valores de la profesión tienen que desarrollarse en la búsqueda del honor y la dignidad profesional.

Sirve interrogarse, buscar a comprender ¿cómo es posible que los jóvenes alumnos de derecho puedan pretender obtener el pre-grado sin pasar por las carpetas de la universidad?, ya que es en ese grado de estudios que la ética profesional les es inculcada. Entonces, sirva este artículo para lograr enrostrar a los nuevos abogados, como son los malos abogados, para que huyan de ellos.

ES POSIBLE ANALIZAR LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO EN LOS PROCESOS DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Por: Edgardo Alan Quispe Lira

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO Y PROCESO CIVIL EN EL PERÚ. 2.1. EL PROCESO CIVIL. 2.2. EL PROCESO CIVIL EN EL PERÚ. 3. EL PROCESO SUMARÍSIMO 3.1. CONCLUSIONES 4. EL PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA. 4.1 RESPETO A LA SEGURIDAD JURÍDICA. 4.2 RESPETO AL DERECHO AL CONTRADICTORIO. 4.3 CON RESPECTO A LA TRASCENDIA DE LO RESUELTO EN EL PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA 5. CONCLUSIONES GENERALES.

1. INTRODUCCION

Que, las personas acuden ante la administración de justicia, como su mismo nombre refiere en la búsqueda de esta; así, las personas acuden ante un tercero imparcial (Juez) con la finalidad que este les resuelva su conflicto o la incertidumbre que estas tengan; sin embargo, se debe tener presente que la forma en que este Juez resolverá el conflicto o incertidumbre se encuentra sujeto a principios, reglas, etc., cuyo cumplimiento garantiza que las decisiones tomadas por los jueces sean justas.

Que, continuando con lo expuesto en el párrafo precedente podemos señalar que la predictibilidad y la uniformidad en las decisiones jurisdiccionales son una garantía para obtener estabilidad jurídica o seguridad jurídica, lo que redundará en beneficio de aquella persona que acude ante el órgano jurisdiccional a efectos de obtener la defensa de sus derechos e interés, por cuanto, con la predictibilidad las personas obtienen certeza de cuál será el resultado final de un caso planteado ante el Sistema de Justicia, para tal efecto se debe tratar de disminuir en el mayor número posible la cantidad de sentencias discordantes o contradictorias frente a situaciones similares.

Que, en nuestro país, un tema que ha resultado contradictorio es aquel relacionado con el hecho si se puede discutir la validez del acto que sustenta a una demanda de otorgamiento de escritura pública; así, básicamente existen dos posturas, que, de forma continua y reiterada, han venido siendo acogidas por los diversos órganos jurisdiccionales del país, lo que supone que estos caos se están resolviendo con criterios distintos y hasta contradictorios; así, la primera postura señala que en este tipo de procesos no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico y la otra postura señala que, a pesar de que en este tipo de casos solo se exija la determinación de la obligación de otorgar la mencionada escritura, ello no exime al juzgador de su deber de analizar y verificar en forma detallada los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico.

Es por este motivo los Jueces Supremos integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos de uniformizar criterios, llamaron para la audiencia pública del Noveno Pleno Casatorio; audiencia donde se escuchó la participación de los *amicos curiae*¹ con respecto al tema profesores Juan Espinoza Espinoza, Eugenia Ariano Deho, Moisés Arata Solís, Hugo Forno Florez, Martín Mejorada Chauca y Nelson Ramírez Jiménez.

Que, las opiniones vertidas en cada una de las participaciones de los profesores antes citados se podría resumir de la siguiente manera:

El profesor **Juan Espinoza**, afirmó que el tema es claro. Así, expresó que el artículo 220 del Código Civil dispone que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando es manifiesta, por lo cual, en un proceso de otorgamiento de escritura pública si el juez advierte una nulidad manifiesta, sería una limitación a sus atribuciones el permitirle que solo vea el aspecto formal. *No se trata de ser medio juez. El juez forzosamente debe ver todos los elementos integrantes del acto jurídico. Debe verlo en su integridad*, aseveró.

La profesora **Eugenia Ariano**, señaló que este tema es aparentemente sencillo, y que el problema y error, es que el proceso de otorgamiento de escritura pública se articula por el sumarísimo, porque así lo ha dispuesto la ley y recordó que en el Código anterior de 1912 este proceso era uno ordinario. Pero, advirtió que un proceso sumarísimo no significa que sea visto mediante una cognición sumaria, pues el proceso sumarísimo es igualmente plenario como el abreviado o el de conocimiento. *Es un error pensar que no se pueda discutir en el sumarísimo, pues este es tan plenario como el abreviado o como el de conocimiento, salvo alguna limitación prevista en la ley*, advirtió.

1 El *amicuscuriae* que de un traducción literal se puede entender como amigo de la Corte o amigo del Tribunal, es una institución del derecho romano antiguo y trata acerca de aquellos terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso, la información proporcionada puede consistir en un escrito con una opinión legal, un testimonio no solicitado por parte alguna o un informe en derecho sobre la materia del caso.

El profesor **Moisés Arata** señaló que el problema de la validez o no del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública solo ocurre en la compraventa sobre predios, así dijo: *Nadie demanda otorgamiento de escritura pública si no es un caso inmobiliario*, además agregó que la línea jurisprudencial que postula la imposibilidad de discutirse la validez del acto jurídico en estos procesos no toma en cuenta que la finalidad del demandante no solo es asegurar la prueba del contrato sino de lograr que el título se inscriba en Registros Públicos. *Y esto debe ser materia de control judicial.*

El profesor **Martín Mejorada**, afirmó que sí es posible analizar la validez del acto cuya formalidad se pide en los procesos de otorgamiento de escritura pública. Pero señaló que no se puede declarar la invalidez o no de dicho acto en estos procesos. “Se puede analizar pero no declarar la nulidad. La vía prevista en la ley (sumarísima) es importante, no es arbitraria”.

Recordó además que en el IV Pleno Casatorio, la Corte Suprema ya había sentado posición sobre un tema similar (desalojo por ocupación precaria) en el sentido de que en la vía sumarísima el juez debe realizar una evaluación ligera, de urgencia, provisional. “La vía para llegar a Registros Públicos es la escritura pública. Por eso se comprende la urgencia del interesado de tener una escritura pública. Por ello, coincido con el IV Pleno, el cual afirma que todos los procesos que deben ser tramitados en la vía sumarísima tienen de común la urgencia en la atención de la pretensión”.

Afirmó que en la vía sumarísima hay un valor superior: la urgencia. Y que esta es la razón de la sumariedad. “Entonces, ¿qué pueden hacer los jueces en ese escenario? Un examen de validez pero no en la noción tradicional (nulidad y anulabilidad) sino uno de exigibilidad. Además, el juez puede realizar un examen provisional pero no definitivo”.

Concluyó reafirmando que sumariedad es sinónimo de decisión provisoria. Por lo tanto, en estos procesos de otorgamiento de escritura pública no se puede definir si existe derecho de propiedad o si se ha resuelto el contrato. *Solo se da una solución provisional para que se otorgue la escritura pública y acceder a Registros Públicos. Si luego se comprueba que eso no es así, en otro proceso podrá revertirse está impresión inicial*, afirmó.

El profesor **Hugo Forno** afirmó que la discusión de la validez del contrato en los procesos de otorgamiento de escritura pública es posible y necesaria. Asimismo, aseveró que la discusión de la validez del acto jurídico al interior del proceso sumarísimo debe extenderse a temas de inexigibilidad y no de mera invalidez. Además, señaló que las formas del acto jurídico, a veces funcionan como formas (es decir, como continente del acto negociado) pero que en muchas ocasiones se convierten en requisitos o exigencias para acceder al fortalecimiento del derecho. Y, señaló, que eso pasa precisamente con la escritura pública y que es con ella que el derecho del actor se vuelve inexigible.

“Pero, ¿qué pasaría si se busca obtener un derecho ilícito mediante este proceso? No podemos consolarlo con que sea en otro proceso en el que pueda ir a discutir la validez del contrato cuando ya fue inscrita la transferencia e, incluso, un tercero de buena fe haya inscrito su derecho”, asimismo señaló que no entiende cómo no podría discutirse la validez del acto jurídico

en estos procesos. “Que sea un proceso sumarísimo no puede determinar que se excluya de análisis todo supuesto de validez”, concluyó.

El último *amicus curiae* en intervenir fue **Nelson Ramírez**, quien afirmó que nada impide discutir la validez del acto a escriturar al interior de un proceso sumarísimo; así agregó, que si se está ante un hecho notorio de invalidez, el juez deberá señalarlo en la parte considerativa del fallo. Así, si es evidente el incumplimiento porque no se ha pagado el precio, el juez no podrá otorgar la escritura pública, dado que el Poder Judicial debe evitar que títulos que no merecen inscripción accedan a Registros Públicos. Concluyó que la vía sumarísima no puede ser un obstáculo para justificar una falta de revisión.

Que, de lo expuesto, por cada uno de los *amigos curiae*, se tiene, que todos en el fondo concuerdan, esto es, que todos opinan porque si se puede analizar la validez del acto jurídico dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública; sin embargo, habría algunos puntos sobre los cuales, en el presente trabajo pretendo hacer algunas precisiones, y que fueron tocados por los *amigos curiae*, como es que entendemos por proceso sumario, es o no es este concepto una arbitrariedad dada por el legislador, lo cual, cual es la diferencia con los otros tipos de procesos, en que sustenta la sumariedad, esto es, en que hace necesario que determinado tipo de procesos necesiten que sea resueltos de una forma más célere que otros, que si se puede analizar la validez del acto jurídico dentro del proceso de otorgamiento de escritura pública, este análisis debe ser de todo y cada uno de los puntos, en qué momento se debe de realizar este análisis, etc.

Para tal fin me parece necesario realizar en primer lugar un pequeño desarrollo de lo que entendemos por proceso, que tipos de procesos reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuales son las diferencias que existen entre ellos, son estas diferencias simples diferencias de plazos y etapas, que entendemos por proceso sumario, que es el proceso de otorgamiento de escritura pública, cual es la finalidad del proceso de otorgamiento de escritura pública, la oportunidad de un análisis de validez del acto, la garantía al derecho de defensa.

2.

EL PROCESO Y PROCESO CIVIL EN EL PERÚ

2.1 El Proceso Civil

Que, realizando una definición básica de lo que se puede entender por proceso judicial, podemos afirmar que se trata de una serie gradual, progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales cumplidos por órganos que son predispuestos específicamente por el Estado para este fin y por los particulares que intervienen en él, ya sea en forma voluntaria o coactiva, en ejercicio de las facultades y en cumplimiento de las cargas dispuestas por la ley para la actuación del derecho sustantivo, el reestablecimiento del orden jurídico alterado y la realización del valor justicia.

Ahora y de lo señalado en el párrafo precedente, se desprende que el proceso civil, básicamente es un conjunto de actos procesales preclusivos, que se dan de forma ordenada,

llevados a cabo por los sujetos procesales, orientados a dirimir un conflicto intersubjetivo de intereses y así lograr la armonía entre las partes.

Pero, para que sirve, cual es la finalidad del proceso civil; de los distintos fines que los diversos autores le atribuyen podemos señalar que para la cuestión objeto de análisis, se tendrá presente que el proceso civil es un medio para declarar los derechos y situaciones jurídicas, cuya incertidumbre vaya en perjuicio de su titular o de uno de los sujetos procesales, desapareciendo así el litigio o controversia. Así como, también protege los derechos subjetivos, si es que es necesario logrando ello a través del pronunciamiento de lo que para cada caso sea justo para el contenido de los litigios que se desean entre los particulares o entre éstos y las entidades públicas todo ello en el ámbito civil.

2.2 El Proceso Civil en el Perú

En el Perú, nuestro ordenamiento procesal, específicamente el Código Procesal Civil, en sus secciones V y VI, ha clasificado a los procesos, en primer lugar, en contenciosos y no contenciosos, y en segundo lugar dentro de los procesos contenciosos, que son los que serán materia de análisis, tenemos al Proceso de Conocimiento, Proceso Abreviado, Proceso Sumarísimo, Proceso Único de Ejecución, y Proceso Cautelar, los cuales, dado a lo que es objeto del presente trabajo, resultará preciso, que de manera breve, dar a conocer un concepto básico, las características, la legislación actual relacionada a los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo.

Pero en base a qué criterios se clasifican a los procesos en conocimiento, abreviados y sumarísimos, será una cuestión arbitraria, o será que el legislador habrá dado esta clasificación en base algún cuestión razonada, al respecto el mismo código no brinda muchas luces; sin embargo, de lo desarrollado en las articulaciones correspondientes a cada uno de estos procesos, se desprende lo siguiente; que el proceso de conocimiento, es el proceso de mayor duración de todos los que contempla el Código Procesal Civil y en el que, por lo general, se sustancian materias de gran complejidad y que necesitan de un mayor debate para la ulterior solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; el proceso abreviado, es uno de duración media; y, el proceso sumarísimo, reservado para asuntos de naturaleza sencilla o no compleja o cuya cuantía es ínfima, asimismo, podemos afirmar que es el proceso de más corta duración en nuestro ordenamiento jurídico procesal, caracterizándose por la brevedad de los plazos y por la concentración de audiencias en una sola denominada audiencia única.

Que, si bien de lo expuesto en el párrafo anterior se podría concluir que la diferencia de estos procesos, se basa en la duración de los mismos y en la concentración de actuaciones procesales, está sola forma de clasificación la convertiría en arbitraria, más aún, si se tiene en cuenta, que en la praxis judicial, no son pocos los casos, en los cuales los procesos que se tramitan en la vía sumaria, y que por lo tanto, deberían ser resueltos en un corto tiempo, geminan tardando mucho más tiempo en ser resueltos, que los procesos que se tramitan en las otras dos vías.

Entonces, debe de existir otro criterio para que se haya procedido a esta clasificación, al respecto, debemos tener en cuenta, que este criterio de clasificación estaría dado por el grado de cognición que le otorga la ley a cada proceso, así los procesos que llamamos de conocimiento

el Juez tiene una cognición plena de la cuestión controvertida, por lo que, en los procesos de conocimiento las facultades de alegación, de prueba son más amplias que la de los otros dos procesos que son objeto de estudio.

3.

PROCESO SUMARÍSIMO

De lo expuesto anteriormente, tenemos que el proceso sumarísimo es el más breve de los que ha previsto nuestro ordenamiento procesal, por cuanto, prevé una concentración mayor de las actuaciones procesales, tanto es así, que su característica principal es la existencia de la Audiencia Única, en la cual de conformidad a lo señalado en las normas procesales sería incluso el momento de expedir sentencia, siendo excepcional el hecho que se dicte sentencia con fecha posterior a la audiencia única; excepción, que sin embargo, y conforme es conocido por todos los letrados que concurren a las sedes de los distintos órganos jurisdiccionales, se convierte en regla, debido a la ya conocida carga procesal que afrontan nuestros tribunales de justicia.

Como ya se señaló anteriormente este tipo de proceso, ha sido previsto por el legislador, para controversias que no deberían de revestir mayor complejidad, más aún, si se tiene en cuenta el hecho que las facultades de alegación y prueba se encuentra limitadas; sin embargo, y como ya se viene repitiendo no es la rapidez la razón de tener el título de sumarios, lo cual, podría ser en todo caso una consecuencia de lo primero; ya que, existen procesos rápidos que pueden también ser de cognición plenaria; en consecuencia, la conclusión fundamental en este punto es que el proceso sumarísimo es tal no por la rapidez sino por la limitación cognitiva², criterio que ha sido asumido por nuestra Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio Civil, así como también en lo referente a si lo decidido en un proceso sumario origina cosa juzgada en donde se señala que lo decidido en este proceso no origina los efectos de cosa juzgada, esto debido a la provisionalidad en el fallo de los procesos sumarios, lo que importaría una garantía a favor del demandado, quien tendría la opción de discutir en igualdad de condiciones y paridad de armas en un proceso ulterior, sin restricción de alegaciones o de prueba alguna.

Pero, por qué se limita la cognición, para este extremo la respuesta es, como ha señalado el profesor Mejorada, en su participación ante el pleno supremo civil, que el motivo radica en la urgencia, esto es en otorgar una tutela más rápida, así tomando como ejemplo el otro caso emblemático del proceso tramitado en la vía sumarísima, como es el caso del desalojo por precario, éste se tramita en la vía sumaria porque importa al demandante hacer valer su derecho, en ese caso posesión, a la brevedad posible, y no dentro del tiempo lato que conllevaría la realización de un proceso de cognición plena.

2 Montero Aroca, J. 2006. "Proceso y Garantía (civil y penal) – El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad" Valencia: Tirant lo Blanch. p. 344

"la sumariedad supone limitación y ésta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la condición judicial, lo que lleva a que en el proceso sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino sólo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad de litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada"

3.1 En Conclusión en lo referente al Tema de la sumariedad

La clasificación de los procesos no es de naturaleza arbitraria, sino que esta responde básicamente en el grado de cognición que tendrá cada uno de estos procesos, siendo el proceso sumarísimo el que tiene un menor grado de cognición.

Que, la cognición en los procesos sumarísimos se encuentra limitada, tanto en las facultades de alegar como de probar; así, como también que lo decidido no genera la cosa juzgada, criterios que ya han venido siendo asumidos por la Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio.

Que, la razón de ser de los procesos sumarísimos se encuentra en la urgencia en la defensa del derecho que se pretende proteger, como por ejemplo sucede en el caso del proceso de desalojo por precario.

4.

PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Que, a las obligaciones se las ha ubicado en tres grandes sectores así, tenemos a las prestación es dar, hacer o no hacer. En el caso del otorgamiento de escritura pública, nos encontramos ante una obligación cuya prestación es de hacer. Y lo que se tiene que hacer o elaborar es la escritura pública que sustente al acto jurídico ya preexistente que se quiere documentar de modo oficial o público, para gozar con algo más de certeza o seguridad jurídica. Asimismo, cabe señalar que el proceso de otorgamiento de escritura pública ha venido siendo entendido por la jurisprudencia como un deber de las partes de perfeccionar el contrato. Ante el incumplimiento de este deber, el propietario podrá iniciar este proceso, atendiendo a las disposiciones contenidas en los artículos 1412³ y 1549⁴ del Código Civil, a fin de que la parte renuente firme la escritura de formalización y si a pesar del mandato judicial se mantiene en su negativa, es el juez quien se sustituye en el obligado.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la verdadera finalidad del proceso de otorgamiento de escritura pública, es formalizar la celebración de un acto jurídico, esto para que las partes puedan gozar con algo más de certeza o seguridad jurídica.

Que, si bien es cierto, en nuestra legislación prima la libertad de formas, reservándose las solemnidades para algunos pocos actos jurídicos debido a su naturaleza, importancia no es menos cierto, y por el contrario, es regular que el titular del derecho adquirido por la celebración de un negocio, pretenda asegurarse jurídicamente de mejor modo a través de una formalidad mucho más estable y digna de confianza.

3 **Artículo 1412.-** Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

4 **Artículo 1549.-** Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.

Al respecto, cabe señalar que, el nivel máximo de seguridad que rige en nuestro país, lo concede la inscripción en Registros Públicos, que no obstante no es constitutiva de derechos, sin embargo, la seguridad se obtiene en base de la presunción absoluta de que todos tenemos conocimiento de las inscripciones prevista en el artículo 2012° del Código Civil. Pero, un escalón debajo, en seguridad, se encuentra la escritura pública. Evidentemente un acto jurídico documentado vía escritura pública cuenta, sobremanera, con la eficacia probatoria judicial a la que se refiere el artículo 245° del código procesal civil. Y como se sabe, por todos los operadores del derecho, el contar con escritura pública es el paso fundamental para lograr la inscripción en Registros Públicos que es, como ya anotamos, es el escalón más alto de seguridad formal vigente en nuestro ordenamiento.

Y es en este momento que surge la cuestión materia del presente trabajo, esto es, que si dado el carácter sumario del proceso de otorgamiento de escritura pública, que como ya dijimos anteriormente supone una cognición limitada, es posible que se pueda analizar la validez del acto jurídico que se pretende elevar a la calidad de escritura pública.

Al respecto y en atención a lo señalado por los amigos de la curia en la sesión de pleno, y a lo visto por mi persona en la praxis judicial, en mi condición de auxiliar judicial como Relator de Sala, Secretario de Sala y Asistente de Juez, en la Corte Superior de Justicia de Lima, primero casi la totalidad de los procesos de otorgamiento de escritura se encuentra relacionados a actos jurídicos de transferencia de bienes inmuebles, siendo casos especiales muy especiales que se encuentre algún proceso relacionado con otro tipo de bien; asimismo, segundo generalmente el demandado en este tipo de procesos cae en la calidad de rebelde.

Que, como ya se ha señalado en la parte introductoria del presente proceso existen dos posiciones con respecto a si se puede analizar la validez del acto jurídico dentro del proceso de otorgamiento, así la primera señala que si es viable que se analice cuando el juez advierta la existencia de un vicio, mientras la segunda señala que no, por cuanto, en este proceso, no es cuestión controvertida, postura que ha sido recogida incluso por los Jueces Supremos en reiteradas jurisprudencias⁵.

Al respecto, y conforme a lo señalado por los profesores invitados al IX Pleno Casatorio Civil, creo que la postura correcta es aquella que estima que un Juez si puede analizar la validez del acto jurídico que se pretende elevar a la calidad de escritura pública, que como ya se señaló representa la segunda categoría de seguridad jurídica y que resulta requisito necesario para acceder a la primera, esto es, la inscripción en el Registro.

5 **CAS. N° 4232-2012-ICA fundamento 3** De conformidad con la jurisprudencia emitida por esta Suprema Corte la finalidad del proceso de otorgamiento de escritura pública, es la de formalizar la celebración de un acto jurídico y no la discusión sobre la validez o eficacia del mismo, menos el debate sobre la transmisión de la propiedad, entrega del bien o cualquier otro tipo de prestación que las partes se hayan compelido mutuamente, dado que el fin de dicho proceso es dotar de seguridad jurídica a la celebración de un acto jurídico, brindándole la solemnidad o formalidad revestida de garantías, como se ha expresado en las sentencias Casatorias N° 2069- 2001-Arequipa del tres de julio de dos mil dos y N° 2952-2003-Lima publicada el treinta y uno de marzo de dos mil cinco, entre otras; no obstante ello, no impide que en otro proceso se pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento, pues entre ambas pretensiones no existe identidad de petitorios.

4.1 Respeto a la Seguridad Jurídica

Que, conforme a lo señalado anteriormente el análisis materia de discusión resulta ser incluso necesario, por cuanto, de no ser así se estaría dejando la puerta abierta para que ingresen al registro actos jurídicos que nunca merecieron llegar a este punto, por estas razones, corresponde que de advertirse un vicio se realice el análisis de validez, más aún, si se tiene en cuenta que en virtud de lo dispuesto en este proceso, los filtros de seguridad que otorgan la verificación por parte de los notarios tanta en la producción de los actos jurídicos como en la elaboración del documento que lo contiene, así como la que otorgan los registradores, se evaden, motivo por el cual, resulta en este caso en especial que de advertirse algún vicio de nulidad el mismo sea advertido, y por lo tanto que no se declare la fundabilidad de la demanda.

4.2 Respeto al Derecho al Contradictorio

Que, asimismo este análisis debe de respetar entre otros puntos el derecho de defensa de las partes, derecho que es de índole constitucional, el mismo que se garantiza, entre otros, cuando las partes tienen la posibilidad de contradecir, esto es, cuando se hace ejercicio del contradictorio, más aún, si se tiene en cuenta que en el caso objeto del presente trabajo, este análisis supone hecho de oficio por el Juez, por lo que, a efectos de que este pronunciamiento no sea realizado de manera arbitraria corresponde que se otorgue a las partes la oportunidad de ejercer su contradictorio.

4.3 Con respecto a la Trascendencia de lo Resuelto en el Proceso de Otorgamiento de Escritura Pública

Como lo han señalado los profesores antes citados, en el proceso de otorgamiento escritura pública no se declara la validez o invalidez del acto procesal, por cuanto, esto no es el objeto de la materia controvertida, así si hallase algún vicio, este debería de servir de sustento para no amparar la demanda, lo cual, quedara expuesto en la parte considerativa de la sentencia, mas no en el fallo, quedando la cuestión a dilucidar en un proceso más lato, donde se puedan actuar otros medios probatorios, lo contrario, es decir el pretender resolver en el fondo si el acto sustento de la demanda de otorgamiento público es válido o invalido, supondría vulnerar la naturaleza urgente que tiene este tipo de proceso.

4.4 Con respecto a si no obstante el análisis, se inscribiese un acto jurídico con vicio de validez.

Que, al respecto, si no obstante el análisis básico realizado por el juzgador se produjese la inscripción de un acto jurídico que contuviese algún vicio de validez, esto no supone, necesariamente la vulneración del derecho a la seguridad jurídica de este, ya que como lo hemos señalado anteriormente el control o análisis que se realiza es somero; asimismo, el hecho que el demandado haya sido puesto en conocimiento del inicio del proceso, garantiza de modo suficiente este derecho, por cuanto, es al momento de contradecir que la parte supuestamente afectada, puede poner en conocimiento del Juez la existencia de algún vicio que este considere que acto jurídico materia del proceso podría contener.

Y de ser el caso, no obstante considerase que se vulnera su derecho nuestro ordenamiento jurídico ha previsto una serie de mecanismos que garantizan de manera suficiente su derecho, así, el demandado se encontraría facultado a dar inicio a un nuevo proceso donde pueda discutir lo que no es posible en la vía sumaria, e incluso dentro de este nuevo proceso podría solicitar las medidas pertinentes a efectos de garantizar su derecho, como sería la solicitud de una medida cautelar de anotación de la demanda, entre otros.

5.

CONCLUSIONES GENERALES

1. La clasificación de los procesos no es de naturaleza arbitraria, sino que esta responde básicamente en el grado de cognición que tendrá cada uno de estos procesos, siendo el proceso sumarísimo el que tiene un menor grado de cognición.
2. Que, la cognición en los procesos sumarísimos se encuentra limitada, tanto en las facultades de alegar como de probar; así, como también que lo decidido no genera la cosa juzgada, criterios que ya han venido siendo asumidos por la Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio.
3. Que, la razón de ser de los procesos sumarísimos se encuentra en la urgencia en la defensa del derecho que se pretende proteger, como por ejemplo sucede en el caso del proceso de desalojo por precario.
4. La seguridad que rige en nuestro país, en el aspecto de tracto inmobiliario lo concede la inscripción en Registros Públicos, no obstante que la inscripción no es constitutiva de derechos, sin embargo, la seguridad se obtiene en base de la presunción absoluta de que todos tenemos conocimiento de las inscripciones.
5. Casi la totalidad de los procesos de otorgamiento de escritura se encuentra relacionados a actos jurídicos de transferencia de bienes inmuebles, siendo casos especiales muy especiales que se encuentre algún proceso relacionado con otro tipo de bien; asimismo, segundo generalmente el demandado en este tipo de procesos cae en la calidad de rebelde.
6. La postura correcta o más adecuada es aquella que estima que un Juez si puede analizar la validez del acto jurídico que se pretende elevar a la calidad de escritura pública, que como ya se señaló representa la segunda categoría de seguridad jurídica y que resulta requisito necesario para acceder a la primera, esto es, la inscripción en el Registro.
7. Que, se debe de garantizar el derecho al contradictorio más aún, si se tiene en cuenta que en el caso objeto del presente trabajo, este análisis supone hecho de oficio por el Juez
8. Si en el proceso de otorgamiento escritura pública no se declara la validez o invalidez del acto procesal, por cuanto, esto no es el objeto de la materia controvertida, así si hallase algún vicio, este debería de servir de sustento para no amparar la demanda.

POPULISMO PUNITIVO Y EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA. LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL

Por: David A. Alan Castillo*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN I. CONSIDERACIONES POLÍTICAS DEL “POPULISMO PUNITIVO” II. PROCESO LEGISLATIVO Y CONSTRUCCIÓN PUNITIVA. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA III. VÍCTIMA Y PROCESO PENAL. ENTRE LA SOMBRA Y EL ACTIVISMO IV. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PROYECCIÓN DE LA CRIMINALIDAD V. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La función política ha contraído una novedosa obligación frente a la comunidad. Una vocación cuya expresión pragmática se encuentra vinculada, en algunas ocasiones, a la más retorcida estética retribucionista de la que el castigo hacía gala en la era medieval. Partidos Políticos, organizaciones civiles y medios de comunicación han iniciado desde hace algunos años un movimiento reducido pero englobante que busca la criminalización de aspectos de la vida social que hasta hace poco eran impenetrables por el Derecho Penal y la organización represiva del Estado, y no porque careciera de necesidad la intromisión del Estado en áreas de la vida colectiva, sino, porque precisamente, ciertos espacios de la labor ciudadana pueden ser encausados mediante otros medios tan eficaces pero menos agresivos que la intromisión punitiva de la cual el Estado es titular. El populismo penal o populismo punitivo, es una reacción, una pulsión sintomática, una expresión del poder que no tiene límites ideológicos, que se institucionaliza y convierte en regla lo que era especialmente excepcional. La criminalidad en esta era de nuevas tecnologías y de flexibilización de imperativos universales, ha conseguido captar la atención colectiva de diversas realidades sociopolíticas del globo que hasta ayer fungían como contención de la violencia estatal, ubicando el debate ya no en esquematizar si tal o cual respuesta frente al crimen es la más compatible con el modelo del Estado Constitucional de Derecho, sino,

en qué forma y en qué tiempo, sin importar las consecuencias, determinada ley o norma penal posee un mayor contenido represivo que comunica la lealtad del legislador hacia sus electores. Uso excesivo y muchas veces irracional de un instrumento que históricamente ha sido el aparato armado de gobiernos democráticamente elegidos, la legislación penal; un medio conceptual y material que dentro del tejido social invoca la injerencia insidiosa en todos los niveles de la vida del ciudadano y de sus extensiones objetivas, como la propiedad, a fin de emplear la amenaza y la coerción que la distingue frente a acciones que bien pudieran controlarse con medios menos ofensivos para la libertad individual. Esta versión moderna de las teorías retributivas tan controversiales como ilegítimas en el pasado, se encuentra afincada en el espacio de la política criminal de los Estados Liberales que viene reproduciendo una notoria actitud por reducir todo el estudio y análisis del fenómeno criminal por parte de los actores científicos, incluido su sistema de estudio y recomendaciones, a un simplismo dialéctico donde la única respuesta posible es la punición, muchas veces agravada y desproporcional, obviando supuestos tan elementales como axiológicos – *Mínima intervención y fragmentariedad* – contra comportamientos cotidianos que

“El populismo penal o populismo punitivo, es una reacción, una pulsión sintomática, una expresión del poder que no tiene límites ideológicos”

se podrían evaluar desde la óptica de las garantías constitucionales que rige el ordenamiento doméstico e internacional, evitando una sobre estimación criminológica en su tratamiento y manteniendo el equilibrio normativo para un mejor desarrollo de los principios humanistas que se espera de un Derecho Penal moderno y liberal. El presente trabajo es una breve exposición del fenómeno legislativo denominado Populismo punitivo que en las últimas décadas ha convocado

a diversos actores sociales, principalmente a legisladores, activistas políticos, víctimas y medios de comunicación, que vienen masificando la idea de que el Derecho Penal es el instrumento idóneo y omnipresente, con potencial para reducir y extinguir la criminalidad que hoy en día ha incrementado sus fronteras, a tal punto que en algunos países es necesaria la presencia de las fuerzas armadas para limitarla. Y es que el populismo punitivo entendido como una consecuencia del estado de ánimo del cuerpo social, además de una reacción improvisada de nuestras élites políticas, no se erige mucho menos como una fuente confiable y científica a la que recurrir para dar tratamiento adecuado al delito, muy por el contrario, se configura como una construcción utilitarista pobremente intelectual y desprovista de toda consideración criminológica de ciertas conductas humanas encaminadas al estatus antijurídico y que suponen la máxima evolución legislativa del sistema político de nuestro país, donde el asedio de los medios de comunicación por resolver el problema del crimen ha llevado a muchos órganos gubernamentales a dar un trato superficial al proceso legislativo de leyes penales, dando preferencia a medidas desproporcionales que contravienen principios elementales del acervo Constitucional y además, violenta el contenido de diversos derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales y convenios multilaterales de Derechos Humanos. Este trabajo no pretende hacer un listado de todas aquellas normas o leyes penales que orbitan dentro del concepto o movimiento del populismo punitivo, mucho menos se empleará las herramientas dogmáticas de la ciencia penal para clarificar tal o cual supuesto normativo; lo que se desarrollará en los siguientes capítulos es una exposición sobre el contexto y las características de esta moda legislativa, así como la desmitificación de sus supuestas bondades frente a la lucha contra al crimen; de igual manera, se

tratará de esbozar una respuesta frente a esta corriente encabezada por nuestros representantes en el Congreso cuya función ha desmerecido el llamado de profesionales y especialistas de las ciencias penales a la hora de crear leyes como ha sido tradición desde épocas republicanas, llegando al punto de promover iniciativas legislativas sin el más mínimo rigor profesional, ni que decir científico, que promueva la recolección y estudio del dato histórico, así como su corroboración fáctica; de tal manera que se estructure una respuesta sólida y no básica frente a la tendencia de expansión delictual que padecen sociedades como la nuestra, que por encanto de nuestros dirigentes, suelen situarse entre espacios pacíficos o contradictorios según el discurso político imperante, para culminar proponiendo esquemas donde se beneficie el estudio científico del crimen, la racionalidad de las medidas penales a través de una política criminal conforme a los principios de un estado de Derecho y de un Derecho Penal moderno, poniendo en evidencia de acuerdo a ciertos postulados que el proceso legislativo en materia penal, hoy por hoy, asume la tesis de un sistema que promueve una nueva configuración de intervención penal distante de las garantías constitucionales tan arduamente ganadas en los últimos años, relativizadas en favor de la mitificación del ideario ultra conservador que no ve más salida al fenómeno criminal que hacer uso de técnicas de criminalización retrospectivas carentes de racionalidad y con altas dosis de punición, que a fin de cuentas contraen espacios necesarios para la consolidación de una sociedad más libre y con menos participación del Derecho penal.

I.

CONSIDERACIONES POLÍTICAS DEL “POPULISMO PUNITIVO”

Diversas voces especializadas en ciencias políticas, como historiadores del Derecho, han encontrado un símil histórico entre la denominación y el uso del término “Populismo” que se hace en muchos espacios geográficos del mundo, sin importar la realidad política de cada uno de ellos –neoliberales, moderados o socialistas–. Así, “populismo” fue la denominación de un movimiento político de inspiración socialista que se expandió desde los años ochenta del siglo diecinueve en Rusia y que ensalzaba aquella parte de la población dedicada a la labor agrícola. Asimismo, “Populismo” fue el nombre de una agrupación política que en Estados Unidos expresó el malestar de las clases agrarias frente a los poderes fácticos y a los procesos de modernización.¹ En el universo político e ideológico de esta parte del mundo, y sobre todo durante la década de finales de los años cincuenta e inicio de los sesenta, “populismo” se convierte en un término común utilizado para referirse, en un sentido normalmente negativo, a movimientos, partidos, programas o ideologías que apelan directamente al pueblo, rechazando las mediaciones de la democracia representativa y los límites constitucionales.² Los estudios comparados sobre política y democracia en distintas partes de occidente, han concluido sobre la existencia de partidos políticos y movimientos ideológicos que dentro de determinados contextos coyunturales a nivel social, hacen uso de una particular forma de trascender el estímulo creativo del proyecto legislativo materializando el sentir crudo y real de la población en normas o legislación

1 En relación al populismo en Rusia ver, F. Venturi, *II Populismo ruso*; Einaudi, Torino 1952; sobre el populismo estadounidense, L. Goddwyn, *Democratic Promise. The Populist Movement in America*, Oxford University Press, New York 1976 y W. F. Holmes. *American Populism*, Lexington 1994.

2 Disponible en: Democracia y Populismo. Valentina Pazé, Universidad de Turín, Italia: <http://palestraextramuros.blogspot.pe/2016/05/democracia-y-populismo.html>.

hartamente improvisadas, con fines obviamente electorales. Y es que este ejercicio de veneración al sentimiento popular y colectivo, recreándolo en espacios abstractos donde la intervención especializada de peritos no cuenta con representantes, viene siendo el instrumento alegórico con eficientes propiedades comunicativas de las que la élite gubernamental hace uso para mantener la fidelidad de sectores densos propensos a otorgarle sus votos con el objeto de mantener a raya y sin ningún reparo el fenómeno criminal que por éstos días, con apoyo de los medios de comunicación masivos, parecieran incontrolables. Bajo esta premisa, se sostiene que el populismo no es un fenómeno nuevo, de ello puede dar cuenta el espectro político doméstico e internacional; el término puede que lo sea, pero el concepto como su contenido es antiguo y es muy similar a la de una generación de la democracia que antiguamente se conocía como “Demagogia”. En la obra “Política” de Aristóteles puede apreciarse la siguiente afirmación:

“Otra forma de democracia es aquella donde el pueblo es soberano y no la ley. Esto se produce cuando los decretos de la asamblea popular u otros cualesquiera son soberanos, no la ley. Lo cual sucede por causa de los demagogos. Porque en los regímenes democráticos de acuerdo con la ley, no existen demagogos, sino que los ciudadanos mejores están en los primeros puestos. Donde, empero, las leyes no son soberanas, ahí brotan los demagogos. El pueblo es entonces un monarca compuesto de muchos miembros, porque son muchos con el poder en las manos, no como individuos sino colectivamente. De todas maneras, el pueblo, como si fuera un monarca, trata de gobernar monárquicamente al no sujetarse a la ley, y se convierte en un déspota, al paso que los aduladores son honorificados. Una democracia de esta naturaleza es análoga a la tiranía entre las monarquías”³

De esta afirmación aristotélica, puede inferirse que dentro del cosmos del ideario democrático, hay manifestaciones excéntricas cuyas expresiones podrían fácilmente homologarse a sistemas de gobierno déspotas y totalitarios que originalmente existen, donde dirigentes ensimismados por las bondades del poder de turno traducen la histeria colectiva del pueblo en controvertidas leyes que en sí mismas no producen el bienestar que se demanda, sino por el contrario, la sensación toma el lugar del objeto, que en diversas ocasiones y según el grado de intolerancia que se propale, engendra particulares momentos que definen el traspaso de un modelo constitucional de gobierno a una tiranía del pueblo sobre el ordenamiento jurídico. Y es que en palabras de Aristóteles, el pueblo en algunas ocasiones se comporta como un déspota, menospreciando el conjunto racional de normas establecidas para la conducción del Estado y aplaudiendo sin temor medidas irracionales –por momentos inconstitucionales– producto del desenfreno por el control de la seguridad ciudadana; y esto es así gracias a determinados actores políticos que en puridad reaccionan cual resortes frente al descontento popular, culpando al sistema y el desinterés formal de los grupos profesionales en cuyas manos se encuentra el estudio de la política criminal, para luego estructurar un discurso reaccionario que debilite la memoria social respecto a abusos estatales cometidos en el uso de la función represiva que entraña el derecho penal. La demagogia como sus interlocutores, muestran un desprecio por la institucionalidad de la representación política como consecuencia del derecho universal al sufragio, mediante el cual la sociedad o parte de ella entrega a sus representantes – políticos y congresistas – el poder

3 Aristóteles. “Política”. Traducción de Pedro Simón Abril, Ediciones Nuestra Raza, Madrid, España; 1992, pág. 142.

necesario para que en lugar de éstos, opte por las medidas o respuestas más idóneas frente a la multitud de situaciones negativas que hagan compleja la vida en sociedad, específicamente frente al crimen y el delito, sin embargo, la realidad mundial de los Estados llamados liberales posee un factor común con gobiernos de algunas partes del planeta donde aún se practica el retribucionismo instintivo donde la represión y la violencia estatal contra sus ciudadanos es reivindicada a favor de la tranquilidad y seguridad sin demostrar la menor correspondencia entre libertades y derechos. En ese sentido, la democracia constitucional es un régimen en el que el pueblo gobierna a través de sus representantes, pero no puede transformar en ley cualquier deseo o voluntad. En una democracia constitucional, el parlamento y el gobierno encuentran vínculos no solo formales sino también sustanciales: hay una esfera de lo indecible sustraída a la disponibilidad de las mayorías democráticamente elegidas, que tienen que asumir decisiones coherentes con los principios constitucionales.⁴ En cambio, la idea básica de la concepción populista de la democracia es que el pueblo tiene siempre razón y tiene que tener siempre la última palabra. Este conjunto de proposiciones que son recogidas para dar contenido al discurso de nuestra clase política respecto al tratamiento de libertades e intervención del Estado en la persecución del delito, exterioriza las características de la lógica del legislador en el procesamiento de la información y creación de normas penales de incidencia general, que por otro lado, como si se tratase de una actuación premeditada, es usada para simplificar la comunicación pública que dirige hacia la colectividad, específicamente a su electorado, proponiendo medidas que no encuentran asidero científico desde las áreas sociológicas y criminológicas encargadas del estudio del fenómeno, pero si un gran efecto a corto plazo que redundan en las preferencias electorales más que en las soluciones debidamente estructuradas de política criminal, que son desechadas del discurso tradicional precisamente porque el largo plazo que supone su efectividad contraviene sus intereses partidarios, situación que el derecho Penal parece superar al contar de consenso general y con garantías de que su violencia es más efectiva que cualquier mecanismo racional de intervención. El “Populismo Punitivo”, viene creando desde algunas décadas un escenario vital para su expansión, la injerencia ilimitada de la función punitiva del Estado en espacios sociales, haciendo del Derecho Penal un instrumento de comunicación Política y un espejismo peligroso para el enfrentamiento del crimen organizado.⁵

II.

PROCESO LEGISLATIVO Y CONSTRUCCIÓN PUNITIVA. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA

Algunos tratadistas han definido conceptualmente al populismo punitivo como una tendencia de las autoridades estatales de realizar acciones rápidas y eficientes, materializadas en reformas penales mediante la vía rápida con el fin de brindar una respuesta aparente a la percepción de inseguridad por parte de la sociedad y el supuesto crecimiento de los fenómenos delictivos. Autores como Elena Larrauri, estiman por ejemplo, que fue Antony Bottoms el artífice

4 Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2001, pág. 41.

5 Sobre todo, el populismo desde una óptica netamente ideológica y política rechaza las mediaciones típicas de la democracia representativa e implica una actitud hostil hacia los contrapoderes que en una democracia constitucional limitan y contrapesan el poder del pueblo: los jueces, la prensa libre, las autoridades independientes no electivas, los gremios profesionales, etc.

de la expresión “populismo punitivo”; sin embargo, al proponer dicho término se hace alusión a la utilización del Derecho Penal por políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político criminales tales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas del delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos esenciales para la vida en sociedad.⁶ Esta lógica utilitarista sobre el Derecho Penal posee un sesgo ideológico que se viene extendiendo en gran parte del hemisferio occidental a la hora de legislar en materia penal⁷; nuestro país no está apartado de dicha corriente, entre muchas modificaciones al Código Penal, tenemos por ejemplo que en los últimos años se promulgaron reformas sustantivas que introdujeron figuras típicas como el feminicidio, el maltrato animal o la denominada conspiración delictiva cuyos antecedentes dogmáticos no son tratados en la parte general de nuestro ordenamiento punitivo, trayendo consigo un incremento sustancial de las penas legales que no consideraban la incongruencia respecto a la dosis punitiva de otros tipos penales con mayor intensidad lesiva para los bienes jurídicos tutelados y menos aún, de un estricto y consensuado contenido del injusto de acuerdo al sistema dogmático tradicional. Es por ello que las sustituciones verbales enmascaradas como contribuciones al conocimiento son tan ineptas y groseras que es difícil aceptar que autores realmente crean estar revelando verdades nuevas, como seguramente ocurre y no que están riéndose con disimulo de la credulidad de su audiencia.⁸ En ese camino, la búsqueda por la seguridad ciudadana⁹ ha sumido a ese porcentaje intelectual reacio a tolerar fricciones políticas a considerar seriamente los planteamientos mediáticos que nuestra élite gubernamental propone y que ve en el sistema punitivo la vía idónea para enfrentar la criminalidad convencional y no convencional, con respuestas heterodoxas que contravienen frontalmente disposiciones constitucionales y derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, empobreciendo el debate y soslayando instituciones o categorías dogmáticas como el principio de culpabilidad con el único afán de ver satisfecha la demanda electoral que los ha llevado al lugar donde se encuentran. El proceso de creación legislativa, más allá de la síntesis formal del procedimiento y los rituales, se ha convertido en una administración de propuestas a corto plazo que busca en mayor medida la satisfacción primaria del clamor popular –lo cual si bien desde una perspectiva representativa responde a la responsabilidad funcional de cada integrante del parlamento, se aleja sustancialmente del estudio y análisis de las causas, factores y variables del auge del delito y de sus potenciales respuestas por parte de la administración de justicia penal y de las agencias judiciales encargadas de ejecutar las leyes producidas en el Congreso– y la veneración del castigo como elemento nuclear en la política criminal dominante. En esta realidad, la experiencia de los profesionales en ciencias criminales, penales y sociológicas

6 Elena, Larrauri. *Populismo Punitivo, y cómo resistirlo*. Jueces por la Democracia N° 55, Pág. 15-23, Santiago de Chile, 2006.

7 En la misma dirección, Roberts et al. (2003) vincula el concepto de populismo punitivo a la tendencia de los políticos en sacar ventajas electorales entorno a la penalidad en situaciones en las que el finalismo político-electoral prima sobre consideraciones acerca de la efectividad de las propuestas punitivas. Añade, además, como parte del concepto de populismo punitivo el hecho de que determinadas propuestas en torno a la política criminal busquen únicamente lanzar mensajes a la opinión pública, despojándose de una articulación más compleja que proponga hacer frente al problema de la criminalidad. En: Luiz Peres Neto. *El Populismo Punitivo en España: del estado social al estado penal*. *Surveillance in Latin América*, Curitiba, Brasil, 2009.

8 S. Andreski. *Las Ciencias Sociales como forma de Brujería*. Madrid, Editorial Taurus, 1973, pág. 78.

9 Por seguridad ciudadana se entiende, según el PNUD (2012) Polsepaz: La condición personal, objetiva y subjetiva de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros; en: www.pnud.or.cr

no es contada al momento de debatir las medidas tentativamente presentadas como proyectos de ley; el agotador análisis de categorías conceptuales proveniente de las ciencias sociales y empíricas parecen desanimar al legislador, cuya presencia en el poder está suscrita al cumplimiento de innumerables promesas electorales que debe realizar a como dé lugar y aún a costa de la legitimidad del ordenamiento jurídico penal, puesto que si bien en la fase previa a su elección como autoridad el crimen y el delito eran el sustento y contenido de su discurso, ahora, frente a los poderes propios como legislador y en uso de las facultades constitucionales de dicho cargo, la emisión de leyes para la contención de la criminalidad debe prescindir del diálogo y acercamiento con las élites de especialistas pues según su óptica, es ésta la que impide un ejercicio ágil y ávido contra el fenómeno delictivo, y porque además, empobrece la genialidad de una propuesta popular que busca efectos inmediatos a corto plazo, dejando de lado los efectos de largo alcance para la retórica del siguiente proceso legislativo; así, el Derecho Penal, sobre todo su capacidad de inhibir a las personas según el grado de intervención que ejerza, es manipulado por políticos para expresar una imagen de dureza contra el crimen, asegurando la apariencia de pacificación de sectores que regularmente subsistían a pesar de la existencia de legislación penal para combatirla, creando un nuevo lenguaje a partir de la institución punitiva y acercarse a sus clientes electorales; de esta manera esta corriente profundiza en la actitud de tomar al Derecho Penal, con todos sus defectos y virtudes, como un medio de comunicación política desterrando principios elementales¹⁰ propios de un Estado de Derecho y privilegiar la construcción de un Estado Policial con mayor potencial de injerencia.

Claramente se evidencia una corriente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad de la gente, del sentido común, de volver a lo básico. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino de la gente sufrida y mal entendida, especialmente la voz de la víctima y de los temerosos y ansiosos miembros del público.¹¹ Esta contradicción podemos observarla desde que llegó al Perú la noción de internacionalización de las tecnologías y el crimen organizado, entre otros fenómenos producto de la globalización, momento crucial para la renovación de cuadros y paradigmas que debían quedar en desuso dada la compleja fenomenología delictiva que traía consigo la modernidad, y es que el discurso del populismo Punitivo históricamente parece haber hecho su aparición luego del deterioro del Estado de Bienestar como consecuencia de dilatadas crisis económicas y sociales que se produjeron en diversas partes del mundo a mediados del siglo XX, los efectos subsiguientes fueron la adopción de las recetas neoliberales que desataron cambios estructurales en el entender del Estado del bienestar.¹² Como consecuencia del empeño hacia una

“La idea básica de la concepción populista de la democracia es que el pueblo tiene siempre razón y tiene que tener siempre la última palabra”

10 Uno de ellos es el principio fundamental de culpabilidad, que como es sabido, limita la forma y medida de la pena a la gravedad del injusto y la culpabilidad.

11 Garland, David. *La Cultura del Control*. Editorial Gedisa, Barcelona 2005, pág. 49.

12 El fomento hacia la adopción de acciones políticas injerencistas, trajo consigo un cambio en la orientación de las políticas públicas de un Estado. Colateralmente, la carga punitiva de las políticas criminales neoconservadoras comporta una acción selectiva del Estado hacia determinados grupos o clases sociales potencialmente peligrosos. Igualmente, impacta profundamente en la gestión del sistema penitenciario, legitimando una nueva cultura del

política de déficit público cero, asociado a la flexibilización de las relaciones laborales y a la reducción de las competencias y dimensión del Estado Social, posterior a la década de 1990, se redujo aún más el espacio destinado a la acción política frente a los problemas de cuño social. Igualmente, es en este contexto que gana cuerpo la política criminal neoconservadora que, en parte, busca emplear el Derecho penal para ofrecer soluciones a distintas tensiones en la Sociedad.¹³ En ese orden de ideas, se aprecia que en las últimas décadas, y esto es una realidad regional, la sociedad pasó a depositar en el Sistema Penal, especialmente en la función de las penas y en la selección de lo punible, la expectativa de que éste sería capaz de solventar los más diversos problemas sociales, no sólo aquellos que suponen una amenaza grave o violenta a los bienes jurídicos protegidos penalmente, sino a aquellos que por su trascendencia bien podrían encargarse a otros sistemas de contención pública.¹⁴ Sobre este tópico, en anteriores publicaciones he tratado el problema de la necesidad de la intervención permanente del derecho penal en la esfera pública, básicamente en áreas sensibles donde la convivencia del Derecho punitivo con otras disciplinas del ordenamiento sería intolerable dada la funcionalidad de cada una de ellas respecto a la vida del ciudadano; no obstante, la temática de este artículo confiere la posibilidad de mantener y proseguir la proposición de que a más Derecho Penal, menor cuantificación de libertad individual. La tarea o función del derecho penal en la sociedad, a fin de cuentas, no persigue la construcción de una sociedad más consciente, tampoco lleva consigo el mensaje de salvación para todos y cada uno de los males que se engendran en el seno de la comunidad; estos sub fenómenos o sub realidades tienen como causas circunstancias que deben ser estudiadas bajo el filtro de determinadas ciencias empíricas que permitan una comprensión objetiva del asunto y una respuesta racional efectiva para reconducirlas. El Derecho Penal como tal, interviene en la comunicación intersubjetiva individual, con el fin de estructurar límites a la acción objetiva que desarrolla cada persona dentro de la competencia o ámbito de organización que le es propio, esta disciplina no se concibe como un modelador cognitivo que estructura la noción psíquica que se tiene del entorno, menos del futuro; las leyes penales entran a consideración de los operadores de la justicia penal una vez constatada la infracción de una norma de conducta o cuando se pretende o se lesiona un bien jurídico pasible de protección normativa lo suficientemente desestabilizadora que requiera la intervención del estado para sosegarla; solo en dichas condiciones el Derecho Penal puede invocarse a través del proceso, no antes, mucho menos para servir al interés político de ciertos personajes que comulgan con la idea de que a mayor penas, menor delincuencia. Esta lógica elemental y primaria dominante entre nuestra élite política, nos viene conduciendo a supuestos tan grotescos que en algunas ocasiones los profesionales del Derecho se ven obligados a retroceder frente a tanta reacción mecánica que busca réditos políticos y no soluciones orgánicas. No es posible que hasta el día de hoy, los partidos políticos tengan tanta facilidad de ofrecer medidas como la aplicación de la pena de muerte o la instauración para algunos delitos de la cadena perpetua, como si la eliminación del sujeto de derecho o su incapacitación perpetua eliminara el germen del delito que tiene como caldo de cultivo una sociedad violenta y despojada de toda noción de racionalidad, buscando la dureza en la respuesta al crimen sin ser duro con las causas de

control social mientras se reafirma la acción política ante las tensiones sociales. En: *El Populismo Punitivo en España: De un estado social al estado penal*, Surveillance in Latin América, Curitiba, Brasil, 2009, pág. 221.

13 Navarro Vincec. *Neoliberalismo y Estado de Bienestar*. Editorial Ariel, Barcelona 1996, pág 71.

14 Hassemmer, W. ¿Porqué y con quien se aplican las penas?, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, Vol. 3, Nº 2, Págs. 317-331. 1999.

la criminalidad.¹⁵ Basta cifrar algunas características de esta corriente punitiva para apreciar a simple vista que su letalidad está condicionada a la propia supervivencia de los principios del Estado de Derecho, a saber: *i*) Criminalización de conductas pasibles de ser compelidas por mecanismos no penales, *ii*) Incremento de las Penas Privativas de la Libertad, *iii*) Endurecimiento del Sistema Penitenciario eliminando beneficios tradicionales, *iv*) Centralismo de la Víctima y limitación a las soluciones alternas al proceso penal, entre otras. Cada expresión del populismo punitivo fácilmente podrían responderse de manera crítica desde postulados liberales y condicionados a los valores del moderno Estado de Derecho, empero, dicha posibilidad escapa de la voluntad reducida del presente trabajo, sin embargo, el mensaje que pretendo trasladar a la opinión pública no es aquella dotada del lenguaje dogmático a veces difuso incluso para nuestro entorno técnico, sino, la de clarificar la idea de que el Derecho Penal, entendido como norma sustantiva, procesal y de ejecución penal, no puede ser utilizada para contrarrestar cada expresión de contradicción del ordenamiento jurídico imperante, tener la idea de que sí es producto de la masificación mediática de la lógica punitivista que encuentra legitimidad en los estados de ánimo de la sociedad a través de sus disconformidades en relación al sistema de respuesta convencional contra la criminalidad, ayudados con un toque de sensacionalismo típico de los medios de comunicación; para dicha tarea el Estado cuenta con diversos elementos disuasivos menos lesivos para la integridad de la ciudadanía – Derecho Administrativo, Civil, Tributario, etc. – e igual de eficaces en tanto su ejecución sea la consecuencia de una actuación interinstitucional que convoque no solo a autoridades y funcionarios gubernamentales, sino, a profesionales, especialistas y a la sociedad civilmente organizada. Es imperativo manifestar que el exceso del uso del derecho Penal en nuestra realidad tarde o temprano sacará a flote las inmundicias inevitables de su operatividad. Principios como la *Minima intervención o Última Ratio*, co-existen dentro del universo axiológico jurídico penal para estructurar una respuesta racional y no instintiva por parte del Estado y la ley penal. En ese sentido, el programa inescrupuloso y superficial de la mayoría de partidos políticos a la hora de comunicar sus propuestas populistas a la comunidad, ha tomado como vehículo de comunicación al Derecho Penal, ya sea porque la implementación de las reformas legislativas de esta naturaleza son inmediatas, o porque sus efectos son menos costosos y maleables conforme a los intereses electorales, configurando un nuevo modelo de intervención penal en la que las libertades individuales se relativizan a favor de la estabilidad social y la violencia estatal se justifica retóricamente a fin de aplacar la amenaza del Crimen Organizado que tiene en vilo a muchas sociedades de esta parte de la región, sin tomar en cuenta que la funcionalidad de un sistema jurídico típico de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, proscribió de plano aquellas prácticas desproporcionadas e irracionales que se pretenden ejercer desde el monopolio de la fuerza que posee la sociedad por cuenta del aparato estatal. Creer que el derecho Penal y su sistema de integración represiva es un ingenio virtuoso que trae consigo la modernidad, a través de codificaciones extensas pero estériles, que crean nuevas conductas punibles e incrementan penas ya existentes, no es más que un desperdicio de energía y voluntad por construir de una vez por todas un sistema penal acorde con los estándares internacionales de intervención punitiva y funcional desde una perspectiva moderna de un Derecho Penal Liberal, en la que su actuación material este restringida solo a aquellos desarrollos fácticos antijurídicos que tengan la propiedad de perturbar el status dinámico de la sociedad y se regrese a la consulta

15 Sullivan, R. Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies. Cullompton: William Publishing, 2001, pág. 41.

obligatoria del trabajo científico profesional de los grupos encargados del estudio del fenómeno criminal para dotar de contenido racional la respuesta del Estado.

III.

VÍCTIMA Y PROCESO PENAL. ENTRE LA SOMBRA Y EL ACTIVISMO

La moderna política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho Penal Tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado. De esta manera la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. En contra disminuyen sus posibilidades de defensa y también de crítica de excesos del legislador. En el ámbito del proceso, específicamente del Derecho Procesal Penal, las modernas orientaciones tienden al endurecimiento y des formalización de los instrumentos tradicionales.¹⁶ Este enunciado advierte una realidad generalizada a nivel de la cultura jurídica germano románica en torno al novedoso activismo de la víctima en el proceso penal, y de la flexibilización de diversas garantías procesales del imputado durante la tramitación de la averiguación de la verdad por parte del sistema de justicia penal. Este antagonismo natural e impercedero ha sido históricamente regulado con normas procesales fieles a las modernas tendencias constitucionales que ven en la protección de derechos fundamentales, sobre todo del procesado, la vía original para legitimar la intervención punitiva del Estado, o bien llamadas garantías constitucionales. La novedad desde

“La tarea o función del derecho penal en la sociedad, a fin de cuentas, no persigue la construcción de una sociedad más consciente”

finales de la década de los años ochenta en la mayoría de ordenamientos penales procesales de la región, es la impresión amalgamada y sobre dimensionada del papel de la víctima en el proceso penal, lo cual desde un punto de vista formal no tendría mayor incumbencia en el proceso de selección de culpabilidad del autor o autores de determinados ilícitos penales, sino fuera por la desfiguración y sobre valoración de

ésta por parte de algunos grupos de la sociedad civil y sobre todo de los medios de comunicación, que han procurado la creación de un escenario propicio para la emisión de leyes desprovistas de racionalidad, legitimidad y eficacia necesaria para combatir el crimen en términos de fiabilidad y respeto a los Derechos Humanos. La exageración en la regulación y uso de la prisión preventiva, la configuración de procesos penales especiales como el proceso inmediato que incide directamente con el derecho fundamental a la defensa, la imposición de penas elevadas, entre otras expresiones de absolutismo inquisitivo, vienen convirtiendo al derecho procesal penal en un instrumento de la reaccionaria venganza privada, tan desdichada desde la llegada de la ilustración en la cultura occidental. Un ejemplo de ello en nuestro ordenamiento penal, entre tantos otros, fue la promulgación del Decreto Legislativo N° 1194, que regula el proceso inmediato en casos de flagrancia. Automáticamente, las agencias judiciales empezaron a hacer uso de esta

16 Hassemer, Winfred. *Perspectivas del Derecho Penal Futuro*. Traducción de Enrique Anarte Borallo; Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/12> ; pág. 39.

herramienta que simplifica la burocracia procesal con fines de una sentencia condenatoria en el menor tiempo posible, obteniendo el beneplácito de la opinión pública y sobre todo, de los medios de comunicación. Lo irracional de esta medida procedimental no se configura desde el discurso de la desesperación pública por el avance del crimen común y organizado, que delega en el legislador la posibilidad de crear leyes penales conforme el Estado de Derecho, por el contrario, normas como el Decreto Legislativo N° 1194, emplean fórmulas adjetivas abusivas y desproporcionadas con el único fin de acelerar el fin de la angustia popular, como si ésta fuera un elemento técnico y científico a la que recurrir para construir la respuesta del Estado contra la criminalidad. El proceso inmediato en casos de flagrancia ya tiene un gran número de detractores, la doctrina nacional como era de esperarse, empezó un trabajo científico para desmontar sus supuestas bondades en perjuicio de los valores y principios del sistema acusatorio constitucional que perfila al derecho al debido proceso, específicamente el derecho a la defensa, como contrapeso fundamental al abuso de la facultad represora y persecutora del delito canalizada a través del Ministerio Público, incluso altos tribunales de justicia se han sumado a la corriente garantista que proclama la consolidación del respeto de los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso y así desterrar las prácticas arbitrarias desde el lado de la aplicación literalista de la ley penal.¹⁷ Sin embargo, esta respuesta conjunta de especialistas y jueces no es suficiente para contener la idea de multiplicación del crimen y el incremento de la sensación de riesgos e inseguridad ciudadana que proyectan de manera superficial pero efectiva los medios de comunicación a través de todas sus plataformas; en estas circunstancias, no es posible encontrar desde los años noventa reformas procesales que apelen a los principios del Estado de derecho, muy por el contrario, las nuevas formas de injerencia son el primer paso de un modelo procesal en el que son sacrificadas una parte de las garantías del imputado, que según la lógica inquisitiva, constituye un presupuesto indispensable para una activa y responsable participación en el proceso penal de la víctima, y esto parecen haberlo entendido muy bien las empresas de comunicación. La explotación de la imagen de la víctima del delito, el uso indiscriminado de su historia personal y las consecuencias naturales del proceso de victimización, son presentadas por organizaciones del fuero civil para lanzar el mensaje de tolerancia cero contra el crimen y el ensalzamiento de la imagen del desfavorecido como única proyección real de una sociedad escandalizada por la corrupción de los funcionarios que administran justicia. Estas expresiones, si bien se corresponden con parte de nuestra realidad jurisdiccional, donde la idea de corromper se ha generalizado en todas las jerarquías, no es óbice para permitir la desnaturalización del papel de la víctima en el proceso penal y mucho menos, para otorgarle poderes cuya titularidad debe permanecer en la esfera de técnicos que intervienen en todas las etapas de la investigación penal, como es el Ministerio Público. La consolidación de la primacía de garantías constitucionales propias de la labor constitucional general, debe distribuir de manera equitativa derechos y obligaciones a todos los actores en el proceso, de tal forma que imputado y víctima se beneficien del respeto irrestricto de la libertad a probar y ser escuchado. Con todo ello, la manipulación mediática que realizan los medios de comunicación y ciertas organizaciones civiles respecto a la Víctima, por otro lado, tampoco debería ser un argumento para abstraerla de toda identificación en relación al

17 Vease por ejemplo las Sentencia de Segunda Instancia emitidas por la Segunda Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en los expedientes N° 00186-2016 y 001009-2016, de fechas 16 de mayo y 03 de junio del año 2016, respectivamente, en la que se resuelve declarar la nulidad de resoluciones de primera instancia que resolvieron declarar procedente la incoación del proceso inmediato, entre otras razones, por una clara vulneración a derechos constitucionales en razón del apresuramiento procesal sin la debida actividad probatoria.

procesamiento de los autores del delito en su agravio. Pienso que la víctima debe intervenir en el proceso penal bajo las exigencias de una confrontación igualitaria que permita el conocimiento histórico de los sucesos por parte de los tribunales, renunciando a excesos premeditados y a técnicas de victimización en la exposición de sus pretensiones que solo producen la sensación de lástima pero no de reivindicación conforme a la norma penal que deba aplicarse. En todo caso, dadas las condiciones de nuestro ordenamiento procesal penal, la víctima cuenta con mecanismo legales que fortalecen su derecho de intervención en el proceso penal, la reparación civil y moral es una de ellas, pues parte de un aspecto moderno y atractivo de la teoría de la pena, incluso ésta como interesado político criminal tiene el uso de la palabra en todos los escenarios de la vida social.¹⁸ En otras palabras, lo que aquí se trata de proponer sintéticamente es que la posición de la víctima no debe ser superada por intereses diversos que desdibujan su rol en el proceso, la víctima debe recibir todo el apoyo de la sociedad y de los organismos gubernamentales, empezando por la jurisdicción a la hora de resolver los procesos instaurados; empero, su condición como tal debe alejarse de los intereses particulares de venganza encabezadas por los medios de comunicación - que dicho sea de paso, conocen de aplicación normativa penal como de política criminal, tanto como yo de física termonuclear - que buscan con exclusividad fomentar la idea de caos e indiferencia del ordenamiento jurídico, el incremento de penas, el endurecimiento del sistema carcelario y la promulgación de leyes simbólicas que no atacan las causas reales del fenómeno delictivo. Parte de la solución, como ya lo he dicho anteriormente, se encuentra en manos de especialistas, no de las empresas de comunicación, pero si en parte de la sociedad civil organizada en tanto el debate previo a la creación legislativa de normas penales se nutra de la experiencia técnica de las élites profesionales de las ciencias penales.

IV.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PROYECCIÓN DE LA CRIMINALIDAD

Un aspecto muy complejo y controversial es el referido a los medios de comunicación masiva y su indiscutible poder de trasladar la información al ciudadano. La construcción de una sociedad más reflexiva y participativa en la toma de decisiones políticas, ha encontrado históricamente como aliado a la prensa y a la libertad de información, cuyo fundamento constitucional se encuentra definido en normas locales e internacionales. En ellas se concibe a la libertad de prensa e información como un derecho fundamental irrestricto de la cual debe beneficiarse la colectividad en su conjunto para la formación de la opinión pública. Y es que en la importancia del papel de la prensa en nuestra cultura política y social contemporánea, es innegable advertir la acumulación de poder que ostentan los grupos de empresas dedicadas a la masificación de la información, cuyo mayor activo - y que las distingue de otros poderes de facto - es precisamente ese conglomerado de datos reales e irreales, según corresponda, que ponen a disposición de la ciudadanía como fuente de inspiración para la producción del juicio público. Sin embargo, en nuestra coyuntura, los medios de comunicación hacen uso de ese poder muchas veces desmesurado para crear y guiar la agenda legislativa al ritmo de las percepciones que crean a través del tratamiento “especial” que le dan a la información sobre el crimen que recoge de la

18 Hassemer, Winfred. *Perspectivas del Derecho Penal Futuro*. Traducción de Enrique Anarte Borallo; Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/12>, pág. 41.

población. Un tratamiento ingenuo y errático que demuestra un desconocimiento total de política criminal y de factores criminógenos, que si bien es cierto, no están obligados a manejar como si lo hacen los entendidos en el tema, pero que por su trascendencia y función social, debería llamar la atención para erradicar prácticas que lindan con el discurso de la violencia privada y la venganza particular. Sobre este punto, es importante recalcar que si bien es cierto algunos estudios científicos han establecido una leve alza en el problema de inseguridad, las cifras confrontadas con la realidad no son coincidentes y eso se establece básicamente porque los juicios y opiniones no se ajustan a la realidad, en parte porque son severamente afectados por las representaciones que crean los medios de comunicación masiva - en especial en su vertiente noticiosa -, advirtiendo que el temor entre la población aumenta a un ritmo que no corresponde con el incremento en las tasas de delictividad o con los riesgos que verdaderamente enfrentan las y los habitantes del país.¹⁹ Haciendo un ejercicio básico de estadística, este supuesto incremento en la tasa de criminalidad no responde generalmente a un aumento de incidencias delictivas respecto a delitos cuya práctica tradicional es conocida - Robo agravado, homicidio, secuestro, violación, etc. - sino que año a año las cifras oficiales van a crecer necesariamente debido a factores como el crecimiento poblacional y sobre todo, por la creación de nuevos tipos penales que entran a regir año con año;²⁰ en consecuencia, el incremento de la criminalidad que presentan los medios de comunicación, no es producto de la recolección y análisis del dato empírico, sino, de la valoración de hechos conforme al ideario conservador carente de conocimientos científicos criminológicos. Algunos estudiosos de la relación entre medios de comunicación, información y opinión pública estrechamente ligadas al tratamiento del delito, han estructurado conceptos e instituciones subjetivas como la categoría *emocional y cotidiana* para referirse al proceso ideológico que imprimen algunos sectores de la sociedad civil, especialmente los medios de comunicación, en el proceso de análisis de la información estadística delictiva. Aquí la posición adoptada, por las empresas de comunicación, obedece básicamente a una convicción, a una fe o en su defecto a un principio axiológico categórico de quienes discuten. En el caso del populismo punitivo y de la seguridad ciudadana, el mensaje de algunos de sus mecenas (Mensaje de las agencias del Estado que forman parte del Control Social, políticos, organizaciones privadas de defensa de los derechos de las víctimas, y medios de comunicación.), se ubica precisamente en ese nivel (subjetivo emocional). El cayado del mensaje no es un argumento. Es una simple imagen de las ideas donde no se apela a la racionalidad (no existe un mínimo de intersubjetividad), sino a la afectividad y al sentimiento (como una falacia del todo).²¹ En ese sentido, influye la gran atención que le

19 Kliksberg, B. Mitos y Realidades sobre la criminalidad en Latinoamérica. Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, San José, Costa Rica, 2007, pág. 5.

20 Zamora-Acevedo, Miguel. El Discurso del Populismo Punitivo. San José, Costa Rica; Disponible en: [file:///D:/Users/fn/Downloads/014%20%2053%20El%20discurso%20del%20populismo%20punitivo%208%20de%20nov%2013%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/fn/Downloads/014%20%2053%20El%20discurso%20del%20populismo%20punitivo%208%20de%20nov%2013%20(1).pdf), pág. 167.

21 Salas, M. La Falacia del Todo. Claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Costa Rica; Disponible en: <http://www.rtdf.es/numero10/2-10.pdf>,

dan los medios de comunicación a las noticias violentas y a la criminalidad –sólo hay que ver con qué frecuencia se ocupan del tema los diarios y noticieros - fruto del juego del rating y las utilidades, pero que en efecto hace crecer el miedo al delito y la indignación general. Lo cual, al parecer facilita que el pueblo se muestre punitivo y exija cada vez más protección frente a los delincuentes – así sea a costa de ellos - y que se reduzca el riesgo de ser victimizado en el futuro.²² Lo cual desde un plano netamente criminológico, no debería resultar o tomarse en cuenta como una premisa válida en el proceso legislativo de normas penales dirigidas a contener el delito. El conjunto normativo, específicamente la esfera sustantiva de nuestro código penal, está repleta de tipos penales cuyos supuestos de hecho no encuentran una configuración material para ser aplicados objetivamente, a ese nivel de desuso de tipificaciones hemos llegado debido a la idea del conservadurismo político que cree que mientras más voluminoso nuestro código, más efectivo y autosuficiente resulta. Si a esa perversa realidad le añadimos nuevos tipos penales creados por impulso de la desesperación que proyectan los medios de comunicación, que al corto plazo producirán los resultados ansiados por la propaganda, en unos años estaremos contemplando la universalización de la idea de que los amos del gobierno en la política criminal del Estado no corresponde a la élite profesional encargada del estudio de estas materias, sino, a los medios de comunicación y a políticos irresponsables que no ven más horizonte para el Derecho Penal que una caverna enclavada en lo más profundo de la irracionalidad humana, el derecho Penal como ciencia no se merece aquello. En virtud de estas consideraciones, voces autorizadas a nivel mundial vienen trabajando doctrinaria y jurisprudencialmente para desterrar del espacio de la discusión científica del Derecho penal las elucubraciones y empobrecidas opiniones de los medios de comunicación y de políticos acostumbrados a ganar dinero y clientes a costa de la desmantelación gradual de nuestro ordenamiento jurídico, poniendo énfasis en el regreso obligatorio del trabajo conjunto entre políticos, agencias judiciales, funcionarios gubernamentales, sociedad civil y profesionales especialistas de las ciencias penales. De lo contrario, nuestra visión como civilización racionalmente organizada perderá su condición para ser absorbida por intereses particulares. Son muchas las razones que se consideran seriamente hoy en día para evaluar si realmente el trabajo de los medios de comunicación están dirigidos a incrementar el grado de fiabilidad de la información que abastecen a la sociedad, o si por el contrario, sus actividades con incidencia directa en la construcción de opinión pública de la colectividad, buscan excluyentemente un fin lucrativo; pues este interés en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados, descontextualizados, que se incrementan sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando.²³

pág. 36.

- 22 Torres Cadavid, Natalia. *Populismo Punitivo en Colombia: Una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*. Dirección de Investigación y Docencia, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia; pág. 24.
- 23 Díez Ripollés, José Luis. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 6, Núm. 3, 2004. 34 p. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, pág. 25.

V. CONCLUSIONES

1. La idea de que la criminalización de nuevas conductas y el incremento de penas para ilícitos contemplados por el ordenamiento sustantivo, refuerzan determinados consensos para la vida en sociedad es una falacia estructurada desde el ideario conservador de ciertos círculos políticos que ven en el Derecho Penal la fuente de pacificación social ideal. Esta idea socava los principios elementales del Estado Constitucional de Derecho, pone de relieve la fragilidad del discurso para la legitimación de un Estado Policiaco y desplaza del debate la opinión especializada de profesionales de las ciencias penales, reconduciendo el proceso legislativo en la creación de normas penales a un escenario donde se fomenta el análisis superficial del fenómeno criminal y se privilegia la respuesta populista del Sistema Punitivo. La lucha contra el crimen y la inseguridad ciudadana no debe concebirse como una acción conjunta desde las potencialidades del sistema punitivo, por el contrario, se deben esquematizar propuestas donde el Derecho penal se ubique como último instrumento a considerar y las políticas públicas tales como educación, fomento de condiciones sociales favorables al desarrollo de la personalidad del ciudadano y la inversión sustancial en la investigación criminológica, entre otras que consideren la masificación de la configuración de la institucionalidad en la respuesta frente al crimen, primen como mecanismos de integración científica y social, cuyo producto permita entender cualificadamente las causas del delito y proponer a partir de ello, respuestas eficientes y sobre todo racionales de política criminal. La criminalización de conductas y endurecimiento de penas no han tenido los efectos esperados contra el crimen, seguir afirmando que es una de las herramientas idóneas para su mitigación es una mentira cuya demostración material puede advertirse de las estadísticas oficiales de nuestro país y en la de algunas potencias extranjeras. Baste citar la situación social y criminógena de Estados Unidos, primera potencia global cuya respuesta contra el delito –pena de muerte y cadena perpetua tradicionalmente – no han logrado reducir la tasa de violencia entre sus ciudadanos, por el contrario, penas de esta naturaleza se siguen imponiendo en diversos estados y el Crimen Organizado ha incrementado sus espacios de intervención, lo cual traduce el fracaso del sistema punitivo absolutista retributivo.
2. Debemos insistir en la modernización de ciertos sistemas jurídicos alternos al Derecho Penal que permitan con mayor eficacia y menos violencia, la contención de comportamientos ajenos a la vida pacífica en sociedad. La preferencia de sanciones como la multa, la inhabilitación, los servicios a la comunidad y el propio derecho administrativo en casos de injustos de mínima lesividad, deben primar como mecanismos en la lucha contra la delincuencia común, reservando las penas privativas de libertad a los delitos de mayor trascendencia social. Para ello, se debe apelar a la modernización y formalización del sistema de registros públicos y los sistemas de registro de todo tipo de propiedades, de tal manera que una sanción pecuniaria resulte de mayor incidencia y desventaja para el ciudadano, así como los servicios comunitarios puedan tener mayor efecto disuasivo, que la propia imposición de una pena privativa de Libertad. Necesitamos concientizar a la población sobre los efectos perniciosos de la tolerancia al delito en cualquiera de sus manifestaciones.

3. El Estado a través de sus actores políticos y funcionarios a cargo de la administración de justicia penal, deben retomar la exigencia por la resocialización de los penados que purgan condena en los diversos establecimientos penitenciarios del país. El gobierno debe incrementar el presupuesto para el sistema penitenciario de tal manera que la reeducación y la rehabilitación de los delincuentes no siga siendo considerada como una utopía. Es necesario entender que es en la sociedad donde germina la semilla de la violencia; los factores criminógenos del delito se encuentran dispersos en todo el escenario social, en cuyo seno los hombres y mujeres vulnerables acceden a ellos y culminan siendo los reprimidos marginalizados del sistema. Incluso en términos económicos, un delincuente oportuna y eficientemente resocializado y reinsertado a la sociedad, tendrá un menor costo para la economía y el presupuesto nacional, que un penado reincidente al que se le tiene que contener por largos periodos de tiempo, circunstancias en la que el gasto por cada uno de ellos se incrementa debido a los fenómenos propios del sistema económico y la distribución de la riqueza, a la par que van asimilándose con más intensidad a la cultura criminal que encuentra en la cárcel su mayor expresión.

4. El proceso de creación legislativa de normas penales debe privilegiar la opinión técnica de especialistas en la materia y ser conducida por políticos conscientes de la importancia de su labor como representantes del pueblo. De ello dependerá la construcción de un sistema político criminal respetuoso de las garantías constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades individuales propias de un Estado de Derecho y de un Derecho Penal moderno y liberal.

LA DESPROPORCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO RESPECTO A INTERVENCIONES POR INFRACCIONES DE TRANSITO

Por: Iris Falla Segura*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN 1.1. TIPIFICACIÓN DEL DELITO COHECHO ACTIVO GENERÍCO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO 1.2. RESPECTO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO II. EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO RESPECTO A LOS DELITOS DE COHECHO ACTIVO GENERÍCO III. CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE EL IUS PUNIENDI RESULTA DESPROPORCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

A manera de introducción considero necesario precisar que en el Libro Segundo, Parte Especial –Delitos–, del Código Penal, concretamente en el Título XVIII, se tipifican los delitos Contra la Administración Pública, que se divide en dos Capítulos, el Capítulo I, que tipifica los delitos cometidos por Particulares; y, el Capítulo II, que tipifica los delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en cuya Sección IV titulada Corrupción de Funcionarios, es ubicado el delito de Cohecho Activo Genérico, artículo 397° del Código Penal.

¿Y qué significa “Cohecho”?; según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas de Torres, tomo 2, pág. 194, lo define: “COHECHO. Soborno, seducción o corrupción de un Juez o Funcionario público para que acceda a lo pedido, aunque sea con justicia”.

Señala Fidel Rojas Vargas, en “Delitos Contra la Administración Pública, cuarta edición, pág. 625, “El sustantivo *cohecho* tiene en materia penal un significado preciso: la conducta o comportamiento de corrupción imputable a los sujetos públicos, así como el comportamiento

* Iris Del Carmen Falla Segura; Fiscal Adjunta Provincial Titular Penal de Lima.

de terceros que corrompen a dichos sujetos. El cohecho es así un término que abarca dos centros generadores de corrupción: los funcionarios y servidores públicos, y los terceros o particulares.” En cuanto a las modalidades de corrupción delictiva, Fidel Rojas Vargas, en la referida obra a fs. 631, señala “Los actos de corrupción de funcionarios y servidores públicos han sido clasificados doctrinariamente en algunas tipologías que resultan de gran interés para los efectos del ordenamiento, sistematización y calificación legal de los supuestos de hecho imputables a dichos agentes. Las tres modalidades básicas que a continuación serán comentadas tienen como referentes: a) la naturaleza contraria o conforme a derecho de los actos del funcionario o servidor (cohecho propio e impropio); b) la condición y conducta del autor, así como la dirección de la acción (cohecho pasivo y activo); y, c) el momento en que se produce el pacto y/o la recepción, solicitudes u ofrecimientos (cohecho antecedente y subsecuente)

Ahora bien, efectuadas estas definiciones doctrinarias, cabe precisar que según nuestro ordenamiento penal, se ha establecido que **la modalidad de cohecho pasivo**, es de dos clases: a) Cohecho Pasivo Propio, que tipifica la conducta desarrollada por el funcionario o servidor público cuya acción consiste en aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, o como consecuencia

“Cabe precisar que según nuestro ordenamiento penal, se ha establecido que **la modalidad de cohecho pasivo**, es de dos clases”

de haber faltado a ellas; figura que se agrava si es el funcionario quien solicita directa o indirectamente, y más si es quien condiciona su conducta funcional derivada del cargo que ejerce. B) Cohecho Pasivo Impropio, que tipifica la conducta del funcionario o servidor público cuya acción consiste en aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio

de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado; figura que se agrava si es el funcionario quien solicita directa o indirectamente, para realizarlo o como consecuencia del ya realizado.

Luego de describir la condición especial y conducta que tipifica el accionar del Funcionario Público, vamos a describir la condición y conducta del otro sujeto cuyo accionar se tipifica como **Cohecho Activo Genérico**. Conforme señala Fidel Rojas Vargas, en la citada obra Delitos contra la Administración Pública, cuarta edición, pág. 633, 634; “En esta variedad de cohecho denominada también “soborno”, la atención de la norma penal se dirige principalmente al *extraneus*, al sujeto indeterminado que a través de una serie de conductas trata de corromper o compromete venalmente al funcionario o servidor público para que haga u omita algo faltando o en contra de sus deberes (corrupción activa con destino propio), o en cumplimiento de las mismas (corrupción activa con destino impropio). Siendo lo mismo para efectos de la consumación del delito que sólo se intente o que realmente se corrompa, pues en los dos casos el delito imputable al *extraneus* se habrá consumado. Definen así a la corrupción activa tanto la calidad del sujeto activo como la direccionalidad y contenido comisivo de sus actos”.

En ese sentido, podemos señalar que la tipificación penal del delito de Cohecho Pasivo, se basa en la condición especial del sujeto como funcionario público es decir como parte de la

administración pública; y, que la tipificación penal del delito de Cohecho Activo, está dirigida a una tercera persona que en términos generales, puede ser una persona particular e incluso un funcionario o servidor público cuya función no está vinculada al acto o prestación en el que tiene un interés y por el que pretende sobornar o corromper.

I.1. Tipificación del delito COHECHO ACTIVO GENERÍCO en el Código Penal Peruano:

El art. 397° del Código Penal, tipifica el delito de Cohecho Activo Genérico en los siguientes términos:

El que bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa (art. Modificado por artículo único de la ley 30111, publicada el 26NOV2013).

I.2. Respecto al Bien Jurídico Protegido:

El Profesor Fidel Rojas Vargas, siguiendo a los informes contenidos en el libro de Michael Uberhofern (La corrupción en el Derecho Comparado, Buenos Aires, Ciedla, 1997), refiere que se dan cuatro orientaciones bien definidas: “a) países que no lo toman en cuenta (Inglaterra, EE.UU., Gales); b) países que consideran que el bien jurídico tutelado es –el interés del empleador (público o privado) en el cumplimiento leal del trabajo por parte del empleado o funcionario-; c) países para quienes el objeto de la tutela es la protección del Estado socialista; y d) países que participan de la concepción que es la administración pública el bien jurídico protegido, ya como tutela al principio de imparcialidad o como deber de lealtad institucional y a la Constitución” (pág. 630, Delitos Contra la Administración Pública).

Al respecto, en el Manual de Capacitación Para Operadores de Justicia en Delitos Contra la Administración (idehpucp-Insituto Democracia y Derechos Humanos, pág. 29), se precisa que existen distintas posiciones con las que en la Doctrina Penal, “se aborda **el bien jurídico protegido, de forma general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública** cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar tres posturas:

- La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto al bien jurídico ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.

- Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas.⁶⁴
- El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia. Debe entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos. Referidos y reflejados, en gran medida, en el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y, por lo tanto, a la satisfacción plena de sus derechos y libertades”.

El referido Manual señala (pág. 82), “En cuanto a La identificación del **bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo genérico**, dependerá de la modalidad delictiva que cometa el autor:

- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice u omita un acto en violación de sus obligaciones el bien jurídico protegido será la “imparcialidad” en la función pública.
- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice un acto propio de su cargo, el bien jurídico protegido será la gratuidad o no venalidad de la función pública.

Debe tenerse presente que, en esta figura delictiva, se protegen los bienes jurídicos antes mencionados solo frente a conductas de peligro, pues sobre el particular no pesa la obligación de resolver con imparcialidad o sin abuso del cargo. El cohecho activo es un delito que pone en peligro la “imparcialidad” o el “ejercicio no abusivo del cargo público”, porque favorece que el funcionario público que recibe la “coima” o soborno atente directamente contra ellos”.

II.

EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO RESPECTO A LOS DELITOS DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO

De los conceptos expresados, podemos señalar que en los delitos contra la administración pública, el bien jurídico protegido ya sea partiendo desde el punto de vista subjetivo (probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público), desde el punto de vista del valor normativo (las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”), o desde el punto de vista de protección del correcto y regular funcionamiento de la administración pública, orientada en el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y a la satisfacción plena de sus derechos y libertades;

tiene como punto de partida el respeto y confianza que quienes ejercen la función pública, deben probadamente demostrar ante la ciudadanía y como consecuencia de ello, que el correcto y regular funcionamiento de la administración pública contribuya al fortalecimiento de las Instituciones del Estado que al igual que la Sociedad, tiene como fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (art. 1° Const.), y que como entidad ha depositado su confianza al otorgarle facultades de funcionarios o servidores públicos. De ahí que ante la vulneración del rol funcional, se establezcan penas mayores e incluso cuando estos delitos afecten el patrimonio del Estado, los plazos de prescripción se dupliquen, conforme lo establece nuestra Constitución Política Peruana (último párrafo del art. 41° de la Const.).

En la publicación titulada “Aproximación al delito de Cohecho”, publicado en la Revista de Estudios de la Justicia N° 5-2004, Guillermo Oliver C., señala que a su juicio “el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, tanto en el del funcionario público como en el del particular, es el correcto servicio que la administración presta a los ciudadanos. Si el cohecho consiste, según nuestra definición propuesta más arriba, en una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos – razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios– se preste de manera correcta. Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella. Y en caso que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado. Como se advertirá, esta posición nos obliga a sostener que el delito de cohecho, atendiendo al modo en que se produce la afectación del bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro. Será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público. Ello, porque si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para ejecutar un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta. En cambio, será un delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular. Esto, porque si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generaría un peligro de que así ocurra”.

“Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice un acto propio de su cargo, el bien jurídico protegido será la gratuidad o no venalidad de la función pública

En cuanto a la legislación comparada, el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez, en su publicación “El tratamiento Penal de los Delitos Contra la Administración Pública” U.N.M.S.M; anota “Constituye una tendencia actual en la doctrina y legislación penal trabajar con un concepto amplio de “funcionario público”. Por cierto que la técnica legislativa puede variar. Así, el C. P. español prevé una “cláusula amplia” a la manera de una regla interpretativa que distingue entre “autoridad” y “funcionario público”, en función de si el sujeto tiene “poder de mando y jurisdicción” o no¹. El C. P. alemán también es relativamente amplio (art. 11, numerales 2 y 4 StGB), pero, a diferencia de la mayoría de las legislaciones penales, excluye del concepto de “funcionario público” a los miembros del Parlamento, quienes, por eso, no entran dentro de los tipos de “cohecho”. Para estos se ha previsto una figura específica: el denominado “cohecho de parlamentarios” (art. 108e StGB), el cual solamente se refiere al caso de aquél que “intenta” comprar o vender votos (tipo de “emprendimiento”) para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales”.

Atendiendo a las concepciones doctrinarias ya expresadas, considero que el Delito de cohecho Activo Genérico, que corresponde a la conducta ejercida por el sujeto que no tiene la calidad de funcionario público, pero cuya participación al ofrecer, dar o prometer a un funcionario o servidor público donativo, promesa ventaja o beneficio para que realice u omita actos ya sea violando sus obligaciones; ó, para que el funcionario realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación; entendemos que **el tipo penal describe una conducta de peligro que atenta contra la correcta funcionalidad del Estado y es un delito de mera actividad**, y que en la primera modalidad descrita el bien jurídico protegido es el principio de imparcialidad de la función pública y en la segunda modalidad el bien jurídico protegido es el principio de legalidad, esto es que no se realice un ejercicio abusivo del cargo; y, aun cuando el artículo 397º del Código Penal Peruano, no se ubica en la sección de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares, sino en la sección de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios Públicos (probablemente por cuestión de hermenéutica); considero que el *ius puniendi* del Estado, debe ejercerse discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias del hecho, el grado de afectación y puesta en peligro de los intereses del Estado según el rol, la envergadura de los intereses perseguidos y las facultades otorgadas al funcionario que el particular o *extraneus* pretende sobornar.

Sin duda el delito de cohecho activo genérico, atenta contra la imparcialidad de la administración pública y el principio de legalidad; y, dependiendo de los intereses y circunstancias en que el sujeto activo pretenda cometerlo, puede afectar no sólo a las Instituciones sino al patrimonio y todo el sistema de un Estado, como cuando por ejemplo las circunstancias en que se comete, son para favorecer intereses particulares sobre los intereses de cualquiera de los niveles

1 Art. 24 C. P. español: 1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

de gobierno (local, regional y nacional), ya sea en la adquisición de bienes, servicios y obras, que implican importantes inversiones; pues conforme a lo establecido en el artículo 425° del Código Penal, son funcionarios públicos, los que están comprendidos en la carrera administrativa, los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, el que mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades y organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedad de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, los administradores y depositarios de caudales embargados y depositados, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades; y, los demás indicados por la Constitución Política (art. 39° de la Const.) y la Ley.

Por otro lado, es de público conocimiento que además existen diversas áreas en las que el Estado, con la finalidad de satisfacer las necesidades de la sociedad en diferentes aspectos (orden político y social, justicia, salud, educación, vivienda, alimentación, seguridad interna y externa, trabajo, servicio) a través de sus diferentes poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como a través de otros organismos autónomos y públicos descentralizados; desarrolla actividades económicas y de servicio, en las que delega a los funcionarios facultades de velar por los intereses sociales y patrimoniales de la nación, tanto en las decisiones como en las transacciones que participen; y, que por tanto, el accionar ilícito de un *extraneus*, pone en riesgo los grandes intereses de la nación, por lo que sin duda son hechos que deben ser drásticamente sancionados.

Esta modalidad delictiva trasciende los países y representa millonarias pérdidas a los Estados, que se ven perjudicados en las contrataciones extranjeras orientadas en base al “soborno” que efectúan algunas grandes empresas transnacionales respecto a malos funcionarios públicos; de ahí que en el artículo 397° A, se tipifique el delito de Cohecho Activo Transnacional “El que bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue, o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o Funcionario de Organismo Internacional público, donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otro persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin falta a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con 365 a 730 días-multa”

Incluso el 21ABR2016, se publicó la Ley N° 30424, primera ley penal peruana que criminaliza el accionar de las personas jurídicas, es decir el sistema penal peruano, además de sancionar al individuo o persona natural que delinque, ahora también la empresa será pasible de sanción penal respecto a la comisión del delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A del Código Penal –CP–), que castiga a quien soborna a un funcionario público de otro Estado u organismo internacional (art. 1), la citada Ley que entrará en vigencia el 01JUL2017 y requiere ser reglamentada, se denomina “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, y es considerada una clara ley penal contra las personas jurídicas, porque si bien lógicamente no establece penas privativas de libertad, se establecen sanciones que van desde la multa (hasta S/.197,500.00 o el séxtuplo del beneficio

ilícito obtenido); inhabilitación (de actividades propias de la empresa, contratar con el Estado, entre otras); cancelación de licencias y disolución de la empresa. Las reglas penales aplicables son las del Código Penal y las reglas de investigación, procesamiento y sanción son las del Código Procesal Penal.

III.

CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE EL IUS PUNIENDI RESULTA DESPROPORCIONAL

Si bien no se pretende minimizar la conducta delictiva de quien pretende sobornar o cometer el denominado delito de cohecho activo genérico, considero que es responsabilidad de quienes participamos en la administración de justicia, señalar los casos en que se evidencia desproporcionalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, ante la comisión del delito de cohecho activo genérico por particulares, quienes por situaciones de escasa cultura, precaria economía o influencia de apremiantes circunstancias familiares y laborales, incurre en este tipo de delitos; y, que sin temor a equivocarme, constituyen los casos que elevan las estadísticas de procesos asumidos en los turnos por las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, cuya razón de ser y el presupuesto que se invierte, debería concentrarse mayormente en investigar los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos, que de por sí son complejos y requieren de mayor atención, porque no sólo afectan la credibilidad en las Instituciones, sino que significan grandes pérdidas a los intereses del Estado, en consecuencia, afectan de manera importante al patrimonio nacional, privando al Estado de fondos públicos que bien pudieran utilizarse en mayores inversiones en los sectores de educación, salud, servicios y puestos de trabajo a nivel nacional.

Voy a referirme concretamente al delito de Cohecho Activo Genérico en el que incurren los conductores de vehículos de servicio público, frente al efectivo de la policía de tránsito que les interviene por alguna infracción al Reglamento General de Tránsito; y, al procedimiento que se sigue, teniendo en cuenta que en el Sistema de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, se viene aplicando el Nuevo Código Procesal Penal, lo cual se estableció al promulgarse las leyes N° 29574 (publicada el 17 de septiembre de 2010) y N° 29648 (publicada el 1 de enero de 2011). La primera de éstas dispuso adelantar la entrada en vigencia del NCPP para los artículos 382 a 401 del Código Penal (delitos cometidos por funcionarios públicos, entre los delitos contra la administración pública, como concusión, peculado, cohecho, etc.), además que volvió más rígido el control de los plazos, estableciendo responsabilidad disciplinaria para los jueces y fiscales que no los cumplieran. La segunda ley precisó las fechas de entrada en vigencia: 15 de enero de 2011 para Lima, 1 de abril para Lima Norte y Callao, y 1 de junio para los demás distritos judiciales del país.

En la práctica desarrollada en el sistema de Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, la mayoría de intervenciones por delito de Cohecho Activo Genérico, se efectúan a conductores de vehículos de servicio público, cuyo ingreso promedio diario neto es bajo (aprox. 50 soles), por lo general trabajan eventualmente, ya sea contratados como chofer con un pago fijo por día, o cuando consiguen alquilar por día un vehículo de servicio público con ruta; y las intervenciones son mayormente por estacionar en paraderos no

autorizados o interrumpir el tránsito (hechos contrarios al Reglamento de Tránsito, sancionados administrativamente). Ante ello, el efectivo policial ordena que se detenga y entregue sus documentos y los del vehículo a fin de imponerle la papeleta de infracción que corresponde a multas establecidas en diferentes porcentajes de una UIT (unidad impositiva tributaria), circunstancias en que el conductor (sujeto activo), usualmente coloca un billete de diez soles (S/.10.00) o de veinte soles (S/.20.00) y paralelamente le pide al efectivo policial que por favor no le imponga la papeleta; consumando así el delito de cohecho activo genérico, ilícito que no requiere de la aceptación del funcionario público, sino sólo de la tentativa. Como consecuencia de su conducta, el sujeto activo (conductor), es detenido y conducido a la Comisaría del Sector, conjuntamente con el vehículo de servicio público, realizada la documentación policial (parte de intervención, comiso del billete como medio corruptor, exámenes de ley, etc), corresponde al Instructor a cargo efectuar la verificación domiciliaria, que por lo general implica constituirse a algún cono de la capital, norte, sur o del centro, en donde se describe la vivienda (por lo general precaria), firmando el familiar del detenido que esté presente; posteriormente, el Instructor de la Comisaría del Sector en que se produce la intervención pone al detenido a disposición de la Dirección Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la PNP (DIRCOCOR PNP), a donde se constituye el representante del Ministerio Público de la Especialidad, a fin de recibir la declaración del detenido, quien por lo general y dada su precaria condición económica, es asesorado por un Defensor Público, cuya participación debe ser gestionada o coordinada por la Fiscalía y/o la PNP, asimismo el Fiscal Especializado participa en la declaración del efectivo policial que realizó la intervención del ahora detenido (conductor) y otro efectivo PNP que haya sido testigo del hecho; a fin que una vez que el Instructor de la DIRCOCOR PNP elabore el respectivo informe y lo remita a la Fiscalía Especializada de Turno, con la respectiva cadena de custodia del billete comisado; el Fiscal a cargo del caso luego de reunirse con el detenido y su abogado defensor, y de darse las condiciones, lleguen a un acuerdo de terminación anticipada del proceso, que implica que el detenido reconozca los cargos y se acoja al proceso de terminación anticipada, decisión que le otorga el beneficio procesal de disminución de un sexto de la pena que le corresponde, la cual se determina según la concurrencia de circunstancias de atenuación (carencia de antecedentes) o de agravación; asimismo se le impone el pago de una multa, que una vez emitida la sentencia le obliga a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa, lo que equivale al ingreso promedio diario del condenado, y que según el art. 41° del C.P., “se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza”; asimismo, se le impone al condenado el pago de una reparación civil a favor del Estado, representado por el Abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, a quien le corresponde solicitar el monto y que por lo general bordea los mil soles o más; pagos que por lo general a pedido del condenado es fraccionado, en atención a su precaria situación económica; sin perjuicio de hacerle de conocimiento que en caso no cumpla con el compromiso de pago asumido, se le revocará la suspensión de la pena para que cumpla en forma efectiva la pena privativa de libertad impuesta. Asimismo se le impone al condenado la

“Sin duda el delito de cohecho activo genérico, atenta contra la imparcialidad de la administración pública y el principio de legalidad”

pena de Inhabilitación para conducir, que conforme a lo establecido en el art. 426° del C.P., debe ser igual a la pena principal, esto es de aproximadamente cuatro años.

IV. CONSECUENCIAS DEL IUS PUNIENDI EJERCIDO POR EL ESTADO

El conductor, procesado y sentenciado por delito de cohecho activo genérico, tiene ahora antecedentes penales, ya no tiene trabajo ni puede ejercer su profesión porque su licencia de conducir profesional ha sido inhabilitada casi por cuatro años, tiene deudas de multa y reparación civil que debe cancelar para que no se le revoque la condena a pena privativa de libertad suspendida, además de habersele impuesto una papeleta de infracción de tránsito que también implica el pago de una multa establecida en determinado porcentaje de una UIT. Todo ello sumado a la carga familiar que posee y que necesariamente se verá afectada ante esa situación, dado que sin duda el aspecto económico influye en el núcleo familiar y social.

De los hechos expuestos, corresponde preguntarnos como operadores del derecho, si ¿el grado de afectación por la tentativa contra la imparcialidad en la función pública, es de tal envergadura, que justifique desproteger aún más a quienes incurren circunstancialmente al desarrollar una actividad económica lícita y probablemente por una apremiante situación económica, en este tipo de delitos?. ¿Resulta congruente que por ejemplo, ante la comisión del delito hurto agravado, que implica planificación, actos preparatorios y violencia sobre las cosas, se prevea pena no menor de tres ni mayor de seis, más la respectiva reparación civil; y, para el delito de cohecho activo genérico en grado de tentativa como en el caso expuesto, cometido por un conductor de vehículo de servicio público por evadir una infracción de tránsito en que incurrió al realizar una actividad lícita, se prevea una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, e inhabilitación por igual término de la pena privativa de libertad, además del respectivo pago de reparación civil?. ¿Podemos afirmar que bajo las circunstancias descritas y con este tipo de sanciones, la norma penal cumple con su objetivo de prevenir delitos y faltas, como medio protector de la persona humana y de la sociedad, según se establece en el art. 1° del Código Penal?

Yo considero que sí se deben reprimir las conductas que pongan en riesgo la seguridad social y del Estado, pero las penas deben ser proporcionales y razonables para prevenir y proteger los bienes jurídicos afectados, es así como se recuperará la credibilidad y el fortalecimiento de los poderes e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico.

HABEAS CORPUS Y ADOLESCENTE INFRACTOR DE LA LEY

Por: *Maria Margarita Renteria D.*¹

SUMILLA: 1. GENERALIDADES: 1.1.-LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES; 1.2. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS A FAVOR DE LOS ADOLESCENTES 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y EL HABEAS CORPUS 3. TIPOLOGÍA DE HABEAS CORPUS 3.1. EL HABEAS CORPUS REPARADOR, 3.2.EL HABEAS CORPUS RESTRINGIDO, 3.3. EL HABEAS CORPUS CORRECTIVO, 3.4.EL HABEAS CORPUS PREVENTIVO 3.5.EL HABEAS CORPUS TRASLATIVO, 3.6.EL HABEAS CORPUS INSTRUCTIVO, 3.7.EL HABEAS CORPUS INNOVATIVO 3.8. EL HABEAS CORPUS CONEXO 4. DEL PROCEDIMIENTO DE HÁBEAS CORPUS 5. CONCLUSIONES

1. GENERALIDADES

1.1. La Constitución del Perú e instrumentos internacionales

La Constitución Política del Perú precisa que la acción de hábeas corpus “procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos” Art. 200°-inciso 1.

El Código Procesal Constitucional que fue promulgado mediante ley N-28237 al referirse al hábeas corpus en el artículo 25° precisa que: “procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que enunciativamente, conforman la libertad individual.

1 Abogada PUCP. Docente del Post. Título en Derecho de Familia. Pdta Comisión de Defensa de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes del Colegio de Abogados 2012 y2013.

Por su parte, diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos así lo han establecido: La declaración universal sobre derechos humanos ² precisa en su artículo 8° el derecho de toda persona a un **recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley**; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2° inciso 3°, que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer **un recurso efectivo**, y la Convención Americana establece en su artículo 7° el derecho de toda persona (incluidos los niños), a la libertad y seguridad personales.³

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución Política de los Estados partes, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios, la información de las razones de la detención, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, y toda persona tiene derecho a recurrir a un juez para que se determine la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos pueden interponerse por sí o por otra persona”.

A su vez el artículo 25°, precisa en su inciso 1° que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o 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 tales personas actúan en el ejercicio de sus funciones.

1.2. Convención de Naciones Unidas y derechos del Adolescente

Por su parte, en la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño encontramos el desarrollo de diversos principios a tener en cuenta además del interés superior del niño, en cuanto al proceso de adolescente infractor de la ley penal:

- **Principio del fin del proceso.**- La determinación de la verdad sobre el hecho, su probanza y determinación de responsabilidad, y la reeducación del adolescente.
- **Principio de presunción de inocencia.**- Por este principio ninguna persona puede ser considerado culpable sin previo proceso y determinación de responsabilidad. Lo establece la Constitución Política del Perú Art.2,24-e, aplicable también a los adolescentes. La Convención lo regula en su artículo 40 2b. El Código del Niño y Adolescente del Perú,

2 Adoptada y proclamada por la Asamblea general en su resolución 217* (III), del 10 de Diciembre de 1948

3 Las Reglas de Pekín y las de RIAD constituyen el gran aporte a esta temática y realidad.

precisa en su artículo 192° que en los procesos judiciales que se sigan al adolescente infractor se respetaran las garantías de la administración de justicia.⁴

- **Principio de legalidad y responsabilidad penal.**- Por este tanto, la infracción como el procedimiento deben estar establecidos en la ley. Nadie puede ser procesado por hechos que no constituyan delitos o faltas en el ordenamiento penal. Por este principio, también se prohíbe la aplicación de la analogía en materia penal, así como la prohibición de la persecución penal múltiple. El principio de legalidad acompaña al adolescente desde la comisión del hecho, el proceso y la ejecución de la medida socio-educativa, en su caso. El artículo 189° del C.N.A. lo prevé⁵, también la Convención de las Naciones Unidas en su artículo 37° b y 40°- 2biii. Existe también la aplicación de la retroactividad benigna de la aplicación de la ley, en materia de adolescente infractor, así como la aplicación de la norma procesal.⁶
- **Principio del juez natural y de la especialidad.**- Por el cual el adolescente tiene derecho a su juez del lugar en donde se cometió la infracción tanto en la investigación como en el juicio propiamente dicho. Este(a) juez competente debe someter al adolescente al proceso pre-establecido. Si un juez no es competente entonces el proceso es nulo. El adolescente tiene derecho a ser llevado ante la autoridad competente, independiente e imparcial, así lo establece además la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño(a) en su artículo 37° -d y 40.2.b.iii.
- **Principio del contradictorio.**- Exige que el proceso permita la contradicción entre la imputación y la defensa, es decir que las actuaciones procesales deban ser conocidas

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución Política de los Estados partes”

4 Código del Niño del Perú : Art. 192° Garantías:” En los procesos judiciales que se sigan al adolescente infractor se respetaran las garantías de la administración de justicia consagradas en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los derechos del niño, el presente Código y las leyes vigentes sobre la materia”

5 Código del niño del Perú. Art. 189°: “Ningún adolescente podrá ser procesado ni sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en las leyes penales de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con medida socio-educativa que no esté prevista en este Código”.

6 El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el proceso 1443-2004, de fecha 23 de Junio del 2004, precisó: “Que cuando se presenta una sucesión de normas penales aplicables a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento y, más allá hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado. Específicamente en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal. Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la Ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103°, tercer párrafo de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen una penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139° inciso 11° de la Constitución.

y puedan ser contradichas por escrito u oralmente. Este derecho permita también la contradicción de las pruebas, el interrogatorio de testigos entre otras. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño lo establece en su artículo 40° 2.b

- **Principio del debido proceso, racionalidad, motivación y celeridad del mismo.-** La garantía del debido proceso comprende el ejercicio del derecho de defensa, la debida motivación, la celeridad del mismo y cumplimiento de plazos y la disposición de medidas razonables y proporcionales, Art.139° inciso 3° Constitución Política.
- **Principio de la legitimidad de la prueba.-** La actividad probatoria en el proceso penal y en los procesos de adolescente infractor está regulada por la Constitución Política, los tratados ratificados por el Perú, por el Código del Niño y del Adolescente y supletoriamente por el Código procesal penal. El titular de la prueba es el Ministerio Público, quién con su denuncia debe ofrecer los medios probatorios; asimismo el adolescente procesado y su defensa pueden ofrecer medios probatorios. El Código Procesal Penal del Perú ha establecido que en la actuación probatoria se tendrá en cuenta el estado físico y emocional de la víctima, sin embargo, consideramos que en el proceso de adolescente infractor ello también debe aplicarse a los adolescentes procesados.
- **En cuanto al objeto de la prueba,** es de resaltar que:
 - 1.- “Son objeto de prueba los hechos referidos a la imputación, la punibilidad, la determinación de la medida socio-educativa (graduación), y la reparación civil.
 - 2.- No son objeto de prueba, los hechos notorios, las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica, lo imposible.
- **Principio de proporcionalidad.-** Por este principio tanto el Ministerio Público como la judicatura deberán disponer las medidas más adecuadas y las que resulten pertinentes al hecho.
- **Principio de protección de la víctima y reparación del daño.-** Como decíamos en los procesos de adolescente infractor debe protegerse a la víctima, pero también a adolescente. Los procesos de adolescente infractor en el Perú como en el Brasil se sujetan a la posibilidad de la remisión, en cuyo caso, es posible pactar el monto de una reparación civil, y dar por concluida la investigación o el proceso.
- **Principio de subsidiaridad del internamiento o internamiento como última ratio.** El internamiento debe ser la última opción del sistema de adolescente infractor debiendo por ende recurrirse a otras medida igualmente útiles para lograr los fines del proceso, más aún el adolescente al ser privado de su libertad por un año, dos o tres se ve limitado a realizar actividades que podrían beneficiarlo tales como las actividades educativas, la relación con sus pares, etc.
- **Principio de doble instancia o instancia plural.-** Por este principio las resoluciones judiciales y del Ministerio Público tratándose de adolescentes infractores pueden ser

impugnadas a fin de que la instancia superior las revise. El principio se encuentra previsto tanto en los tratados y convenciones suscritas por el Perú como en la Constitución Política en su artículo 139° inciso 6°, en la convención en su artículo 37b y 40-2.b.v

- **Derecho a un recurso efectivo y extraordinario:** Hábeas Corpus y acción de amparo. El juez competente para resolver el hábeas corpus de adolescentes es el juez de familia y en su defecto el juez penal o mixto de la localidad. Sin embargo, se viene presentando los recursos de hábeas corpus a los jueces penales también asuntos de adolescente infractor.
- **Principio de publicidad.** En el proceso de adolescente infractor existe el deber de la **reserva**, lo que no supone el **secreto** de las actuaciones a los abogados, al adolescente y familia y a quién ejerza su defensa. Los medios de comunicación pueden informar sobre el hecho, sin indicar el nombre del adolescente, o referencias que puedan precisar su identidad.
- **Principio del *Nem bis in idem* y no vulneración de la cosa juzgada.**- Por este principio no es posible juzgar por los mismos hechos en dos oportunidades. Si el adolescente infractor fue absuelto no es posible detenerlo, procesarlo ni menos aún sancionarlo por los mismos hechos, aun incluso si se hace referencias a tipificaciones diferentes y se refiere al mismo hecho.
- **Derecho a la inviolabilidad de la defensa.**- Por el cual el adolescente desde la detención o procesamiento tienen derecho a conocer de los cargos, a ser asesorado por un abogado de su elección. Ello le permitirá rebatir los cargos, informarse, y en su momento ejercer su defensa (autodefensa)⁷
- **Existe derecho a la indemnización por los errores judiciales.**- Ello se establece así del mérito de lo previsto por el artículo 139° inciso 7°.

2.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y EL HABEAS CORPUS

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado no sólo haciendo referencia a los tipos de hábeas corpus en la sentencia emitida en el expediente n-2663-2003-HC/TC, su fecha 23 de marzo del 2004, y publicada el 21 de abril, sino para precisar en algunos casos principios de aplicación en caso de vulneración a los derechos de los niños⁸, y en otros casos, indicando

7 El Código del niño establece al referirse a la audiencia única de esclarecimiento derechos que el adolescente pueda hacer uso de la palabra, expresando su autodefensa. Art. 212° C.N.A.

8 En la sentencia emitida en el expediente N- 0052—2004AA / TC sobre vulneración del derecho a la matrícula de un niño y la función judicial afirmó: 8.- Particularmente relevante es el sentido y propósito que, a estos efectos, está llamado a cumplir el artículo 3.1. de la Convención sobre los derechos del niño (aprobada por resolución legislativa N- 25278 y ratificada con fecha 14 d agosto de 1990) a tenor del cuál: “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

De esa consideración especial que deben tener los jueces y autoridades administrativas cada vez que se encuentren

que no se ha vulnerado el derecho fundamental. Asimismo, la Corte Interamericana ha emitido pronunciamiento sobre vulneración de derechos de dos adolescentes en el caso de los hermanos Gómez Paquiyaury y, en el caso de traslado de adolescentes detenidos de la ciudad de Lima a la ciudad del Cuzco-Centro de menores de Quencoro.

El Tribunal Constitucional en la sentencia referida citando a Néstor Sagüez en su obra “Derecho Procesal Constitucional” precisa que:

Si bien inicialmente el hábeas corpus surge como remedio contra una detención. Sin embargo, el desarrollo del instituto lo ha hecho proyectarse a situaciones próximas a un arresto.

Indica que, la Opinión consultiva OC 9/87 N-29 de la Corte Interamericana se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del Hábeas Corpus al manifestarse que “es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el derecho a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. Precizando la tipología del habeas corpus:

3.

TIPOLOGÍA DE HÁBEAS CORPUS Y ADOLESCENTES

En materia de garantías constitucionales se reconoce los siguientes tipos de Hábeas Corpus:

- El hábeas corpus reparador
- El hábeas corpus restringido
- El hábeas corpus correctivo
- El hábeas corpus preventivo
- El hábeas corpus traslativo
- El hábeas Corpus instructivo
- El hábeas Corpus innovativo
- El hábeas Corpus conexo

Aquí nos ocuparemos de cómo la tipología de hábeas corpus resulta aplicable en caso de vulneración de derechos de los procesados y sentenciados bajo el procedimiento de adolescente infractor, desde la detención como en la ejecución de la medida.

en discusión el ejercicio de determinados derechos del niño, es decir de observarse siempre una solución que tenga en cuenta ese “interés superior del niño”, se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envuelto, bien se trate de aspectos que pudieran calificarse sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales.

En ese sentido, por ejemplo, del artículo 3.1. de la Convención citada se deriva una exigencia en materia de interpretación y aplicación de las reglas procesales. Estas, en efecto, habrán de aplicarse de manera que mejor se optimice el derecho de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de aquello que aqueja al niño y no optar por una respuesta jurisdiccional que postergue el pronunciamiento final a costa de que el niño continúe privado del ejercicio de determinados derechos fundamentales”.

3.1. El Hábeas Corpus Reparador

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

En los supuestos de adolescente infractor cabe el hábeas corpus reparador cuando se priva de la libertad sin cumplirse las condiciones para dictar el mandato de detención, cuando el hecho no reviste gravedad, cuando no se han valorado las causas eximentes de responsabilidad, cuando no existe el peligro de obstaculizar el proceso.

También cuando la policía dispone la retención de niños o adolescentes sin existir causa justificada, por ejemplo, haber consumido cocteles en una fiesta de quince años (el caso de la retención de treinta y cinco adolescentes por la comisaria del Agustino que fue atendida por la Primera Fiscalía del niño de Lima).

El supuesto de retención de menores hasta altas horas de la noche en el delta 8 de la DINCOTE- Dirección Nacional Contra el Terrorismo, por estar caminando a dos cuadras o tres del lugar donde se produjo el atentado terrorista.

3.2. El Hábeas Corpus Restringido

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se le limita en menor grado. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y /o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes, las reiteradas e injustificadas citaciones policiales, la continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria e injustificada.

Es de aplicación en casos de adolescentes todos los supuestos precisados. Por ejemplo:

- Cuando los adolescentes son seguidos por la policía o terceros.
- Cuando se dictan reglas de conducta que afectan su libertad y que no son dictadas bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad.
- Cuando el progenitor sin razón alguna impide que el hijo acuda a sus actividades cotidianas como asistir a la escuela.

3.3. El Hábeas Corpus Correctivo

Dicha modalidad a su vez es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que este se haya decretado judicialmente.

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

“En los supuestos de adolescente infractor cabe el hábeas corpus reparador cuando se priva de la libertad sin cumplirse las condiciones para dictar el mandato de detención”

También es admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos, en este caso, adolescentes.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en su último informe sobre aplicación de la Convención, recomendó al Estado peruano: “d) que mejore **las condiciones**

de detención de los menores de 18 años, en especial mediante el cumplimiento de las normas internacionales relativas a la superficie, la ventilación, el aire fresco, la luz natural y artificial, la alimentación adecuada, el agua potable y las condiciones de higiene”. Ya en anterior oportunidad, la Corte Interamericana se pronunció respecto a las condiciones de ejecución de la pena al referir al penal de Challapalca⁹. Ello se conoce como las garantías en la ejecución de la medida, las que no pueden ser ajenas a los adolescentes internados por dos motivos: la protección de su integridad y desarrollo como las finalidades de la pena, previstas en nuestra Constitución.

3.4. Hábeas Corpus Preventivo

Se encuentra previsto también el artículo 200 inciso 1 de la Constitución, procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

La amenaza debe ser cierta y de inminente realización¹⁰.

9 Es un penal para adultos ubicado en los 4,500 metros sobre el nivel del mar.

10 Así lo precisa el artículo 2° del Código Procesal Constitucional

3.5. Hábeas Corpus Traslativo

Castañeda¹¹ señala que con este tipo de hábeas corpus se busca proteger la libertad de los procesados o condenados, que conforme a las normas del proceso penal deban encontrarse en libertad, pero siguen en cárcel o en otros centros de detención. Precisa que este hábeas corpus cubre los supuestos de mandatos de excarcelación dictados por los jueces penales competentes, incumplidos por otras autoridades; ejemplo: el mandato de excarcelación incumplido.

A nuestro criterio procede también en caso de adolescentes detenidos en forma preventiva y cuyo plazo máximo es de setenta días con citación y cincuenta días con detención¹² y en el supuesto de que debiendo efectuarse el corte de secuela al tener menos de 18 años la persona procesada, el juzgado penal lo mantiene bajo su competencia, sin disponer el corte de secuela una vez acreditada su minoridad con partida o con evaluación del médico legista. En tal caso, el juez penal deberá remitir copia de lo actuado al Ministerio Público, fiscal de familia a fin de que decida si aplica la emisión, formula denuncia, etc.

Supuesto de hecho: Se encontraba acreditada la minoridad con la partida de nacimiento en el proceso, más era viernes y el amigo del adolescente había preguntado por qué motivo su amigo que era menor no era trasladado al centro de menores, y que su amigo estaba con fiebre en la carceleta, lo cual fue verificado con el médico legista (el juez penal había viajado a provincias y no volvía hasta el lunes). Al preguntarle a la juez si no encontrándose el juez penal y no habiéndose dictado el corte de secuela, asumiría competencia tratándose de un menor de edad, dijo que: *“ella no le quitaba un presito a un juez penal”*. No se interpuso Habeas Corpus.

Consideramos que en tal supuesto el Ministerio Público, defensor de la legalidad y del interés superior de los menores de edad, debe interponer un hábeas corpus. Lo que ocurre es que

11 Castañeda Otsu, Susana. El proceso de hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional.

12 El Tribunal Constitucional en la sentencia 3771-2004-HC precisa que: “el derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra ex superior, se trata de un derecho propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la carta fundamental (artículo 2°, 24° y por ello se funda en el respeto a la dignidad de la persona. Al respecto, indica que debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el estado que si reconocen es expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9°, 3° del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que toda persona detenida [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Por su parte el artículo 7° 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona detenida o retenida [...] a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, y por lo tanto, no puede ser desconocido. En la sentencia emitida en el exp.n-2915-2004HC/TC se refirió a los criterios para considerar si la duración de la detención judicial no ha sido razonable: 1.- La naturaleza y complejidad de la causa, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria, la pluralidad de agravados o inculpados o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil 2.- La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte la inactividad o en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el Juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso, y por otra parte la propia actividad del procesado detenido, la falta de cooperación, o el uso de una defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado consecuentemente recurso repudiado por el orden constitucional).

en los procesos de adolescente-infractor el Ministerio Público no replica la función del Fiscal Provincial en lo penal, que podría cumplir una función principal de investigación acusatoria, sino que en el caso del fiscal de familia, debe garantizar la protección de la integridad del adolescente sea infractor o no, el debido proceso, que no solo supone los casos que le son puestos bajo su competencia, sino el de todos aquellos adolescentes que se encuentren privados de libertad arbitrariamente lo cual comprende también la incompetencia de la judicatura penal.

3.6. Hábeas Corpus Instructivo

En la sentencia publicada el 21 de abril del 2004, el Tribunal Constitucional precisa que “esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida, por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino adicionalmente asegurará el derecho a la vida y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú (párrafo 84 de la sentencia del 03 de noviembre de 1997) estableció lo siguiente: “habiendo quedado demostrado como antes se dijo (supra, párrafo 71) que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía Nacional del Perú y que por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando una violación del artículo 25° de la Convención.”

A los efectos, encontramos que la Corte Interamericana se pronunció en el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, también por detención arbitraria y desaparición de dos adolescentes,¹³ condenando al Estado peruano. De lo cual se concluye que a los efectos de accionar por un habeas corpus a favor de adolescentes no se requiere que estén sujetos a un proceso de adolescente infractor sino que existen circunstancias que así lo exigen.

13 El Tribunal Constitucional ha formulado dos precedentes en relación a la desaparición forzada en la sentencia emitida en el expediente N-2798-2004HC/TC, la protección judicial para los derechos de las víctimas a alcanzar verdad, justicia y reparación, y que las disposiciones del derecho internacional humanitario resultan de aplicación inmediata”.

Preciso también que “El delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en el Código Penal de 1991, posteriormente fue derogado mediante Decreto ley N-25474 promulgado el 06 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición fue reintroducida mediante decreto ley N-25592 de fecha 2 de julio de 1992, descripción que fue regulada mediante el artículo 6° de la Ley N- 26926 del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la Humanidad”.

El Tribunal Constitucional también ha precisado que el delito de desaparición forzada puede ser juzgado debido a su carácter de permanencia, respecto a una norma que se aplique aun cuando no haya estado vigente al comienzo de la ejecución pero que resulta aplicable mientras que el mismo viene ejecutándose. Finalmente ha precisado que este delito es PLURIOFENSIVO por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica, y como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

3.7. Hábeas Corpus Innovativo

Procede cuando pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro en el particular caso del accionante. Indica también el Tribunal Constitucional que: Al respecto, Domingo García Belaunde¹⁴ expresa que dicha acción de garantía debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado”.

3.8. Hábeas Corpus Conexo

Se utiliza cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores, tales como, el derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada, detenida o de ser obligado a prestar juramento o declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo o contra él o la cónyuge.

Indica el Tribunal Constitucional: “Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda empero un grado razonable de vínculo con éste. Adicionalmente permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución entroncados con la libertad física o de locomoción puedan ser resguardados.”

“También es admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos, en este caso, adolescentes”

El Tribunal Constitucional ha precisado también que esta tipología ha sido elaborada de modo casuístico en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional por lo que no puede ser tomada como un numero clausus.

En relación a la niñez y adolescencia también es posible accionar por el hábeas corpus en tanto y en cuanto, se haya vulnerado o amenazado la libertad personal y los derechos conexos.

4.

DEL PROCEDIMIENTO DE HÁBEAS CORPUS

El procedimiento se encuentra regulado en el Código Procesal Constitucional en los artículos 26° al 36°.

Se distinguen tres clases de procedimiento: a. Casos de detención arbitraria y afectación de la integridad personal (art.30° C.P.C.); b. Casos distintos de la detención arbitraria (Art.31° del C.P.C.) y casos de desaparición forzada (art.31 del C.P.C.)

14 Constitución política del Perú. EDDILI, Lima 1991,pag.148

Se ha establecido además la posibilidad de la apelación de lo resuelto, la queja y el RAC (recurso de agravio constitucional). Precisa que el derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio. La Constitución tampoco ha establecido qué tipo de resoluciones pueden impugnarse. Y aunque el ordinal “H” del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos haya establecido que la pluralidad de instancias sólo comprende al fallo (...), considera el Tribunal que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no solo comprende a las sentencias sino también a los autos ...” (sentencia 02877-2005-HC/TC), del 27 de enero del 2006.

5.

CONCLUSIONES

1. A los procesos de adolescente infractor le son aplicables las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, y la normatividad específica referida a los niños.
2. La normatividad nacional y las normas sobre derechos humanos, establecen el derecho a un recurso efectivo. En nuestra Constitución se precisa el derecho al hábeas corpus entre otras garantías constitucionales.
3. La Tipología de Hábeas Corpus establecida por el Tribunal Constitucional: Hábeas corpus reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo, conexo resulta de aplicación a diversos casos en que el adolescente detenido procesado o en ejecución de medida se pudiera encontrar.
4. El hábeas corpus reparador en relación con administración de justicia procede en casos de adolescentes, cuando se dicta el mandato de internamiento preventivo sin que se cumplan las condiciones para su disposición: El hecho no revista gravedad, no se han valorado los eximentes y atenuantes de responsabilidad, no existe el peligro de obstaculizar el proceso. También los casos de que el sentenciado continúa recluso cuando ya cumplió la sanción, y en los supuestos de retención ilegal por la policía: Hechos que no revisten gravedad, sea verificado su domicilio, existen sus padres responsables, y cuando no existe vinculación alguna entre los adolescentes y los hechos.
5. El hábeas corpus restringido es aplicable a casos de adolescentes: supuestos de seguimiento policial, medidas que afecten la libertad sin racionalidad ni proporcionalidad, cuando el progenitor retiene a su hijo e impide que realice sus actividades cotidianas: Asistir a la escuela.
6. El habeas corpus correctivo es aplicable a adolescentes: Cuando las condiciones en que se cumplen las medidas socio-educativas, vulneran el derecho a la salud, la integridad

física, la vida. En general, las condiciones de privación de libertad que afecten derechos fundamentales y la dignidad humana.

7. El hábeas corpus preventivo procede en casos de niños y adolescentes ante la vulneración o amenaza a sus derechos en relación a la libertad o conexos.
8. El hábeas corpus traslativo procede en casos de adolescentes cuando se presenta exceso de detención: más de cincuenta días con proceso abierto o más de setenta con citación. También es aplicable al supuesto de que el Juzgado penal no dicte el corte de secuela.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS

- ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad del Externado de Colombia.1996.
- CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho constitucional. Ed. Praxis S.R.L.2000
- MAXERA, Rita. Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles. Bangkok,18-25 de abril del 2005
- NEUMAN, Elias: Mediación y conciliación penal.Ed.Depalma.1997
- O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas, Fundación Fiedrich Naumann y el I.I.D.H.
- PRIETO SANCHIS, Luís. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Ed. Trotta
- RENTERIA DURAND, María Margarita. Centros de tutela,1990
- RENTERIA DURAND, María Margarita,1998. Administración de Justicia y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- REYNA ALFARO, Luís Miguel. Jurisprudencia penal constitucional. Selección de sentencias del Tribunal Constitucional. Jurista Editores EIRL.
- TERRE DES HOMMES. Justicia para crecer N°1.



DISTINTIVO DEL COLEGIO DEL ABOGADOS DE LIMA

Estrella de siete puntas y datos relacionados
Con la fundación del Colegio de Abogados de Lima
Se encuentra en el Auditorio Principal "José León Barandiarán"

HACIA UN SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE PARA QUE LA JUSTICIA LLEGUE PRONTO, Y A TODOS

Por: Hugo Huayanay

SUMARIO: I. EL ARBITRAJE UNA JURISDICCIÓN EXCEPCIONAL DEL ESTADO II. CRÍTICAS AL ORDINARIO SISTEMA DE JUSTICIA: EL PODER JUDICIAL III. EL ARBITRAJE MODERNO: UN PRODUCTO DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICA IV. LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LA ARBITRAL EN EL PERÚ: DOS VÍAS CON DESARROLLOS DESPROPORCIONADOS V. EL ARBITRAJE PERUANO ACTUAL: UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA NO EXENTA DE CRÍTICAS VI. LA NECESIDAD DE CREAR UN SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE VII.- PROPUESTAS PARA IMPLEMENTAR UN SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE VIII. CONSIDERACIONES FINALES: MEJORAR EL ARBITRAJE PARA QUE LA JUSTICIA LLEGUE A MILLONES DE PERUANOS

I. EL ARBITRAJE UNA JURISDICCIÓN EXCEPCIONAL DEL ESTADO

La Constitución Política peruana considera al *arbitraje* –conjuntamente con el Fuero Militar-Policial- como una jurisdicción excepcional alternativa a la del *Poder Judicial*.¹ Esto implica simple y llanamente que también el arbitraje al igual que la vía judicial posee potestad derivada de la soberanía del Estado para resolver conflictos ciudadanos, siendo ejercida aquella función en forma exclusiva por tribunales arbitrales autónomos e independientes, siendo sus resoluciones definitivas e irrevocables.

Sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional –señala nuestra Constitución en su artículo 139 inciso 1– que la “unidad” y “exclusividad”, son principios básicos de las garantías

1 Constitución Política del Perú de 1993, art. 139.1.

constitucionales, y significan que ninguna persona puede irrogarse en un Estado de Derecho, la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica,² en forma privada o por acto propio; y que tampoco una persona puede ser sometida a juicio ante una autoridad que no haya recibido la potestad de juzgar.³

Así, establecida constitucionalmente la jurisdicción, tenemos que en nuestro país existen tres estamentos que, en nombre del Estado, administran justicia dentro de los ámbitos de su competencia:

- La vía judicial es la vía ordinaria de administrar justicia del Estado realizada por los órganos competentes a través del *Poder Judicial*, con las formas requeridas por la ley y establecidas en los códigos procesales, en virtud de la cual los jueces dirimen conflictos y resuelven controversias de relevancia jurídica, mediante sentencias que tienen autoridad de cosa juzgada;
- El Fuero Militar, jurisdicción excepcional que ejerce y administra justicia sobre los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los delitos propios de su función; también sobre quienes infrinjan el *Servicio Militar Obligatorio* y, sobre los civiles en los delitos de traición a la patria en caso de guerra y de terrorismo;⁴
- La vía arbitral, jurisdicción excepcional que se encuentra legislada tímidamente por la Ley N° 1071 (*Ley General de Arbitraje*), y que resulta ser una alternativa a la vía ordinaria de acuerdo a la materia señalada; y para que se active, es necesario que previamente las partes hayan establecido taxativamente –en un contrato– someter sus posibles conflictos a arbitraje.

Si bien es cierto que tanto la vía militar como la arbitral, son “jurisdicciones excepcionales”; sin embargo, es necesario señalar, que ambas no son totalmente autónomas ni pueden erigirse al margen y en forma competitiva con la justicia ordinaria, ya que estas actúan de acuerdo con sus leyes y en el ámbito material que la Constitución les faculta; es más, algunas de las decisiones de aquellas, pueden ser conocidas y resueltas por la Corte Suprema, como el caso del cumplimiento del “debido proceso”.

2 Esta “*exclusividad*” a favor del Estado de administrar justicia, implica que toda persona emplazada por un órgano jurisdiccional debe someterse al proceso instaurado contra ella, y también obligada a cumplir la sentencia que se le imponga, pudiendo en caso se resista, ser compelida por medio del uso de la fuerza del Estado.

3 El Poder Ejecutivo y el Legislativo, no pueden ejercer función jurisdiccional, pues están prohibidos de avocarse al conocimiento de causas pendientes; y tampoco, pueden intervenir en el procedimiento, ni desconocer las resoluciones del *Poder Judicial*, menos pretender abstenerse de cumplirlas.

4 Señala concretamente nuestra Constitución Política, en su *Artículo 173*: “*En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.*”

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.”

II.

CRÍTICAS AL ORDINARIO SISTEMA DE JUSTICIA: EL PODER JUDICIAL

El sistema de administración de justicia es quizás la pieza más importante del andamiaje institucional del Estado, ya que según la clásica división de poderes, compete al *Poder Judicial* resolver todos los conflictos con relevancia jurídica de los ciudadanos; sin embargo, aquel en nuestro país se halla en crisis permanente y es difícil una recuperación pronta. Ello ha ocurrido, a pesar que en los últimos años se hayan ensayado un sin número de reformas al *Poder Judicial*; siendo lo cierto que no han dado frutos positivos, lo cual ha generado que el actual sistema de justicia ordinaria en el país prácticamente haya sido desbordado por un conjunto de hechos que hacen que la justicia -en el mejor de los casos- tarde demasiado, y no llegue al justiciable.

En tan lamentable situación, ha tenido que ver la sumatoria de un conjunto de hechos como: las malas condiciones logísticas en las cuales se desarrollan los procesos judiciales a cargo de los órganos del *Poder Judicial*; una idiosincrasia colectiva litigiosa que genera una exorbitante carga procesal que se ahoga en el burocratismo más diletante; un cultura abogadil belicosa y *tinterillera*; especialistas en recusamientos y en empapelamientos de todo; la falta de efectividad de algunas sentencias y la desconfianza respecto de la imparcialidad de aquellas;⁵ la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales, así como la falta de vocación de algunos magistrados; las muchas irregularidades en los nombramientos de jueces y magistrados elegidos por un CNM de composición extraña; la mediocridad del personal administrativo a cargo del sistema judicial.

Otro tema que hace que los procesos en el *Poder Judicial* sean engorrosos y diletantes, es la forma como se realiza el procedimiento judicial. Este procedimiento es burocrático y extenso; se encuentra cargado y sobrecargado de plazos y plazos, notificaciones y notificaciones, resoluciones y resoluciones que amparados en principios doctrinarios estirados y extremo del “debido proceso”, hacen que las etapas procesales en su conjunto, demoren muchos años, y que la justicia tarde escandalosamente.

En resumen, la desconfianza, la ineficiencia, el desorden, la escasez de recursos y la corrupción,⁶ entre otras, son características que grafican nítidamente la realidad y crisis de nuestro *Poder judicial*. Crisis ésta que es permanente, y socava los fundamentos mismos de la convivencia e interacción normal entre personas, empresas y organizaciones de todo tipo; perjudicando enormemente el desarrollo del país en su conjunto.

Sin embargo, cabe señalar al respecto, que el problema del *Poder Judicial* no es exclusivo del Perú, sino es un asunto a nivel mundial, con diferentes matices y escalas; claro está por ello, que en los últimos años también se haya venido haciendo notoria la importancia de algunos mecanismos alternativos de solución de controversias, entre los que destaca nítidamente el arbitraje.

5 Este hecho, ha generado muchas veces la degradación de las sentencias (carentes de una fundamentación jurídica adecuada al caso concreto así como la indebida motivación de las mismas), haciendo su imposible ejecución e ineficacia.

6 La corrupción es un problema recurrente en el *Poder Judicial*, al punto que ha generado una percepción ciudadana que sospecha que gran parte de las sentencias son negociadas, lo cual es grave, pues la incredulidad en la justicia estatal y el irrespeto a las normas es muy notoria.

A pesar que el arbitraje no es una institución nueva en el campo del derecho, sin embargo, es en los últimos años que ha logrado un tanto quebrar el monopolio de la función jurisdiccional clásica y ordinaria del Estado, convirtiéndose en un instrumento de justicia alternativo efectivo para que los ciudadanos resuelvan sus controversias de manera ágil, flexible, imparcial, independiente y con seguridad jurídica.

III.

EL ARBITRAJE MODERNO: UN PRODUCTO DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICA

Doctrinariamente el arbitraje, es definido como un medio alternativo de solución de conflictos a la vía judicial, propio del derecho *privado*; mediante el cual, dos partes que tienen un conflicto –sobre el cual tienen libre disponibilidad– de mutuo acuerdo, deciden nombrar a un tercero independiente, denominado árbitro (compuesto de uno o tres personas), para que resuelva (de derecho o de conciencia), dicha controversia a través de una resolución llamada *laudo arbitral*; poniendo fin con esto al conflicto manera definitiva e inapelable⁷.

El arbitraje tiene algunas semejanzas con el *sistema judicial*, ya que comparte con este la característica de ser adversarial⁸ y adjudicativo⁹; y además, porque contempla la existencia de un tercero neutral (tribunal arbitral) que tiene facultades semejantes a un juez, ya que es quien conduce el procedimiento y emite el laudo arbitral.

Las ventajas del arbitraje frente al *Poder Judicial* son muchas, sin embargo, las primordiales están relacionadas a su celeridad, su especialidad, su flexibilidad y el hecho de que se pueden pactar con anterioridad a su conclusión, los costos por las partes (salvo que sea un arbitraje institucional, donde allí si existen plazos y costos definidos).

Con respecto a las desventajas que se le pueden achacar al arbitraje, tenemos aquella que está principalmente referida al hecho que el arbitraje adolece de manera directa del poder de *coercio*,¹⁰ (apremio de la fuerza pública para hacer cumplir sus resoluciones) por lo que sus detractores, apresuradamente señalan que carecería de *jurisdicción plena*. Pero, cabe señalar que el Poder Judicial no tiene esa facultad de modo directo, sino que las fuerzas policiales que están obligadas a prestar auxilio cuando así lo requieren los jueces para hacer cumplir sus resoluciones; pero ello en sí para nosotros no constituiría una dolencia dramática del arbitraje, pues este poder de *coercio*, podría estar inserta en una futura ley habilitante. Aun así, los árbitros pueden recurrir al Poder Judicial de modo indirecto para hacer cumplir sus resoluciones y laudos, mediante un proceso ejecutivo.¹¹

7 El *laudo arbitral*, es de cumplimiento obligatorio y es inapelable; tiene autoridad de cosa juzgada.

8 Un modelo procesal adversarial, es aquel en el cual se confrontan dos partes con sus argumentos (de cargo y de descargo); prevaleciendo sobre esta la decisión de un tercero investido con autoridad por el Estado.

9 Se denominan métodos adjudicativos en la solución de controversia, a aquellos en los que las partes deciden “adjudicar” a un tercero la potestad para conocer, analizar y resolver un conflicto.

10 La *coercio*, es la facultad de Estado de imponer –a través del órgano competente– un castigo, sanción o pena (legal) con el objetivo de condicionar el comportamiento de los individuos.

11 El *proceso ejecutivo* conocido también como proceso sumario de cognición o declarativo, tiene por objeto hacer

Ahora bien, es necesario señalar que el arbitraje actual, como todo el derecho, es un producto de la evolución jurídica, debe normar las relaciones humanas a través de los cambios de la sociedad y, no debe ser una simple continuidad de las formas de los derechos antiguos, ni a un conjunto principios dogmáticos infranqueables. Menos a una “moda” como sustentan algunos procesalistas que solo pueden razonar sobre paramentos procesales esquematizados.

Es ciertamente el arbitraje una institución jurídica que aparece como una reacción contra el monopolio y la militancia de la función jurisdiccional del Estado (Poder Judicial); que se expresa en la búsqueda de un mecanismo más ágil y eficaz de justicia. Sin embargo, es menester señalar que el “arbitraje contemporáneo”, es relativamente distinto del “clásico arbitraje”; de aquel arbitraje semi informal, de conciencia y equidad, excesivamente privatístico, confidencial y secreto.¹² También de esa tendencia de los árbitros en no motivar los laudos; de esa concepción doctrinaria que preconizaba que desde el inicio las partes tenían la posibilidad de crear un arbitraje a la medida; y con esa supuesta liberalidad extrema de las partes de fijar las condiciones, plazos y etapas del proceso según la complejidad de la controversia, o el tiempo previsto para su solución.

Si bien es cierto, aún subsiste doctrinariamente muchas concepciones del “clásico del arbitraje” en algunos países y sectores; pero mayoritariamente el arbitraje viene evolucionando y el uso de un “arbitraje institucional”, más formal, transparente y reglamentado, es más fuerte cada día.

Efectivamente, lo señalado en el párrafo anterior se hace más notorio cuando observamos la aplicación territorial y espacial del arbitraje, así como su utilización en materias del campo administrativo y comercial; sectores que han contribuido enormemente a catapultarlo como uno de los más importantes mecanismos alternativos de solución de conflictos de las sociedades contemporáneas; porque si fueran llevados aquellos conflictos, a ser resueltos en la vía judicial, retardarían enormemente la atención oportuna a los ciudadanos a servicios públicos y las actividades económicas respectivamente.

- **En el campo comercial.** A nivel nacional e internacional el arbitraje es utilizado como el principal instrumento de solución de controversias, ello en razón que las complejidades de la vida comercial moderna, existentes cotidianamente en las relaciones de intercambio civil y patrimonial, exigen salidas rápidas y eficaces que rebasan ampliamente la los plazos diletantes del Poder Judicial.

La especialización de los árbitros también es un asunto fundamental en la preferencia del arbitraje en esta área, ya que, comparado con el Poder Judicial, donde un solo juez es mayormente un “todista” del derecho, (aunque a veces con muy poca profundidad teórica o legal); en el arbitraje, son las partes quienes mayormente escogen árbitros especializados sobre las materias específicas a resolver.

efectivo, breve y coactivamente, el cumplimiento de obligaciones que constan en título ejecutivo que ya ha sido judicialmente declarados o arbitralmente laudados.

12 Es secretismo de los laudos; el secretismos de las recusaciones de árbitros, etc., etc.

- **En el campo de la Administración Pública.** El Arbitraje administrativo en el Perú constituye un híbrido en el cual convergen elementos muchas veces no coincidentes con la del *clásico arbitraje civil*. Así, presenta características propias que le dan una naturaleza jurídica especial, y viene solucionando con eficacia,¹³ celeridad y transparencia múltiples controversias entre ciudadanos y el Estado; en casos como en materia laboral (MT), en arbitrajes de consumo (INDECOPI), en materia de salud (SUNASA) estas que de ser llevadas al Poder Judicial, podrían demorar años, quinquenios o tal vez décadas.

Un área en la que destaca claramente el arbitraje en nuestro país, es la referida a las Contrataciones del Estado; ya que necesitando el Estado para el cumplimiento de sus fines sociales, contratar con proveedores para recibir servicios, bienes y realizar obras, es durante la ejecución de aquellos que pueden suscitarse controversias. En este sentido, creemos que con acierto el Estado, ha diseñado un arbitraje que constituye propiamente administrativa de resolución de conflictos, así como la vía judicial y que viene contribuyendo enormemente al desarrollo de las contrataciones del Estado en sí, y al cumplimiento de los fines sociales del Estado.

Entre las principales características del Arbitraje en Contrataciones del Estado, podemos señalar: la idoneidad y especialidad de los árbitros;¹⁴ su obligatoriedad, ya que en realidad la “cláusula arbitral” contenida en el contrato obliga sí o sí a las partes a ir al arbitraje;¹⁵ es un arbitraje de derecho, porque siempre el Presidente de un Tribunal o el árbitro único, son abogados y resuelven con apego a la legislación; existe obligación del OSCE de publicar los laudos, de llevar un registro de las recusaciones y sanciones de los árbitros. Además, prima en ellos, el cumplimiento del principio de “Transparencia” puesto que este arbitraje involucra el manejo de fondos y recursos públicos.

IV.

LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LA ARBITRAL EN EL PERÚ: DOS VÍAS CON DESARROLLOS DESPROPORCIONADOS

Como hemos señalado en el inciso del presente ensayo, dos son las jurisdicciones excepcionales que reconoce nuestra actual constitución: la militar y la arbitral.

1) La Jurisdicción Militar en el Perú:

La jurisdicción militar en el Perú se encuentra establecida a través del *Fuero Militar Policial*, previsto en la Constitución Política, en el artículo 139 numeral 1), como una jurisdicción

13 La Constitución Política del Estado, en el párrafo tercero del artículo 63, establece que: *El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley*. Los laudos arbitrales tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales judiciales competentes.

14 Si bien los árbitros son una suerte de «jueces privados» en el arbitraje en Contrataciones del Estado se avanza en el sentido de la especialidad de los temas sobre los cuales ellos deben resolver, siendo administrativo, contrataciones del Estado, y arbitraje; y adicionalmente, el manejo de temas de obras públicas.

15 Así, al momento de celebrar un contrato –de obras, bienes o servicios– con el Estado, estaríamos en realidad frente a un contrato con cláusula de adhesión Arbitral, a pesar que ella no aparezca en el contrato se entiende incorporada de pleno derecho (ver art. 40 Ley de Contrataciones del Estado).

excepcional del *Poder Judicial*; y por su naturaleza y finalidad se relaciona con el Sistema de Defensa Nacional dentro de la independencia y autonomía que les reconoce la Constitución y sus respectivas normas.

Posee jurisdicción autónoma, es independiente y es competente únicamente para juzgar los delitos de función.¹⁶ Administra justicia en el ámbito establecido por ley, abocándose exclusivamente a las causas que involucran a militares y policías en actividad; en ningún caso está facultado para procesar a civiles o miembros de las fuerzas del orden en situación de retiro.¹⁷ Esta Jurisdicción se circunscribe al respeto irrestricto a los principios y garantías de la función jurisdiccional y al pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona.¹⁸

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje, a nivel institucional, el *fuego militar* se ha desarrollado notoriamente frente a aquel, ya que posee un ordenamiento jurídico amplio y una estructura organizativa completa y formalizada.

a) Base Legal

El Fuego Militar Policial se rige por su *Ley de Organización y Funciones*,¹⁹ por el *Código Penal Militar Policial*²⁰ y, supletoriamente, por las normas sustantivas y procesales que regulan la justicia ordinaria.

b) Estructura orgánica estamental

El Fuego *Militar-Policial*, posee una estructura logística e infraestructura propia, con instancias administrativas que brindan colaboración eficiente a sus órganos jurisdiccionales.

En cuanto a lo referido a los procesos allí realizados, debemos señalar que este fuego posee un procedimiento semejante al del *poder judicial*, el cual es realizado en forma autónoma de la jurisdicción ordinaria.

Así, presenta órganos de juzgamiento y acusamiento (fiscales): un Tribunal Supremo Militar Policial y Fiscalía Suprema Militar; Tribunales Superiores Militares Policiales y Fiscalías Superiores Militares Policiales; juzgados militares policiales y fiscalías militares policiales. A nivel Jurisdiccional, en la cúspide jerárquica se halla el Tribunal Supremo militar policial y la Sala

16 Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código Penal Militar Policial.

17 De conformidad con el artículo 173° de nuestra Constitución, los militares y policías son sometidos al fuego respectivo y al *Código de Justicia Militar Policial*, siempre y cuando incurran en infracción durante el ejercicio de sus funciones. Dicha función está constituida por el conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución, las leyes y los reglamentos correspondientes. El ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales que tuvieran lugar.

18 El Fuego Militar Policial garantiza la legitimidad de la investigación y juzgamiento de delitos de función, bajo los principios de independencia, imparcialidad, celeridad, oralidad, etc.

19 La Ley de Organización y Funciones del Fuego Militar Policial (Ley N° 29182 del 11 de enero de 2008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1096 del 1° de setiembre de 2010 y la Ley N° 29955 del 06 de diciembre de 2012) establece la naturaleza, estructura, organización, competencia, jurisdicción, funciones y atribuciones del Fuego Militar Policial, en armonía con las normas y principios establecidos en la Constitución Política del Perú.

20 Decreto legislativo N° 1094, del 1ro. de setiembre de 2011.

Plena; siguiendo en forma descendente y escalonada la Sala Suprema Revisora, la Sala Suprema de Guerra y las Tribunales Superiores (de centro, sur oriente y sur oriente).

2) La Jurisdicción Arbitral en el Perú:

Camino muy distinto al recorrido por el *fuero militar-policial* resulta ser el transitado por el arbitraje en el Perú, ya que a diferencia de lo ocurrido por la jurisdicción militar, aquí el desarrollo es mínimo y segmentado; lo cual ocurre a pesar que los arbitrajes se hallan multiplicado en los últimos años en el país, y que el tema se encuentre prácticamente en *boga* académica.

Efectivamente, si bien es cierto que en el escenario nacional existe un permanente debate doctrinario, un auge de revistas y publicaciones plagadas de disquisiciones académicas; abundan seminarios, diplomados, congresos nacionales e internacionales y variadas actividades sobre el arbitraje; sin embargo, todo ello lamentablemente no se condicen con su desarrollo legislativo y su fortalecimiento institucional.

a) Base Legal

Como leyes primigenias del arbitraje en el Perú podemos señalar las siguientes: la Ley N° 25935 del 9 de diciembre de 1992; la Ley General de Arbitraje Ley N° 26572 del 20 de diciembre de 1995; y actualmente, el Decreto Legislativo N° 1071 (LA), publicado de fecha 28 de junio de 2008 en el diario oficial El Peruano.²¹

Aparte de esta norma no existe nada, menos algún proyecto del propio Estado, o de alguna institución arbitral.²²

b) Arbitraje Ad Hoc y el arbitraje Institucional:

La actual Ley de Arbitraje (D.L. N° 1071), es una buena ley procedimental, que recogiendo aportes doctrinarios y legislativos comparados, significó de algún modo el triunfo de la autonomía de la voluntad y la regulación privada sobre el burocratismo secular de la clásica administración de justicia estatal; rompió esquemas conceptuales de enrejados dogmas de justicia y de procesabilidad apostando por una rápida y eficaz modalidad de resolver conflictos.

Consta de 78 artículos y 14 disposiciones complementarias, establece en su artículo el arbitraje *ad-hoc* y el institucional, con distinciones remarcadas con respecto a la formalidad y seguridad jurídica.

Efectivamente, a grandes rasgos debemos señalar que sobre el arbitraje *ad hoc*, que la Ley ha sido muy genérica, lo cual ha ocasionado que bajo su figura de *secreta* y *semi informal*, se hayan producido algunos actos de corrupción y fraudes en los últimos años; ya que no ha existido mayor control, ni registros sobre las actuaciones de los árbitros.

En lo que respecta al arbitraje institucional, señala escuetamente la Ley: que las instituciones arbitrales deben estar organizadas como personas jurídicas con o sin fines de lucro;

21 Vigente desde el 01 de setiembre de ese año.

22 Ello, a pesar que la gran mayoría de instituciones y centros de arbitraje del país, en sus estatutos y reglamentos, señalan como sus objetivos el presentar proyectos legislativos que coadyuven a mejorar el arbitraje.

que instituciones públicas, que tengan las funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, pueden crear centros de arbitraje, debiendo estar aquellas inscritas en el Ministerio de Justicia; que para que el arbitraje se *active*, es necesario que el convenio arbitral este insertado como *clausula* en un contrato, a efectos que las partes puedan sustraer sus conflictos de la vía judicial. Señala además, la Ley entre otras cosas que las partes son las que designan al árbitro, pero a falta de acuerdo -o si hay contradicción en la designación- podrá recurrirse a una institución arbitral para que sea aquella la que la designe.

Como hemos señalado, el arbitraje en el Perú aparece reglamentado desde el 2002, pero a la fecha, en lo que respecta a los centros de arbitrajes privados (arbitraje institucional), éstos han tenido un escaso crecimiento, ya que en nuestro medio, apenas existen una docena para atender una población de cerca de 30 millones de habitantes. Si bien es cierto, muchos de estos centros de arbitraje administran procesos arbitrales, cuentan con reglamentos poseen infraestructura logística adecuada; en realidad administran poquísimos arbitrajes y no tiene conexión entre ellas, ni cuenta con un sistema integrado que les permita detectar y sancionar a malos árbitros y las malas prácticas arbitrales.

V.

EL ARBITRAJE PERUANO ACTUAL: UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA NO EXENTA DE CRÍTICAS

La actual ley de arbitraje (D.L. N° 1071), establece el marco general del arbitraje, sin embargo básicamente esta es como ya lo hemos señalado, una ley procedimental; ya que contempla requisitos, formalidades a cumplir en diferentes etapas de manera clara y específica. Pero esta ley por sí sola, no ha resultado ser condición necesaria para el desarrollo y ampliación del arbitraje en nuestro país.

2. El arbitraje popular: un proyecto mediatizado

En noviembre del 2008, dos meses después que se promulgara la actual Ley de Arbitraje (D.L. 1071)²³, se creó el programa de “Arbitraje Popular”;²⁴ y siguiendo esta línea, se constituyó el *Centro de Arbitraje Popular* denominado “Arbitra Perú” en el Ministerio de Justicia,²⁵ (regido por su Estatuto, Reglamento y Tabla de Aranceles).²⁶

El programa “Arbitra Perú”, fue creado seguramente pensando en impulsar el arbitraje, a través del acceso ciudadano, a costos adecuados a este Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (MASC).²⁷

23 DL. N° 1071 legisla arbitraje (*Vigente desde el 1 setiembre del 2008*).

24 Decreto Supremo N° 016-2008-JUS (Publicado el 28 de noviembre 2008).

25 Resolución Ministerial N°. 0639-2008-JUS de fecha 03 de diciembre del año 2008.

26 Cuando así las partes lo acuerden y decidan someterse a él; y, sólo para aquellos conflictos de derechos disponibles cuyo monto sea menor a 20 UIT.

27 El Decreto Legislativo N° 1071, establece en su primera Disposición Final, el Arbitraje Popular: *Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos*.

A la fecha, habiendo transcurrido prácticamente 7 años desde la implementación de *Arbitra Perú* (2008-2015), este viene quedando como un proyecto de piloto sin continuidad; ello por más empeño, tesón e iniciativa que sus funcionarios puedan imprimirle. Efectivamente como era de esperarse, al no dotársele de autonomía institucional, logística y financiera, y hacerse le dependiente de un burocrático ministerio -más abocado a labores jurisdiccionales y administrativistas, del clásico y ordinario sistema judicial- *Arbitra Perú*, no ha podido crecer, consolidarse, ni generar frutos esperados; su crecimiento mínimo se expresa en un escaso número de arbitrajes que a la fecha maneja, lo cual nos da una idea muy desalentadora.²⁸

Pero lo más desalentador al respecto, es que frente a ello, no existen políticas de Estado que contemplen el fortalecimiento del arbitraje en el país, y mucho menos, proyectos legales ni preocupación académica de la sociedad civil que planteen la urgencia de crear un sistema nacional de arbitraje, que cumpla la importante labor de administrar justicia en temas patrimoniales, y que permita indirectamente también, descongestionar la sobrecarga procesal del Poder Judicial.

VI.

LA NECESIDAD DE CREAR UN SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE

Tras haber realizado un análisis panorámico y muy general, sobre la realidad del arbitraje en el país; en esta parte nos abocaremos al tratamiento de tres aspectos fundamentales que limitan que este mecanismo de jurisdicción de resolución de conflictos, se convierta en un eficaz instrumento de justicia en el Perú, siendo estos es: el escaso desarrollo legal; el actual arbitraje institucional; y la cultura arbitral:

- Con respecto al limitado desarrollo legal del arbitraje en el Perú, debemos señalar que en la actual Ley de Arbitraje, si bien es una buena ley procedimental; es, sin embargo, la responsable por su escueta y apretada normativa, de algunos defectos y falencias que en la práctica ha experimentado, como los monopolios cerrados de árbitros -que aquel sea caro y elitista-; que existan algunos laudos que no se justen a derecho; que existan malos árbitros que pululan en el arbitraje; y fundamentalmente, que el arbitraje, como instrumento eficaz de resolución de conflictos no se haya institucionalizado y ni llegado a la población.

Por ello, si queremos que el arbitraje crezca y sea un instrumento importante de justicia, más que enfrascarse en debates y discusiones bizantinas sobre aspectos doctrinarios y teóricos del clásico arbitraje, los técnicos y especialistas, deberían abocarse a la elaboración de proyectos, que establezcan su institucionalización, a través de la creación de un sistema nacional de arbitraje, para que este MASC, sea una realmente una alternativa de justicia para los ciudadanos.

- Con respecto al segundo punto, como ya lo hemos señalado, el arbitraje institucional en nuestro país está conformado por poco más de una docena de segmentados de centros de

28 Según comentarios extraoficiales de los directivos de *Arbitra Perú*, me señalan que a lo mucho manejan un promedio de entre 70 a 120 arbitrajes anuales.

arbitraje, todos ellos inconexos entre sí, y que no comparten ni concentran información sobre árbitros, recusaciones, publicación de laudos y sus posibles nulidades. Eso, dificulta la transparencia y la información pública; limita el acceso oportuno y necesario conocimiento de los ciudadanos, lo cual no les permite elegir idóneos árbitros y centros de arbitraje.

La transparencia, en todos sus aspectos, debe ser la clave para dar solidez al arbitraje institucional, ella evitará los monopolios que tanto daño en imagen han ocasionado al arbitraje en los últimos años.

- Con respecto a la cultura arbitral en nuestro país, debemos señalar que aquí el Estado carece de una política seria que promueva mecanismo alternativo de resolución de conflictos; ello a pesar que el común de los peruanos tiene internalizado una cultura litigiosa que lo impulsa a usar y a veces abusar del Poder Judicial. Por ello, es sumamente importante crear una “cultura arbitral”, que abarque a todo el país y se filtre en todos sus sectores sociales, para que todos los ciudadanos cambien su mentalidad litigiosa – adversarial- y dejen de creer que el Poder Judicial es la única entidad que les va a resolver sus controversias.

VII.

PROPUESTAS PARA IMPLEMENTAR UN SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE

Tras lo analizado en los párrafos anteriores, creemos que es importante y necesaria, la existencia de un sistema arbitral inédito, que organice todo el arbitraje en nuestro país; y que ponga este MASC al alcance de amplios sectores nacionales. Motivo por el cual considero a continuación, algunas propuestas que debiera tener este sistema arbitral:

- Crear un Sistema Nacional de Arbitraje independiente y autónomo, económica y administrativamente del MINJUS; que integre al arbitraje institucional y *ad hoc*; a las instituciones arbitrales y, los arbitrajes de todas a las entidades del Estado.
- Este SNA, debería tener una política transparente en todos sus extremos; así debería publicar todos los laudos, las recusaciones de árbitros llevando registros actualizados de ellos; debería también exigir lo mismo a todos los centros de arbitraje, a través de la sistematización y publicaciones en sus portales *webs*.²⁹
- Este SNA, debería además tener como función primordial, la de ser la única entidad certificadora de árbitros del país, incorporando a los centros de arbitrajes del país; y exigiendo para ello a sus miembros especializaciones y capacitaciones, actualizadas y permanentes.

²⁹ Brindar la posibilidad de que las partes, si así lo estiman conveniente, puedan a través de un convenio de mutuo acuerdo, y por libre voluntad adherirse al arbitraje en un proceso en trámite, desligándose de la vía judicial.

- Asimismo, debería contar con Reglamentos tipo, aplicables a todos los centros arbitrales, tales como: formatos de solicitudes de arbitraje y cláusulas tipo, Reglamentos procedimentales, Código de Ética, y lista de aranceles.
- Paralelamente a lo señalado, debería mejorarse los plazos y requerimientos en el proceso ejecutivo civil para la ejecución de laudos y resoluciones arbitrales;³⁰ aunque en este punto, el objetivo de este organismo (SNA) cuente de manera directa con una “sala” encargada de ejecutar el cumplimiento de los laudos, sin necesidad de recurrir de manera indirecta al auxilio de la fuerza pública a través del Poder Judicial, como ahora ocurre.
- También debería este SNA, tener como función principal la difusión del arbitraje como instrumento de resolución de controversias, con el objeto de fortalecer una “cultura ciudadana arbitral”. En este sentido, debe trabajarse campañas de concientización en colegios, universidades, gremios profesionales y empresariales, entre otras instituciones para que la cláusula arbitral sea insertada en casi todos los contratos de contenido patrimonial.
- Un asunto vital también a tomarse en cuenta, es que se debería contemplar el establecimiento de mecanismos transparentes en las designaciones arbitrales para instituciones del Estado, independientes estos totalmente de las decisiones de los *Procuradores Públicos* como ahora ocurre. En este caso, los árbitros deberían ser nombrados de un registro nacional unificado y especializado de árbitros de este SNA.
- Este SNA, debe buscar sobre todo fortalecer el arbitraje institucional, y también establecer mecanismos que establezcan una mayor formalidad del arbitraje *Ad Hoc*. Además, en principio, todo arbitraje debería ser -a falta de acuerdo entre las partes- institucional.
- Se debe buscar que el clásico “secretismo” en el arbitraje sea una “excepción” y no una generalidad; y que quien quiera que sus actuaciones arbitrales o el laudo sea secreto, debe redactarlo en la misma cláusula arbitral; o en su defecto solicitarlo en el momento mismo de la instalación del tribunal arbitral. Ello ayudará a fortalecer la institución y no representaría una debilidad en nada, ya que los laudos tienen calidad de cosa juzgada y contra ellos solo pueden accionarse la nulidad por cuestiones específicas.
- Otro punto también importante a tener en cuenta es que se debe buscar que todo arbitraje sea de derecho, y que la excepción sea de conciencia. En este sentido la norma debería establecer que el arbitraje de conciencia deba estar, expresamente redactado en la cláusula arbitral, de lo contrario, debería entenderse como arbitraje de derecho.
- Debería exigirse el cumplimiento de la “habilidad” para los abogados en los arbitrajes únicos y, también para el Presidente de todo tribunal arbitral; ya que es indispensable que quien dirija un arbitraje lo haga en cumplimiento de la habilidad establecida por su Colegio Profesional; y respondiendo a los lineamientos éticos y reglamentarios de los mismos.

30 Además debería permitirse en los procesos civiles adherirse al arbitraje; en este sentido, es muy interesante la propuesta de Pedro Sagastegui. (*Propuesta para Ampliar el Arbitraje en los Procesos Civiles de nuestro país*).

- La reforma también deben abarcar modificaciones sobre el costo de este servicio, ya que es necesario poner este importante mecanismo alternativo de justicia al alcance de todos, cosa que no como ocurre actualmente. Además, sería necesario que se contemple una escala remunerativa de los árbitros, que no necesariamente debería computarse sobre la base al porcentaje del objeto en controversia, sino respecto de la materia y especificación del objeto materia a arbitrar.
- Es necesario ampliar las materias a ser arbitrables,³¹ y establecer mecanismos que permitan a los ciudadanos desligarse de la vida judicial en cualquier parte de un proceso civil, si ellas optan de común acuerdo por el arbitraje.
- Debería establecerse que por el hecho de administrar justicia en nombre del Estado -a pedido del acuerdo de voluntades de las partes- los árbitros deberían asumir responsabilidades concretas por sus actos.³² Este hecho reforzaría la institución arbitral y permitiría la existencia de árbitros serios; y los actos de estos, ajustados a derecho.
- Finalmente, creemos que al arbitraje debería recurrirse además, en caso de auxilio judicial, cuando este no resuelva controversias planteadas en su sede en un plazo que la ley considere “excesivo”. En este caso, proponemos que debería operar la prescripción de aquel y habilitarse inmediatamente la vía arbitral. Debiendo en este caso, pagar los honorarios de los árbitros y demás costos arbitrales el propio estado; por la negligencia, inoperancia, burocratismo de sus propios administradores de justicia.

VIII.

CONSIDERACIONES FINALES: MEJORAR EL ARBITRAJE PARA QUE LA JUSTICIA LLEGUE A MILLONES DE PERUANOS

La ampliación y consolidación del arbitraje en el Perú, se encuentra concretamente ligado a lo que haga o deje de hacer el Estado, ya que aquí su inercia a la fecha, ha logrado crear archipiélago diverso y heterogéneo -pero escaso- de instituciones arbitrales que hoy no comparten casi nada en común, segmentados y sin conexión; y si ello continua, y no se hace nada al respecto, este eficaz instrumento de acceso a la justicia y resolución pronta de litigios, está condenado a ser solo una alternativa de unos pocos; un negocios de unos cuantos.

Por ello, si se quiere cambiar esa realidad y que el arbitraje sea realmente un instrumento de justicia, al cual puedan acceder millones de peruanos a costos módicos; es necesaria una firme política estatal. Lo cual pasa básicamente por crear un organismo gubernamental o de gestión mixta que lo institucionalice; que promueva, supervise y transparente los arbitrajes; en aras de la seguridad jurídica de los mismos, y la calidad de los laudos tal como ocurre con las resoluciones del *Poder Judicial*.³³

31 Problemas cooperativos, de asociaciones y sociedades; de accidentes de tránsito que no impliquen lesiones graves, problemas inmobiliarios etc., etc., y todo aquellos susceptible de resarcimiento económico.

32 Como ocurre por ejemplo en Colombia, donde el árbitro tiene casi los mismos requisitos de un magistrado.

33 En este caso sería sumamente interesante contemplar la posibilidad que quien quiera, que su *laudo* sea secreto,

Si bien es cierto que mejorar el sistema de acceso de millones de peruanos a la justicia es una titánica labor, ya que implica mejorar, reorganizar totalmente el sistema judicial; es imprescindible que el ciudadano conozca y esté plenamente informado que existe un mecanismo alternativo al que puede acceder libremente para solucionar sus controversias.

La implantación en nuestro país de un moderno sistema arbitral, dará una luz de esperanza en la justicia a aquellos litigantes desconfiados de un Poder Judicial, permanentemente sobrecargado de plazos, de requisitos burocráticos y diletantes en extremo excesivos, que a la larga solo generan injustificados gastos económicos, pérdidas de tiempo; pérdida de fe en la justicia ordinaria y deslegitimidad del Estado. Todo lo cual se ve agravado por huelgas cíclicas de sindicatos que sólo quieren beneficios económicos y no meritocracia.

Por lo tanto, reconocer y aceptar el arbitraje como una vía alternativa al Poder Judicial para resolver determinadas controversias con autoridad de cosa juzgada,³⁴ coadyuvará enormemente a descongestionar la abultada carga de aquel; al tiempo que logrará solucionar en parte muy importante los grandes problemas de fondo de acceso a la justicia. Por ello, apuntamos a su institucionalización, para sea una alternativa asequible a millones de ciudadanos, en una frase: “Para que la justicia llegue, y llegue a todos”.

Ventajas y desventajas del arbitraje y el poder judicial	
ARBITRAJE	PODER JUDICIAL
Instancia única	
Promedio de seis meses de duración	Promedio de duración de entre 60s a 6 años
Audiencia única	Varias audiencias
Laudo inimpugnable	La sentencia puede ser apelada.

El mal llamado SNA

Ciertamente que actualmente se dice mucho que estamos en el *boom* del arbitraje, pero ello, contrastado con la realidad que hemos descrito, resulta ser una verdad a medias; pues los arbitrajes si han aumentado se concentran en pocas manos, han sido reducidos y están reservados a un pequeño grupo de “privilegiados”; sus costos son altos, deducidos estos básicamente de la cuantía objeto de la controversia, por lo cual al no existir desde el Estado ninguna reglamentación, establecen lo crean personalmente conveniente a sus intereses en atención a solo capturar arbitraje de cuantías altas.³⁵

debería redactarlo en el mismo contrato,; o en su defecto en la instalación del tribunal arbitral.

34 El arbitraje más allá de ser considerado como un medio alternativo de solución de conflictos o incertidumbres jurídicas al *Poder Judicial*; debe tener también un tratamiento distinto y en una serie de campos y materias donde aquel no responde ni es eficiente.

35 Si bien es cierto que en materia de CE se señala que en los arbitrajes *ad hoc* los honorarios de los árbitros deben tener como referencia la tabla del OSCE, ello en la realidad no pasa de ser un deber desiderativo y no un mandato imperativo, ya que no obliga a nada; lo cual a la fecha no es cumplido ni tomado en cuenta por árbitros deseoso de ponerse honorarios arbitrales exorbitantes.

INSTITUCIONALIDAD, POLÍTICA DE ESTADO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL SECTOR TURISMO

Por: R. Manuel Burga Solar*

SUMARIO: 1. EN TORNO A LA FALTA DE INSTITUCIONALIDAD 2. ACERCA DE LA AUTONOMÍA DE UN ENTE RECTOR Y MÁXIMA INSTANCIA ESPECIALIZADA EN MATERIA TURÍSTICA 3. APOSTANDO POR UNA POLÍTICA DE ESTADO 4. ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL SECTOR TURISMO

1. EN TORNO A LA FALTA DE INSTITUCIONALIDAD

Cuando nos referimos a la institucionalidad inmediatamente nos viene a la mente la palabra institucional y por ende la propia institución que amerita examinemos como sigue.

Toda institución supone una organización y ella, constituye una obra humana naturalmente perfectible teniendo como constante la razonabilidad del hombre traduciendo ello en normas en algunos casos permisibles y en otros prohibitivas, vale decir, a partir de una estructura la identificación de un todo orgánico y funcional que debiera obedecer a un interés ciudadano común, reconocida que fuese su pluralidad.

En verdad, se trata de una válida convergencia de voluntades con sujeción a un conjunto de normas jurídicas tanto sustantivas como adjetivas habitualmente, aunque en algunos casos hasta donde se amparan en su propia personalidad y sus costumbres con las que se identifican y responde a un interés social y a mayor abundamiento, lo importante de abordar este tema es que comprobemos la ejecución de manera eficiente de los intereses que sostienen la institucionalidad proyectado al futuro con ánimo de permanencia, lo que a la larga allana el camino a un pacto social.

* Presidente de la Comisión de Estudio de Derecho Turístico del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Catedrático universitario. Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Turístico – APEDETUR.

Evidentemente, que la institucionalidad no pasa solo por ese deseo y práctica constante de unificación, no olvidemos que está expuesta a una serie de acontecimientos sociales que pueden influir en la desaceleración en un determinado contexto social.

Por otro lado, un elemento dañino lo constituye el histórico caudillismo, sino individualismo y hasta personalismo mediocre seguido por masas proclives a su imitación en distintos roles que les toca desempeñar, confundido con un exigible liderazgo para “dirigir” al país. Ello sin duda termina debilitando a los propios actores involucrados en la aguardada institucionalidad del país.

Para alcanzar los fines de la sociedad como soberano a partir del bien, se hace ineludible crecer permanentemente a todo nivel y tener claramente definidas nuestras metas patrias ya que sin ello no encontraremos motivación.

Dicho lo anterior, es perfectamente plausible que las personas se encuentren motivadas por el interés singular como plural por alcanzar el bienestar, de allí que resulte necesario contribuir a una sana convivencia y solidaridad entre los peruanos.

En este sentido, debemos construir nosotros mismos nuestros ideales, sumando y logrando la mejor relación; así como un mejor escenario comunitario como país y el legítimo interés por alcanzar la justicia, la paz y la felicidad, a efectos de prescindir de malas influencias de una sociedad en crisis, violenta, desprovista de verdad y dignidad, deshumanizada, enferma en el individualismo, en la envidia, el odio, la deslealtad, de educación endeble, en desorden y descontrol institucionalizado que transparenta un libertinaje consustancial, a lo indeliberado, esquivo a la racionalidad, embriagada en el consumismo, adicta al placer en la vulgaridad y contra todo orden natural construida en los intereses más subalternos y oscuros frente al amor a Dios, a la sensibilidad y solidaridad por el prójimo opuestos a los naturales lazos sociales inherentes al ser humano y edificados desde la familia.

Nace así la necesidad de vivir en un orden natural, elaborar una agenda de trabajo, presentar iniciativas legislativas hacia un ordenamiento y entrelazar aquellas normas positivas hacia un sistema jurídico en clara muestra de legalidad, sin perjuicio de la legitimidad emergente de la voluntad del pueblo soberano, la razonable distribución y equilibrio en el poder, de sólida y solvente capacidad de gestión, el buscar consenso social responsable hacia una correspondencia, interdependencia distante a todo individualismo sin perder el legítimo interés por el desarrollo personal y plural, el respeto a practicarse entre todos los peruanos de nuestro tiempo y de generaciones futuras en franca oposición a las prácticas violentistas del pasado, formar un espíritu conciliador y compromiso patrio duraderos en el tiempo entre todos los sujetos de derecho involucrados.

En efecto, todos quedamos comprendidos en esta necesidad, vale decir, que en ello se hace exigible la participación del sector público a través de los órganos o poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como en los diversos niveles de gobierno (gobierno nacional, regional y local), mientras que también resulta comprensible el involucramiento del sector privado a través de emprendedores con o sin fines de lucro, así como la ciudadanía en general.

En fin, se hace imperiosa la necesidad en trabajar por la institucionalidad, reconociendo

nuestras diferencias culturales que hacen la riqueza del país, verdadera sumatoria de pueblos que aguardan su integración y desarrollo que deben merecer nuestro respeto a partir de valorar sus propias vivencias y riquezas a todas luces legítimas que les son consustanciales para no seguir soñando torpemente en una igualdad artificiosa.

Así lo expuesto precedentemente, no hace sino concluir que estamos frente a un país que en nombre de la democracia malos elementos toman distancia de lo moral, o encontramos individuos que se sumergen peligrosamente en lo amoral que se ve agudizado por el desorden, el individualismo, el falso liderazgo y se opone a toda muestra de sensibilidad y solidaridad, distante a la realidad muchas veces ignorada e informal existente en un pueblo como el nuestro renuente a la unidad, al orden, a vivir en la negación de los valores y a toda solemnidad.

En toda sociedad se presentan circunstancias que traslucen hechos, actos y delitos, de allí que los generados en el ámbito turístico no sean una excepción.

El derecho en este sentido constituye una herramienta fundamental para el desarrollo del turismo reconocida su importancia en la economía del país al amparo de la riqueza conocida y las potencialidades existentes que merecen las admiración del mundo, y de ello deviene en exigible trabajar por solemnidad sobre elementos o aspectos que le son propios y a la jerarquización normativa especializada sustentada en principios, derechos y obligaciones, reconociendo que ello debe responder a lo esencial, a lo que brota espontáneamente de lo natural, de allí que el suscrito venga visualizando e impulsando desde hace más de dos décadas el advenimiento del Derecho Turístico a través de diversas manifestaciones individuales o plurales que se ve fortalecido con la información del Derecho Comparado que evidencia la coincidencia por avalar esta iniciativa a partir de aportes doctrinarios y la bien ganada especialización a través de la legislación de la materia.

“Para alcanzar los fines de la sociedad como soberano a partir del bien, se hace ineludible crecer permanentemente a todo nivel y tener claramente definidas nuestras metas patrias ya que sin ello no encontraremos motivación”

Dicho lo anterior, la institucionalidad no se restringe solo a la estructura orgánica y funcional de instituciones del sector público y privado tanto a nivel internacional o nacional, sino que se proyecta a comprometer a todos los sujetos intervinientes respetando la autonomía y especialización hacia un pacto que suponga un desarrollo incluyente que beneficie a los llamados al sector turismo y a la larga a todos los peruanos.

El R.P. Johan Leuridan Huys de manera humanista y cristiana nos hace reflexionar a partir de abordar la política neutral en las instituciones del Estado: “La crisis de los líderes políticos hace perder credibilidad en las instituciones del Estado”¹.

Resulta evidente que asistimos a un debilitamiento de las instituciones de nuestro tiempo. No

1 Leuridan Huys, Johan: “LA FAMILIA, LA ESCUELA Y LOS LÍDERES DE LA SOCIEDAD”, En Revista CULTURA: VOL. 28, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2014, p. 58.

encontramos eficacia y por ende nadie se siente seguro y de ello viene el desaliento. Otro tanto sucede con la carencia de líderes a seguir, no tienen palabra y no son dignos de ser tomados como ejemplo por ser auténticos representantes de la mentira y del aprovechamiento al estilo más subalterno social y político.

A mayor abundamiento, es menester reconocer la complejidad del turismo dada su interrelación con otras especialidades como la antropología, la sociología, la economía, la ecología, el propio derecho, entre otros; además de constituir un fenómeno social, traducido en una importante industria multidimensional y significar un valor consustancial para el desarrollo del país.

En esta misma línea señalamos: “Constituye por tanto una industria multidimensional, identificada con la prestación de servicios, a partir de bienes públicos y privados. Lo está también a los sectores educación, trabajo, transporte, seguridad, a una adecuada infraestructura y demás servicios conexos, recursos naturales, entre otros, lo que nos permite colegir que no solo pone en marcha una serie de actividades empresariales sino el ingreso de divisas para el país, contribuyendo al intercambio cultural y tecnológico por la existencia de diversas realidades, a la integración de los pueblos, tan necesaria en nuestro país si lo vemos desde el punto de vista del turismo interno o nacional”².

Sixtilio Dalmau Castañón, recordado por su importante labor por el turismo en nuestra patria en este sentido resaltó la complejidad de la actividad turística: “La información es esencial para la el desarrollo de la actividad turística. En cualquiera de las modalidades de desplazamiento turístico, cautivo, semi - libre o libre, se requiere de información aunque la forma de obtenerla varía según el caso”³.

En la actualidad en nuestro país contamos con una Ley General del Turismo, que si bien no termina por resolver la exigible institucionalidad del turismo en Perú constituye la norma jurídica de mayor jerarquía en el sector turismo.

En línea de lo hasta aquí expuesto podemos colegir un problema que no solo se da en el turismo sino con otros asuntos prioritarios que forman parte de la vida nacional del país, inclusive que suele ser presentada en blanco y negro como Política de Estado, nos referimos a la deficitaria sino inexistente institucionalidad en el Perú que se opone a un auspicioso crecimiento de la economía y al desarrollo del país, en este sentido no cabe duda que el turismo no es un sector ajeno al país, de lo que se colige que en el Perú unos sectores más que otros distan de ser institucionalizados.

2 Burga Solar, R: Manual: *DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TURISMO – POR LA ELEVACIÓN DEL TURISMO A CATEGORÍA CONSTITUCIONAL*, Asociación Peruana de Derecho Turístico – APEDETUR, Lima, 2005, p. 36 - 37.

3 Dalmau Castañón, Sixtilio: *Conceptualización del turismo – Guía para el aprendizaje*. Le Cordon Bleu Perú, Lima, 2003, p. 51.

No nos reconocemos como sociedad altamente vulnerable en una situación de ignorancia, de precariedad cultural y sin moral que sin duda allanan el camino hacia la corrupción, sumergida en el individualismo evidenciados por nuestra falta de integridad y ello nos conduce fácilmente a estar alejados de la verdad y del bien, despreocupados por nuestra integridad y ello por supuesto nos lleva inevitablemente a quedar desprovistos de identidad nacional, vivimos de espaldas a la realidad a diversos grupos étnicos, vivimos ignorando a las comunidades campesinas y nativas, sin preocuparnos de conservar nuestras culturas vivas, no llevamos a la práctica la descentralización, no promovemos o incentivamos la calidad, tampoco defendemos la competitividad, la sostenibilidad, falta solidaridad, humanismo, todo ello nos daña, nos afecta irremediamente y todo ello se agudiza con la falta de valores. Desde luego que nada es perfecto, pero ello no es óbice para conducir el Perú hacia un destino de desarrollo gradual e integral.

2.

ACERCA DE LA AUTONOMÍA DE UN ENTE RECTOR Y MÁXIMA INSTANCIA ESPECIALIZADA EN MATERIA TURÍSTICA

En nuestro país contamos con un ministerio como el de Comercio Exterior y Turismo denominado MINCETUR, que tiene por objetivos tanto en materia de comercio exterior como en materia turística y lo propio sucede en sus funciones. En cuanto a su estructura orgánica cuenta con un Despacho Ministerial que desde luego está por encima de los Despachos Viceministeriales de Comercio Exterior y de Turismo representados por los Viceministros quienes quedan subordinados al Ministro que se presenta como la mayor autoridad de quien reciben los encargos y mantienen la debida coordinación.

A este respecto, es menester conocer que lo expuesto en el párrafo que antecede se presenta en el sector turismo en nuestro país pasando por la existencia de una entidad bajo la denominación de Ministerio de Comercio Exterior y Turismo identificado de manera abreviada como "MINCETUR", nacido y sustentado en su Ley de Creación, Ley N° 27779 considerado el Organismo Rector del sector comercio exterior y turismo el mismo que forma parte del Poder Ejecutivo y que constituye un pliego presupuestal con autonomía administrativa y económica de acuerdo a la Ley. En este sentido, si bien son los responsables de orientar, ejecutar y supervisar, lo hace por encargo y en coordinación con el Ministro en su ámbito de competencia, las políticas y normas de comercio exterior, así como las que tienen como objetivo promover el desarrollo de la actividad turística, y el desarrollo del sector artesanal. Esto se traduce como una instancia o filtro previo en lo administrativo y de gestión con sujeción sino dependencia o subordinación al despacho ministerial.

En este sentido, debe quedar claro que en el sector turismo carecemos de un ente rector que goce de autonomía de gestión experimentando en el país dificultades de orden administrativo y en lo jurídico, así como de manera sustantiva y adjetiva sin olvidar que las autoridades con poder de representación en gran número responden a expectativas personales o de "políticas de coyuntura" acorde a intereses de los gobiernos de turno y no a una Política de Estado donde el gran responsable debe ser la entidad del ramo que por lo demás son en mayoría de profesiones distintas al turismo. A este respecto, es menester resaltar que a nivel internacional contamos con

la Organización Mundial de Turismo (OMT) perteneciente a las Naciones Unidas que reconoce al turismo asistido idóneamente como una herramienta eficaz para el desarrollo de los países.

Si bien mucho tiene que ver las circunstancias económicas, sociales, el desarrollo educativo y lo político, no es menos cierto que Perú siendo un destino turístico cultural sostenible reconocido y valorado por el mundo entero necesita una entidad especializada como persona jurídica de derecho público interno, con autonomía tanto en lo profesional y técnico, en lo funcional, en lo administrativo como en lo económico, presupuestal sin perjuicio del rigor de especialidad debidamente comprobados tanto en cargos de carrera como de confianza, con autonomía especializada a toda instancia, sin que ello suponga olvidar su alcance multisectorial, responsable de la política de Estado correspondiente al sector capaz de formular, dirigir, fomentar, desarrollar, promocionar, regular, calificar, supervisar y sancionar en el ámbito de su competencia.

“No nos reconocemos como sociedad altamente vulnerable en una situación de ignorancia, de precariedad cultural y sin moral que sin duda allanan el camino hacia la corrupción”

Y a propósito de toda instancia, debemos enfatizar el rigor de que el despacho de la máxima autoridad del sector deba ser la última palabra especializada y no deba coordinar con autoridad de mayor jerarquía ello en el marco de proponer un organismo público descentralizado, no considerando prioritario si se trata de un instituto, oficina, consejo, secretaría, superintendencia o ministerio.

Por supuesto que todo lo expuesto es perfectible pero pasa por una necesaria evolución de la institucionalidad, subordinada a la voluntad de todos los involucrados en busca de beneficios comunes en sociedad y con poder de decisión a nuestra propuesta de elevar a categoría constitucional.

3.

APOSTANDO POR UNA POLÍTICA DE ESTADO

Dentro de la administración pública, sobre la base de una estructura orgánica y funcional, a la expectativa de una sistematización coherente, integrada y normada, sin olvidar el ingrediente político consustancial al Estado y la sociedad, trasciende a las políticas de cualquier gobierno de turno, responden a una programación convencional con metas sustentadas en el interés común para alcanzar el bienestar general en el país, claramente reflexionadas ante necesidades no inmediatistas ni incoherentes, sino a largo plazo con el compromiso y responsabilidad social exigible y ello resulta justificable frente a los problemas sociales identificados como de interés general desprovisto de verticalismos únicamente sectoriales pasando a trabajar de manera transversal o intersectorial, complejos y perdurables en el tiempo por los diversos sujetos intervinientes ya sean personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, verbigracia el Estado y desde él a los diversos niveles de gobierno o de manera intergubernamental lo cual supone de igual manera el compromiso de los órganos o Poderes del Estado,

agrupaciones políticas, universidades e instituciones educativas, gremios, etc., total al final todos con intereses públicos o privados nos debemos a un gran comunidad.

Si no actuamos de manera consecuente con nuestros pensamientos e ideales, estamos perdidos, completamente a la deriva.

Lo antes señalado no exime que se alinee a las políticas de gobierno que se sucedan en el tiempo, pues a su turno resulta justificable que la autoridad turno tome las riendas del Estado, y busque que ajustar su ubicación y mejor conducción al volante del país, pues es de su responsabilidad la gestión de gobierno.

En efecto, lo ideal es que las políticas de gobierno se subordinen a las políticas de Estado, significando que le son propias a los gobiernos de turno que las contradicciones entre ellas conducen no al desarrollo sino al entrapamiento del país.

Es menester ubicarnos en el contexto actual, así cabe indicar que al amparo de la LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO, Ley N° 27790, en dicha norma se consigna:

“Artículo 2°.- Competencia

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo”. “(...) En materia de turismo promueve, orienta y regula la actividad turística, con el fin de impulsar su desarrollo sostenible, incluyendo la promoción, orientación y regulación de la artesanía”.⁴

Pero como venimos subrayando, tampoco se trata de meras declaraciones normativas de atribuidos intereses prioritarios. En efecto, se dejan plasmados en blanco y negro en papel, de intenciones no vive ni se mueve el mundo, ello debe ser tan objetivo en la exigible identificación como del compromiso y consecuencia social a partir de la legitimidad y no solo legalidad.

4.

ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL SECTOR TURISMO

Constituye ley marco en materia turística en nuestro país la LEY GENERAL DE TURISMO - Ley N° 29408, del 17.09.2009.

4 MINCETUR: “LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO “ (Ley 27790). Recuperado de <http://www.mincetur.gob.pe/newweb/portals/0/documentos/institucional/LEY-27790.htm>

Al respecto, al suscrito le tocó la oportunidad de participar en las reuniones de trabajo en la revisión del anteproyecto de la Ley General de Turismo presentado por el Ejecutivo al Legislativo (reuniones de Trabajo de 2008) en la Comisión de Comercio Exterior y Turismo del Congreso de la República.

Es de entender que la aludida ley nace con el propósito de que como tal establezca los alcances complementarios y subordinados de las demás normas jurídicas que le siguen en menor jerarquía.

Comentando sobre la Ley General de Turismo, precisamos: “En efecto, en turismo reconocemos que a partir de la de la ley de la materia se construye el marco jurídico en el sector y es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, el ente rector a nivel nacional el competente para dictar la normatividad acorde con cada especialidad”⁵.

En línea de lo antes expuesto, es menester subrayar el artículo 27° de la ley en comento donde se hace referencia no solo a los prestadores de servicios turísticos, sino a la competencia legislativa bajo competencia del Ejecutivo a través del MINCETUR. En efecto, se consigna:

“Artículo 27°.- Prestadores de servicios turísticos. Son prestadores de servicios turísticos las personas naturales o jurídicas que participan en la actividad turística, con el objeto principal de proporcionar servicios turísticos directos de utilidad básica e indispensable para el desarrollo de las actividades de los turistas, las que se incluyen en el Anexo N° 1 de la presente Ley.

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo reglamenta en cada caso, a través de Decretos Supremos, los requisitos, obligaciones y responsabilidades específicas que deben cumplir los Prestadores de Servicios Turísticos.

Asimismo, mediante resolución ministerial, se puede ampliar la relación de Prestadores de Servicios Turísticos incluidos en el Anexo N° 1”.⁶ (Lo subrayado pertenece al suscrito).

De lo señalado se puede colegir que si bien centra la atención en los prestadores de servicios turísticos, no es menos cierto que en el segundo párrafo de dicho artículo queda meridianamente establecido que es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, la entidad que debe reglamentar y aprobar a través de Decretos Supremos lo concerniente a los prestadores de servicios turísticos, en una clara competencia legislativa autónoma atribuible al Poder Ejecutivo y en ese nivel jerárquico, ello sin perjuicio de complementar que dicha ley fue reglamentada a través del Decreto Supremo N° 003-2010-MINCETUR de fecha 16.01.2010.

5 Burga Solar, R: Manuel: *Manual de Derecho Turístico / Restaurantes*, BURSO, Lima, 2009, p. 16.

6 MINCETUR: Ley General de Turismo. (Ley 29408, 17.09.2009). Recuperado de http://ww2.mincetur.gob.pe/wp-content/uploads/documentos/turismo/funciones_y_normatividad/normatividad/marco_general/LEY_GENERAL_DE_TURISMO_LEY29408.pdf

Así, al respecto señalaba: “Los de prestadores de servicios turísticos están constituidos como personas naturales o jurídicas que operan según su especialidad en cualquiera de las actividades que presenta el turismo, tales como agencias de viajes y turismo, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje en todas sus formas, establecimientos de servicios turísticos de forma extra-hotelera, los guías de turismo, los casinos de juego y similares, las empresas de transporte turístico, el uso y explotación de máquinas tragamonedas, el uso turístico de fuentes de agua minero-medicinales, el arrendamiento de vehículos, empresas organizadoras de congresos y ferias internacionales, etc. sin perjuicio de las demás que puedan derivarse en el futuro reconocidas por el ente rector.

Y por ello es será menester tener muy presente el segundo párrafo del artículo 27° de la Ley General de Turismo donde quedó plasmado meridianamente que es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) que viene del Ejecutivo el competente para legislar a nivel de reglamentos y a través de Decretos Supremos las normas específicas exigibles a los prestadores de servicios turísticos, no pudiendo admitirse el involucramiento del Legislativo.

No está demás señalar que en cuanto a cada rubro se refiere cada una de las actividades de los prestadores de servicios turísticos se subordina a una norma específica que para efectos prácticos lo constituye los reglamentos dictados por el Ejecutivo y aprobados mediante Decreto Supremo. En efecto, en estas normas se hayan regulados los diferentes rubros de los prestadores ya en su ejercicio profesional, en el objeto que permite su desarrollo, los órganos que le son competentes en cada caso, etc.⁷⁷.

Siguiendo el análisis subrayemos que si bien existe una norma de carácter general con jerarquía de ley en el sector turismo, no es menos cierto que las normas jurídicas subordinadas a ella y con la natural diferenciación resulta justificable la especialización a través de las normas específicas en tanto contamos con diversas formas de prestar servicios turísticos verbigracia, los hospedajes, restaurantes, agencias de viajes y turismo, guías de turismo, entre otros.

El no atender a lo dispuesto en la Ley General de Turismo, en cuanto a que el competente para reglamentar a los prestadores de servicios turísticos a través de Decretos Supremos, es por este tiempo el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Es más, debemos recordar que la otrora Ley para el Desarrollo de la Actividad Turística, Ley N° 26961 del 03.06.98 dictada por el Congreso de la República recogió:

“Artículo 18.- Regulación de las actividades de los prestadores de servicios turísticos

El Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, reglamentará a cada caso, los requisitos, obligaciones y responsabilidades que deberán cumplir los Prestadores de Servicios Turísticos. Los reglamentos referidos a los Prestadores de Servicios Turísticos continúan vigentes hasta que el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones

7 Burga Solar, R: Manuel: *Legislación turística y hotelera*, Fondo Editorial de la UIGV, Lima, 2009, p. 35.

Comerciales Internacionales disponga lo contrario para su adecuación o modificación en concordancia con la presente Ley”⁸.

El oponerse a lo antes señalado, no hace sino evidenciar la falta de no solo un ordenamiento sino de todo un sistema jurídico, con el agravante que los órganos o Poderes del Estado traslucen sus omisiones que hacen gala de la inoperancia así como del atropello de otros sin tener competencias por afanes de desenfrenada figuración política más que por trabajo legislativo especializado.

Finalmente, dada la importancia del tema para la economía del país, los agentes económicos directa o indirectamente involucrados en el sector, el Estado incluido los tres niveles de gobierno y por la trascendencia social para los peruanos como destino turístico reconocido del país a nivel mundial se hace imperativo e impostergable trabajar de manera eficaz no solo por el sector turismo sino por el propio bien de nuestra patria.

En este sentido, se subraya nuestro propósito de seguir contribuyendo a la mejora normativa de nuestro país, a la calidad académica, a procurar la permanente innovación del derecho así como la difusión del Derecho Turístico que venimos impulsando.

8 MINCETUR: LEY PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA. (Ley N° 26961) Recuperado de <http://www.mincetur.gob.pe/newweb/Portals/0/Ley26961.pdf>

LA CAPACIDAD DE DELEGAR LA FUNCION DE LEGISLAR

Por: *Edwin Hugo Masseur Stoll**

SUMARIO: PRESENTACIÓN I. INTRODUCCION: EVOLUCION DE LA FACULTAD DE DELEGAR LA FUNCION DE LEGISLAR II. LA LEY III. FUENTES DE LA LEGISLACIÓN IV. JERARQUIA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES V.FACULTAD ORIGINARIA PARA LEGISLAR VI.CAPACIDAD DE LEGISLAR POR DELEGACION VII. DELEGACIÓN DE LA FUNCION LEGISLATIVA VIII. LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL PODER EJECUTIVO IX.LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL PODER EJECUTIVO X.LOS ORGANISMOS PÚBLICOS ESPECIALIZADOS XI. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS XII.FUNCIONES DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS DE LOS ORGANISMOSLOS ORGANISMOS REGULADORES. XIII.CONCLUSIONES

PRESENTACIÓN

Es sorprendente cuando no abrumador, encontrar en la gaceta oficial¹ tal abundancia de “normas legales” y tantas entidades habilitadas para emitir las. Ello produce en los legos una sensación de incomodidad y en los profesionales una de rechazo. A tal abundancia “normativa” pública se deben agregar las “directivas” y “circulares” que ciertos organismos envían directamente a sus dependencias o a entidades privadas sujetas a su competencia.

A todo cuanto se publica en El Peruano, se deben agregar las disposiciones de alcance departamental o provincial que se publican en los diarios que circulan en las capitales de departamentos, contratados para que publiquen los avisos judiciales de la respectiva Corte Superior de Justicia y que publican además las ordenanzas de los 25 gobiernos departamentales; las ordenanzas y acuerdos de las casi 2.000 municipalidades provinciales y distritales, y las resoluciones de múltiples organismos de menor jerarquía.

* Abogado. Registro CAL 05369

1 “Separata de normas legales” le llama el diario oficial

Por convenir a la brevedad de este análisis, debemos mencionar que en El Peruano, además de las leyes y sus reglamentos y las disposiciones que dictan diversos organismos aparecen las ordenanzas y acuerdos de la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Provincial del Callao y las casi 50 municipalidades distritales de ambas circunscripciones.

Es decir, el “bombardeo normativo” a que estamos sometidos los ciudadanos y las empresas en general y particularmente los abogados, nos obliga a desarrollar un breve análisis de la capacidad de expedir disposiciones que obligan *erga omnes*.

Gran parte del problema descrito en los párrafos precedentes tiene como causa directa la creación de numerosas entidades que asumen parte de las funciones que corresponden a un ministerio y a las que se les concede “función normativa”, tema al que dedicamos este análisis.

I. INTRODUCCION: EVOLUCION DE LA FACULTAD DE DELEGAR LA FUNCION DE LEGISLAR

En el siglo XX, el Perú se ha dado tres Constituciones, la de 1933, la de 1979 y la de 1993; las tres fruto de gobiernos que habían accedido al poder por la fuerza, los de Oscar R. Benavides, Juan Velasco Alvarado/Francisco Morales Bermúdez y Alberto Fujimori. Cada una fue reflejo del pensamiento jurídico y económico de su momento.

La primera surgió después de la crisis internacional producto de la I Guerra Mundial y preludio de la II, cuando se suponía que la ley pondría orden en la economía, en cuya elaboración intervinieron distinguidos juristas, algunas de cuyas ideas fueron desechadas por ser demasiado avanzadas para su época mientras que la mayoría prefería la estabilidad que nos libraría de los turbulentos años de la entreguerras.

La Constitución de 1933 privilegiaba el debate e intercambio de ideas, lo que hacía suponer que el Poder Legislativo garantizaba la estabilidad social mediante leyes bien elaboradas. Este pensamiento fue el que indujo a V.R. Haya de la Torre a llamar al Poder Legislativo el “primer poder del Estado” Esta Norma Fundamental no contemplaba la posibilidad que el Poder Legislativo resignara parte de sus fueros al Ejecutivo y le delegara la facultad de legislar.

La segunda fue elaborada cuando el mundo salía de la crisis mundial producida por los “petrodólares” y la guerra de Vietnam e imperaban las teorías de la CEPAL, según las cuales la economía debía ser dominada por el Estado idealizado, supuestamente empresario eficiente que garantizaría la justa distribución de la riqueza nacional, cerrando su economía a la competencia “desleal” de los países “desarrollados” y promoviendo una industria sobreprotegida. En este caso, también la economía estaba protegida y dirigida por la ley. La Constitución de 1979 se redactó bajo la influencia de las leyes españolas, italianas y sobre todo la francesa, cuya Constitución de 1958 sirvió en gran medida como modelo para regular la delegación de la función legislativa, de lo que nos ocupamos en este artículo. Esta normativa se repite *ad pedem literae* en la de 1993.

La tercera fue desarrollada a instancias de los países americanos reunidos en la OEA para justificar la continuidad del gobierno usurpador de Alberto Fujimori, circunstancia que aprovechó Estados Unidos de América para romper las barreras levantadas por la Constitución de 1979 al intercambio comercial internacional y reforzar el papel del Presidente de la República. En lo demás fue copia de la de 1979, reproducida por el sistema que los especialistas en computación llaman *copy and paste* (recorta y pega). Esta Constitución, hoy vigente, pone a la ley al servicio de la economía y ha servido en gran medida para el crecimiento de la riqueza pública y privada en los primeros años de este siglo, gracias al incremento de las exportaciones de materias primas como parte de un ciclo económico mundial.

II. LA LEY

En sentido específico, legislar es establecer normas jurídicas generales, cualquiera que sea el órgano que lo realice
(Hans Kelsen)

Resulta obvio que antes de ocuparnos de la delegación de la facultad para legislar, nos refiramos a lo que es materia de delegación: **la ley**, la capacidad de dictarla y la de delegar dicha capacidad.

La ley es la expresión del poder que ejerce una persona o un grupo de personas sobre la sociedad, legítimamente o no.

Esta noción recoge el concepto de Planiol, “regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza”.

Sin embargo, por encima y antes que las leyes dictadas por los seres humanos rige la *ley natural*, no escrita ni dictada sino inserta e intuita, que constituye un pacto tácito para generar entre los individuos un orden armónico y relaciones interindividuales pacíficas derivadas de dicho orden.

Tal orden está destinado facilitar el progreso y la evolución de una especie (incluida la humana) mediante la supremacía de los mejor dotados física o intelectualmente, cuya función es protegerla de las amenazas de su entorno o de las que se generen en su interior. En el caso de los seres humanos, el conocimiento de la *ley natural* es inicialmente fruto del instinto (fundamentalmente el de supervivencia) y luego del raciocinio, que finalmente supera o domina lo instintivo, pues esto hace imposible el pacto de convivencia grupal.

Thomas Hobbes² distingue entre *la razón* y *la pasión* como objetos de la ley natural del hombre, en la cual la razón garantiza la búsqueda de la paz, la renuncia a los derechos (en pos

2 Tomado de Wikipedia

de obtener seguridad y vida) y el cumplimiento de los pactos. En cambio, la pasión despierta por sensaciones y necesidades naturales del hombre, nace del propio instinto humano (sobrevivir, principalmente) y no hace posible el pacto. Por lo tanto, debe concluirse que la razón debería estar siempre por encima de la pasión, ya que nos permite pensar antes de actuar y a eso deberíamos enderezar nuestros esfuerzos en tanto seres racionales.

La ley positiva, en los términos que la concebimos hoy, fue definida por Tomás de Aquino en su *Summa Theologiae* como **la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad**, definición que comprende tres conceptos fundamentales:

- a) **La ordenación de la razón**, es decir, la ley³ debe ser resultado de un proceso de maduro análisis de la realidad social sobre la que se impondrá la norma, para que resulte fruto del estudio y no de un *impromptus* o capricho del legislador;
- b) **Dirigida al bien común**, puesto que la ley debe orientarse a la facilitar el funcionamiento razonable de la sociedad y a beneficiarla antes que a imponerle cargas injustas o innecesarias (y, por ello, también injustas) y
- c) **Promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad**. La ley requiere de una autoridad legítima que la imponga (de allí nuestra afirmación inicial, que la ley es fruto del poder) autoridad que tiene a su cargo **el cuidado de la comunidad**, es decir que el gobernante o el legislador no sólo ejerce poder, sino que lo debe hacer en beneficio de la comunidad.
- d) **Aristóteles** (a cuyo pensamiento se afilia el de Tomás de Aquino) condicionaba el valor y vigencia de la norma **al común consentimiento de la ciudad**. En otras palabras, las leyes deben ser entendidas y aceptadas para convertirse en obligatorias.

No he encontrado mejor alegato contra la dictadura o tiranía que la definición de la ley que hace Tomás de Aquino, complementada con la de su inspirador, el sabio griego.

Organizadas las sociedades, resulta imprescindible normar la conducta de sus componentes con la finalidad elemental de fomentar la convivencia pacífica y la cooperación especializada entre sus miembros (agricultores, mineros, artesanos, vigilantes, científicos, políticos –sean o no gobernantes - etc.)

Para alcanzar tal finalidad, la norma debe perder su carácter abstracto y convertirse en precepto o prohibición que rija la conducta de aquellos miembros de la sociedad que obtienen existencia cuando se dicta el precepto y también a cuantos en el futuro lleguen a formar parte de la sociedad.

La norma debería, por tanto, ser (1) equitativa, para que beneficie o no afecte a una

3 En sentido lato

mayoría de personas o entidades (2) inteligible, para que no genere resistencia a su acatamiento y (3) exigible por los particulares afectados por su inobservancia o por la autoridad, cuando la desobediencia afecte a una parte de la sociedad o a toda ella⁴.

Finalmente, es necesario que la norma conste por escrito y que sea publicada, para garantizar su eficacia presente y futura. Debe ser posible modificarla para dejar lugar a que la sociedad en la que se aplica la adecúe a las nuevas circunstancias filosóficas, religiosas, económicas, sociales o tecnológicas. Además, quien la dicta (sea un individuo o una corporación) debe estar en condiciones de convertir la norma en una obligación intrínseca tener capacidad para imponer “*erga omnes*” su cumplimiento o impedir que se viole la prohibición que establece.

Debemos ser conscientes de que la ley es lo que su texto dice, puesto que desde que se publica adquiere vida y personalidad propias y no sólo es imposible determinar con qué intención fue dictada, sino que no interesa qué pensaban quienes la elaboraron, pues es aprobada por los votos de muchas personas que luego caen en el anonimato.

Lo que la hará duradera es que contemple lo más neutralmente posible los intereses o las ideas –políticas, filosóficas o religiosas– de la mayoría, sin agredir los de las minorías y sin dar pie al enriquecimiento indebido del legislador uni o pluripersonal o de sus adictos.

Está aceptado que –en teoría⁵, por lo menos– el poder reside originalmente en el pueblo que, a través de sus representantes, aprueba la Constitución, que es la ley principal de la que derivan o a la que se deben someter las demás.

“El “bombardeo normativo” a que estamos sometidos los ciudadanos y las empresas en general y particularmente los abogados, nos obliga a desarrollar un breve análisis de la capacidad de expedir disposiciones que obligan *erga omnes*”

Uno de los temas por resolver es la vigencia de leyes dictadas antes de que se apruebe una nueva Constitución, en cuyo caso se puede optar por considerarlas derogadas o dictar normas para adecuarlas a la nueva Ley de Leyes. Debo, y confieso que con disgusto, poner fin a estas lucubraciones, porque la finalidad u objetivo de este trabajo es analizar los límites de la facultad de delegar la función de legislar.

III. FUENTES DE LA LEGISLACION

Son varios los dirigentes gremiales y políticos y muchos los profesionales que consideran que uno de los problemas que afectan a la economía nacional y a la institucionalidad peruana es

4 Messineo, Francesco. – Manual de Derecho Civil y Comercial.-- Ediciones EJE.A.- Buenos Aires.- Tomo I.- página 46

5 Nuestra historia nos demuestra que muchas veces la representación del pueblo es secuestrada y la Constitución le es impuesta. En estos casos, la Ley de Leyes suele tener corta vida y, o se la deroga o se la modifica hasta que sintonice plenamente con la voluntad popular.

el exceso de disposiciones que se debe tener en cuenta para emprender, desarrollar y hacer crecer cualquier actividad.

En este documento nos referiremos a las normas que se originan en el Poder Legislativo y en el Poder Ejecutivo. No nos ocuparemos de las disposiciones que pueden dictar los gobiernos regionales y locales⁶.

Como establece la ley, en la separata de normas legales de El Peruano se publican las disposiciones de los organismos del Gobierno Central (Poderes Legislativo y Ejecutivo con todas sus dependencias).

Los organismos y ciertos órganos de la administración pública pueden realizar **actos de gobierno, actos administrativos y actos de administración**. Los **actos de gobierno** son las disposiciones que dictan los organismos públicos en uso de la facultad de obligar a toda la población o a una parte de ella, sea por razones de competencia territorial o de competencia funcional, a cumplir ciertas obligaciones o de abstenerse de observar determinada conducta. Los **actos administrativos**⁷ son declaraciones de las entidades, que están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos particulares de los administrados **dentro de una situación concreta**⁸. Los **actos de administración** son los destinados a organizar o hacer funcionar las propias actividades o servicios de los organismos públicos.

Lo precedente se orienta a desmentir o quizás a aclarar a quienes afirman que en el Perú se dicta un número inmenso de “leyes”, lo que hace imposible conocerlas y cumplirlas y a eso atribuyen la informalidad en que casi dos terceras partes de la población desarrollan sus actividades económicas. En realidad, se trata de un subterfugio de quienes pretenden eludir la ley o aprovechan para presionar a las autoridades para que ingiera un efectivo antidiarreico legislativo.

IV. JERARQUIA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES

Siguiendo la teoría de Kelsen, la disposición de más alta jerarquía es la Constitución, que es la norma jurídica fundamental y suprema del ordenamiento jurídico de un Estado. La segunda posición en la escala jerárquica de las normas legales la ocupan las que tienen rango de ley⁸, que son las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso y algunos tratados.

6 Son 25 gobiernos regionales, casi 200 municipalidades provinciales, casi 1900 municipalidades distritales y más de 500 municipalidades de “centro poblado” (entidades éstas cuya existencia colisiona con la propia Constitución y atomiza innecesaria y negativamente el poder local y los recursos de las municipalidades)

7 Determinadas leyes obligan a publicar ciertos actos administrativos, por ejemplo, cuando no es posible notificarlo en la forma que la ley establece o determinados actos de administración, como la designación de ministros de estado.

8 Artículo 200 de la Constitución.

Comentario aparte requieren las “leyes orgánicas”⁹, que son las que regulan el funcionamiento y establecen la estructura de las entidades del Estado¹⁰ y, otras materias cuya regulación por ley orgánica exige la Constitución. Las leyes orgánicas requieren ser aprobadas con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, mayoría calificada que también se requiere para su modificación. Sin embargo, la calidad de “leyes orgánicas” no las coloca en un escalón más alto que las leyes “comunes”, sino que – por la materia que regulan – deben ser aprobadas por una mayoría superior.

Los tratados internacionales se incorporan al derecho interno y comparten el mismo rango que las leyes. Fabián Novak Talavera¹¹, al ocuparse del tema y siguiendo a Alejandro Rodríguez Carrión (Lecciones de Derecho Internacional Público) señala que hay tres corrientes para su integración a la legislación nacional: (a) el sistema de recepción automática, que implica que el tratado que ha entrado en vigor internacionalmente se incorpora a la legislación nacional sin necesidad de un acto posterior de conversión en norma jurídica interna (b) el sistema de recepción formal, que exige que la incorporación se produzca mediante una ley interna de transformación que ordene su cumplimiento o mediante la publicación del tratado como acto equivalente a su promulgación y publicación y (c) la ausencia de regulación expresa, en cuyo caso se estará a la práctica administrativa o jurisprudencial.

En el Perú se ha optado por el primero de los sistemas mencionados, por lo que basta que el tratado haya entrado en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones¹².

En el grado inmediato inferior a las normas con rango de ley se encuentran los decretos supremos¹³, definidos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) como *normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional*.

Les siguen en la escala kelseniana las resoluciones supremas que, conforme a la LOPE, expide el Presidente de la República para resolver asuntos de interés particular. Sin embargo, como veremos más adelante, pueden equipararse a los decretos supremos, ambivalencia que sería conveniente eliminar, para mejor precisar la normatividad que responde a la voluntad presidencial. A estas siguen, en orden jerárquico, las resoluciones que dictan los ministros.

9 De las que trata el artículo 106 de la Constitución. Es frecuente que se confundan las “leyes orgánicas” con las “leyes de organización y funciones” de los organismos gubernamentales.

10 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y otras.

11 Novak Talavera, Fabián, - “De los tratados”, en “La Constitución Comentada” obra colectiva dirigida por Walter Gutiérrez, pág.1028, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

12 Artículo 55 de la Constitución y ley 26647”Ley sobre el Perfeccionamiento de Tratados”.

13 La designación de estas normas como “supremas” induce a error, pues no lo son, ya que por encima de ellas están las leyes. Esta denominación tiene origen histórico, cuando alguno de los gobernantes de facto del siglo XIX se autotituló “dictador supremo” (Felipe Santiago Salaverry, Manuel Ignacio de Vivanco, Domingo Nieto, Mariano Ignacio Prado y Nicolás de Piérola) y, como no podía dictar leyes, expedía decretos, que titulaba “supremos”. En aquella época no se usaba dictar “decretos leyes” pero se ha mantenido la costumbre de bautizar los decretos o resoluciones que expide el Presidente de la República como “supremos”.

V. FACULTAD ORIGINARIA PARA LEGISLAR

Nuestra Constitución señala en su artículo 102 que la facultad de legislar es atributo originario del Congreso de la República, que es el organismo colegiado que tiene como función esencial “dar leyes y resoluciones legislativas, interpretarlas, modificarlas o derogarlas”. Incluso, puede reformar la Constitución¹⁴.

A su vez, el Presidente de la República goza, excepcionalmente, de la facultad de legislar mediante “decretos de urgencia”¹⁵ con la limitación, que consiste en que tales disposiciones no pueden contener normas sobre materia tributaria, bajo sanción de nulidad¹⁶.

“Los organismos y ciertos órganos de la administración pública pueden realizar **actos de gobierno, actos administrativos y actos de administración**”

Opinamos que la nulidad de tales decretos de urgencia debería ser *ipso jure e ipso facto*, sin que resulte necesaria la declaración del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial o el Congreso de la República, para que no resulten surtiendo efectos hasta que el organismo correspondiente declare su nulidad, es decir, que se produzca una *vacatio legis* de efecto negativo.

Analizaremos también a los organismos que tienen competencia a escala nacional y a los que se les ha dotado de capacidad “normativa”.

VI. CAPACIDAD DE LEGISLAR POR DELEGACION

En un importante artículo publicado en el número 20 de la Revista Peruana de Derecho Público, el tratadista argentino Juan Carlos Cassange dice que “*son tres los requisitos de fondo contenidos en el precepto constitucional que marcan el contorno de los límites materiales y formales de la delegación legislativa: (a) En cuanto a la materia susceptible de ser delegada por el Congreso (b) En cuanto al plazo fijado para su ejercicio y (c) En cuanto a las bases de la delegación*”¹⁷

Los tres requisitos están previstos en el artículo 104 de la Constitución 104 que establece que **El Congreso de la República puede delegar en el Poder Ejecutivo la capacidad de legislar,**

14 Artículo 206 de la Constitución.

15 Establecida en el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución. Esta figura fue incorporada en la normatividad constitucional peruana en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979. En otras legislaciones, los “decretos de urgencia” reciben la denominación de “decretos de necesidad”, “decretos presidenciales de urgencia” y otras más.

16 Artículo 74, modificado por la ley 28390, publicada el 17 de noviembre del 2004. Otras menciones a los decretos de urgencia se encuentran en los artículos 123 (3), 125 (2) y 200 (4) de la Constitución.

17 Que debe ser la razón por la que se concede la delegación, razón que debe sustentar el Poder Ejecutivo al solicitarla.

mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa.

Preservando el privilegio de legislar que tiene el Congreso, pone límites a su propia capacidad de delegar esa capacidad, cuando en el mismo artículo dispone que **no pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente** que son la de reforma constitucional, la de aprobación de tratados internacionales, la de dictar leyes orgánicas, la de la Ley de Presupuesto y la de aprobar la Cuenta General de la República.

Sin embargo, de la claridad de las disposiciones constitucionales sobre los asuntos que no son delegables y que la delegación sólo se puede hacer en el Poder Ejecutivo, el Congreso de la República ha dictado leyes mediante las que se concede facultades **normativas** a los organismos reguladores de determinados servicios públicos o de ciertas actividades productivas. Tal es el caso de la ley 27332, modificada por la ley 27631, relacionadas con OSINERGMIN, OSIPTEL y SUNASS a las que leyes posteriores han agregado a la OSITRAN.

En el citado trabajo de Juan Carlos Cassange se dice que *la delegación de facultades legislativas están dirigidas al Presidente y no a otros entes de la Administración, como los entes reguladores, que carecen de facultades normativas originarias, porque no se puede conceder que estos últimos ejerzan facultades legislativas sin control alguno por parte del Congreso ni del Ejecutivo, en cuyo caso tendrían más poder que el propio Presidente*¹⁸

VII. DELEGACIÓN DE LA FUNCION LEGISLATIVA

W.Locke:
“delegata potestas non potest delegari”

En su libro *La Constitución al alcance de todos*¹⁹, Enrique Chirinos Soto decía que esta institución (entonces novedosa en la legislación nacional) sirva “para modernizar al país, para agilizar la tarea del Poder Ejecutivo, para desembarazar al Congreso”

El Diccionario de la Academia define **delegar** como “**dar a otra persona la jurisdicción que uno tiene** por su dignidad u oficio, **para que haga sus veces** o para conferirle su representación”. Implica la **cesión o traspaso de las facultades** que le son propias o la **comisión o encargo** de hacer algo, con cargo a rendir cuenta a quien le confirió el encargo, de los actos que realice en uso del poder conferido.

Es obvio que **sólo puede delegar quien tiene la facultad originaria** para realizar determinados actos o ejercer ciertas facultades, salvo que la norma se lo impida o limite la

18 “El Nuevo Criterio sobre la Delegación Legislativa”. Revista Peruana de Derecho Público N° 20, Lima, Enero-Junio 2010. páginas 20 y siguientes

19 Editorial Andina, Lima, 1979, página 197

capacidad del comitente o del comisionado. También es obvio que la delegación debe recaer en una entidad capaz de ejercer la facultad delegada.

Conforme al artículo 104 de la Constitución, **sólo el Congreso de la República tiene la atribución de delegar la facultad de legislar.**

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

Pero debe observarse que tal atribución tiene ciertas limitaciones pues

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente²⁰. (...)

El artículo 100 de la Carta Fundamental establece que son indelegables por el Congreso en la Presidencia de la República (a) la reforma constitucional (b) la aprobación de tratados internacionales (c) las leyes orgánicas (d) la ley del presupuesto y (e) la cuenta general de la República.

Contrariamente al principio consagrado en el literal “a” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*, el Presidente de la República – en su condición de funcionario²¹– está sujeto a la restricción que impone el *principio de legalidad* que establece la ley 27444²², consistente en que

Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, **dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos.**

Es decir, el Presidente de la República y los demás funcionarios y servidores públicos, cualquiera que sea el nivel y competencia territorial que les corresponda, sólo pueden practicar aquellos actos que la legislación señala como parte de sus atribuciones, bajo sanción de nulidad.

La delegación de la capacidad para legislar es un valor indisponible *motu proprio*, irrenunciable e intransigible²³, por lo que la regla limita tanto al **Congreso de la República, que sólo puede delegar esa facultad en el Presidente de la República** con las limitaciones que hemos

20 Pese a referirse varias veces a la *Comisión Permanente*, la Constitución no la define y es necesario remitirse al capítulo IV del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso (artículos 42 a 46) para encontrar su definición, composición, atribuciones y sus reglas de funcionamiento. La Comisión Permanente es mencionada además en los artículos 93, 94, 99, 100, 101, 104, 108, del 124 al 137 y en la décima quinta disposición final y transitoria de la Constitución.

21 Funcionario significa servidor público que ocupa un cargo superior en la escala. La expresión “funcionario público” contiene una redundancia. Tampoco procede aplicar el apelativo de funcionario a quienes ocupan cargos de dirección en las entidades privadas.

22 Ley del Procedimiento Administrativo General

23 Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ed. Gaceta Jurídica, segunda edición, Lima, pág.61

señalado líneas antes, cuanto al Presidente de la República, que queda constreñido a legislar sobre la materia y en el tiempo que le señala la ley autoritativa.

El Tribunal Constitucional ha establecido que *según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella, de ahí que se pueda señalar que es “lex superior” y por tanto obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública*²⁴ y que *“la Constitución es norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal*²⁵

Mientras el Congreso de la República puede delegar parte de sus atribuciones legislativas, **el Presidente de la República carece en absoluto de la facultad de delegar su única atribución legislativa**, que es la de expedir “decretos de urgencia”. También **carece en absoluto de la capacidad de subdelegar la facultad que le hubiera delegado el Congreso de la República para dictar “decretos legislativos”**.

Manuel Bermúdez Tapia²⁶, al referirse al artículo 104 de la Carta Fundamental, considera que “en la mayoría de los casos en los cuales el Legislativo otorga facultades legislativas al Ejecutivo, el pedido surge a requerimiento del segundo, principalmente porque los temas evaluados o son complejos o requieren de un análisis legislativo inmediato” (...) mientras que en el Legislativo “el trámite de aprobación de toda norma requiere de un consenso mínimo entre las diferentes tiendas políticas”.

La delegación para legislar tiene límites en la materia y el tiempo, pues el Congreso debe señalar sobre qué asuntos específicos y por cuánto tiempo delega en el Poder Ejecutivo la facultad legislativa. Además, el Congreso de la República tiene la facultad de modificar o derogar los decretos legislativos, si el Poder Ejecutivo se hubiera excedido al normar el asunto que le fue delegado.

Una imprecisión que nos parece que contiene la Constitución es la referida a la atribución del Congreso de delegar **en el Poder Ejecutivo** la capacidad de legislar. De acuerdo a la ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la expresión “Poder Ejecutivo” no sólo comprende al Presidente de la República, sino a todas las entidades públicas nombradas en dicha ley, que establece que el Poder Ejecutivo está integrado por la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios y las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo

Sin embargo, corresponde anotar que la práctica constante y la disposición del inciso 3 del artículo 123 de la Constitución, que asigna al Presidente del Consejo de Ministros la función de *refrendar los decretos legislativos* (...) limitan la delegación solamente en el Presidente de la República. Por ello, consideramos que sería recomendable modificar el artículo 104 de la Constitución, para que diga, con precisión:

24 Exp.0042-2004-AI, del 13 de abril del 2005

25 Exp.0047-2004-AI, del 24 de abril del 2006

26 En “La Constitución Comentada”, pág. 715, obra colectiva dirigida por Walter Gutiérrez.

El Congreso de la República puede delegar en el Presidente de la República la facultad de legislar...

El Presidente promulga (u observa) las leyes que aprueba el Congreso de la República y dicta decretos supremos²⁷ y resoluciones supremas. Con los primeros, el Presidente de la República reglamenta las leyes y regula asuntos de naturaleza general y con las segundas resuelve asuntos de interés particular.

En lo que se refiere a las resoluciones supremas, “decisiones de carácter específico (de interés particular)²⁸ y manteniendo su característica de contradecirse a sí misma, la LOPE agrega que también el Presidente puede dictar resoluciones supremas **con carácter normativo**, es decir, como los decretos supremos, destinadas a *regular asuntos de naturaleza general*, en cuyo caso se publican en el diario oficial y son obligatorias desde el día siguiente de su publicación, salvo que señale una fecha posterior para su vigencia total o parcial. Resulta así incomprensible la distinción entre los decretos y las resoluciones que el Presidente puede expedir.

Opinamos que tales disposiciones deberían designarse, con mayor propiedad, como “decretos y resoluciones presidenciales” para eliminar el anacronismo de llamar “supremas” a disposiciones que no lo son, puesto que están en una posición inferior a la de la ley en la jerarquía de las normas.

VIII. LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL PODER EJECUTIVO

A continuación, centraremos nuestra atención en las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo, que, según la LOPE, se crean por ley **para el cumplimiento de las funciones primordiales del Estado y para el logro de sus objetivos y metas**²⁹.

¿Cuáles son tales funciones primordiales del Estado?

- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (que) son el fin supremo de la sociedad y del Estado³⁰.
- Defender la soberanía nacional,
- Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos;
- Proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y
- Promover el bienestar general³¹.

27 Expresión que tiene su origen en el siglo XIX cuando un usurpador del poder se adjudicó el título de “supremo gobernante”

28 Por lo que se notifican con forme a la Ley del Procedimiento Administrativo General

29 Penúltimo párrafo del artículo 2 de la ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

30 Artículo 1 de la Constitución

31 La Carta Fundamental señala en su artículo 44 cuáles son los **deberes primordiales del Estado**:

Esto significa que la creación de las “entidades públicas” debe responder a la necesidad de cumplir las **funciones primordiales del Estado**, por lo que el Poder Ejecutivo, al proponer la creación de una entidad pública y el Congreso de la República al dictar la ley que la crea, deben tener en consideración si su existencia se sustenta en las normas constitucionales que venimos mencionando.

Consideramos que sería conveniente que se modifique el artículo 104 de la Constitución para que se precise que la delegación de facultades no comprende la capacidad del Poder Ejecutivo de crear “entidades públicas”. El texto del segundo párrafo del artículo 104 podría establecer que:

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente ni la de creación de entidades públicas

IX. LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL PODER EJECUTIVO

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo clasifica a las entidades públicas en **Organismos Ejecutores** y **Organismos Especializados**. Ambos se crean por ley, a iniciativa del ministerio del sector correspondiente, que propone al Poder Ejecutivo el “plan inicial de actuación de la entidad”. El proyecto de ley debe cumplir, además, los requisitos establecidos en la **Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado**³².

Todo organismo público debe contar con un Plan Estratégico Institucional que, se supone, rige su funcionamiento. Tales organismos están sujetos a la supervisión y fiscalización del ministerio³³ del cual dependen, ministerio que debe verificar el cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron creados, lo que garantiza que la actuación de los organismos debe ajustarse a la Constitución y a la ley.

“Es obvio que **sólo puede delegar quien tiene la facultad originaria** para realizar determinados actos o ejercer ciertas facultades”

Al respecto, debe señalarse que uno de los objetivos de la “modernización del Estado” era convertir a los ministerios en organismos normativos y a los “organismos ejecutores” y a los “especializados” en los encargados de supervisar que las actividades de las entidades (personas naturales o jurídicas) se ajustaran a dicha normatividad. Como veremos más adelante, esto no se cumple.

32 Ley 27658, de 29.01.2002

33 “Sector” dice la ley, manteniendo la “sectorialización” del Poder Ejecutivo que impuso la dictadura del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980)

X. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS ESPECIALIZADOS

Los Organismos Públicos Especializados son de dos clases, los “Reguladores” y los “Técnicos Especializados”.

Los Organismos Reguladores

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo no define qué son los organismos reguladores, sino que, en su artículo 32 señala que se crean por ley para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.

Contradiendo lo establecido en el artículo 30 de la misma ley, en el artículo 32 se les atribuye la capacidad de definir sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias, capacidad que debería determinar su ley de creación, puesto que no son entidades autónomas ni autocráticas.

Inconsistentemente, la LOPE establece que su creación responde a la necesidad de **regular** ciertos mercados, “tienen funciones supervisoras, reguladoras, **normativas, fiscalizadoras y sancionadoras** y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia³⁴.

Según la norma constitucional solo autoriza al Congreso de la República a delegar en el Poder Ejecutivo la capacidad normativa mediante “decretos legislativos”, por lo que la ley de creación de los organismos reguladores no puede conferir a organismos de rango inferior la capacidad normativa que señala la LOPE.

Incorre la LOPE en el mismo – o más grave – error cuando permite que **la capacidad normativa le fuera delegada expresamente por el ministerio del cual dependen**, porque los ministerios no tienen facultad legislativa originaria y no pueden delegar una atribución de la que carecen. Debería tenerse en cuenta que –manteniendo la tónica de dictar disposiciones contradictorias– los organismos reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros. **Esta disposición infringe la Constitución, por lo que debería ser derogada.**

¿Cuáles son los “organismos reguladores”? Como hemos adelantado, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo ni define ni designa a los “organismos reguladores”, pero la práctica indica que son las llamadas superintendencias, las empresas estatales y los organismos supervisores de la inversión privada en servicios públicos otorgados en concesión.

34 Ley de la materia que no se consigna y sólo nos permite deducir que se trata de la ley que autoriza su creación.

XI. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La ley 27332, denominada Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se promulgó el 27 de julio del 2000 y fue modificada por la ley 28964, publicada el 24 de febrero del 2007. Su reglamento fue aprobado por el decreto supremo 042-2005-PCM, publicado el 11 de junio del 2005.

Tales organismos reguladores son:

- > **Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)** es una institución pública adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros encargada de supervisar que las empresas eléctricas, las de combustibles y las del régimen general de Minería del Perú cumplan las normas legales de las actividades que desarrollan.

Se creó el 31 de diciembre de 1996, mediante la Ley N° 26734, identificada por sus siglas Osinerg. Inició el ejercicio de sus funciones el 15 de octubre de 1997, supervisando que las empresas eléctricas y de hidrocarburos brinden un servicio permanente, seguro y de calidad. A partir del año 2007, la Ley N° 28964 amplió su campo de acción al subsector minería y adoptó las siglas OSINERGMIN.

- > **Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones (OSIPTEL)** creado por el decreto legislativo 702, haciendo uso de la facultad que el Congreso de la República había delegado en el Poder Ejecutivo por ley N° 25327, de legislar entre otras materias, sobre pacificación nacional para neutralizar la influencia de la subversión terrorista, con el apoyo de los medios de comunicación social, de acuerdo con el artículo 188 de la Constitución.
- **Organismo Supervisor en Agua Potable y Saneamiento (SUNASS)** creada por el decreto-ley 25965, para que **proponga las normas**³⁵ para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reuso de aguas servidas y limpieza pública; fiscalice la prestación de dichos servicios, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como para que aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga.
- **Organismo Supervisor en Transporte Terrestre (OSITRAN)** Creada por ley 29380 del 16 de junio del 2009, la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN) adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como la entidad encargada de **normar**, supervisar, fiscalizar y sancionar las actividades del transporte de personas, carga y mercancías en los ámbitos nacional e internacional y las actividades vinculadas con el transporte de mercancías en el ámbito nacional

35 Esta regla fue modificada por la ley 27332, denominada Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se promulgó el 27 de julio del 2000.

XII. FUNCIONES DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

Según la ley 27332, la función reguladora y normativa general, señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.

La ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece en el inciso c de su artículo 3 que los organismos reguladores tiene **función normativa**. El texto original ha sido sustituido por el vigente, dispuesto por el artículo 1 de la ley 27631, publicada el 16 de enero del 2002, que reza:

Función Normativa: *comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.*

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de contratos de concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia escala de sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

Además de la farragosa redacción de este inciso, la ley atribuye a los organismos reguladores facultades que contravienen la Constitución y violan los Principios del Derecho, pues un organismo público no puede dictar **los reglamentos, las normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras de carácter general**, ni **tipificar las infracciones y establecer su propia escala de sanciones**.

De ello resulta que los organismos reguladores son entidades autocráticas, que gozan de una capacidad de la que carece el Poder Judicial, que se rige por los códigos sustantivos y procesales aprobados por ley dada por el Poder Legislativo y promulgada por el Presidente de la República.

Pueden los organismos reguladores, además, dictar mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Tal cúmulo de facultades nos obliga a analizar si la ley 27732 y sus modificatorias se ajustan a lo previsto en la Constitución Política del Estado y si el ejercicio de las mismas implica una violación de los derechos de las entidades o actividades supervisadas.

XIII. CONCLUSIONES

1. El Congreso de la República ha infringido la Constitución al otorgar a los organismos reguladores *la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general.* Tal disposición, contenida en la ley 27332 debería ser derogada.
2. La facultad de dictar reglamentos y normas, tipificar las infracciones y aprobar la correspondiente escala de sanciones debería ser devuelta a los ministerios correspondientes, pues los organismos reguladores no pueden ser legisladores, jueces y verdugos simultáneamente.
3. La ley de creación de entidades públicas debería expedirse después que la respectiva comisión dictaminadora del Congreso de la República consigne en el respectivo dictamen que su creación satisface la exigencia que servirán para el cumplimiento de las funciones primordiales del Estado y para el logro de sus objetivos y metas³⁶ que son
 - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (que) son el fin supremo de la sociedad y del Estado³⁷.
 - La defensa de la soberanía nacional,
 - Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos;
 - La protección a la población de las amenazas contra su seguridad y
 - La promoción del bienestar general³⁸.

36 Penúltimo párrafo del artículo 2 de la ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

37 Artículo 1 de la Constitución

38 La Carta Fundamental señala en su artículo 44 cuáles son los **deberes primordiales del Estado**:

LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN COMO MEDIOS ALTERNATIVOS Y SALUDABLES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Por: *Ximena Ramírez Zegarra**

SUMARIO: INTRODUCCIÓN 1. UN POCO DE HISTORIA 2. DEFINIENDO CONCEPTOS Y PLASMANDO CARACTERÍSTICAS 3. ¿QUIÉNES DIRIGEN LOS PROCESOS? 4. DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES 5. LEGISLACIÓN COMPARADA 6. UTILIDAD DE UNA MEDIACIÓN FAMILIAR 7. CONCLUSIONES 8. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

No entiendo por qué tanto la conciliación como la mediación, no han tenido tanta acogida en nuestra sociedad actual. Pareciera que las personas ya no confiaran en su capacidad de diálogo o es que simplemente el estilo de vida que llevan las hace disfrutar más del pleito, del sentirse vencedores, como si en la vida estuviéramos para ello. Creo personalmente que no.

Soy de las personas que observa que uno ha venido al mundo para vivir y disfrutar de la vida, esto es nacer, crecer, desarrollarnos como seres humanos en todos nuestros aspectos y eso, incluye nuestra capacidad de socializar y disfrutar de todo esto con sus pro y contra.

Justamente un tratamiento del conflicto como lo propone el proceso de conciliación y/o mediación, dependiendo del ordenamiento legal de cada país, nos permite evolucionar en la

* Abogada Conciliadora, graduada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, con más de 15 años de experiencia profesional; Máster en Derecho por la Ruprecht-Karls-Universität de Heidelberg, Alemania y Máster en Psicología Aplicada e Intervención Social, España. Asesora en materia de derechos de infancia, familia y discapacidad, resolución de conflictos de familiares y procesos de conciliación. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima y Conciliadora Extrajudicial del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD). Ha sido Consultora de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Save the Children España y de otras instituciones nacionales e internacionales.

reflexión expuesta, como más adelante veremos, ya que ambos procedimientos nos educan en cómo evitar los enfrentamientos bruscos, los pleitos, los castigos, las frustraciones, los dolores emocionales, tanto entre personas contratantes, como entre familiares, amigos, entre otros, propiciándose así con estas medidas, bajar de nivel los enfrentamientos, que los pleitos se conviertan en diálogos llevaderos y que las personas inicialmente enfrentadas terminen aliviando sus dolores y frustraciones internas.

El presente artículo lo he dividido en siete (7) puntos: i) Un poco de historia; ii) Definiendo conceptos y plasmando características; iii) ¿Quiénes dirigen los procesos?; iv) Diferencias con otras instituciones; v) Legislación comparada; vi) Utilidad de una mediación familiar; vii) Conclusiones.

Termino esta introducción agradeciendo a aquellas personas que han colaborado con sus conocimientos y que han hecho posible la redacción del presente artículo y, principalmente a todos aquellos que se animaron a escribir y plasmar sus ideas sobre estos temas en particular.

1. UN POCO DE HISTORIA

Si nos detenemos a estudiar un poco los antecedentes de la conciliación y de la mediación observamos que su creación y utilización proviene de tiempos muy antiguos. Remotos antecedentes muestran que siempre ha estado presente en el espíritu de los hombres el lograr acuerdos perdurables que permitan la convivencia sin esfuerzos y en lógica armonía. De allí, que ambas figuras fueran consideradas desde sus inicios como una manera eficaz para resolver las disputas humanas. Y entonces me pregunto, ¿qué nos pasó?, ¿por qué este espíritu ha perdido fuerza e interés en la sociedad en la que actualmente vivimos?

No pretendo con el presente artículo responder este cambio de actitud, pero si llamar a la reflexión, de cómo a veces los seres humanos nos dejamos llevar en el transcurrir del tiempo por los cambios en el estilo de vida y necesidades sociales que hacen que uno mismo pierda su propio espíritu, confianza en su capacidad de resolución y fuerza interior.

Conforme lo expone Gozaíni, por ejemplo, la concepción de la conciliación se encuentra inicialmente en las organizaciones tribales, para luego proceder a afinarse en los consejos de familia, clanes o reunión de vecinos caracterizados. Para él, ambas figuras toman cuerpo en las sociedades reunidas bajo la autoridad de un patriarca o de un jefe de familia que buscaban una resolución en equidistancia.

Así también tenemos, que la antigua sociedad ateniense solicitaba que los conflictos sean dirimidos sin necesidad de recurrir al juicio, a cuyo fin encargaban a los *thesmotetas*¹ la situación y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales; y, del Derecho Romano tomamos conocimiento de los llamados jueces de avenencia, contemplándose

1 Magistrados atenienses (siglo VII a.c) encargados de ser los redactores, guardianes e intérpretes de la ley escrita, además de dirigir la organización de la justicia.

durante la época de Cicerón, los juicios de árbitros que a través de la equidad procedían a resolver las disputas².

Es importante resaltar, que antiguamente era reconocido socialmente que quien tenía moral, tenía autoridad y por ello era escogido para resolver los conflictos con criterio de justicia. ¿Podemos decir que ahora sucede lo mismo?

Actualmente vemos, que el andar de la justicia depende mucho de los hombres, tanto de los que la componen como de quienes la activan y que cada día respiramos menos el espíritu que de ella debería desprenderse, un espíritu de paz, de seguridad y de confianza. ¿Somos los seres humanos capaces de cambiar esto? ¿Estamos dispuestos a hacerlo?

2.

DEFINIENDO CONCEPTOS Y PLASMANDO CARACTERÍSTICAS

2.1 Conciliación

El verbo “conciliar” proviene del latín *conciliatio*, que significa composición de ánimos en diferencia. “Conciliar” supone un avenimiento entre intereses contrapuestos, un establecer armonía entre dos o más personas con posiciones disidentes.

En la figura de la conciliación podemos contemplar como objetivos importantes, el buscar mejorar la convivencia social, el enseñar a vivir en armonía y con tolerancia y, el fortalecer los valores que inspiran hacia el orden y la seguridad.

Respecto a los medios que utiliza podemos decir que son hábiles, eficaces y probadamente más rápidos y seguros. Aplica a su vez fórmulas de entendimiento racional que persiguen la solución concertada y la superación de la crisis afrontada de manera pacífica. En este contexto, la conciliación no tiene necesidad de formas ni de procedimientos -aunque por orden institucional se regula por Ley-, basta con establecerse un método, se puede actuar inclusive de manera libre y en privado. Fundamentalmente, está inspirada en el principio de libertad y paz social. Ahora bien, entonces nos podríamos preguntar, ¿cómo es su desarrollo?

El proceso se da inicio con el contacto inicial entre la persona a cargo del mismo denominado conciliador y las partes. Es un tratamiento que está regido principalmente por los principios de celeridad, economía procesal y simplicidad. El conciliador, como se verá más adelante, es una persona que requiere de la reunión de ciertas características especiales.

Respecto a la dinámica procesal cabe precisar que no es rígida, es decir, no está orientada a un solo sentido o encuadre jurídico, ya que tiene como instrumento importante al diálogo, que es la base de la concertación y del entendimiento, que permite a las partes acercarse y a generar actitudes voluntarias buscadoras de solución, abandonando así las discusiones.

2 Hitters, Juan Carlos. La justicia conciliatoria y los conciliadores, en la Justicia entre dos épocas.

El proceso es tan flexible que el arreglo puede lograrse tanto dentro como fuera del proceso y antes o después de haberse inclusive este iniciado. Así, podemos afirmar que el proceso está orientado a que las partes encontradas manifiesten libremente su voluntad, haciendo propuestas y optando finalmente por una oportunidad de solución en cualquier momento.

Para concluir este punto podemos señalar, que en todo momento está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema, lo que es conocido como la búsqueda de una “concertación pacífica”.

2.2 Mediación

Con referencia a la mediación no podemos hacer grandes diferencias para con la conciliación, sino más que decir que “mediar” significa interceder o rogar por alguien; interponerse entre dos o más que riñen procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

Revisando un poco la doctrina tenemos que, para Folberg y Taylor, la mediación es un proceso de resolución y manejo del conflicto que devuelve a las partes la responsabilidad de tomar sus propias decisiones en relación con sus vidas³ y, para Pearson y Thoennes, es un proceso participativo y consensual en el que una tercera persona, el mediador, anima a las que están en disputa a encontrar una base de acuerdo, ayudándoles a identificar los temas, reducir malos entendidos, desahogar las emociones, clarificar prioridades, encontrar puntos de acuerdo, explorar nuevas áreas de compromiso y por último negociar un acuerdo⁴.

Respecto al procedimiento, precisamos que la mediación pone igualmente énfasis en la carencia de aspectos formales, en la comunicación abierta y directa, en el reforzamiento de los vínculos positivos y en la evitación de los reproches y culpabilidades. Es un proceso amistoso que tiene un sentido más cooperativo. Al igual que la conciliación, no cuenta con fórmulas para su implementación, es de carácter flexible y el lenguaje que utiliza es quizás hasta más sencillo. Es también reducida en sus costos (economía procesal), en el tiempo (celeridad) y las partes mantienen el control de sus intereses durante todo el proceso. Igualmente está regida también por los principios de confidencialidad, secreto profesional, neutralidad e imparcialidad del tercero mediador, que más adelante definiremos.

Concretamente tenemos que la mediación al igual que la conciliación, es un proceso a través del cual, una tercera persona neutral (mediador) que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes, para ayudarles a que puedan manifestar su particular situación y a resolver el problema que los afecta⁵, ya que ambas figuras están orientadas a mantener las relaciones en lugar de destruirlas, a permitir encontrar soluciones basadas en el sentido común y a producir acuerdos creativos.

3 Rodríguez Benito, Lidia. La mediación familiar, pp. 19.

4 Rodríguez Benito, Lidia. La mediación familiar, pp. 19.

5 Press, Sharon, en Revista Libra

Como se puede apreciar, la conciliación tiene la misma estructura que la mediación, pero actualmente ocupa un espacio diferente, ya que parte de una premisa diferente. En la mediación no se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho), sino de encontrar una respuesta pacífica. Finalmente, es importante destacar, que a través de la mediación se reconoce a la fuerza de la voluntad como un trato de buena fe.

3.

¿QUIÉNES DIRIGEN LOS PROCESOS?

Tanto para la figura de la conciliación como para la mediación se requiere contar con la participación de un tercero, conductor del proceso, denominado conciliador o mediador, según sea el caso. Ambos pueden ser impuestos por la ley o elegidos voluntariamente por las partes, conforme a la legislación de cada país.

Es necesario precisar que no cualquier persona tiene los dotes para ser un buen conciliador o mediador. La experiencia ha constatado que este tercero requiere contar de ciertas características, como las de ser personas confiables, buenos oyentes, perceptivos, conocedores del conflicto, poseedores de una seria intención de ayudar, hábiles para la comunicación, imaginativos, flexibles, neutrales, imparciales, pacientes, de buen humor, persuasivos, discretos, creativos, captadores de intereses y de posiciones, eficaces y conocedores de técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto.

Se ha mencionado también anteriormente que este tercero se caracteriza por ser imparcial, neutral y confiable⁶. En este contexto, la imparcialidad significa no tomar partido por uno u otro, reequilibrar el tiempo y la atención que ambas partes necesitan e igualar el poder que cada parte mantiene. La neutralidad está referida al trabajo que el tercero tiene que hacer consigo mismo, ya que tiene su propio punto de vista, valores e intereses, para que delante de las partes no los exprese ni muestre signo alguno que indique el estar más cercano a una de ellas. La confidencialidad tiene su fundamento en el compromiso que el tercero adquiere y que le obliga a guardar secreto sobre el contenido de las entrevistas y de los eventuales acuerdos que pudieran establecerse. Este compromiso solo puede romperse cuando ambas partes interesadas lo autoricen.

Cabe señalar también, que en cualquiera de las dos situaciones este tercero es un simple facilitador del diálogo y de las cosas, no asesora, ni dictamina, no toma decisiones finales sobre el conflicto, ni tampoco puede obligar a las partes a hacer o aceptar nada, simplemente intercede para ayudar a los contradictores a expresar sus necesidades e intereses, emociones y a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio. Afirmando, tenemos que este tercero sólo debe buscar el acercamiento de las partes, eliminando el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar y que cada parte se ponga en la posición de la otra persona; por ello cuenta también con una técnica de actuación libre.

6 Rodríguez Benito, Lidia. La mediación familiar, pp. 21.

PIRAMIDE DE MASLOW (cuadro de necesidades)



Se observa en el texto de este artículo que la tarea de conducir el proceso consiste entonces, en establecer las reglas que guiarán el proceso, acordar una agenda, determinar el ingreso al conflicto, obtener la información relativa a la disputa, identificar los temas a ser resueltos, crear alternativas de solución, evaluar las posibilidades para arribar a un compromiso y concluir, mas no así, obligar a las partes a llegar a un acuerdo, ya que el tercero conciliador o mediador no tiene la facultad coercitiva de hacer justicia ni crear derecho (como más adelante veremos que son facultades de otras instituciones).

4. DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES

En el presente artículo he procedido a definir lo que se entiende por conciliación y por mediación, pudiéndose observar que la diferencia entre ambas es muy sutil y más bien depende de cómo cada país decida regularlas y convocarlas. Sin embargo, creo también necesario distinguirlas de otras instituciones que también están orientadas, pero de una manera diferente, hacia la resolución de conflictos de intereses. Aquí nos encontramos con las figuras de la negociación, el arbitraje y el desarrollo de un proceso judicial.

Negociación

La negociación sin darnos cuenta es parte de nuestra vida diaria, todo el tiempo estamos negociando, pero si la estudiamos institucionalmente vemos que se trata de la oportunidad de iniciar un intercambio de promesas y de contraer compromisos en un esfuerzo que realizan las partes para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo.

La negociación puede ser desarrollada directamente o a través de representantes y es importante destacar que es una etapa a considerar también dentro de los procesos de conciliación y mediación, la cual comprende prácticamente las entrevistas donde se van tratando los desacuerdos de uno en uno.

Toda negociación está orientada a definir los problemas de forma clara y objetiva, sin emitir juicios de valor, a cambiar la naturaleza del conflicto y reestructurarlo de manera que sea más productivo. Hay que señalar que como habilidades claves para asegurar una capacidad negociadora se tiene que contar con inteligencia emocional, creatividad, escucha activa, empatía, asertividad, preparación, interculturalidad y gestión del tiempo⁷.

Arbitraje

El arbitraje, como fórmula o mecanismo alternativo de solución de conflictos de intereses, suele ser un proceso más solemne y ritualista que la conciliación y la mediación, que se diferencia principalmente en la estructura del procedimiento y por las metodologías implementadas.

Está orientado a respetar el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y con justicia en alternancia al proceso judicial que por estructura de todo Estado se sigue ante los Tribunales de Justicia de forma independiente.

A diferencia de la conciliación y de la mediación, carece de proponer posibilidades creativas para la resolución del conflicto y el dictado de la decisión final, llamada “Laudó”, que es de igual manera de cumplimiento obligatorio para las partes y queda en manos de un tercero denominado árbitro o tribunal arbitral dependiendo del acuerdo decidido previamente como “Convenio Arbitral” por las partes.

Dependiendo de la materia en conflicto a resolverse que orienta también la necesidad de formación o capacitación del tercero a arbitrar, el arbitraje es denominado de “derecho” o de “conciencia”. Como norma general se tiene que no todas las materias de discusión pueden ser sometidas a arbitraje, haciendo la ley de cada país las distinciones correspondientes.

Proceso Judicial

El Proceso Judicial resulta ser un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, dejando de lado la participación directa de las partes interesadas. Se caracteriza primordialmente y a diferencia de las otras estudiadas en que la decisión final queda en manos de un tercero llamado “Juez”, siendo también de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

“Está orientado a respetar el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y con justicia en alternancia al proceso judicial que por estructura de todo Estado se sigue ante los Tribunales de Justicia de forma independiente”

7 Pontí, Franc. Los caminos de la negociación, pp. 23.

Cabe destacar, que durante el desarrollo del proceso, no se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte del otro. Las partes se mantienen como contendientes y su objetivo es convencer al Juez que decide que uno solo de ellos tiene la razón. Al igual que el arbitraje, no permite el ingreso de posibilidades creativas para la resolución del conflicto y el tercero tiene la facultad coercitiva para hacer justicia y crear derecho.

Observamos que en la sociedad actual existen diversas alternativas para resolver los conflictos y esto se lo debemos principalmente, como explica Alvarado Velloso⁸, a la propia naturaleza humana, ya que se da que ante una situación de conflicto entre dos o más personas, estas pueden:

- a) autodefenderse, mediante el uso de la fuerza, generalmente ilegítima y prohibida por la ley;
- b) autocomponerse, directa o indirectamente, obteniendo un resultado consistente; o
- c) heterocomponer directamente el conflicto, mediante la presentación espontánea de uno de los contendientes ante el órgano de justicia pública, requiriendo una decisión que lo resuelva.

“Autodefenderse, mediante el uso de la fuerza, generalmente ilegítima y prohibida por la ley”

Ahora bien, con lo expuesto no queremos concluir que tanto la conciliación y la mediación buscan oponerse a la figura de la jurisdicción judicial o arbitral, simplemente se desea fomentarlos como medios alternativos de solución de controversias, que es parte misma de la función de todo profesional que asesora en la búsqueda de la solución de un camino de

conflicto trayendo armonía y paz a la situación.

Sobre el particular, personalmente puedo decir, que si los abogados por ejemplo, fortalecieran más su rol preventivo y consejero hacia la promoción de la cultura de la vida y de la paz, las ideologías de la muerte y de la discusión no tendrían tanta cabida, lográndose así persuadir al cliente y necesitado hacia el buen entendimiento, de sus ventajas y oposiciones. Al respecto, Berizonce señala, que el profesional del Derecho tiene la difícil tarea en adelante, de replantearse sus tradicionales formas de laborar, procurando componer el conflicto antes de pleitear, persiguiendo la composición conciliadora y dejando de lado las actitudes formulísticas y posturas confrontativas inútiles, concentrando los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente de transacción, negociadas. Esto no implica que se deba renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos sino más bien, propugnar formas diferentes, adecuadas, justas y realistas para los calificados conflictos.

8 Alvarado Velloso, Adolfo. La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal.

5.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Las figuras de conciliación y mediación han venido siendo utilizadas en el transcurso del tiempo en diversos países indistintamente, brindándoles a cada una un carácter facultativo u obligatorio. Por ejemplo, en Uruguay tenemos que la figura conciliatoria tiene carácter obligatorio. Se señala, que no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley. En Colombia, se realiza un cambio a partir de la Ley 23 de 1991, que establece el acto de conciliación como una etapa inexorable en todo tipo de procesos y, en Argentina, se empieza a utilizar con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial a partir de la Ley 26589 de 2010, así como en otros países de América del Sur como en Chile y Brasil.

De igual manera, la figura de la mediación es muy utilizada en los Estados Unidos y en diversos países de Centro América como México y República Dominicana y del continente europeo, como son España, Gran Bretaña, Países Bajos, Bélgica, Italia, Francia y Suiza. En América del Norte, la mediación está institucionalizada y atiende una amplia gama de conflictos, como cuestiones de vecindad, laboral y escolar y, en España y en los demás países europeos está siendo también muy utilizada y con resultados significativos para la resolución de conflictos familiares, sobre todo en los procesos de ruptura, como seguidamente procederé a exponer.

En el Perú, la conciliación como institución alternativa a la resolución de los conflictos nace en 1997 al promulgarse la Ley 26872 y su Reglamento por Decreto Supremo 001-98-JUS, con carácter obligatorio y paso previo a determinados procesos judiciales; para luego extenderse su aplicación facultativa a otros campos como el de la salud, en el ámbito familiar y bajo una mirada mediadora al de la educación escolar.

6.

UTILIDAD DE UNA MEDIACIÓN FAMILIAR

En el punto 2.2 he procedido a reunir diferentes definiciones y puntos de vista acerca de la mediación, haciendo hincapié en el punto 5 anterior, que este proceso es muy aplicado en algunos países europeos para la resolución de conflictos en el ámbito familiar. Para conocer exactamente de lo que estamos hablando, creo necesario proceder seguidamente a plasmar una definición de lo que se denomina como mediación familiar.

Se define como mediación familiar al proceso de resolución de conflictos que permite a las parejas que desean separarse, disponer de un lugar, al margen del juzgado, para dialogar y llegar a soluciones satisfactorias respecto al futuro de sus hijos e hijas y el propio, según señala Trinidad Bernal. En este sentido, tenemos que su propósito no es cambiar la decisión de separarse o de divorciarse, sino de dar a la pareja la oportunidad de hacerlo de forma menos conflictiva⁹.

9 Rodríguez Benito, Lidia. La mediación familiar, pp. 19.

El concepto de mediación familiar es resumido también por Llopis Giner, quien manifiesta de que se trata de un proceso extrajudicial de ayuda a la resolución de conflictos en el ámbito de la familia desde la libertad individual de las partes, mediante la intervención de un agente mediador¹⁰.

Cabe precisar, que en ningún caso, se trata de una terapia, de un consejo conyugal y mucho menos de un asesoramiento jurídico, la mediación se sirve de estos tres, pero se encuentra en su punto de intersección¹¹. Tiene como sustento la libre decisión de las partes (voluntariedad), es decir, que sólo será eficaz si es que los que participan en ella lo hacen de modo voluntario.

Histórica y tradicionalmente se coincide en considerar típica a la familia matrimonial, definiéndola como el conjunto de personas unidas por parentesco que tiene como base el matrimonio¹², es decir, se trata del grupo formado por el marido, la esposa y los hijos (familia nuclear) y si incluimos a los abuelos, tíos, sobrinos (familia extensa).

En la sociedad civil, las familias constituyen el núcleo originario y básico para el desarrollo personal de sus miembros. No obstante, la sociedad en la que vivimos actualmente está continuamente sufriendo una rápida y constante evolución, marcada por importantes cambios en todos los ámbitos. Cabe la reflexión porque ya nos estamos dando cuenta de que nuestras vidas y relaciones personales están evolucionando hacia nuevas formas de interacción social que vienen demandando también sus propios derechos y reconocimientos.

Dentro del ámbito de los problemas familiares oímos actualmente hablar de diferentes tipos de conflictos (separación, divorcio, manutención, patria potestad, adopción, reconocimiento, muerte, etc.), relacionados con diferentes tipos de familias (monoparentales, reconstituidas, personas sin familia, problemáticas o multiproblemáticas), es decir ya la concepción histórica y tradicional de lo que es una familia se viene desvirtuando con el pasar del tiempo y, en más de un caso, los procesos de ruptura familiar vigentes son procesos que innecesariamente se llevan largos y dolorosos emocionalmente. Por ello, creo importante celebrar la existencia de medios de resolución de conflictos que conlleven más hacia la facilitación del diálogo y a la reconstrucción de la vida de cada uno en valores, que al pleito, al dolor y a la discusión.

¿Por qué acudir a una mediación familiar?

Existen diversas razones que nos sustentan la importancia de la utilización de este medio para resolver los conflictos familiares, tales como¹³:

- Estando la familia en crisis, a través de una mediación, ésta se reestructura de forma que pueda avanzar, aprendiendo a comunicarse, a respetarse y a manejar sus conflictos.

10 Llopis Giner, Juan Manuel. Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar, pp. 21.

11 Rodríguez Benito, Lidia. La mediación familiar, pp. 32.

12 Mata de Antonio, José María. Bases Jurídicas para una regulación de la mediación familiar, pp. 70.

13 Rodríguez Benito, Lidia. La mediación familiar, pp. 21.

- En todo momento en una mediación, la familia mantiene el control sobre las consecuencias de sus actuaciones, en lugar de ceder el poder sobre la toma de decisiones al abogado o al juez.
- El proceso de mediación ayuda a construir relaciones en lugar de destruirlas y facilita una adecuada adaptación a los cambios que suceden en la vida familiar.
- Las decisiones derivadas de un proceso de mediación se ajustan en mayor medida a las necesidades de los implicados, de modo que se identifican como más duraderas.
- Una mediación representa un menor coste desde el punto de vista de la salud mental, tanto para las personas adultas como para los niños, así como un menor costo económico.
- Finalmente, una mediación ayuda a evitar la discriminación que a menudo sufren las mujeres y los hijos.

Ahora bien, también es necesario dejar expresado que no siempre ésta puede llegar a ser la mejor alternativa. Hay que considerar también que cuando se dan ciertas circunstancias como la incurrencia en delito, violencia familiar o la imposibilidad física o jurídica para asumir compromisos, el acudir a la vía judicial en estos casos sería lo más aconsejable.

En el Perú, se ha regulado la conciliación en casos de familia con carácter facultativo por Ley 29876, para procesos referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otros derivados de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición¹⁴.

7.

CONCLUSIONES

- Existen diversos tipos de procedimientos para la resolución de los conflictos de intereses. Se tiene a la conciliación y a la mediación, como dos de las formas alternativas a la jurisdicción contenciosa (arbitral o judicial) que resultan recomendables cuando la relación entre las partes es un elemento importante, cuando éstas quieren conservar el control sobre el procedimiento y sobre el resultado y, cuando no existe una gran disparidad de poder.
- En definitiva, en una conciliación o mediación, la solución del conflicto depende siempre de lo que las partes resuelvan y no de la fórmula que el tercero propicie. Ambos procedimientos tienen una finalidad clara y precisa, que es alcanzar un acuerdo voluntario sin necesidad de agotar una instancia judicial, generalmente larga y fatigosa.

14 <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2012/06/08/conciliacion-en-casos-de-familia-ya-no-sera-obligatoria-al-darse-la-l>

La conciliación y la mediación son importantes porque el efecto que tienen en las partes es que ambas recuperan la conciencia de ser capaces de resolver sus propios conflictos, dialogando y, tienen su grado de responsabilidad sobre la decisión final.

- Se resalta la figura del actor conductor del proceso (tercero mediador/conciliador), quién debe ser una persona competente y capaz, especialmente orientada hacia las relaciones interpersonales, con habilidades de comunicación, manejo del conflicto, técnicas de negociación y solución de problemas.
- Se ha comprobado que la mediación y la conciliación, cuyas diferencias no son muy distantes, pueden ser utilizadas para solucionar todo tipo de conflictos, inclusive los de separación o de divorcio, ya que enseñan a las partes y a las parejas en sí a separarse y al mismo tiempo a mantener su responsabilidad como padres y madres, posibilitando inclusive el que los hijos mantengan una adecuada comunicación después de la separación y que el proceso de separación o de divorcio sea menos traumático.

Para concluir, considero que la conciliación y la mediación, al igual que otras medidas, como se ha visto en el presente artículo, son muy buenas alternativas para solucionar conflictos y deberían ser tenidas en cuenta por la sociedad actual por algo más que un requisito obligatorio para iniciar una demanda judicial, como ocurre en algunos países como el nuestro que es el Perú. Sinceramente, creo que debe ser tomada como una oportunidad para ordenar, cambiar y sobre todo crecer en madurez.

8.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA. *Reglamentos Arbitrales*. Lima, Industria Gráfica CIMAGRAF, 2008.
- COLOSO, Thomas R. y otro. *Negociación colectiva: el arte de conciliar intereses*. México, Limusa, 1991.
- DIARIO OFICIAL “EL PERUANO”. *La Constitución Política del Perú de 1993*. Perú, 1993.
- ESPASA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 1999.
- GOZAINI, Oswaldo A.. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Desalma, 1995.
- INTERMON OXFAM. *Guerra y olvido - La Unión Europea y la prevención de conflictos en África subsahariana*. España, Hurope S. L., 2002.
- LEWICKI, Roy J. y otros. *Piense antes de hablar*. Bilbao, Deusto, 2003.

- MATA DE ANTONIO, José María. *Bases jurídicas para una regulación de la mediación familiar*. España, Aqua S. L., 2004.
- PLANETA. *Nueva Enciclopedia Larousse*. Barcelona, 1984.
- PONTI, Franc. *Los caminos de la negociación - Personas, Estrategias y Técnicas*. Barcelona, Granica S. A., 2002.
- RODRIGUEZ BENITO, Lidia. *La mediación familiar*. Zaragoza, Los Sitios - Talleres Gráficos, 1999.

Otros materiales

- Blog de Grover Cornejo Yancce. *Conciliación en casos de familia ya no será obligatoria al darse la ley 29876*. Perú, El Peruano, 2012. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2012/06/08/conciliacion-en-casos-de-familia-ya-no-sera-obligatoria-al-darse-la-l>
- Rodríguez Benito, Lidia. *Dirección General de la Familia - Servicio de Mediación y Orientación Familiar*.

Rodríguez Benito, Lidia y otra. *Mediación*.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-164 - BREÑA

CORREO E.: TAREAGRAFICA@TAREAGRAFICA.COM

PÁGINA WEB: WWW.TAREAGRAFICA.COM

TELÉF. 332-3229 FAX: 424-1582

FEBRERO 2017 LIMA - PERÚ



ILUSTRE
COLEGIO DE
ABOGADOS DE
LIMA

REVISTA DEL FORO N° 103



DR. PEDRO ANGULO ARANA

Decano

DR. OSWALDO SERVÁN CAYETANO,

Director de Comunicaciones e Informática Jurídica
del Colegio de Abogados de Lima

Gestión 2016 - 2017