



E.P. DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS

Revista

DERECHO
Crítico

1° Edición

AÑO 2018



**E.P. DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

Revista

DERECHO
Crítico

1° Edición

**REVISTA DE INVESTIGACIÓN "DERECHO CRITICO" DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN
VOL. 1 N° 1 JULIO - DICIEMBRE - 2018**

**TACNA - PERÚ
2018**



La Revista **DERECHO CRÍTICO** de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y empresariales de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, es una publicación anual que busca brindar a la comunidad académica con artículos científicos de carácter jurídico, pues su contenido versará sobre temáticas de trascendencia jurídica de vital importancia para el conocimiento del lector, y sobre todo a miembros de la comunidad académica y universitaria. Los presentes artículos son aportes principalmente de juristas de alto renombre a nivel nacional, docentes miembros de la Escuela Profesional de Derecho y alumnos seleccionados rigurosamente, todos ellos colaborando por medio de sus artículos con el desarrollo académico jurídico tanto a nivel local como nacional.

COMITÉ EDITORIAL

- Mgr. Luis Alberto Valdivia Salazar
Presidente
- Mgr. Omar Pezo Jiménez
Director de Edición
- Dr. Américo Chaparro Guerra
- Mgr Isabel Rodríguez Monzón
- Mgr. Humberto de Jesús Marique López
- Mgr Carlos Mariaca Mamani

REVISTA DERECHO CRITICO

REVISTA DE INVESTIGACION DE DERECHO CRITICO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN
Dirección: Av. Miraflores S/N - Tacna
Editado por : Pezo Jimenez Omar
Teléfono: 052-583000 Anexo: 2361
Correo Electrónico: derechocritico.unjbg.esde@gmail.com
VOL N° 1 JULIO – DICIEMBRE -2018

Todos los Derechos son reservados
Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos contenidos en la presente revista sin la autorización previa por medio escrito de los autores.

Impreso en: Graficom E.I.R.L.

EDITORIAL

Nuestro anhelo se ha realizado, hoy surge este primer número de la Revista que hemos denominado DERECHO CRITICO, el cual será uno de los órganos principales del desarrollo intelectual y de investigación, convirtiéndose con el tiempo en un foco de conocimientos, tanto para estudiantes, docentes y comunidad jurídica en general.

DERECHO CRITICO no es una revista más. Sus propósitos son claros y bien definidos, tiene por origen el afán sincero de docentes de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, para dar a conocer inquietudes, conocimientos y críticas tanto a la norma, como a la jurisprudencia; Un espacio donde docentes universitarios, invitados de la comunidad jurídica, egresados de nuestra casa de estudios y alumnos entusiastas por dar a conocer sus investigaciones, pueden abrirse paso al hermoso universo de la investigación jurídica.

En un mundo convulsionado como es el nuestro, el Derecho cambia constantemente, y este debe ocupar un puesto de alerta en la mente de todos los juristas, pues el papel del letrado no solamente se enclaustrará en aplicar las normas, si no este se desarrollara en un pensamiento de defensa de Derechos fundamentales sobre las normas, y la constante crítica a las leyes, a la jurisprudencia y las teorías doctrinarias. Pues recordemos que el real letrado es el que critica y defiende su posición con fundamentos claros y concretos.

Es por ello que los nuevos tiempos, no nos permiten encontrarnos apacibles con situaciones jurídicas que afecten los derechos de los demás, pues es necesario que pongamos el Derecho al servicio de la vida, siempre siguiendo los parámetros de nuestra realidad, y la única manera de lograr ello, es alentar el constante estudio del Derecho e impulsar crítica que se genere de ese estudio, para comprenderlas y perfeccionarlas, respetar la ley, como forma de garantizar el respeto hacia nuestra propia persona; Propender en fin, a desterrar la idea de abogado "codiguero", para reemplazarlo por un abogado con una visión doctrinaria y humanista del momento, para desenvolvemos en un correcto ejercicio de la profesión; Pues esos son los verdaderos motores que impulsan a DERECHO CRITICO.

De esta manera estamos seguros que esta Revista DERECHO CRITICO, que se inicia modestamente con el presente número, será bien acogida dentro del ambiente universitario y jurídico y queremos agradecer sinceramente desde estas líneas a todos los que, en alguna forma, han contribuido a transformar en realidad nuestros propósitos.

DERECHO CRÍTICO

VOL. 1 N° 1 JULIO - DICIEMBRE 2018.

INDICE

EDITORIAL

EL MARCO DOCTRINARIO, HISTÓRICO Y NORMATIVO DE LOS PROCESOS DE CONTROL NORMATIVO ESTUDIO PRELIMINAR.

THE DOCTRINARY, HISTORICAL AND NORMATIVE OF THE PROCESSES OF NORMATIVE CONTROL PRELIMINARY STUDY

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce _____ 07

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIO-AMBIENTALES EN EL PERÚ

PROPOSAL OF CONSTITUTIONAL REFORM AND PROCEDURE FOR THE EFFECTIVE PROTECTION OF THE RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND THE RESOLUTION OF SOCIO-ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN PERU

Mgr. Luis Valdivia Salazar _____ 29

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LOS PORTALES DE TRANSPARENCIA EN LAS MUNICIPALIDADES DEL DEPARTAMENTO DE TACNA

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION THROUGH THE TRANSPARENCY PORTALS IN THE MUNICIPALITIES OF THE DEPARTMENT OF TACNA

Mgr. Humberto de Jesús Manrique López _____ 45

LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE: UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL MEXICANO

THE SUPPLY OF THE DEFICIENT COMPLAINT: A MEXICAN CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

Abg. Juan Manuel Corrales Ramos _____ 53

INFERENCIA Y DEBIDA MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA INDICIARIA ¿SE PUEDE CONTROLAR RACIONALMENTE EL USO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL?

CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE: INFERENCE AND REASONING CAN EXPERIENCE RULES AS SUPPORT OF JUDICIAL REASONING BE RATIONALLY CONTROLLED?

Dr. Octavio César Sahuanay Calsín _____ 69

SOBRE LA ARBITRARIEDAD EN LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE DAR POR CONCLUIDA LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ANTES DE LOS 120 DÍAS.

Aproximación a un replanteamiento del control de plazos

ON THE ARBITRARINESS IN THE DISCRETIONAL FACULTY OF THE PUBLIC MINISTRY OF GIVING OUT PREPARATORY RESEARCH BEFORE 120 DAYS.

Abg. Dember Salomón Fernández Hernani Aragón _____ 81

UBICACION Y APLICABILIDAD DEL JUICIO DE REPROCHE EN LAS ESCUELAS DOGMÁTICAS DOCTRINARIAS UN ETIQUETAMIENTO EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

LOCATION AND APPLICABILITY OF THE REPROACH JUDGMENT IN THE SCHOOLS SCHOOLS CORPINARY SCHOOLS A LABELING IN CRIMINAL PROSECUTION

Dr. Chaparro Guerra Americo _____ 97

POLITICAS CRIMINALES POPULISTAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS ¿MANIFESTACION DE UN DERECHO PENAL EFECTIVISTA?

POPULISTIC CRIMINAL POLICIES IN OFFENSES OF CORRUPTION OF OFFICERS ¿MANIFESTATION OF AN EFFECTIVE CRIMINAL LAW?

Mgr. Omar Pezo Jiménez _____ 111

**USO DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO Y SU RELACIÓN CON EL
DESARROLLO ECONOMICO DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO TACNA.**

*USING THE CONTRACT OF LEASING FINANCIAL AND ITS RELATIONSHIP WITH ECONOMIC DEVELOPMENT
BUSINESS URBAN TRANSPORT TACNA*

Mgr. Isabel Rodriguez Monzón _____ **123**

**¿LOS PLENOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL SON FUENTE DE
DERECHO?**

¿ARE THE JURISDICTIONAL PLANS IN LABOR MATTERS SOURCE OF LAW?

Abg. Luis Manuel Valdivia Romero _____ **145**

DERECHOS LABORALES: RELEVANTES PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Tendencias actuales para la Seguridad Jurídica en el Derecho del Trabajo

LABOR RIGHTS: RELEVANT JURISPRUDENTIAL PRONOUNCEMENTS

Abg. Carlos Eduardo Saco Chipana _____ **153**

**“EL CUMPLIMIENTO DE LA CONFORMACION DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD
EN EL TRABAJO EN LAS EMPRESAS DEL REGIMEN DE CONSTRUCCION”**

*THE COMPLIANCE OF THE CONFORMATION OF THE COMMITTEE OF SAFETY AND HEALTH IN THE WORK IN
THE COMPANIES OF THE CONSTRUCTION REGIME.*

Abg. Jason Pérez Huanca _____ **161**

**ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS PROCESOS ARBITRALES EN ENTIDADES
PÚBLICAS**

ADMINISTRATIVE ACTS AND ARBITRAL PROCESSES IN PUBLIC ENTITIES

Mgr. Carlos Mariaca Mamani. _____ **171**

**DERECHO A LAS CONDICIONES DIGNAS DE RECLUSIÓN, DERECHO A LA SALUD Y LA
CARENCIA DE UNA INFRAESTRUCTURA ADECUADA, MÁS DE UNA DÉCADA
DESPUÉS: PENAL DE CHALLAPALCA**

*RIGHT TO THE DIGNIFIED CONDITIONS OF RECLUSION, RIGHT TO HEALTH AND THE LACK OF ADEQUATE
INFRASTRUCTURE, MORE THAN A DECADE LATER: CHALLAPALCA PRISON*

Almendra Pamela Atencio Sante _____ **179**

**MANIFESTACIONES DE INSTITUCIONES MAQUIAVELICAS DEL DERECHO PENAL A LA
LUZ DEL DELITO DE CONSPIRACION EN EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS**

*MANIFESTATIONS OF MAQUIAVELIC INSTITUTIONS OF CRIMINAL LAW IN THE LIGHT OF THE CRIME OF
CONSPIRACY IN ILLICIT DRUG TRAFFICKING*

Carlos Augusto Bellodas Ticona _____ **191**

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD:

¿REBAJA INCLUYENTE O EXCLUYENTE?

*MANIFESTATIONS OF MAQUIAVELIC INSTITUTIONS OF CRIMINAL LAW IN THE LIGHT OF THE CRIME OF
CONSPIRACY IN ILLICIT DRUG TRAFFICKING*

Judith Beatriz Huallpa Quispe _____ **203**

**INSTRUMENTOS DE LA AUTORIA MEDIATA COMO AGRAVANTE E IMPUTACION
OBJETIVA EN EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS**

*INSTRUMENTS OF THE MEDIATE AUTHORITY AS AGGRESSIVE AND OBJECTIVE IMPUTATION IN ILLICIT
DRUG TRAFFICKING*

Edson Apolinario Callo Juanito _____ **213**

LA INHABILITACIÓN PERPETUA EN LA LEGISLACION PERUANA

THE PERPETUAL DISAPPEARANCE IN PERUVIAN LEGISLATION

Nilson Vladimir Quispe Callalla _____ **223**



DERECHO CONSTITUCIONAL



EL MARCO DOCTRINARIO, HISTÓRICO Y NORMATIVO DE LOS PROCESOS DE CONTROL NORMATIVO ESTUDIO PRELIMINAR

THE DOCTRINARY, HISTORICAL AND
NORMATIVE OF THE PROCESSES OF
NORMATIVE CONTROL PRELIMINARY STUDY

SUMARIO

- I. Antecedentes del proceso de inconstitucionalidad.
- II. Antecedentes del proceso de acción popular.
- III. Contenido normativo procesal – análisis y comentario a las disposiciones generales de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad y propuestas de reforma al código procesal constitucional (resoluciones ministeriales n° 321 y 329-2016-jus).
- IV. Bibliografía

* Dr. Jorge Luis Cáceres Arce

Abogado. Maestro y Doctor en Derecho. Con Segunda Especialidad en Derecho Público y Gobernabilidad. Profesor Principal UCSM. Vicepresidente Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro de la Comisión de Reformas del C.P.C. Vicerrector U.C.S.M.

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Al remontarnos a los antecedentes normativos de los hoy llamados Procesos Constitucionales de Control Normativo. No podemos dejar de revisar la evolución histórica de los mismos, nos referimos al proceso de acción popular y al de Inconstitucionalidad.

Nuestra historia constitucional republicana, nos conduce a revisar el primer texto del Estado soberano peruano, la Carta de 1823, promulgada por don José Bernardo de Tagle, ésta norma magna le reserva la tarea de “velar sobre la observancia de la Constitución y de las Leyes...”¹ al Senado Conservador (Capítulo séptimo, artículos del 87 al 94), ente Constitucional embestido de una gran función, ser el garante y el custodio de la ley suprema. Este órgano no se instaló, producto de las circunstancias políticas de inicios de la vida republicana, recordemos que nuestra primera Constitución fue promulgada el 12 de noviembre de 1823, en un clima de expectativa y entusiasmo, como bien lo apunta el profesor Raúl Chanamé “Previamente sin embargo los congresistas habían

declarado en suspenso la carta para facilitar las labores militares de Simón Bolívar...”² El Senado conservador es el antecedente institucional del hoy Tribunal Constitucional (Incorporado a nuestro sistema jurídico con la Carta de 1979, con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales).

Es necesario aclarar la diferencia entre derechos y garantías, en las primeras diez constituciones (1823 a 1933) se reservó en sus distintos títulos “de las garantías”. Unos hacen referencia a “garantías constitucionales” (1823 y 1834), otras “garantías individuales” (1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933). La Carta de 1826 solo se refirió a “Garantías” y la carta de 1828, más conocida como la Constitución Histórica, no reservó título alguno a las garantías sean individuales o constitucionales, empero su contenido en relación a las mismas estuvo en el Título IX “Disposiciones Generales” entre los artículos 149 a 172. (Libertad Civil, seguridad individual, la buena reputación, instrucción

1 García Belaunde, Domingo. Las Constituciones del Perú. Fondo Editorial J.N.E. Lima. 2016.

2 Chanamé Orbe, Raúl. Comentarios de la Constitución Política. Jurista Editores. Lima. 2015.

3 García Domingo, Ob. Cit. Pág. 210.

primaria entre otros). Carta de 1828.

A partir de la Constitución Política de 1979, se enmienda, esta postura doctrinaria y que se reitera en la ley magna vigente del 93.

Las cartas anteriores generaron una confusión entre los alcances y contenidos entre derechos y garantías. Quien nos alcanza una aclaración es el Dr. Francisco Chirinos Soto.

Las garantías “son mecanismos jurídicos procesales que tienen como finalidad asegurar la vigencia y efectividad de los derechos”⁴ y los derechos constitucionales “son disposiciones que regulan y limitan la acción de los gobernantes frente a los gobernados”.⁵

La carta del 93, en su Título V hace referencia “De las Garantías Constitucionales” a los llamados procesos constitucionales, tanto los vinculados a garantizar libertades y derechos (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de cumplimiento) a los procesos de control normativo (Inconstitucionalidad y de Acción Popular) y finalmente los procesos que resuelven los conflictos de competencias y de atribuciones constitucionales.

El llamado proceso de inconstitucionalidad o declaración o acción de inconstitucionalidad, encuentra su fuente en el constitucionalismo norteamericano, empero con raíces inglesas. La Suprema Corte de Justicia norteamericana, fue el órgano judicial que asumió con firmeza la decisión histórica a negarse a aplicar leyes contrarias a la Constitución.

El magistrado inglés Sir Eduardo Coke es el que formuló la denominada doctrina de la supremacía de la Constitución, los hechos se generaron en 1610 “al sentenciar el caso del doctor Boham”⁶ el tema generó que en varios casos el common law, limitó leyes del parlamento y en algunos casos impuso la invalidez de la norma violatoria, es cuando una ley del parlamento contraviene al derecho común y a la razón, en resumen el common law, limitó e impuso la invalidez de la ley inconstitucional.

Inglaterra, la madre del constitucionalismo contemporáneo, carece de una carta escrita. En el sistema inglés funciona rigurosas leyes de rasgo constitucional y que son parte del common law. De existir conflicto entre una ley positiva y normas del common law, prevalecen estas últimas.

Otro caso lo relata el ex constituyente del 79 Francisco Chirinos Soto “siempre dentro del ámbito del constitucionalismo inglés, Linares Quintana cita al jurista francés Charles Borgeaud, quien afirma que el Agreement of the people del

año 1647 y el Instrument of government de 1653 son portadores de la idea de establecer una ley suprema, colocada fuera del alcance del parlamento, limitando sus poderes y declarando, por vía de las restricciones expresas, cuales son los derechos que la Nación se reserva y a los que ninguna autoridad podría allanar sin delito”.⁷

Los norteamericanos siguieron los pasos de sus mentores ingleses, con el famoso caso dictado por la Corte Suprema, de 1803, cuyo mentor fue el Chief Justice John Marshall “Madison vs Marbury”. Este fallo es la fuente de la doctrina de la supremacía constitucional y de la potestad judicial para negarse a aplicar una ley inconstitucional.

En este histórico fallo que data de 1803, se estableció que la carta magna es una ley de rasgo superior y que ningún acto legislativo común, puede violentar a la Constitución y si se produce, ese acto legislativo, no es ley.

Al producirse conflicto entre el acto legislativo y la norma constitucional, el Tribunal no debe aplicar la norma legislativa. El voto elaborado por el magnífico Juez Marshall, contiene principios y argumentos en favor de la supremacía de la Constitución, que fortalecen el Estado Constitucional y de Derecho. Con esta decisión trascendental, los Tribunales norteamericanos quedaron habilitados, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, es decir para vigilar la constitucionalidad del sistema jurídico.

En Latinoamérica, hemos tenido jueces ordinarios sumisos, incapaces de revisar la constitucionalidad de las leyes (Épocas de dictadura en Argentina, Chile y el Perú). En cambio los jueces norteamericanos no toleraron aquellas leyes ajenas y contrarias al principio de supremacía y de constitucionalidad.

En España, Francia, Alemania, Austria, Portugal, Italia, Rusia, en América Latina en Chile, Ecuador, Bolivia, Colombia y en el Perú, contamos con un órgano autónomo recogido del sistema austriaco (Tribunal Constitucional) encargado del control concentrado de constitucionalidad.

En el caso peruano, las cartas del primer centenario (1823 a 1920), la tarea del control concentrado de constitucionalidad no estuvo en manos de un órgano autónomo (T.C.), en términos generales, primero fue el Senado Conservador (1823) como lo norma el capítulo séptimo entre los artículos 87 al 94 de la carta de inicios de la república.

4 Chirinos Soto, Enrique. Chirinos Soto, Francisco. Constitución de 1993. Ed. Piedul. Lima. 1994.

5 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 428

6 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 442

7 Chirinos Enrique. Ob. Cit. 443

En las cartas de 1828, 1834 y de 1839 “se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacia efectiva la responsabilidad de los infractores”⁸ Es decir que el control de constitucionalidad, de cierta manera estaba en manos del poder político.

En la carta de 1826 (Constitución vitalicia) en su artículo 51 estableció las “atribuciones de la Cámara de Censores... velar si el gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y... los tratados públicos”⁹ Esta norma que tuvo una efímera vigencia, estuvo inspirada en la carta consular del año VII de Napoleón.

La carta de 1856, en su numeral 10, señaló “que es nulo y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.¹⁰ Esta norma constitucional no tuvo el desarrollo legislativo, ni aplicación jurisprudencial, ya que la indicada carta duro solo cuatro años.

“Las cartas de 1860 y de 1867, esta última de escasa vigencia (Agosto de 1867 a enero 1868), no legislaron sobre el control constitucional”.¹¹

La Constitución de 1920, le reservó al Congreso la atribución de “examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” (Artículo 83, Inc. 4)¹²

“En el anteproyecto de la Constitución de 1931, elaborado por la Comisión Villarán, es que se plantea la posibilidad de incorporar el control judicial de las leyes al estilo norteamericano”.¹³

La carta de 1933, introdujo una suerte de control político, el artículo 26 dispuso que “pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución”.¹⁴

A su vez el numeral 123 de la carta del 33 señala que el Congreso estaba facultado para “examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”¹⁵

La carta del 33 guardo silencio, no incluyó disposición alguna destinada a cautelar judicialmente la suprallegalidad constitucional.

El Código Civil de 1936, en su título preliminar, cubrió el vacío constitucional, e incluyó una norma que establecía la obligación de los jueces de preferir la norma constitucional a la ley ordinaria (Control de Constitucionalidad) en

pleno respeto a los principios de supremacía de la Constitución y al de la Jerarquía de Leyes.

“Los jueces ordinarios, fueron reacios a la aplicación de la disposición constitucional y del Código Civil, recién en 1963 con la ley orgánica del Poder Judicial, es que se reglamenta en el artículo 7, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria, correspondiéndole pronunciarse en última instancia a la Corte Suprema de la República, sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional, lo que se produjo solo en muy contadas oportunidades”.¹⁶

El debate constituyente de 1978, se basó sobre si se dejaba el control a los Tribunales ordinarios, o si debía crearse un órgano autónomo y especializado en materia constitucional.

El entonces constituyente Javier Valle-Riestra recogió la propuesta de la reciente carta constitucional española de 1978 (este órgano de control ya estuvo en la Constitución Española de 1931), de contar con un organismo jurisdiccional especializado en problemas constitucionales, denominado Tribunal Constitucional (Regulado en su Título IX).

El Tribunal Español nació como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su tarea elemental actuar como interprete supremo de la Constitución. Recordemos que el derecho constitucional europeo, tuvo entre guerras un gran desarrollo, por lo que se refiere a los instrumentos para asegurar la primacía de la Constitución. El origen histórico de los Tribunales lo encontramos en lo que fue la República Checa (Constitución de 1919) instalado el Tribunal en febrero de 1920 y en la República austriaca (en octubre de 1920), siguiendo la propuesta doctrinaria del ilustre jurista Hans Kelsen (Primer Presidente del Tribunal Austriaco).

Los españoles encontraron la recepción de este modelo de justicia constitucional, en la carta de 1931, bajo la denominación de “Tribunal de Garantías constitucionales”¹⁷ Es necesario comentar que el perfeccionamiento del sistema de justicia constitucional lo encontramos en la Constitución Italiana de 1947 y con la Ley fundamental de Bonn (1949) como bien lo relata el catedrático español y ex presidente del Tribunal Pablo Pérez Tremps.

8 Cáceres Arce, Jorge Luis. El Control Constitucional en el Perú. Ed. LPG. Arequipa. 2005.

9 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 165.

10 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 316.

11 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 66.

12 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 66.

13 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 66-67

14 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 450.

15 García, Domingo. Ob. Cit. Pág. 461.

16 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 67-68.

17 Pérez Tremps, Pablo. Derecho Constitucional. Volumen II. Ed. Tirand lo Blanch. Valencia. 2014.

El otro antecedente de los órganos autónomos de control constitucional lo tenemos en Alemania, en la histórica Constitución de Weimar (1919), “que instituye un Tribunal al que se le facultad para resolver los conflictos constitucionales entre los poderes y en especial entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal.”¹⁸

El sistema mencionado apareció en Europa, ya que no existía un sistema difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y era imprescindible contar con un órgano encargado de asegurar la primacía de la Constitución. Tarea innata para los tribunales constitucionales y no de la Corte Suprema, como en el sistema norteamericano que cuenta con una jurisdicción difusa a diferencia del modelo europeo o kelseniano de jurisdicción concentrada.

El genio Kelsen, mentor de los tribunales constitucionales, consagró a reservar a este ente autónomo las tareas de controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas, la Constitución y la ley ordinaria. Ante esta situación le queda al Tribunal declarar a la norma incompatible con la Constitución, fuera del ordenamiento jurídico, es decir el Tribunal se convierte en un legislador negativo, que expulsa o elimina leyes ordinarias que estropean y violentan a la ley suprema.

El Tribunal austriaco instalado en octubre de 1920 (El Primer Tribunal fue instalado en febrero de 1920 en Checoslovaquia) asumió varias funciones de orden constitucional, a parte del control de la compatibilidad de normas o de interprete; es competente en materia electoral, en materia orgánica, resuelve conflictos constitucionales entre los poderes estatales (Esta atribución los constituyentes del 93 la incorporaron como función del Tribunal Constitucional peruano que permite crear jurisprudencia y precedentes sobre la distribución de competencias y atribuciones asignadas por la carta fundamental). El Tribunal austriaco también se encarga del juzgamiento de funcionarios con rango constitucional, así como ente supremo de protección de los derechos fundamentales y libertades.

Considero pertinente diferenciar dos figuras constitucionales, el modelo europeo del modelo o sistema concentrado de la constitucionalidad de las leyes. El primer modelo es que genero la dación de los Tribunales o Cortes Constitucionales (Alemania – Colombia), cuyas

funciones aparecen debidamente constitucionalizadas en el capítulo XXIII de las garantías constitucionales de la carta de 1993 entre los numerales 200 a 204. El otro modelo establece que la labor de control constitucional no solo le ejerce el Tribunal, estas funciones las comparte con el Poder Judicial (Control difuso).

El maestro Domingo García Belaunde, efectúa una adecuada diferenciación entre los modelos derivados de la justicia constitucional y formula una tercera postura llamada “Modelo dual o paralelo” y no mixto. Es la sumatoria de los caracteres y elementos del sistema europeo y americano, que se complementan, que conviven dentro de un ordenamiento jurídico, que es el caso peruano, donde el Tribunal Constitucional es titular del control concentrado y el Poder Judicial, ejerce el control difuso originario (El T.C. ejerce a su vez el Control difuso derivado). Es decir la justicia constitucional es un asunto asumido por dos órganos autónomos, empero con funciones constitucionales independientes.

Al referimos al control concentrado, no podemos dejar de comentar al proceso de inconstitucionalidad, son características de esta llamada garantía constitucional (Acción de inconstitucionalidad) a diferencia de los demás procesos constitucionales, el proceso de inconstitucionalidad, es un proceso de rasgos especiales, no solo por el fondo que resuelve, sino también por las características propias de su desarrollo procesal, las mismas que son:

- “El proceso de inconstitucionalidad cuenta con legitimidad de acción reservada constitucionalmente.
- Es de instancia única y cuenta con un procedimiento especial.
- Resguarda la constitucionalidad de las normas.
- Es un proceso abstracto de efecto erga omnes (de alcance general, es decir de efecto vinculante para todo el sistema de justicia)”¹⁹

Recordemos que cuando la norma legal: (Ley Orgánica, Ley Ordinaria, Ley de Desarrollo Constitucional, Tratado Internacional, Resolución Legislativa, Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia y Ordenanza Regional o Municipal) es sometida a control de constitucionalidad y producto de este control, el Tribunal declara fundada la demanda “El efecto inmediato es la expulsión del espectro normativo estatal”.²⁰

¹⁸ Chirinos Soto, Enrique. Chirinos Soto, Francisco. Constitución de 1993. Ed. Piedul. Lima. 1994.

¹⁹ Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 428

²⁰ García Merino, Fabiola y Gómez Sánchez, Francisco. Proceso de Inconstitucionalidad. Ed. Griley. Lima. 2009.

En este escenario entra a tallar el principio de presunción de constitucionalidad, “dicho principio opera durante el proceso de inconstitucionalidad, el hecho que durante el periodo de cuestionamiento la norma cuestionada no pierde vigencia”.²¹

El otro control, es el difuso, recogido del sistema norteamericano y sus características se guían por su condición difusa, que facultada a todo Juez (ordinario, constitucional y electoral, caso: peruano) para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Es incidental, ya que se aplica a casos concretos y expresa una eficacia declarativa, la norma sujeta a este control es declarada inaplicable, cuando no se respeta el principio de la jerarquía de leyes (artículo 138 de la Constitución Política de 1993). “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior”.²²

“El modelo peruano es concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, a su vez es concentrado y abstracto, es cuando el Control de la legitimidad de la ley, se propone como cuestión principal y única y por último es concentrada y general, la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley erga omnes, generando la ineficacia de la ley general”.²³ Empero como lo señalamos nuestro modelo es dual o paralelo, es decir difuso y concreto. Es difuso, interprete y declarativo, desde la dación de la carta de 1979 y ratificado en la vigente de 1993 (Control difuso de la Constitucionalidad de las Leyes).

Recogemos lo bien anotado por el calificado jurista Marcial Rubio Correa, en relación a la correcta aplicación del control difuso “Tener en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad... En la diversidad se colocan matices o precisiones. En la incompatibilidad la norma de un rango y del otro son excluyentes entre sí solo por incompatibilidad puede funcionar el control difuso”.²⁴

“...El control difuso debe ser aplicado con criterio restrictivo”.²⁵ Es decir el juzgador debe estar convencido que no existe postura razonable de encontrar compatibilidad entre las dos normas en conflicto.

“El Control difuso solo puede ser aplicado cuando existe un conflicto real y concreto de

intereses, en el cual se debe discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inferior”.²⁶

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

La Acción Popular, institución cuya fuente histórica la encontramos en el sistema romano, se incorporó en nuestro sistema constitucional y legal en la Constitución Política de 1933, como un control abstracto de normas inferiores a la ley, como bien lo sustenta el maestro del constitucionalismo peruano Domingo García.

Surge como instrumento de defensa, frente a los actos normativos administrativos del Poder Ejecutivo y en otros casos de las instancias de los gobiernos subnacionales (Gobierno: Regional y Local) fundamentalmente se incorporó en el texto de 1933 a pocos años del gobierno dictatorial de Augusto B. Leguía (1919-1930), que cometió excesos y abusos de orden legal y político al ordenamiento constitucional.

La Comisión que presidió el magnífico jurista Manuel Vicente Villarán (1931), en su estudio y análisis dejó constancia de los excesos del poder reglamentario del Poder Ejecutivo que invadió el escenario de las leyes. Los célebres constituyentes del 31 (M.V. Villarán, Víctor A. Belaúnde, José León Barandiarán, Toribio Alayza, Emilio Romero, Ricardo Palma entre otros) plantearon determinar los límites de la potestad normativa del poder reglamentario, como así lo señalaba el numeral 76, inc. 5 “los reglamentos se limitarán a determinar el modo de cumplir las leyes para cuya ejecución se dictan y a precisar y complementar sus disposiciones, sin imponer obligaciones nuevas o más onerosas a los ciudadanos ni alterarles derechos y obligaciones que la ley señala a los funcionarios”.²⁷

Este control jurídico abstracto a las normas administrativas emitidas por los niveles de gobierno, fue atendido por el legislador ordinario y la incorporó en el Título preliminar del Código Civil de 1936, como control difuso a leyes administrativas. La carta de 1933, en su numeral 133 expreso “Hay Acción Popular ante el Poder judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los

21 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 48-49.

22 Abad Yupanqui, Samuel. Constitución y Procesos Constitucionales. Ed. Palestra. Lima. 2016.

23 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 77.

24 Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Ed. PUCP. Lima. 1997.

25 Rubio, Marcial. Ob. Cit. Pág. 16.

26 Rubio, Marcial. Ob. Cit. Pág. 16.

27 Morón Urbina, Juan Carlos. El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2014.

ministros. La Ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.²⁸

Es menester precisar que el numeral 231 de la carta del 33 estableció la figura del recurso de acción popular “para denunciar los delitos contra los deberes de función y cualquiera otros que cometan los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones. También lo hay para denunciar los delitos contra la ejecución de las resoluciones judiciales, que cometan los funcionarios del Poder Ejecutivo”.²⁹ Ante esta figura jurídica Francisco Chirinos Soto dijo “La acción popular pertenece al campo del Derecho Procesal Penal y no es otra cosa que una variante o una modalidad de la acción penal pública. En determinados delitos, cuya comisión afecta fundamentalmente intereses colectivos y difusos, se concede a cualquier miembro de la comunidad el derecho a formular la correspondiente denuncia ante los órganos encargados de llevar adelante la investigación y el juzgamiento”.³⁰

Retomando a la Acción Popular en el ámbito constitucional, el ex Rector de la Universidad Católica de Santa María Don Francisco Chirinos, señala “Una de las fallas más graves de técnica jurídica es la que le da el nombre de acción popular a un procedimiento judicial que bien podría denominarse acción de legalidad, porque persigue precisamente la invalidez de los reglamentos y normas administrativas”.³¹

Lo dispuesto por el numeral 133 de la carta de 1933 no fue aplicado por los jueces ordinarios, bajo el pretexto, que el mencionado mandato constitucional requería del desarrollo normativo (Ley de procedimientos judiciales), a la que se refiere el segundo párrafo del número 133. Al respecto Juan Carlos Morón nos comenta lo citado por el constitucionalista Domingo García que durante los años 1947 y 1948, “se presentaron a la Corte Suprema, tres solicitudes para que se declarara inconstitucionales otros tantos decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo de entonces... En esos casos la corte declaró en acuerdos de la sala plena que no estaba expedito el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución, por no haberse dictado la ley de procedimientos judiciales...”³²

Este vacío legislativo o ausencia de regulación procesal, fue cubierto con la dación de la ley orgánica del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley N° 14605), esta norma orgánica asumió por

primera vez, el tratamiento procesal positivo.

El fuero común, era el competente para conocer este proceso de puro derecho, (sin etapa probatoria) y con la representación estatal radicada en el procurador general. El Poder Judicial ya no podía denegar la atención de los recursos de acción popular, bajo el argumento de falencia normativa.

Estando a lo comentado, el jurista Domingo García, citado por el profesor de Derecho Administrativo Juan Carlos Morón, describió dos caracteres singulares de la doctrina jurisprudencial de la época “a) solo pueden ejercerla quienes tienen interés legítimo o moral de la acción... b) Sus efectos no son de carácter anulatorio, ni dejan sin vigencia a norma alguna, sino advertida la colisión de la norma inferior con la ley o la Constitución, se declare que aquello es no aplicable al caso sublitis, ergo, será válida para todos los demás casos”.³³

El desarrollo institucional del proceso de acción popular se concreta en la carta de 1979, que mantiene la competencia exclusiva a cargo del Poder Judicial, se amplió el ámbito de alcance sobre las normas de los gobiernos regionales y locales y de los organismos públicos descentralizados y los autónomos. Se dicta la ley 24968. Ley procesal de la Acción Popular y dejó sin efecto el numeral 7 de la ley orgánica del Poder judicial (1963). Al respecto el calificado catedrático Juan Carlos Morón precisó algunas características como “Competencia exclusiva del Poder Judicial..., participación del Fiscal como dictaminador en el proceso... prevé la inhibición y la conclusión del proceso por sustracción de la materia... la sentencia que ampare la Acción Popular determina la implicación total o parcial de la norma... declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal... la sentencia denegatoria del acción popular impide la interposición de una nueva acción fundada en la misma infracción, las sentencias recaídas en los procesos de Acción Popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órganos del Estado bajo responsabilidad emita nueva norma con contenido parcial o total idéntico a la derogada por mandato judicial... y si la acción popular es amparada, el importe de los costos será asumido por el Estado, en caso contrario, las asumirá el accionante”.³⁴

En la carta vigente de 1993, aparece en el

28 García Domingo. Ob. Cit. Pág. 464.

29 García Domingo. Ob. Cit. Pág. 478.

30 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 449.

31 Chirinos, Enrique. Ob. Cit. Pág. 449.

32 Morón Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 33.

33 Morón, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 36.

34 Morón, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 37-38.

artículo 200 Inc. 5. Es una acción que no se dirige a impugnar actos, sino reglas generales (Decretos, resoluciones y reglamentos de carácter general, decretos de alcaldía, normas generales de carácter ejecutivo que puedan dictar los gobernadores regionales y las normas administrativas dictadas por los órganos autónomos).

Con la dación del Código Procesal Constitucional (Diciembre del 2004) contamos con un proceso encargado de controlar judicialmente el ejercicio del poder reglamentario (Control Judicial a normas administrativas) se encuentra desarrollo el proceso en el título VI (artículos 75 a 97). Es un proceso de control normativo de competencia exclusiva del Poder Judicial (Es el único proceso constitucional que no es de competencia directa, ni indirecta del Tribunal Constitucional) que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano (Interés difusos), es un proceso dirigido para defender la Constitución y la ley frente a infracciones normativas administrativas, proceden medidas cautelares para la suspensión de efectos de la norma administrativa, ya no participa el Ministerio Público y las sentencias que declaren fundada la demanda, pueden tener efectos retroactivos (artículo 81, párrafo final) en relación a la nulidad de la norma administrativa.

El proceso de Acción Popular desde la concepción sustantiva, está vinculado con el proceso de inconstitucionalidad, ambos tienen como objetivo asegurar el orden constitucional y legal y que los principios de supremacía de la Constitución, jerarquía normativa (Constitucionalidad y legalidad) se respetan a cabalidad. La adecuada aplicación del principio de constitucionalidad nos conduce a invalidar la norma administrativa incompatible con las normas superiores (Constitución – ley). Las causales pueden ser por el fondo, la forma, directa e indirecta, total o parcial.

En relación a su inusual aplicación, el profesor Juan Carlos Morón, ha efectuado un estudio serio y de relevancia académica que ha demostrado que el proceso de Acción Popular, como lo señaló el académico Carlos Hakanson es “Impopular”. Es un proceso de escasa difusión y las sentencias emitidas por las instancias judiciales no son relevantes y según los resultados de la investigación a cargo del profesor Morón entre setiembre del 2001 y enero del 2012, no superaron de 229 resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada en comparación con los otros procesos constitucionales principalmente de amparo, hábeas corpus y los de inconstitucionalidad.

La Comisión de constitución del parlamento “(2002) presidida por el extinto sociólogo Henry Pease García, propuso varias reformas constitucionales, al proceso de Acción Popular que fundamentalmente se refirieron a que el Tribunal Constitucional fuera competente para conocer de este proceso de control “(Las reformas se encontraron en el proyecto de reforma de la Constitución, artículos 61 y 209)”³⁵

Finalmente mediante las Resoluciones Ministeriales N° 321 y 329-2016-JUS, el Poder Ejecutivo conformó el grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional, la comisión la presidio con acierto el jurista Domingo García Belaúnde y ha culminado las tareas encargadas a fines de enero del 2018. En lo que corresponde a los procesos de control normativo. Se ha propuesto reformas a los numerales 76 (Procedencia de la demanda de Acción Popular, artículo 78 (Inconstitucionalidad de normas conexas), numeral 79 (Principios de Interpretación), numeral 82 (Cosa juzgada), artículo 85 (Competencia), numeral 86 (Demanda), artículo 87 (Plazo), numeral 88 (Admisibilidad e improcedencia), numeral 89 (Emplazamiento y publicación de la demanda), artículo 92 (Vista de la causa), artículo 94 (Medida cautelar), artículo 97 (Costos), numeral 99 (Representación procesal), artículo 102 (Anexos de la demanda de inconstitucionalidad) y el numeral 107 (Tramitación).

Estas propuestas de reforma al primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica, son el reflejo de los requerimientos de la comunidad jurídica usuaria que exige contar con una norma eficaz y eficiente, que alcance los fines de los procesos constitucionales estipulados en el Título Preliminar (Artículo II).

III. CONTENIDO NORMATIVO PROCESAL – ANÁLISIS Y COMENTARIO A LAS DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR E INCONSTITUCIONALIDAD Y PROPUESTAS DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Resoluciones Ministeriales N° 321 y 329-2016-JUS).

ARTÍCULO 75: FINALIDAD

Los procesos de Acción Popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones

³⁵ Congreso de la República. Proyecto de la Ley de Reforma de la Constitución. Ed. Forma e Imagen. Lima. 2002.

contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Por contravenir el Artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

Concordancias: Art. 106, 200, inc. 4,5.

COMENTARIO

El siguiente comentario deviene de los procesos sujetos a control normativo o procesos constitucionales orgánicos.

Como es conocido la finalidad de los procesos constitucionales esta expresamente normada desde una óptica jurídica y desde una concepción axiológica, en el artículo II del Título Preliminar de la ley de desarrollo constitucional N° 28237.

La esencia de estos procesos nos conducen a que los órganos constitucionales tanto Poder Judicial como Tribunal Constitucional, garanticen la vigencia efectiva de los Derechos Constitucionales vía los procesos de Hábeas Corpus, de Amparo, Hábeas Data y el mal denominado proceso constitucional de Cumplimiento, que a decir del destacado jurista Francisco Eguiguren, no justifica la categoría de constitucional, porque no protege derechos fundamentales y constitucionales, como así lo expresa el Art. 70, Inc. 3, del propio Código Procesal Constitucional. Considerando que este proceso cautela derechos difusos y/o colectivos (Art. 67 del C.P.C.).

La razón de ser de estos procesos, es el de garantizar la primacía de la carta política, ello en base al principio de “supremacía de la Constitución”, y para ello contamos con el proceso de inconstitucionalidad vía el control concentrado, tarea exclusiva y excluyente reservada a siete “magistrados a doc”, que conforman el magno tribunal, el proceso de Acción Popular, cuya finalidad es asegurar que ninguna norma administrativa vulnere a la ley pura, impura o a la misma carta política. Este proceso constitucional es el único que no es revisable ni por la regla ni por la excepción por el Tribunal Constitucional. Cuya competencia se encuentre reservada al Poder Judicial (Art. 85 del C.P.C.) la razón fundamental

radica en el control difuso judicial de leyes administrativas.

En este segundo bloque podemos encontrar de igual forma a los procesos de solución de conflictos constitucionales de: competencias y atribuciones, cuya instancia única la constituye el Tribunal Supremo. Los conflictos de competencia se producen entre los niveles de gobierno (nacional, regionales y locales) que pueden ser de naturaleza horizontal, vertical, positivo, negativo, activos y pasivos), y los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y organismos constitucionales, donde incluimos la naturaleza del conflicto de atribuciones por menoscabo, que en el caso concreto fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, en febrero del 2007, producto de la demanda de conflictos de atribuciones que interpuso el Poder Ejecutivo, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en contra del Poder Judicial, en relación a los procesos judiciales y constitucionales “amparo”, referidos con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas.

La finalidad de los procesos de control normativo, la podemos desarrollar desde una concepción de la jerárquica de leyes y de normas del ordenamiento jurídico, las mismas que están sujetas al control respectivo.

El control concentrado que ejerce el Tribunal Constitucional, en aplicación de los principios de autonomía e independencia, están referidos a que ninguna ley integrante del sistema jurídico, vulnere al texto constitucional. Estas leyes, son las denominadas puras e impuras. Las puras encuentran su fuente en el orden legislativo en el parlamento nacional y los parlamentos subnacionales como son: (Consejo Regional y/o Municipal)

Estas normas son: Las leyes orgánicas y las de desarrollo constitucional, las leyes ordinarias, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales y municipales.

Es necesario precisar que la distinción entre las leyes orgánicas y desarrollo constitucional con las ordinarias se dan por su contenido normativo y por su tratamiento legislativo, en este sentido considero que la ley orgánica y la de desarrollo constitucional deben estar en un escalón superior de la ley ordinaria por estas dos razones, ya que las orgánicas y de desarrollo se encargan de implementar mandatos constitucionales. Las orgánicas de organizar y estructurar órganos y poderes públicos de rango constitucional y las de desarrollo que se convierten en reglamentos de las normas constitucionales, desarrollan los institutos y principios constitucionales como la

descentralización, los partidos políticos, los procesos constitucionales entre otros.

Es por ello, que el legislador le otorga un tratamiento especial a la ley orgánica, y a la desarrollo constitucional, tanto en su aprobación, modificación o derogación, ya que para poder prosperar alguna de estas figuras de formación de leyes, se requiere del consenso político de los integrantes del Congreso (mayoría calificada Art. 106° Const.), mientras que para aprobar, derogar o modificar una ley ordinaria lo exigido por la Constitución es la votación de los parlamentarios, sin requerir mayor consenso (mayoría simple).

El otro bloque de normas sujetas al control de constitucionalidad de las leyes, son las denominadas leyes impuras con rango tal, cuyo origen no lo encontramos en el parlamento nacional sino en el Poder Ejecutivo.

Producto de la delegación de facultades el Poder Ejecutivo (Art: 104° de la Const.), asume las funciones legislativas y emite decretos legislativos previo acuerdo del Consejo de Ministros, en las materias que le han sido delegadas y por un plazo expresamente señalado, en la ley autoritativa. A ésta figura constitucional Enrique Chirinos Soto, la denominaba “la dictadura legal”.

El Poder Ejecutivo a su vez emite normas con rango de ley, vía decretos de urgencia (art. 118° Inc. 19 Const.) en materia económica y financiera con cargo a dar cuenta al Congreso.

Las otras normas puras sujetas a control concentrado, son las denominadas ordenanzas regionales y municipales emitidas por el Consejo Regional o por el Consejo Municipal, que se constituyen en parlamento regional y parlamento local, órganos de los gobiernos sub nacionales.

El control constitucional de las leyes lo ejerce el Tribunal Constitucional, vía el control concentrado, pudiendo ser este control por la forma, por el fondo, en todo y en parte de materia orgánica. Los facultados para interponer la demanda son aquellos ciudadanos investidos de mandato constitucional expreso (Art. 203° Const.). Los accionantes son funcionarios que ejercen atribuciones constitucionales y que requieren acuerdos de los órganos autónomos, para interponer la demanda a excepción de Defensor del Pueblo. En el caso de los ciudadanos (cinco mil) se requiere la verificación de las firmas de parte de la ONPE y deberán designar a su representante y/o promotor. Una reciente reforma constitucional (Ley 30651 del 20 de agosto del 2017) ha incorporado con acierto al Presidente del Poder Judicial como agente activo, facultándolo

para interponer la demanda de inconstitucionalidad, previo acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema.

En el caso que el demandante es un Colegio Profesional, (órgano autónomo con personalidad de Derecho Público, que cuentan con jerarquía constitucional estando al numeral 20 de la Constitución Política), deberán acompañar el acuerdo de la Junta Directiva y debe ser en la materia del gremio profesional.

Es conocido que la infracción al texto supremo se produce de tres modos, inconstitucionalidad directa o indirecta, total o parcial, por la forma o por el fondo y estas en materia orgánica (Contra Leyes Orgánicas y las llamadas leyes de desarrollo constitucional).

- Al respecto se hace necesario comentar si la infracción es al dispositivo o a la norma constitucional: nos encontramos en el escenario de la interpretación constitucional y frente a ello considero que no podemos dejar de analizar el estudio que distingue al dispositivo de la norma, conceptos aplicados como sinónimos.

- El „Maestro Italiano Alessandro Pizzorusso, nos alcanza los elementos que distinguen al dispositivo de la norma, los dispositivos son “las proposiciones [...] contenidos en los textos que resultan de una fuente - acto”³⁶ y las normas son “reglas elaboradas por los jueces o por otros operadores del derecho para su aplicación aun presupuesto de hecho concreto a través de la interpretación de las disposiciones contenidas en los actos normativos o bien de la comprobación de los hechos normativos correspondientes a una de las fuentes hecho”³⁷

- Podemos deducir que el dispositivo es el enunciado que se encuentra desarrollado en un artículo de determinado cuerpo normativo.

- En ejercicio de la seguridad jurídica, no dudamos que el sentido de la norma que debe ser acorde con la Constitución, es tarea reservada a los jueces ordinarios y constitucionales, que son los centinelas del Estado Constitucional.

- Retomamos el análisis del numeral 75 de la ley de desarrollo constitucional, en relación a las formas de inconstitucionalidad.

a) La inconstitucionalidad directa o indirecta:

- Contamos con normas con rango de Ley, que están sujetas a control de constitucionalidad y que requieren incorporar algunas reglas materiales o de producción jurídica, que sean indispensables para establecer su validez o invalidez de la norma

³⁶ Pizzorusso Alessandro. Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano.

Entrevista del Centro de Estudios Constitucionales N° 3. Madrid. 1989.

³⁷ Pizzorusso, Alessandro. Ob. Cit. Pág. 282.

sujeta a control concertado, estamos en el espacio de inconstitucionalidad directa, porque violan de manera inmediata a la Constitución y no a la Ley

- Cuando se nombra la inconstitucionalidad indirecta, se trata de actos medianamente subordinados a la Ley fundamental, como arquetipo cuando un reglamento contiene rasgos de inconstitucionalidad que estropean a la Ley, que la Constitución ordena respetar.

b) La Inconstitucionalidad Total o Parcial

- Cuando el texto de la norma en todo su contenido es inconstitucional y por ende el Tribunal la declara en su integridad contraria a la ley magna.

- La inconstitucionalidad parcial, se presenta cuando un inciso, un artículo, un capítulo de la norma no se ajusta a los principios constitucionales (preceptos).

c) Inconstitucionalidad Formal y de Fondo.

- Las leyes deben ser elaboradas respetando el procedimiento debidamente establecido en la Constitución Política (forma) una ordenanza municipal que no haya sido aprobada por el Consejo Municipal Provincial y/o Distrital.

- Se produce la inconstitucionalidad de fondo cuando el texto legal irrumpe, contraviene los valores, los principios, a los derechos fundamentales y constitucionales que la informan.

- La inconstitucionalidad orgánica, se presenta cuando la ley orgánica y/o de desarrollo constitucional, no han sido aprobados por lo menos con 61 votos que se exige para su vigencia, o en su defecto el proyecto de Ley no cuenta con dictamen de la comisión congresal; trasgrediendo el numeral 105 de la carta política o el proyecto normativo no se remita a palacio de gobierno para su promulgación y luego publicación, conforme al Artículo 108 de la ley suprema.

- La inconstitucionalidad material se presenta cuando las leyes orgánicas en su contenido confrontan con la norma élite del sistema jurídico.

- Finalmente devienen en inconstitucionales los decretos legislativos y/o los de urgencia cuando regulan materias reservadas al parlamento que no hayan sido delegadas del Poder Legislativo al Ejecutivo (Delegación de facultades legislativas, a través de la ley autoritativa).

JURISPRUDENCIA

“(…) El procedimiento coactivo es la facultad que tienen algunas entidades de la administración

pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la misma administración pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la administración, es decir, que las obligaciones exigibles deben provenir de materias propias de las funciones que cada entidad tiene, basadas en el reconocimiento que cada ley especial ha considerado para cada administración, o sea, siempre dentro de un mismo marco normativo (…).” Como bien lo señala la demandante, la administración pública tiene capacidad par proteger directamente sus intereses, pudiendo incluso exigir por si misma el cumplimiento. EXP 15 2005 PI/TC

ARTICULO 76: PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR

La demanda de Acción Popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

CONCORDANCIAS:

ANTECEDENTES

- Ley 24968. Art. 1

NORMATIVIDAD NACIONAL CONCORDANTE

- Const. Art. 451, 118.9, 200.5.

- C.P.Co. Art. 88.

Propuesta de Reforma al Artículo 76

Artículo 76: Procedencia de la demanda de Acción Popular

“La demanda de Acción Popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones que aprueben normas de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley y cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley. Las demandas contra resoluciones o actos no normativos sobre objeto del proceso contencioso administrativo. No implica sustracción de materia de derogación de la norma objeto del proceso ni la convalidación posterior por norma con rango de ley.”³⁸

³⁸ Comisión – Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional. R.M. N° 0321-0329-2016-JUS- Proyecto de Reforma. Lima. 2018.

COMENTARIO

La demanda de Acción Popular y su proceso es de conocimiento exclusivo del Poder Judicial, la primera instancia es la Sala Civil o Mixta del Distrito Judicial correspondiente, por razón de materia al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma administrativa es de carácter regional o local, mientras que, cuando la norma es de carácter nacional le corresponde conocer a la Sala Civil respectiva del Distrito Judicial de Lima, y en ambos casos el recurso de apelación es resuelto por una de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso del proceso de Acción Popular funciona el control judicial de leyes administrativas (decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones de gobernación regional, resoluciones y decretos de alcaldía, entre otras normas administrativas), que vulneren o violen a una ley pura o impura o al texto constitucional. Esta demanda puede ser interpuesta por cualquier ciudadano (intereses difusos) o por el Defensor del Pueblo, es resuelta garantizando la pluralidad de instancias por los jueces ordinarios y no por los jueces constitucionales a pesar que es un proceso con rango constitucional. La demanda puede ser por la forma, por el fondo, directa e indirecta, total o parcial según el contexto de la ley administrativa que haya vulnerado o transgredido a la norma constitucional o legal.

Es necesario comentar que la demanda, en razón de la aplicación de los derechos difusos, puede ser interpuesta por la procuraduría pública en materia constitucional adscrita al Ministerio de Justicia, estando el D.S. 058-2010-PCM, que se encarga de asumir la defensa del Estado en los procesos constitucionales de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto constitucional de competencias y atribuciones.

En este proceso se aplica el principio de jerarquía de leyes y el irrestricto respeto a los principios de supremacía de la Constitución, razonabilidad jurídica, entre otros.

La Acción Popular como bien lo explica Francisco Chirinos Soto “una de las fallas más graves de técnica jurídica es la que le da el nombre de acción popular a un procedimiento judicial que bien podría denominarse acción de legalidad, porque persigue precisamente la invalidez de los reglamentos, normas administrativas, así como resoluciones y decretos de carácter general, que infrinjan la constitución o las leyes”³⁹

Es necesario precisar que en la Constitución del 79, en apropiada elaboración, decía en el último párrafo del Artículo 295 “Hay Acción Popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley”⁴⁰

Con el proceso de Acción Popular se ejerce el control difuso de legalidad, a cargo del Poder Judicial, de las leyes de rango administrativo que violentan a la Constitución o a la ley ordinaria.

- Lo indicado refleja, que la jurisdicción ordinaria está llamada a pronunciarse sobre la validez de las normas de carácter general emitidas por la esencia de la burocracia de los tres niveles de gobierno (Nacional, Regional y Local).
- Nos encontramos en el control abstracto y orgánico, se dirige de modo directo a golpear a la norma ilegal – ilegítima que trasgrede la ley o la norma magna.
- Deberán recordar que por tratarse, de defender intereses difusos, sus objetos serán siempre “erga omnes”, no cautela derechos subjetivos y específicos. Empero este proceso constitucional, nos lleva a un juicio de validez, en abstracto y objetivo, referido a una norma infralegal.

JURISPRUDENCIA

“El hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de “acto aplicativo”, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho, a que se refería el artículo 3ro de la Ley N° 23506 para la procedencia de amparo y por ende, procedía esta acción os amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación y cobranza del impuesto” EXP. N° 01311-2000-AA/TC. F.J. 1.

ARTÍCULO 77: PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas

³⁹ Chirinos Soto, Enrique – Chirinos Soto, Francisco. La Constitución – Lectura y comentarios. Ed. RODHAS. 1era Edición. Lima 2008.

⁴⁰ García Belaúnde, Domingo. Las Constituciones del Perú. Tomo II. Fondo Editorial USP. Lima 2006.

regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

CONCORDANCIAS: ANTECEDENTES

- Ley Orgánica del T.C. Art. 20

NORMATIVIDAD NACIONAL CONCORDANTE

- Const. Art. 56, 57, 74, 83, 101.4, 102 a 108, 118.8.200.4, 203.
- C.P.Co. Art. I, II, III, IV, 84 a 97, 104.

COMENTARIO

El recurso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto por aquellos funcionarios con facultad expresa para dicho fin, en representación de los organismos constitucionales, están facultados para ello:

- El Presidente de la República con el acuerdo del Consejo de Ministros, en representación del Poder Ejecutivo. (En este extremo se encarga a la Procuraduría Pública en materia constitucional regulada por D.S. 058-2010-PCM).
- El Fiscal de la Nación, con la anuencia de la Junta de Fiscales Supremos y en la materia de su competencia.
- El 25% de Congresistas, en cualquier materia y con la certificación del Oficial Mayor del Congreso de la firma de los parlamentarios que suscriben la acción, a lo cual podemos deducir que la exigencia de certificación mencionada, crea un mecanismo de control de transparencia, por la falta de credibilidad y seriedad de algunos integrantes del parlamento nacional.
- Los Gobernadores Regionales con el acuerdo de su colegiado (Consejo Regional), en temas exclusivos de su competencia, al igual que los Alcaldes Provinciales y exceptuando a los Alcaldes Distritales con el acuerdo del parlamento local.
Podemos identificar que se produce una discriminación de rango administrativo, ya que si hablamos de democracia representativa, en nuestro país contamos con Alcaldes distritales que representan a mayor población que Alcaldes provinciales, por lo que, considero que el principio de representatividad e igualdad han sido quebrados con esta

exclusión de los Alcaldes distritales de poder interponer demandas de inconstitucionalidad con previo acuerdo de su consejo municipal, a pesar que las normas sujetas a control de constitucionalidad no solo violan, discriminan o irrumpen contra el sistema jurídico, afectando a jurisdicciones provinciales, sino también a las jurisdicciones distritales que cuentan con mayor presencia social, al ser de alcance general las normas cuestionadas.

- Los Colegios Profesionales, con el acuerdo de su junta directiva, en temas relacionados a su formación profesional, considerando que son gremios dotados de autonomía y representación pública.
- Debemos traer a mención que el Colegio de Abogados de Arequipa bajo el Decanato del Dr. Luis Velando Puertas, (2005) interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el art 22° inc. "c" (Exp. 0025-2005-PI/TCyExp. 0026-2005-PI/TC) de la Ley Orgánica de Consejo Nacional de la Magistratura, en relación a los cursos del PROFA organizado por la Academia de la Magistratura, consideramos que dicha norma era discriminatoria, arbitraria e inconstitucional ya que exigía al abogado de a pie haber cursado obligatoriamente el curso del Profa para acceder a la carrera jurisdiccional, generando ello un trato discriminatorio ya que con ello se creó requisitos excluyentes para ingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público, debido a que el postulante debía haber aprobado el curso mencionado.⁴¹
Es necesario precisar que la exclusividad de estos cursos es para el ascenso y no para el acceso a la carrera judicial, como se desprende de la interpretación literal y exegética del artículo 151° de la Constitución de Estado.
- A su vez puede ser interpuesta la demanda por el Defensor del Pueblo, quien no requiere de acuerdo colegiado para que prospere dicha iniciativa de control constitucional.
- Por 5000 vecinos debidamente identificados, cuyas firmas deben ser verificadas por ONPE, quienes deben señalar a su promotor o representante, dicha iniciativa puede considerarse como un pleno ejemplo de acceso a la democracia constitucional y social, ello es reflejo del ejercicio de participación efectiva y representativa, (caso concreto es la demanda que interpuso el Dr. Alberto Borea Odría, quien con el respaldo de más de 5000

⁴¹ Aclaro que la postura del académico comentarista no es opuesta a la realización del curso del Profa, en el cual es docente en sede de Arequipa, estando convencido del nivel académico en pro de una adecuada formación académica de los operadores del derecho, empero, no compartimos que la asignatura sea exclusiva y excluyente para postular, debiendo respetarse la naturaleza de su origen y que atentó el principio de Igualdad ante la Ley.

ciudadanos, buscó la declaración de inconstitucionalidad del «documento del 93» (Exp. 00014-2003-AI/TC sentencia del 10 de diciembre del 2003, cuya demanda fue declarada infundada con el voto singular y sesudo del destacado ex magistrado Dr. Manuel Aguirre Roca).

- El Presidente del Poder Judicial. Previo acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (Ley N° 30651, 20-08-17) ⁴²

Una demanda interpuesta por el letrado Alberto Borea (EXp. 013-2010-AI del 21-06-2010) en contra del numeral 1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 que establece, que le sede del órgano interprete de la carta es la Ciudad de Arequipa, por razones de índole histórico, jurídico, constitucional e institucional. El Doctor Borea y cinco mil ciudadanos (limeños) pretendieron que el pleno del Tribunal declare inconstitucional al numeral primero de la ley acotada, sin mayor fundamentación jurídica y constitucional. Los demandantes no consideraron que el Poder Judicial (Cuarta sala civil de la Corte Superior de Arequipa) resolvió en diciembre del 2009, confirmar la sentencia emitida por el Juez Rubén Herrera (11vo Juzgado Civil) en el sentido que le sede oficial y constitucional del T.C. es la ciudad de Arequipa, cuyo plazo vencía en Diciembre del 2010, para que el T.C. se traslada institucionalmente a la ciudad de caudillo y capital de la jurisdicción (Exp. 7193-2008-PC) Frente a este escenario jurídico el pleno del T.C. debió acatar el fallo judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y que dispuso el estricto cumplimiento de lo normado en el artículo 1 de la Ley 28301. el T.C. como guardián incólume de la Constitución, está obligado a respetar las decisiones de los órganos constitucionales dentro del ejercicio del equilibrio de la función estadual. Es necesario precisar que el pleno del Tribunal programa audiencias mensuales en la sede de Arequipa. Estas audiencias se han efectuado durante las gestiones de los ex presidentes Oscar Urviola y Manuel Miranda Canales y del actual Presidente Ernesto Blume Fortini.

Las leyes sometidas al control concentrado son las ya mencionadas (leyes puras e impuras) que vulneren a la Constitución Política del Estado, por no haberse aprobado, promulgado y publicado conforme a ley (forma), por atender al núcleo constitucional y a los

principios reguladores del sistema jurídico (fondo), cuando la ley ...en su contenido íntegro violenta a la Constitución en su naturaleza y esencia de protección a los derechos fundamentales y estructura del Estado (total), y procede la inconstitucionalidad parcial, cuando un artículo, inciso o acápite contraviene al texto supremo y la inconstitucionalidad orgánica se presenta por la forma o por el fondo, en todo o en parte, cuando hablamos que la ley sometida al control de constitucionalidad es una orgánica o de desarrollo constitucional.

Debemos aclarar que las normas sujetas a control de Constitucionalidad, vía control concentrado a través del Tribunal Constitucional, no sólo son debidamente enumeradas en este precepto, sino también aquellas leyes emitidas por los gobiernos de facto (Decretos Leyes) y las leyes que son producto de las reformas constitucionales y las que aprueban las consultas ciudadanas (referéndum del FONAVI del 03 de octubre del 2010).

- A su vez las leyes derogadas en materia tributaria y penal, están sujetas a control así lo ha establecido el Tribunal Constitucional (Expediente N° 0004 – AI – TC, caso Impuesto a las Transacciones Financieras) y ello en concordancia con el Artículo 81 del Código Procesal Constitucional.

JURISPRUDENCIA

I. “3. Dadas las consecuencias que su ejercicio puede tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (STC 0141-2002-AA/TC, Fund. Jur. N° 4 “o; STC 0020-2003-AI/TC, Fud. Jur. N° 5), habida cuenta que:

Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

Conforme lo norma la segunda Disposición General de la Ley N° 28301, Norma Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. Así, la necesidad de Interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter

42 Diario Oficial El Peruano. Ley N° 30651. Publicada el 20 de agosto de 2017.

normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como Juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la norma suprema del Estado.

Un límite, por cierto, al que se suman otros, de no menor importancia:

5. A) Por un lado, que el control de constitucionalidad se realice en el seno de un caso judicial, esto es, tras el planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

7. C) En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, "el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del

proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4- del Código Procesal Constitucional.

8. D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su ^cuidado» es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia «especializada".

De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevenga que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, y también que la primera disposición final del mismo Código Procesal Constitucional establezca que los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

EXP. N°1679-2005-PA/TC. F.J.3a8.

II. "...en los procesos de inconstitucionalidad no se evalúa la constitucionalidad de las leyes a la luz de un caso concreto en el que estas hayan tenido o tengan oportunidad de aplicarse, sino en atención a la compatibilidad o incompatibilidad que, en abstracto, exista entre dos fuentes formales del derecho, a saber, las leyes o normas con rango de ley y la Constitución. Ello, sin perjuicio de reconocer que en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes corresponde ingresar también en una evaluación relacional entre las normas y la realidad en las que sean susceptibles de aplicarse, pero no con el propósito de inaplicadas a un supuesto concreto, sino,

únicamente, con la intención de reconocerlos sentidos interpretativos de aquellas que pudieran resultar contrarias a la Norma Fundamental". EXP. W° 005-2004-AI/TC, F.J. 2.

III. "... En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal juzga si una norma con rango de ley es o no incompatible con la Constitución, y no si el legislador, al regular una materia dada, lo hizo de la manera más conveniente. Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar: en tanto que al Tribunal Constitucional, velar porque esa opción no rebase el ordenamiento constitucional. De ahí que si el artículo 11.2 de la Ley 27153 optó por establecer que el "examen técnico previo" se realice por una entidad nacional autorizada por autoridad competente, no se puede concluir de ello que ¡al precepto sea inconstitucional", EXP. N° 009-2001-AI/TC. F.J.5.

IV. "Por ello, en línea de principio, el Tribunal considera que cuando el obligado –o sea un particular o el Estado- no cumple lo ordenado por la sentencia o la resolución judicial firme, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales autoriza al afectado con el incumplimiento a pedir del órgano jurisdiccional competente la adopción de las medidas y providencias necesarias para que se ejecute lo dispuesto".

EXP. N° 0015-2001-PI/TC. FJ. 14.

"Así pues, este Colegiado considera pertinente declarar la inconstitucionalidad de la expresión «única y exclusivamente» del artículo 42° de la Ley N.° 27584, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27684, de manera tal que, en lo sucesivo, se interprete, tal como lo ha sugerido la Defensoría del Pueblo, que los fondos para cubrir las deudas estatales surgidas de resoluciones judiciales, no solamente pueden provenir del Pliego Presupuestal en donde se generó la deuda, sino también de partidas presupuestales comunes a todos los pliegos.

Ello, desde luego, tampoco desvirtúa la posibilidad de que, previa aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, y en estricta observancia del principio de legalidad presupuestal, existan transferencias amerarias de un pliego a otro con el propósito de honrar las deudas respectivas.

EXP. N° 0015-2001-PI/TC. F.J. 41.

ARTÍCULO 78: INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONEXAS

La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

CONCORDANCIAS: ANTECEDENTES

- Ley 24968. Art. 23

N O R M A T I V I D A D N A C I O N A L CONCORDANTE

- Const. Art. 51,138,204,205.
- C.P.Co. Art. VI, 3,17,22,34,72,79.

Propuesta de Reforma al Artículo 78

Artículo 78: Inconstitucionalidad de normas conexas

"La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la que aquella o aquellas a la que debe extenderse **sus efectos** por conexión o consecuencia, **de oficio o a pedido de las partes.**"⁴³

COMENTARIO

El artículo comentado es novedad del Código Procesal Constitucional, referida a la inconstitucionalidad de normas conexas en el sentido, que cuando se produce la ilegalidad de una norma administrativa por parte del Poder Judicial (proceso de Acción Popular) o la inconstitucionalidad de una norma pura o impura por parte del Tribunal Constitucional (proceso de Inconstitucionalidad), podemos señalar que se aplica el principio procesal de consecuencia de actos, referido "a que lo accesorio deviene de la suerte de lo principal» y a su vez el principio de razonabilidad jurídica de las normas que en su naturaleza determina que una ley cualquiera fuera su rango no puede atentar a los principios de igualdad, equidad y de justicia, ya que de lo contrario esta se convertiría en una norma con contenido inconstitucional e ilegal, y por ende irrumpiría con los principios de legitimidad y legalidad, que son el sustento del principio de supremacía de Constitución y del sistema y

43 Comisión – Grupo de Trabajo. C.P.C. Proyecto de Reforma. Ob. Cit. Pág. 32

ordenamiento jurídico del Estado y la Nación, porque en ello descansa la soberanía de un Estado y la identidad de una Nación.

Este numeral procesal, desarrolla que el Tribunal Constitucional en los procesos abstractos con sentencia estimatoria, sobrepasa al petitorio y se pronuncia declarando la ilegalidad o inconstitucionalidad de las leyes que no hayan sido invocadas en la demanda.

- Nos encontramos en el escenario de la autonomía procesal del Tribunal y por supuesto del Poder Judicial, que les permite actuar más allá de lo debidamente normado.

JURISPRUDENCIA

I. «Mediante STC N.º 0053-2005-PI/TC publicada el 17 de setiembre de 2005, con motivo de la evaluación de la constitucionalidad de diversas ordenanzas sobre arbitrios del distrito de Miraflores, el Tribunal Constitucional estableció que las reglas generales en ella desarrolladas constituían precedente vinculante para el resto de municipalidades del país, en virtud de lo dispuesto por el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, que dispone que «La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia».

EXP. N.º 0012-2005-PI/TC. F.J. 5.

II. «107. El proceso de inconstitucionalidad tiene un doble carácter: objetivo y subjetivo. En tal sentido, el Tribunal no puede omitir que la controversia constitucional involucra los derechos de concretos y determinados colectivos y que, por tanto, el Tribunal no puede pasar por alto las consecuencias que sus decisiones podrían ocasionar en el ámbito de los derechos e intereses de tales personas. En el presente proceso de inconstitucionalidad, tras la controversia de si la norma impugnada es o no constitucional (dimensión objetiva) se halla el problema del derecho de acceso a la magistratura de un concreto colectivo de profesionales (dimensión subjetiva) de nuestro país. Por ello, la consideración de las implicancias o consecuencias de la sentencia no puede ser omitida.

108. El principio de previsibilidad de las consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia

constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas. Ello tiene lugar sólo en el caso de que la consecuencia pueda ser eventualmente lesiva de derechos o principios constitucionales, de modo que las medidas ordenadas estarán orientadas a evitar tales consecuencias.» EXP. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. F.J. 107 y 108

III. «Mediante STC N.º 0053-2005-PI/TC publicada el 17 de setiembre de 2005, con motivo de la evaluación de la constitucionalidad de diversas ordenanzas sobre arbitrios del distrito de Miraflores, el Tribunal Constitucional estableció que las reglas generales en ella desarrolladas constituían precedente vinculante para el resto de municipalidades del país, en virtud de lo dispuesto por el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, que dispone que «La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia».

EXP. N.º 0012-2005-PirrC. F.J. 5.

IV. «Por tales motivos, este Colegiado considera conveniente declarar la inconstitucionalidad de la palabra «sólo» del artículo 2º de la Ley N.º 26756, de forma tal que, en lo sucesivo, dicha disposición se interprete y aplique en este sentido: Los bienes del Estado que se incluyan en la futura ley y que, por el hecho de estar allí expresados, sean los únicos bienes que puedan ser embargables, lo serán porque tienen, o deberán tener, la condición de bienes de dominio privado.»

EXP. N.º 015-2001-AI/TC. F.J. 24.

V. "En efecto, mediante la STC 0053-2004-PI/TC publicada con fecha 17 de setiembre del 2005, -a propósito del proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Municipalidad de Miraflores- este Tribunal, pudo alertar una serie de vicios de inconstitucionalidad que trascendían al caso de Miraflores, motivo por el cual, consideró razonable que la ratio decidendi (motivación) y el fallo (mandato) de esta sentencia, constituyan precedente vinculante para el resto de Municipios. (Punto XIV, STC 0053-2004-AI/TC), en mérito a lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

Art. 78: «la sentencia que declara la ilegalidad o inconstitucionalidad ríe la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia» La

declaración de inconstitucionalidad de normas conexas resulta perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a diferencia de lo establecido en el art. 38 de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435, actualmente la declaratoria de inconstitucionalidad no se restringe únicamente a los preceptos derivados de la misma norma cuestionada, que haya sido materia del contradictorio; sino que, se extiende a aquellas otras normas que se encuentren ligadas por conexión o consecuencia, evidentemente, aun cuando no hayan sido materia del petitorio.” EXP. N° 0592-2005-PA/TC. F.J. 3.

VI. «6. (...) este Tribunal consideró en tal oportunidad, que la regulación de arbitrios municipales es un supuesto plenamente susceptible de ser tratado bajo los alcances del artículo 78” del Código Procesal Constitucional. En efecto, el interés público, al constituir un tema de envergadura nacional, justificó la extensión de los efectos del fallo, puesto que los supuestos de inconstitucionalidad detectados trascendían el propio caso de la Municipalidad de Miraflores, siendo factible identificarlos en ordenanzas sobre arbitrios de otros municipios.

VII. De este modo, una vez identificados los supuestos de inconstitucionalidad en la producción normativa municipal sobre arbitrios (referidos al plazo de la ratificación y los criterios para la distribución del costo), el rango de observancia (periodo 1997-2004) y la posibilidad de continuar la cobranza en base a «nuevas ordenanzas» para los periodos no prescritos (2001-2004), el Tribunal extendió la declaratoria de inconstitucionalidad a todos aquellos supuestos (ordenanzas con vicios de inconstitucionalidad), más allá del caso de las ordenanzas de Miraflores. En tal sentido, el resto de Municipalidades quedaron vinculadas por el carácter de cosa juzgada y fuerza de ley de dicha sentencia, estando obligadas a verificar si en los periodos indicados las ordenanzas dadas en sus Municipios también incurrieran en los vicios detectados por el Tribunal para, de ser así, proceder conforme a lo dispuesto en los puntos XIII y XIV de la sentencia predicha”.

EXP. N° 7909-2006-PA/TC F,J, 6 y 7

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.

CONCORDANCIAS: ANTECEDENTES

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Art. 22

NORMATIVIDAD NACIONAL CONCORDANTE

- Const. Art. 51, 55, 138.4 DF.
- C.P.Co. Art, V, VI. 75.

TRATADOS INTERNACIONALES

- C.A.DD.HH. Art. 29.
- P.I.D.E.S. y C. Art. 5

Propuesta de Reforma al artículo 79

Artículo 79: Principios de interpretación

“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, respectivamente, consideran, 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.”⁴⁴

COMENTARIO

Además de los principios procesales señalados en el artículo III del Título Preliminar, como son dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesal, los procesos constitucionales requieren de la aplicación de principios de interpretación constitucional como el de presunción de constitucionalidad, de concordancia práctica, unidad de la Constitución, fuerza normativa, la preferencia por los derechos humanos, de previsión de consecuencias, como bien lo señala el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. Carlos Mesía Ramírez.⁴⁵

Aun cuando el Código no dice nada, debemos destacar que la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, tiene lugar bajo ciertos principios de interpretación que responden a la naturaleza especial de la Constitución, dado su carácter de

⁴⁴ Comisión – Grupo de Trabajo. C.P.C. Proyecto de Reforma. Ob. Cit. Pág. 33.

⁴⁵ Mesía Ramírez, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2007.

norma fundamental y fundadora del sistema. Tanto jurídico, político como social. Estos principios son, como precisa el letrado Mesía Ramírez:

Principio de presunción de Constitucionalidad:

La inconstitucionalidad de la ley es la última ratio. La ley se presume constitucional y sólo debe optarse por declarar su inconstitucionalidad cuando no sea posible su interpretación conforme o compatible con la Constitución.

Principio de concordancia práctica y de unidad de la Constitución:

En los años 50 el profesor Linares Quintana y otros, lanzaron la tesis sobre la posible existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Tal afirmación que a simple vista parece ser sugestiva en el estado actual de la teoría de la interpretación constitucional, ha quedado totalmente en desuso y descartada. Hoy en día se parte de entender a la Constitución como una unidad lógica imposible de albergar en su seno contradicciones insalvables.

Como ha hecho notar el jurista Domingo García Belaúnde, «... en caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valores en el mundo jurídico en el sentido de que en un mismo texto puedan entrar en cuestión valores contrapuestos, donde aparentemente una norma va en desmedro de otra, al punto que se ha alegado al existencia de normas constitucionales que en realidad son inconstitucionales. Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal, que es el baremo final a la cual se remite como cierre toda interpretación. Por cierto, que dentro de la Constitución no todas las normas son iguales; así hay normas generales, otras más precisas, otras que necesitan reglamentación, otras, en fin, que son transitorias o reflejan tan sólo declaraciones de largo alcance (como los preámbulos). Pero si tomados dos normas en pie de igualdad y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo mismo (en tanto y en cuanto no sea modificada).

No puede ser de otro modo, por cuanto el objetivo de toda interpretación es la búsqueda de un resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional y controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica (Konrad Hesse).

Principio de Forma Normativa:

Consiste en la obligación de dar preferencia en la solución a los puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia. Todo el ordenamiento jurídico tiene que interpretarse de conformidad con la Constitución dando preferencia a los criterios que permitan extraer de ellas consecuencias de aplicación inmediata.

Principio de preferencia por los Derechos Humanos:

Por mandato de apertura constitucional, la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. De ahí que en toda la interpretación de la Constitución se debe tener en cuenta el también llamado principio pro nomine o favor libertatis, es decir que en caso de colisión, entre normas que regulan los derechos humanos y los poderes públicos se debe preferir a las primeras. También se opta por la interpretación que optimiza con más fuerza el derecho constitucional en caso de duda interpretativa.

Principio de previsión de consecuencias:

Si bien es verdad que el resultado final de la labor interpretativa no viene determinada por las consecuencias del fallo, en la interpretación constitucional no pueden dejar de considerarse los efectos sociales, económicos y políticos que supone darle a la Constitución un específico significado.

A su vez para una adecuada interpretación fundamentalmente valorativa no podemos dejar de apreciar los siguientes principios:

Supremacía de la Constitución, que nos conlleva a considerar al texto como norma de élite del sistema jurídico, por su contenido axiológico y eminentemente jerárquico, el principio de razonabilidad jurídica de las leyes, que nos conduce a que una norma legal o administrativa no puede contener inequidad ni menos rasgos de desproporcionalidad que nos guíe a la aplicación de actos arbitrarios.

Como el principio de Estabilidad Estadual, que determina a nuestro entender que las decisiones de los tribunales constitucionales, ordinarios, electorales y administrativos; deben prevalecer los intereses del Estado y la Nación, en su esencia, en su naturaleza jurídica e histórica sin apartarse del respeto al derecho consuetudinario, debidamente reconocido por el sistema jurídico y garantizando el pluralismo étnico y cultural de los pueblos.

Es necesario considerar el principio de Jerarquía de la Leyes, que establece un tema de respeto de gradualidad de cada una de ellas, el principio de

Legalidad que descansa en el derecho, y que el mismo no puede contravenir a los derechos fundamentales ni al principio de supremacía, sin dejar de lado al principio de Legitimidad. Este último encuentra su soporte en razones de orden axiológico y no de orden exegético, los principios de Eficacia y Eficiencia, buscan la aplicación de las leyes en un tiempo determinado y en un espacio social, cultural y político.

Los principios de Independencia y Autonomía en el ejercicio de atribuciones y competencias de los órganos constitucionales y administrativos, donde debe respetarse las decisiones adoptadas por entes públicos, empero garantizando que las mismas no contravengan al ordenamiento constitucional, ya que ante ello se podrán interponer la demanda de control orgánico de las normas.

No podemos olvidarnos de los principios de Igualdad ante la Ley, de Naturaleza de las cosas, que establece que podrán dictarse leyes por las diferencias de las mismas, pero no por la distinción de los individuos.

El principio de Solidaridad Generacional, que debe aplicarse fundamentalmente cuando hablamos de interés difusos en los aspectos medio ambientales. El principio de Proporcionalidad que nos lleva a la aplicación de los mecanismos de la ponderación a través de la adecuada gradualidad de los actos en donde el Tribunal Constitucional debe ponderar sus decisiones, considerando aspectos de orden institucional y normativo.

No podemos dejar de mencionar que la aplicación de los principios mencionados debe guardar una estrecha coherencia con lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional y que tiene la calidad de precedente vinculante.

Evaluados los principios constitucionales no podemos dejar de mencionar a uno de los casos más peculiares, que guarda relación con la validez constitucional de las normas. El caso de Pedro Lizana Puelles (expediente N° 5854 – 2005 – PA/Tc), vinculado a la declaratoria de vacancia que fue confirmada por el pleno del Jurado Nacional de Elecciones y que permitió la facultad de enjuiciamiento de las decisiones electorales bajo la competencia del órgano interprete.

JURISPRUDENCIA

I. «Consecuentemente, ningún municipio puede eximirse de efectuar la constatación referida, dado que, por la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas, este Colegiado declaró inválida toda ordenanza que presente los vicios de inconstitucionalidad alertados en su jurisprudencia. Así las cosas, siendo claros e identificables tales supuestos, la labor de los

municipios quedó sujeta únicamente a constatarlos en las ordenanzas de su circunscripción, lo cual, evidentemente, no puede equipararse a un supuesto de arrogación de facultades jurisdiccionales, sino simplemente a ejecutar lo dispuesto por una sentencia de este órgano».

EXP. N° 0012-2005-PI/TC. F.J. 9.

II. «...este Tribunal dejó sentado, en la STC 0017-2003-AI/TC, que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley podía deberse a la infracción de los límites competenciales previstos por la Constitución, y que dicho vicio podía asumir la siguiente tipología:

a. **Objetivo:** cuando la Constitución establece que una determinada fuente es apta o no para regular ciertas materias; esto es, cuando señala una reserva de competencia a favor de una fuente, de modo tal que una ley o norma con rango de ley sería inválida si es que esta regulase una materia que la Constitución reservara a otra fuente.

b. **Subjetivo:** cuando la Constitución establece que un órgano es competente para expedir una fuente o ejercer una competencia.».

EXP. N° 0022-2003-AI/TC. F.J. 3.

III. «...el concepto de validez se debe entender en relación con el vínculo de la obligatoriedad que una norma pueda tener. Así, una norma es válida si ésta -ley o Constitución- tiene fuerza vinculante y, por ello, será una a la que se debe obediencia.

Para quienes sostienen este concepto, la obligatoriedad de una norma depende de su existencia, es decir, de su pertenencia al ordenamiento jurídico. Y una norma «existe» por el hecho de que haya sido promulgada por una autoridad normativa o, sencillamente, porque se encuentre en vigor.

De este modo, el tema de la validez termina resolviéndose en un problema de valoración. Una Constitución es válida si es que ésta es obligatoria. Y esto último se produce por el sólo hecho de que se encuentre en vigor y/o haya sido promulgada por una autoridad normativa.

Y si de lo que se trata es de explicar por qué la Constitución es obligatoria, es decir, válida, la respuesta no debe encontrarse en el ordenamiento, sino en un supuesto lógico. Para Hans Kelsen, en efecto, la respuesta a tal interrogante no se encuentra en el sistema normativo, sino en lo que él denominaba «Norma hipotética fundamental»,

es decir, no en una «norma puesta», sino en una «norma presupuesta». Desde ese punto de vista, la búsqueda de un fundamento para el carácter obligatorio de la Constitución se traduce, pues, en el intento de encontrar una respuesta al por qué existe una obligación política. Como expresa María José Fariñas Dulce [El problema de la validez jurídica, Civitas, Madrid 1991, pág. 84], «si partimos, como hace Kelsen, de una noción normativa del concepto de validez, de tal forma que validez sea sinónimo de obligatoriedad, entonces preguntarnos por el fundamento de dicha validez equivale a preguntar por el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, esto: ¿por qué el Derecho debe obedecerse? Indudablemente, esta cuestión no hace ya referencia a un problema de legalidad, sino a la cuestión de la 'legitimidad'».

Parece evidente que esta construcción sobre la validez de la Constitución, ha desembocado, pese a que el mismo Kelsen lo evitó durante toda su existencia, en un tema ajeno a la ciencia del derecho. Como expone Guastini, dado que no se trata de un problema que atañe a la legalidad, sino a la legitimidad, «semejante problema pertenece al horizonte ideológico del positivismo jurídico», puesto que detrás de la afirmación de que «la Constitución debe ser observada porque es efectiva...», se esconde una «argumentación falaz...: no se puede fundar lógicamente una obligación sobre la constatación de un hecho» [Ricardo Guastini, «Sulla validità delta Costituzione dal punto di vista del positivismo jurídico», en Rivista internazionale di filosofia del diritto, N.º 3, 1989, págs. 435-436].

15. En tercer lugar, otros postulan que el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al iterprocedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al derecho vigente que determina el iter de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo la validez de una norma no debe

confundirse con la cuestión relativa a su «pertenencia» al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica [STC N.º 0010-2002-AI/TC]. Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultractiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico.

16. Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son las formas y procedimientos para su elaboración, que, como se sabe, implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.

17. La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución, «define el sistema de fuentes formales del derecho... es la primera de las normas de producción, la norma normarum, la fuente de las fuentes... es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa...» (Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ra. Edición, Civitas, Madrid 1985, pág. 50). De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto,

al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder extra ordinem, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional. EXP. N° 0014-2003-AI/TC. F.J. 14 a 17.

IV. «Tal constatación evidencia que a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjetiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas.

Si, como sostiene Zagrebelsky, «toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución, [pues] no existe un prius ni un posterius, sino una implicación recíproca», para luego sostener que las dos vocaciones del proceso constitucional (subjetiva y objetiva), son «mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro», es deber del juez constitucional tener presente que el proceso orientado por antonomasia a defender la supremacía de la Constitución (proceso de inconstitucionalidad), siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas.». EXP. N° 0020-2005-PI/TC. F.J.18.

V. «Como se verá en detalle luego, de conformidad con lo previsto por el artículo 43B de la Norma Fundamental, el Estado peruano es unitario, pero

descentralizado. Es una república distribuida territorialmente en regiones, departamentos, provincias y distritos, y, gubernativamente, en los niveles nacional, regional y local (artículo 189e de la Constitución), circunstancia que da lugar a la existencia, junto al ordenamiento jurídico nacional, de ordenamientos jurídicos regionales y locales y, consecuentemente, a la potencial incompatibilidad entre fuentes normativas (v.g. la ley y la ordenanza regional) que, por ostentar idéntico rango (artículo 200B 4, de la Constitución), no puede ser resuelta apelando al principio de jerarquía normativa, sino al de competencia.»

EXP. N° 0020-2005-PI/TC. F.J.14.

VI. «Apreciados los asuntos de forma, corresponde ingresar al fondo de la controversia planteada en la demanda, la cual exigiría el empleo del control difuso respecto del artículo 3° de la Ordenanza Municipal N. ° 040-MPH/ CM, requiriéndose para ello la verificación, en el presente caso, de los siguientes presupuestos:

- a. Que la acción de garantía tenga por objeto ja impugnación de un acto que constituya la aplicación de la norma considerada inconstitucional (artículo 3- de la Ley N.°.23506);
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la causa;

Que la norma a inaplicarse por su inconstitucionalidad revista evidente e inexorablemente tal condición, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio interpretativo de interpretación conforme a la Constitución, y de la inconstitucionalidad como última ratio, pues, a tenor de la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.» EXP. N° 0141-2002-AA/TC. F.J. 4.

VI. «...En anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el contenido del parámetro de constitucionalidad, señalando que el mismo «(...) puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo).

En tales casos, estas fuentes asumen la condición de «normas sobre la producción jurídica», en un doble sentido; por un lado, como «normas sobre la forma de la producción jurídica», esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como «normas sobre el contenido de la regulación», es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido». (STC N° 007-2002-AI/TC y STC N.° 0041-2004-AI/TC). Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la referencia al parámetro de constitucionalidad o Bloque de la Constitucionalidad, tiene como antecedente inmediato el artículo 22° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que hoy se incorpora en el artículo 79° del Código Procesal Constitucional como principio de interpretación, cuyo tenor es:«(...) 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» (Subrayado nuestro)....».

EXP. N° 00053-2004-PI/TC. F.J. 2.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel. Constitución y Procesos Constitucionales. Ed. Palestra. Lima. 2016.
- CÁCERES ARCE, Jorge Luis. El Control Constitucional en el Perú. Ed. LPG. Arequipa. 2005.
- CÁCERES ARCE, Jorge Luis–Tupayachi Sotomayor, Jhonny. El Control Constitucional en el Perú. Ed. Adrus. Lima. 2015.
- COMISIÓN – GRUPO DE TRABAJO. Encarga de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional. R.M. N° 0321-0329-2016-JUS. Proyecto de Reforma. Lima. 2018.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de la Ley de Reforma de la Constitución. Ed. Forma e Imagen. Lima. 2002.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios de la Constitución Política. Jurista Editores. Lima. 2015.
- CHIRINOS SOTO, Enrique – CHIRINOS SOTO, Francisco. La Constitución de 1993. Ed. Piedul. Lima. 1994.
- DIARIO OFICIAL EL PERUANO. Ley N° 30651 del 20-08-2017. Lima. 2017.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Las Constituciones del Perú. Fondo Editorial J.N.E. Lima. 2016.
- GARCÍA MERINO, Fabiola – Gómez Sánchez, Francisco. Proceso de Inconstitucionalidad. Ed. Griley. Lima. 2009.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2007.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública. Gaceta Jurídica. Lima. 2014.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. Derecho Constitucional. Volumen II. Ed. Tirand lo Blanch. Valencia. 2014.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano. Entrevista del Centro de Estudios Constitucionales N° 3. Madrid. 1989.
- RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Ed. PUCP. Lima. 1997.

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIO-AMBIENTALES EN EL PERÚ

PROPOSAL OF CONSTITUTIONAL REFORM AND PROCEDURE FOR THE EFFECTIVE PROTECTION OF THE RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND THE RESOLUTION OF SOCIO-ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN PERU

SUMARIO

- I. El problema
- II. Ubicación, contenido conceptual y alcance normativo del derecho al medio ambiente
- III. Delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado
- IV. La mesa de diálogo regional como fuente de derecho
- V. Propuesta de reforma constitucional y procesal
- VI. Bibliografía

* **Mgr. Luis Valdivia Salazar**

Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de San Agustín; Docente de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna; Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

PALABRAS CLAVES

Conflicto socio ambiental. Amparo ambiental. Tutela jurisdiccional efectiva. Derecho al medio ambiente. Contenido constitucionalmente protegido. Mesa de diálogo. Enfoques de las fuentes del Derecho. Reforma constitucional y procesal.

I. EL PROBLEMA

Actualmente, según Reporte de Conflictos Sociales N°172 (junio 2018, p.8) emitido por la Defensoría del Pueblo existen 198 conflictos sociales en el país del que 126 (63.6%) corresponden a conflictos socio ambientales que han generado la paralización e inviabilidad de significativas inversiones económicas en el rubro minero ascendiente a U \$ 67 mil millones de dólares según proclama el Instituto Peruano de Economía (2014, p. 1-7).

En ese sentido, dicho reporte expresa que en la actualidad la región Tacna no evidencia la implosión de dichos conflictos; sin embargo, se encuentra latente el *caso Southern* (antes SPCC hoy SCC-Grupo México) que por su trascendencia se constituye en un valioso insumo jurídico para viabilizar una profunda reforma constitucional y

procesal que catalice dichos conflictos mediante el amparo directo ambiental que se interpondrá ante el Tribunal Constitucional previo agotamiento de la vía previa ante la mesa de diálogo regional cuyos acuerdos tendrían el carácter de vinculantes o relativizarse a la luz del caso concreto.

1.1 El Caso Southern

El 19 de diciembre de 1969 se celebró el contrato de concesión entre el gobierno peruano y la empresa norteamericana Southern Perú Cooper Corporation (SPCC), para la explotación del yacimiento minero cuprífero ubicado en Cuajone, Toquepala y Quellaveco entre las regiones de Moquegua y Tacna formalizándose por Decreto Supremo N°19 en cuyo instrumento SPCC se obliga invertir trescientos cincuenta millones de dólares, por lo que en la cláusula 5.7² de dicho

1 Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano Puno. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa. (Doctorando) Universidad Privada de Tacna. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro honorífico del Instituto Peruano-Argentino de derecho penal.

2 EXPEDIENTE JUDICIAL N°40-87. Contrato Estado peruano y SPCC. "Art. 5.7. Construir y operar, en la vecindad de las minas de Cuajone y Quellaveco una planta metalúrgica de concentración que trate inicialmente no menos de treinta mil toneladas cortas de mineral de mina al día. Los relaves provenientes de esta concentradora serán conducidos por medio de un sistema de tuberías y canales por el interior de los túneles ferroviarios mencionados en el párrafo cinco punto tres al actual punto de salida de la concentradora de Toquepala, mediante la descarga de este material a la Quebrada Cimarrona, cerca de Toquepala, de allí al mar, para cuyo transporte y descarga la compañía queda autorizada".

contrato, el Estado peruano autoriza a dicha empresa que el vertimiento de sus relaves mineros sean conducidos al mar, provocando con el tiempo contaminación en la flora y fauna marina repercutiendo en la salud de pobladores en las zonas de influencia como Punta Picata, Playa Inglesa, Bahía de Ite y Boca del río, al que se sumó el otorgamiento de licencias de agua que indudablemente propiciaron conflictos sociales en Ilo, Moquegua y Tacna³

- a) El proceso judicial de amparo N°40-87 (1639-89)

El Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tacna interpone demanda de amparo en contra de la empresa SPCC con el objeto que cese el vertimiento de relaves al mar que provocan graves daños a la flora y fauna marina y la salud de las personas en basamento a lo previsto en el artículo 123⁴ de la Constitución de 1979. Absuelve la demanda SPCC sosteniendo que precisa honrar el contrato de concesión; que el amparo no es la vía idónea para dejar sin efecto el precitado contrato; que la descarga de los relaves se realizan en el fondo marino y por tanto no generan impactos negativos y, la contaminación con boro y arsénico provienen de fuentes naturales geotermales que no comprometen a la empresa.

- b) Decisión judicial de primer y segundo grado

El juez civil de primer grado declaró infundada la demanda determinando que el amparo no es la vía idónea para dejar sin efecto un contrato de concesión ni las resoluciones ministeriales copulativas que la respaldan, lo cual fue confirmado en segundo grado con el añadido que por Resolución Suprema N°20-89-PCM el gobierno aprueba el informe final de la comisión técnica multisectorial que implementaría acciones correctivas para la solución a dicho problema en los valles de Ilo, Tambo, Locumba y Bahía de Ite respectivamente.

- c) Decisión de la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en fallo histórico que marca precedente, revocó las sentencias recurridas y modificándola declara fundada la demanda de amparo ambiental disponiendo que la demandada SPCC en el plazo de 12 meses adopte “las acciones pertinentes para evitar el vertimiento de sus relaves mineros al mar” con el argumento medular que el derecho al medio ambiente constituye un

derecho fundamental con enclave constitucional que en esencia es un derecho subjetivo individual y también de incidencia colectiva y difusa que es necesario preservar y tutelar y, a tono con la corriente doctrinaria en el sentido que los derechos de corte subjetivo individual se vinculan, conexas, extienden y adscriben vía interpretación, dicho tribunal expresó que:

“El derecho, instrumento de ordenamiento de la sociedad, debe asumir tareas y dimensiones hasta ahora desconocidas. Actividad y relaciones se refieren cada vez más a categorías enteras de individuos, y no solamente a cualquier individuo en particular. Los derechos y deberes no se presentan más como en los Códigos tradicionales de inspiración individualístico-liberal, como derechos y deberes esencialmente individuales, sino meta-individuales y colectivos. Este fenómeno, tímida y esporádicamente aparecido en ciertas legislaciones especiales se ha ido generalizando, a tal punto que no hay hoy constitución democrática moderna, ni declaración internacional de derechos del hombre, que no se inserte en el catálogo de las libertades fundamentales, derechos y deberes sociales y colectivos, otrora ignorados o dejados de lado. (...) Continuar, según la tradición individualista de molde decimonónico, a referir tales derechos exclusivamente a individuos particulares, significaría rendir imposible una protección jurídica de tales derechos, justo en el momento que ellos emergen como elementos siempre más esenciales para la vida civil” (Balvín, 1995).

- d) Ejecución de sentencia

En esta fase, el Estado mediante la Dirección General de Minería, expide la Resolución Directoral N°178-94-EM/DGM que aprueba la disposición y almacenamiento de los relaves procedentes de las concentradoras de Toquepala y Cuacone en la zona de “*Quebrada honda*” que abarca un área de 12,167 hectáreas.

- e) Agenda pendiente

Pese que la sentencia de amparo ambiental estimatoria solucionó el problema de la

3 BALBÍN DÍAZ, Doris 1995“La empresa SPCC en la región ha generado una multiplicidad de problemas ambientales en dos órdenes de cosas: la captación y el uso indiscriminado del agua disponible, y la disposición inadecuada de los desechos de su actividad productiva al mar; haciendo evidente el impacto ambiental negativo en las dimensiones ecológica, económica, social y política”. Agua, minería y contaminación. El Caso Souther Perú. Ediciones labor.

4 CONSTITUCIÓN 1979. Art. 123°. Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

contaminación del mar y consecuente salubridad de la población aledaña en la zona de influencia; sin embargo, persiste una agenda pendiente aún por abordar con SCC Grupo México consistente en el pago indemnizatorio de los pasivos ambientales de daños ambientales y ecológicos producidos en más de cincuenta años de explotación cuprífera, más aún si en la actualidad cuenta con la autorización para la ampliación de su planta concentradora que indudablemente aumentará el uso del recurso hídrico que posee mediante licencias que precisan replantearse con el propósito de priorizarla para el consumo humano de una población de 329,332 habitantes (INEI, Censos Nacionales 2017, p.19) y que a raíz de la reforma constitucional mediante Ley N°30588 incorpora el artículo 7-A⁵ estatuyéndose como derecho fundamental el derecho al agua.

Adicionalmente, precisa efectivizar el control y seguimiento ambiental efectivo en “quebrada honda” donde se depositan actualmente los relaves y su impacto en Pampa Sitana y Bahía de Ite que a la postre generarían la reactivación de conflictos socio ambientales que es necesario prevenir mediante una agenda realista para concretar una solución integral porque no asumimos posición pro ni anti minera, sino, un enfoque intermedio que propicie la convivencia amigable y optimizada de la minería con el medio ambiente en esta región del país.

II. Ubicación, contenido conceptual y alcance normativo del derecho al medio ambiente

Diversas fuentes del derecho pretenden esbozar y delinear un concepto jurídico y acabado referente al derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado que categorialmente se ubica en los denominados derechos de tercera generación o de solidaridad y, que un sector de la doctrina etiqueta como derechos sociales, prestacionales, programáticos e inclusive niegan existencia o exigibilidad por tratarse de “derechos devaluados” como aduce Átria (2004, p.44); sin embargo, el pregonado derecho con anclaje en el artículo 2.22 de la Constitución no contiene un concepto cerrado, sino abierto, ambiguo, indeterminado y “difícilmente delimitable” (Huerta 2012, p.41) por su carácter complejo,

dinámico y variable de los elementos que lo componen y que mutan, entretienen y expanden con otros derechos fundamentales y de incidencia colectiva, cultural, social y económico. En ese contexto, Yacolca (2012, p.120-140) expresa que el concepto del derecho inferido evolucionó y se optimiza a la luz de la jurisprudencia y del caso concreto que el Tribunal Constitucional aborda con enfoque en diversas teorías, partiendo de una *muy estricta* que sostiene que el derecho al medio ambiente comprende la tutela de los elementos naturales traducidos en el agua y aire; otra, cifrada como *teoría estricta* que añade el suelo, subsuelo, flora, fauna y paisaje que precisan garantizar; la siguiente, denominada *teoría amplia* que sumados a los descritos, incluye la preservación ecología, biósfera, patrimonio histórico, urbanístico y ordenamiento territorial; para, finalmente, recalcar en una *teoría muy amplia* que abarca todo lo antes dicho, asimilando el plano social, cultural y multicultural.

En ese sentido, el derecho al medio ambiente asimila el impacto de normas convencionales de alcance *soft y hard law* que han completado, reciclado y convencionalizado la Constitución (Sagues, 2014, p.64) siendo exigible su tutela y aplicación en el ámbito doméstico. En ese sentido, pregona Gonzáles (2016, p.29) que las normas *soft* son aquellas de alcance relativo, no vinculantes, pero, que proyectan criterios y principios factible de aplicarse o adscribirse vía interpretación por los jueces a la luz del caso concreto pues tienen basamento en declaraciones, resoluciones, conferencias académicas como por ejemplo la Declaración de Estocolmo (1972), el Informe Brundtland que diseña un andamiaje medio ambiental en cuatro pilares: ecológico, económico, social y cultural proyectándose en la concreción de los principios de equidad, desarrollo sostenible, viabilidad y soportabilidad, la Declaración de Río (1992), Agenda 21 y el Protocolo Facultativo de la Declaración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) pese que este último aún no ha sido ratificado por el Perú; así, dichas normas blandas han sido asimiladas vía interpretación por el Alto Tribunal en el caso Regalías Mineras STC Exp. 0048-2004-PI/TC (f.j.20 y 21) y caso Cordillera Escalera STC Exp. N°03343-2007-PA/TC (f.j.14) respectivamente.

5 Ley N° 30588. Incorpora el artículo 7-A en la Constitución, cuyo texto proclama que: “Artículo 7-A. El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible”.

En cuanto a las normas de alcance *hard law*, constituyen fuente directa de derecho vinculante, factible de habilitar merced a lo previsto en el artículo 3° y la 4ta Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución, porque dichas normas internacionales medio ambientales al ingresar válidamente al bloque de constitucionalidad son exigibles, susceptibles de eficacia jurídica, tutela y control, en tanto y en cuanto tienen basamento en tratados, convenciones, protocolos o convenios celebrados por el Estado peruano en materia ambiental,⁶ razón por el que la jurisdicción ordinaria o constitucional recurriendo al *principio del efecto directo* de los tratados deben aplicar amalgamando o extrapolando al derecho doméstico al caso concreto; máxime la existencia de equiparación o de conexidad que prevé la Constitución respecto de los derechos subjetivos con aquellos sociales

fundamentales. En ese orden de ideas, la doctrina y en especial la jurisprudencia consolidó el aludido principio en los casos Van Gend y Loos⁷ y Reyners⁸ por un lado, y por el otro, hasta la posibilidad de aplicar el control difuso de la norma convencional con la doméstica como pasó en el Caso Simmenthal;⁹ o indistintamente concretar la aplicación del principio de subsidiaridad que en síntesis consiste en realizar un examen de ponderación y proporcionalidad judicial identificando el derecho fundamental en cuestión a la luz del derecho interno con el Tratado respecto del caso concreto; y, si se determinare que dicho derecho fundamental es protegido por el primero con igual o mayor intensidad que el segundo, se aplica aquel e inaplicará el Tratado, ergo, si éste –el Tratado- vigoriza dicha protección rige el *principio del efecto directo* en lugar del derecho doméstico.

6 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL CELEBRADOS POR EL PERÚ.

Carta Mundial de la Naturaleza (1982), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (1992), Convención Interamericana para la protección de la Flora (1940), Convenio Internacional de protección fitosanitaria (1951), Convenio sobre la plataforma continental (1958), Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos (1989), Convenio para la protección del medio ambiente y la zona costera del pacífico sudeste (1981), Protocolo para la conservación y administración de las áreas marinas y costeras protegidas del pacífico Sudeste (1989), Convenio internacional de la maderas tropicales (1994), Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas Ramsar (1991), Convención para el comercio internacional de las especies amenazadas de la fauna y flora silvestres, CITES (1973), Convención para la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, Convención de Bonn (1997), Decisión 345.CAN “Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales (1993), Decisión 414. CAN. Adopción del modelo referencial de solicitud de acceso a recursos genéticos” (1996), Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972), Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas (1999), Convenio para la conservación y manejo de la vicuña (1979), Convenio y establecimiento de la red internacional del bambú y el rattán, INBAR (1997), Convenio internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (1978), Tratado de cooperación Amazónica, TCA (1979), Tratados sobre el Clima: Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1988), Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y su enmienda en Londres (1993), Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1994), Protocolo de Kyoto de la convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1998), Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación (1995), Protocolo para el programa del Estudio Regional sobre el Fenómeno El Niño en el Pacífico Sudeste, ERFEN (1997), Convención de la organización meteorológica mundial (1949), Convención relativa a la organización hidrográfica internacional (1978); tratados sobre sustancias peligrosas: Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, MARPOL 1973 (1979), Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1987), Protocolo para la protección contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres (1989), Protocolo para la protección contra la contaminación radioactiva (1995), Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos tóxicos peligrosos y su eliminación (1993), Convención sobre la prohibición del desarrollo, al producción y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1995) y otros.

7 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJCE)

1963 Asunto 26/62”. Los gobiernos de Alemania, Bélgica y Holanda negaban la competencia del TJCE. Hechos: La empresa holandesa Van Gend & Loos lleva a cabo la importación de insumos químicos (urea-formaldehído) proveniente de Alemania para Holanda. La administración holandesa mediante una ley le incrementa el arancel aduanero contraviniendo el artículo 12 del Tratado que prohibía cualquier incremento de aranceles entre países de la comunidad. El TJCE emitió sentencia estimatoria, señalando que el Tratado produce efecto directo frente al derecho interno, porque la Unión Europea tiene un ordenamiento de derecho internacional a favor del cual los estados miembros han limitado su soberanía, y han creado obligaciones y derechos que los órganos jurisdiccionales deben proteger.

8 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJCE)

1974 “Asunto 2/74”. Libertad de establecimiento para el ejercicio de la abogacía. Fundamentos de derecho: La cuestión radica en que un Holandés que estudio y obtuvo el título de Abogado en Bélgica, no le permiten ejercerlo en dicho país por expresa prohibición el ejercicio de estas profesiones a los extranjeros, según Real Decreto de 1970. El art. 52 del Tratado contempla una “reserva de ley” pues señala que será mediante directivas su regulación; consecuentemente el Consejo Belga infiere que al no existir esa directiva que deberá ser aprobada por el Parlamento Europeo, se aplica su derecho interno y no el comunitario; porque la aludida disposición del Tratado es solo un principio que esta “subordinado” a la directiva que lo ejecutara. El TJCE estimó la demanda y dispuso aplicar el Tratado pese a la inexistencia de la directiva.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbec74d736937b4a0f9dc1c2fc3f918da7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc390?text=&docid=88733&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

9 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJCE)

1978 “Asunto 106/77”. La empresa Simmenthal importa carne de vacuno. El Gobierno Italiano establece por una ley interna anterior requisitos de sanidad e importación, así mismo grava con arancel dichas importaciones, consiguiendo contraviene el Tratado porque prohíbe dicha suba. El TJCE estima la demanda interpuesta por Simmenthal: Los Jueces están obligados de aplicar en forma directa las normas del derecho comunitario, garantizar su eficacia, aplicando incluso el control difuso e inaplicando normas de derecho interno, sean anteriores o posteriores, sin esperar derogación legislativa ni constitucional, en base al principio de la primacía del derecho comunitario.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=5051311>
(Consulta 02/06/18)

Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)¹⁰ o aquellos reglados en él artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos son normas con basamento *hard* que tiene conexión con el PIDESC que han implementado derechos medio ambientales que se

traducen en los principios *Ruggie* relativo a las empresas y la protección de derechos humanos que copulativamente consiste en “*proteger, respetar y remediar*” que el Estado y empresas inversionistas en gran minería deben implementar conforme se expresa en la Tabla N°01 siguiente:

Tabla N° 01

Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” (A/HRC/17/31. Principios Ruggie).

Pilar	Estado	Empresa	Víctima (s)
Necesidad	Proteger	Respetar	Remediar
Actores	Proteger frente a violaciones de derechos humanos cometidos por terceros, incluidos las empresas.	Respetar los derechos humanos a lo largo de la cadena de valor.	Mejorar el acceso a vías de reparación efectivas en caso de violación de derechos humanos.
Actuación	<ul style="list-style-type: none"> - Políticas - Legislación - Regulación - Mediación 	<ul style="list-style-type: none"> - Actuar con la debida diligencia - Mitigar efectos adversos 	<ul style="list-style-type: none"> - Vías de reparación judicial. - Vías de reparación extrajudicial.

Fuente: s/f HUACO P. Marco, diapositiva N°10.

En ese contexto, los principios *Ruggie* funcionan para prevenir las denominadas “lagunas de gobernanza” creadas por la globalización entorno a las crisis financieras, económicas, ambientales y sociales (punto 13, A/HRC/20/29 de abril 2012), para tal efecto, se han creado un bloque de normas internacionales consistentes en el ISO 26000¹¹ complementado con el Informe A/HRC/20/29 quien proclama que:

“94. Los Principios Rectores son un poderoso factor para que los Estados y las empresas adopten por igual mejores decisiones. El enfoque de los principios rectores, sobre el respeto de los derechos, la determinación de los riesgos y su impacto en los titulares de derechos, y la provisión de vías eficaces de recurso y de reparación para las víctimas ofrece una hoja de ruta para mejorar las actividades

de las empresas reduciendo el riesgo, creando oportunidades, evitando los conflictos, mejorando las relaciones externas, salvaguardando la productividad y agregando valor”.

Así, es la tendencia, arribar a un Tratado Internacional sobre responsabilidad social de las empresas, que prevea obligaciones diferenciadas, separadas o conjuntas entre Estado, empresa y sociedad civil a fin de adoptar acuerdos sostenibles.

III. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO

El artículo 2.22 de la Constitución no esgrime el contenido constitucionalmente protegido del

¹⁰ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se aprobó por la ONU por Resolución N°2200 del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 03 de enero de 1976. Suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por Decreto Ley N° 22129, y vigente desde el 28 de julio de 1978.

¹¹ ISO 26000 RESPONSABILIDAD SOCIAL

El ISO 26000 es una Norma Internacional ISO. Está diseñada para ser utilizada, por organizaciones de todo tipo, tanto en los sectores público como privado, en los países desarrollados y en desarrollo. Contiene siete (07) materias fundamentales en responsabilidad social: 1). Derechos humanos; 2). Prácticas laborales; 3). Medio ambiente; 4). Prácticas justas de operación; 5). Asuntos de consumidores y 7). Participación activa y desarrollo de la comunidad. https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_26000_project_overv

derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado¹²; sin embargo, el Tribunal Constitucional vía interpretación y a la luz del caso concreto ha delimitado su contenido. En efecto, el aludido derecho en el Perú tiene la innata peculiaridad de constituirse en un derecho subjetivo individual y también de interés difuso³; es decir, su estructura y naturaleza estatuye derechos fundamentales de dimensión individual y al mismo tiempo de incidencia colectiva, que según Bordalí (2003, pp.296-313) existen tres teorías de enfoque de tales; una primera, denominada *teoría unitaria* aduce que dichos derechos -en el que se inmersa el derecho al medio ambiente-, son derechos esencialmente individuales, típicos derechos subjetivos prestacionales que se estatuyen o adscriben con otros derechos fundamentales; otra, llamada *teoría colectiva* al que se suscribe la doctrina brasilera (Gidi, Watanabe, Pellegrini) aducen que son derechos cuya titularidad es intangible, indivisible y colectiva de pertenencia al grupo o comunidad donde “nadie es titular, y a la vez lo son todos”, son indeterminables y se etiquetan como derechos difusos, colectivos propiamente dichos e individuales homogéneos siendo éstos últimos factibles de disponer y determinarlos; y, una tercera tesis intermedia que combina ambas, y fue precisamente la que adoptó el Alto Tribunal con relación al derecho al medio ambiente, catalogándolo como un derecho subjetivo y difuso a la vez; razón por el que, existe suficiente razón justificadora para pretender que dicho derecho se tutele mediante el amparo directo ambiental en un proceso idóneo y diferenciado, previo agotamiento subsidiario en las mesas de diálogo regionales que se constituyan como pregona Valdivia (2013, p.601-607) y cuya propuesta de reforma constitucional y procesal se expone en este trabajo.

En ese sentido, retomando el hilo conductor, proclama Castillo (2005, p.228) que el contenido

constitucionalmente protegido de un derecho fundamental debe cumplir y satisfacer tres criterios: a) un basamento constitucional debidamente estatuido en la Carta Fundamental; b) una garantía constitucional que posibilite su concreción y c) su eficacia y efectividad en la realidad. Estos parámetros que predica la doctrina, no son de cierre, sino de apertura y flexibilidad, pudiéndose incorporar a la tesis del contenido constitucionalmente protegido otras variables optimizadoras, como el costo de la aplicación de la medida impugnada, así como el costo de su no aplicación en relación con el adecuado cumplimiento de los fines que ésta persigue (Bordalí, 2009, p.177) lo que tiene basamento en la teoría económica del derecho; en cuyo contexto, infiere Hakansson que:

“(…) cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene carácter cerrado y que puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario. El contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un Estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos de manera abstracta si el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados (Huerta, 2014,p.5).

Asimismo, el Alto Tribunal delinea el contenido constitucionalmente protegido del derecho al

12 STC Exp. N°0964-2002-AA/TC, f.j. 8. “La Constitución no señala el contenido protegido del derecho en referencia. A diferencia de muchos derechos constitucionales cuyo contenido protegido puede extraerse de su formulación constitucional o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el caso del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, la determinación de ese contenido es más problemática, pues la expresión “medio ambiente” a la que implícitamente se hace referencia, como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia comparada, tiene un contenido difícilmente delimitable, debido a que este concepto está compuesto de muchos elementos, distintos los unos de los otros. No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego o significaría gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que también subraya que ese “ambiente” debe ser “equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. Lo que significa que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. STC Exp. N°0964-2002-AA/TC, f.j.8 y STC Exp. N°0018-2001-AA/TC, f.j.6.

13 “El inciso 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona. Se trata en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimiento, de un derecho subjetivo de carácter constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, de ciudadanía. sin embargo, no sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas”. (Lo resaltado es nuestro).

medio ambiente equilibrado y adecuado en base: a) el derecho a gozar del medio ambiente y, b) el derecho a que ese medio ambiente se preserve; siendo así, en su primera faz, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica y, en el caso que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre sus elementos, por lo que el disfrute no atañe a cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad, de lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría así carente de contenido; consecuentemente, precisa preservar los bienes ambientales a fin de mantenerlos en condiciones adecuadas para el disfrute, generándose obligaciones estatales y de particulares cuyas actividades económicas incidan, directa o indirectamente en el medio ambiente.¹⁴ Adicionalmente, comprende la existencia de *derechos reaccionales y derechos prestacionales*; así, en su faz *reaccional*, el Estado y los particulares asumen la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana y en cuanto a su fase *prestacional*, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar y preservar el ambiente equilibrado traduciéndose en un haz de posibilidades para concretar tareas de conservación y de prevención, precaución, reparación o compensación de los daños producidos¹⁵ lo que se contempla en legislación legal o infralegal para armonizar y equilibrar la explotación y aprovechamiento de los recursos renovables o no renovables en el país y que sin duda vienen generando conflictos socio ambientales proveniente de gran minería debido a la tensión o interferencia con otros derechos que atañen a la inversión privada, libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59° Constitución), de iniciativa privada (artículo 58°) y libre

competencia (artículo 61°) y como expone Álvarez (2012, p.87) el Tribunal Constitucional sentó jurisprudencia en el sentido que dichos principios deben modularse a la luz del principio de Estado social y democrático¹⁶, caso contrario será viable habilitar el amparo directo ambiental porque, si “el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir al Estado que adopte todas las medidas de prevención que lo hagan posible”¹⁷

A mayor abundamiento, infiere Huerta (2014, p. 14) que la interpretación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente y equilibrado para el desarrollo de la vida, debe ser interpretado por los jueces, no solo a la luz del artículo 2° numeral 22) de la Constitución, sino también extensiva y en unidad con lo previsto en los artículos 66°, 67°, 68° y 69 de dicha Carta en concordancia a la Ley General del Ambiente N°28611 que afianza principios y disposiciones alusivas a la relación entre el medio ambiente y otros derechos fundamentales, como el acceso a la información (artículo II), la participación (artículo III) y el acceso a la justicia (artículo IV); sostenibilidad (artículo V), prevención (artículo VI), precautorio (artículo VII), internalización de costos (artículo VIII), responsabilidad ambiental (artículo IX), equidad (artículo X), y gobernanza ambiental (artículo XI); añadiendo normas y jurisprudencia convencional respectivamente.

IV. LA MESA DE DIÁLOGO REGIONAL COMO FUENTE DE DERECHO.

No cabe duda, que sucesivos gobiernos han optado por imponer el “principio de autoridad” mediante la intervención de la policía nacional para el restablecimiento del orden público, seguridad y tutela de instituciones estatales y la propiedad privada. Es más, se han expedido normas

14 STC Exp. N°0048-2004-AI/TC, F.J. 17; STC Exp. N°004223-2006-PA/TC; STC Exp. N°03343-2007-PA/TC, f.j. 4; STC Exp. N°05387-2008-PA/TC; STC Exp. N°00470-2013-PA/TC, f.j. 12, 13 y 14.

15 STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 5.

16 ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y otra

2012 “Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución económica peruana en materia de inversión”. Alude que : “La economía social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el estado Social y Democrático de derecho el crecimiento económico no puede ni debe ceñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corriendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. Lima; Revista peruana de derecho constitucional N°5, Editorial Nueva Época, p. 87.

17 STC Exp. N°0964-2002-AA/TC, f.j. 10 y STC Exp. N°0018-2001-AA/TC, f.j. 9.

tendientes a criminalizar la protesta social que en lugar de diezmar los conflictos sociales han conllevado agudizarlos con la consecuente deslegitimación de autoridades estatales y la polarización en quienes se etiquetan como pro o anti mineros que ha decir de Caballero (2012, p.64) en realidad, no existe movimiento social anti minero, sino, demandas regionales o locales cuyas causas requieren de oportunas soluciones integrales, conllevando a la instalación de mesas de diálogo entre sus actores con resultados muchas veces positivos o negativos, porque “la resolución del conflicto está cincuenta por ciento avanzada cuando las partes se sientan en una mesa con una agenda de diálogo”.

Por ello, es necesario un giro de timón radical para afrontar los conflictos sociales con énfasis sobre aquellos socio ambientales provenientes de gran inversión minera, adoptando un nuevo enfoque transversal desde el plano del derecho constitucional, y, ello pasa, por constitucionalizar 26 mesas de diálogo regional cuyos acuerdos se constituyan en fuente de derecho vinculante o relativamente vinculantes mediante consensos que arriben los principales actores traducidos en gobierno regional, local, empresa inversionista minera y sociedad civil como se expondrá más adelante; en ese sentido, desde el plano constitucional existe suficiente justificación doctrinaria para aducir que el orden jurídico y el origen de las normas se conectan irremediamente con las fuentes del Derecho que como expresa Aguiló (2012, p.32) se traduce en tres enfoques a saber: a) el explicativo o social, b) el justificativo o valorativo y, c) el sistemático o formalista.

a) El enfoque explicativo o social

Para esta teoría, el orden jurídico es de origen social; es decir, la realidad social crea y determina las fuentes del Derecho, sin acudir incluso, a ningún tipo de consideración moral. En cuanto al origen de las normas jurídicas de producción, recalca su origen y fin social, en basamento a dos vías: la primera, mediante la teoría del *funcionalismo* (Durkheim, Spencer, Weber) que expresa que la sociedad es un sistema formado y articulado por partes interdependientes y cada cambio afecta a las demás; y la segunda, mediante la teoría del *conflictualismo* consistente en que los conflictos sociales existentes en la sociedad requieren abordarse mediante procesos de diálogo y consensos previos a fin de generar normas jurídicas previsibles, sostenibles y legitimadas en el tiempo (Haberle, 2001:pp.10-15).

En ese contexto, adentrados en nuestra concreta realidad, este enfoque del orden jurídico como fuente de Derecho sería posible viabilizar en el

Perú, mediante la mesa de diálogo regional y el amparo directo ambiental como remedio idóneo, urgente, sumarial y diferenciado a fin de catalizar los conflictos sociales medio ambientales proveniente de gran inversión minera.

b) El enfoque justificativo o moral

Considera que el origen del orden jurídico, es de origen moral y justificado en valores, de allí que existe conexión entre la moral y el derecho mediante el razonamiento jurídico, el discurso y razonamiento práctico general. Últimamente, la tesis de la argumentación jurídica propugnada por Alexy es criticada por el enfoque y prevalencia de los principios mediante el juicio de ponderación (idoneidad, necesidad, proporcionalidad) respecto de las reglas que se traducen finalmente en el juicio de subsunción. En este punto, Alexy (2008) infiere la existencia de tres argumentos sustanciales que conexas la moral con el derecho (y obviamente con sus fuentes), que son: el principio de *corrección* que atañe al fundamento y justificación de las normas y decisiones judiciales a un nivel de aceptación y legitimidad social, pues “toda sentencia judicial eleva una pretensión de suponer que el derecho es aplicado correctamente”. Asimismo, el principio de *injusticia* que es un elemento vital, pues “cuando las normas traspasan el umbral de la injusticia, pierden su carácter jurídico”; y por último, el principio de *proporcionalidad* que implique la justificación del sacrificio ponderado del derecho o principio en tensión; lo cual puede adecuarse a la luz de la norma constitucional y del caso concreto sin que implique la preponderancia total de uno sobre otro en una suerte de propender a la existencia de principios dictatoriales que vacíen de contenido, intercepten o sacrifiquen el otro (s) sin plena justificación razonable.

c) El enfoque sistemático o formalista

Para esta teoría, infiere Aguiló que el orden jurídico es visto como un orden autónomo que se auto regula y, en lo que respecta al origen de la norma jurídica se estipula como fuente de producción del Derecho traducidas en la ley, jurisprudencia, doctrina y costumbre jurídica relevantes; así, el positivismo que teoriza el silogismo jurídico es el basamento primordial de éste cuyo enfoque en el Perú tiene arraigo en cuanto a su aplicación e interpretación lo cual es factible superar debido a la conexión, adscripción o extensión del derecho que ahora no se modula bajo criterios de mera abstracción y generalidad, sino también el impacto de los fenómenos sociales y la realidad sustentan el tránsito al Estado constitucional o neo constitucional en el que el poder irradiador de la Constitución no se traduce en la existencia de normas o preceptos de buenas

intenciones, sino eficaz concreción y tutela efectiva en la realidad. En ese orden de ideas, la Tabla N°02 grafica lo advertido de la forma siguiente:

Tabla N° 2

Cuadro Conceptual de las fuentes del Derecho

Enfoques	Fuente(s)	Derecho	
		Orden Jurídico (A)	Normas jurídicas (B)
Explicativo o social (1)	Origen social	Orden social	Factores sociales que explican la Génesis y el contenido de las Normas jurídicas. T.F y T C. <i>(Fuente material)</i> .
Justificativo o valorativo (2)	Origen moral	Orden justificado	Valores o bienes que justifican las Normas jurídicas
Sistemático o formalista (3)	Origen jurídico	Orden autónomo	Régimen jurídico de la creación de Normas jurídicas. Fuentes formal del derecho (ley, jurisprudencia, doctrina y costumbre). <i>(Fuente formal)</i>

Fuente: Aguiló 2012:p.36.

De lo expresado, para Aguiló estos tres enfoques tienen impacto en el origen de las fuentes y se interrelacionan en forma transversal dando lugar a la unidad y diversidad del Derecho; porque “no toda norma socialmente existente, es susceptible para ser usada para resolver un problema de Derecho, sino sólo algunas, las jurídicas”; y tampoco el orden jurídico “es una suma de normas” (Aguiló,2012,p.39), sino, consecuencia de su aplicación, interpretación y validez (principios, reglas, valores, cultura, moral, ideología, comunicación). En síntesis, la mesa de diálogo regional y básicamente los acuerdos que se arriben tienen asidero para constituirse en fuente de derecho vinculante o relativamente vinculante.

V. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL PERÚ

Siguiendo a Valdivia (2018, p.535), es necesario viabilizar una reforma constitucional y procesal a fin de efectivizar idónea, eficaz y diferenciadamente la tutela del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado en el Perú que desde ya constituye un derecho subjetivo individual y difuso de anclaje colectivo, para propender la solución de conflictos socio ambientales que provienen de gran inversión minera mediante el *amparo directo ambiental* que se habilitaría ante el Tribunal Constitucional

previo agotamiento subsidiario ante la mesa de diálogo regional, para cuyo propósito, deberá reformarse los artículos 200°, 201° y 202° de la Carta Fundamental, introduciéndose dicha garantía y creando 26 mesas de dialogo regional a nivel nacional, quienes mediante la mesa de diálogo regional determinarán y consensuarán una agenda realista, cuyos acuerdos son fuente de derecho vinculante o relativamente vinculantes. Asimismo, precisa conformar una Sala Especializada del Ambiente compuesta por tres (03) miembros que conocerán y resolverán en primer grado el amparo directo ambiental, pudiéndose interponer recurso de apelación ante el Pleno del Tribunal Constitucional que resolverá en definitiva instancia, razón por el que, propicia recomponer a diez (10) miembros los integrantes del Alto Tribunal; cuya sentencia, dependiendo de su naturaleza agota la vía interna posibilitándose su habilitación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; para lo que proponemos la propuesta siguiente:

“LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA AL ARTÍCULO 200°, EL INCISO 2-A, Y MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 201° Y 202° ADICIONANDO EL INCISO 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ”

ARTÍCULO 1°. Incorporación del inciso 2-A del artículo 200°

Incorpórese el inciso 2-A del artículo 200° en la Constitución Política que tendrá el texto siguiente:

“**Artículo 200°, inciso 2-A.** El proceso de Amparo Directo Ambiental, que procede cuando se amenaza o viole, real, concreta e ineludible el derecho constitucional subjetivo y difuso previsto en el artículo 2° inciso 22 de la Constitución por acción u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario, persona natural o jurídica. Se habilita para la resolución de conflictos socio ambiental proveniente de gran minería.

Para el efecto, se constituyen 26 mesas de diálogo a nivel nacional, una en cada Región del país y que determinan y consensuan una agenda realista, cuyos acuerdos son fuente de derecho vinculante o relativamente vinculante”.

ARTÍCULO 2°. Modifíquese el artículo 201° de la Constitución Política, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

“**Artículo 201°.** El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de diez miembros elegidos por ocho (08) años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.”(...).

ARTÍCULO 3°. Adiciónese el inciso 4 al artículo 202° de la Constitución Política, que tendrá el siguiente texto:

“**Artículo 202°.**(...)

Inciso 4. Conocer en doble instancia, el amparo directo ambiental, que se interpondrá ante la Sala Especializada del Ambiente integrada por tres (03) magistrados especializados en materia medio ambiental o derechos colectivos difusos. Procede habilitar recurso de apelación que será resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional exceptuando a los magistrados que intervinieron en sentencia de primer grado”.

“PROYECTO DE LEY DEL PROCESO DE AMPARO DIRECTO AMBIENTAL”

Propuesta de Iniciativa Legislativa Ciudadana que se presenta en el marco de la Ley 26300 y sus modificatorias conexas y con el número de firmas suficientes, previo examen del Jurado Nacional de Elecciones y sus organismos respectivos; proponen el siguiente proyecto de ley:

FORMULALEGAL

El Congreso de la República;

Ha dado la Ley siguiente:

“LEY DEL PROCESO DE AMPARO DIRECTO AMBIENTAL” TÍTULO PRELIMINAR

Art. I. Alcances. La presente ley, regula el proceso constitucional del amparo directo ambiental, previsto en los artículos 200° inciso 2-A, 201° y 202° inciso 4 de la Constitución.

Art. II. Fines del proceso constitucional. Son fines esenciales de este proceso constitucional garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, previsto en el artículo 2° inciso 22 y 7-A de la Constitución, optimizándose con los artículos 58°, 59°, 60°, 61°,62°, 63°66°, 67°, 68°, 69° y otros conexos a la aludida Carta Fundamental. Se precisa que este proceso se habilita para resolver conflictos socio ambiental proveniente de gran minería.

Art. III. Principios procesales. Rigen los principios procesales de inmediación, dirección, gratuidad, economía a favor del demandante, impulso de oficio, pro actione, flexibilidad, socialización, defensa y veracidad

Además, los principios ambientales de prevención, precaución, desarrollo sostenible, conservación, justicia ambiental, cooperación, solidaridad internacional, equidad, responsabilidad social y demás, contenidos en normas domésticas e instrumentos y jurisprudencia convencionales habilitados por el artículo 3° y 4ta Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución. Asimismo, este proceso será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela de los intereses difusos.

Art. IV. Órganos competentes. Es competente para conocer el amparo directo ambiental, en primera instancia la Sala Especializada del Ambiente y mediante recurso de apelación por el Pleno del Tribunal Constitucional, excepto los miembros que expidieron sentencia en primer grado.

Art. V. Interpretación. El contenido, alcances y delimitaciones se interpretan en unidad sistemática a la luz de la Constitución, del caso concreto, los principios del efecto directo, subsidiaridad y control difuso de los tratados ambientales del cual el Perú es parte, así como de la jurisprudencia convencional y alcance de normas soft y hard law existentes. En ese sentido, los instrumentos blandos ambientales, sirven como criterios para optimizar las decisiones de la justicia constitucional.

Art. VI. Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional con calidad de cosa juzgada, adquieren la autoridad de precedente vinculante cuando así lo exprese en decisión siete (07) votos de sus miembros del Pleno del Tribunal Constitucional, cuyo cumplimiento es de carácter

obligatorio por las autoridades estatales, funcionarios, servidores, empresas, persona natural y el grupo o comunidad. Cuando el Tribunal Constitucional decide apartarse del precedente, lo hará motivando y optimizando el derecho sin que implique su sacrificio, vaciamiento o reducción de intensidad y alcances razonablemente justificado; por lo que el precedente será factible revisar luego de transcurridos quince años (15) de su aprobación y con el voto de siete (07) de sus miembros, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditado pudiendo reducirse ese plazo a tres (03) años; efectivizarlo antes es nulo de pleno derecho y se incurre en infracción a la Constitución.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DEL AMPARO DIRECTO AMBIENTAL

Art. 1º. Finalidad. El proceso constitucional del amparo directo ambiental tiene como finalidad, proteger el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, reponiendo las cosas al estado anterior de amenaza o violación real, concreta e ineludible por acción u omisión de autoridad, funcionario, servidor, persona natural o jurídica pública o privada.

Art. 2º. Procedencia frente a actos basados en normas. Siempre que se agote la vía previa constituida por la mesa de diálogo regional, y en tanto existan hechos y causas objetivas de amenaza o violación del derecho al medio ambiente proveniente de ley, reglamento, ordenanza regional o local u acto administrativo, es factible habilitar el amparo directo medio ambiental.

Art. 3º. Procedencia frente a resoluciones judiciales. Por la naturaleza de este proceso, en caso existiesen resoluciones judiciales con sentencia de última instancia firme y ejecutoriada que provenga de proceso ordinario irregular que contravenga el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado y conexos establecidos en la Constitución, así como vulneración del debido proceso y tutela procesal efectiva, es viable habilitar el amparo directo ambiental en el plazo de treinta (30) días hábiles de notificarse la resolución que causa ejecutoriedad. El plazo establecido es de caducidad.

Art. 4º. Causales de improcedencia. No procede el proceso constitucional del amparo directo ambiental cuando:

- 1) Los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, salvo su

conexidad con la vulneración de otro derecho fundamental.

- 2) No se haya agotado la vía previa en la mesa de diálogo regional, salvo que:
 - a) Por el agotamiento de la vía previa, la agresión pudiera convertirse en irreparable; sin embargo, la Sala Especializada del Ambiente del Tribunal Constitucional requerirá pronunciamiento e informes necesarios a la mesa de dialogo regional, pudiendo actuar de oficio las pruebas suficientes que determinen el sacrificio irreparable o previsible del derecho constitucional petitionado; de no ser así, declarará liminarmente improcedente la demanda no pudiéndose reproponer la misma como grupo o comunidad, pero sí individualmente.
 - b) A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación del derecho constitucional o se haya convertido en irreparable. Respecto del primer enunciado se requiere de prueba documental irrefutable, y con relación al segundo, la Sala Especializada del Ambiente dispondrá la actuación de informes y pruebas necesarias para determinarla.

Art. 5º. Excepciones. No proceden ninguna clase de excepciones en este proceso.

Art. 6º. Medida Cautelar. Procede solicitar medida cautelar, siempre que la Sala Especializada del Ambiente expida sentencia estimatoria, y tendría vigencia hasta la sentencia que pone fin al proceso. El auto que dispone estimada la medida cautelar es irrecurrible.

Art. 7º. Obligaciones de dar, hacer y no hacer. Los acuerdos arribados en la mesa de diálogo regional, y que contienen obligaciones de dar, hacer y no hacer total o parcialmente debe honrarse por las partes en los plazos previstos, se constituyen en fuente de derecho con efecto vinculatorio o relativamente vinculatorios y que sólo pueden ampliarse, modificarse o extinguirse mediante sentencia consentida y ejecutoriada proveniente del amparo directo ambiental expedida por el Tribunal Constitucional.

Art. 8º. Acción indemnizatoria. La sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el Tribunal Constitucional dispondrá que la indemnización

sea vertida al Fondo Amparo Directo Ambiental que será administrado por el Ministerio del Ambiente y la Defensoría del Pueblo para reconstituir los bienes lesionados y si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado. Asimismo, en caso exista daño ocasionado al grupo, clase o categoría se liquidará en ejecución de sentencia a los perjudicados, a quienes les corresponderá entre todos hasta un máximo del 30% de la indemnización y el saldo del 70% corresponde al aludido Fondo, debiendo utilizar dicho presupuesto también para el pago de peritajes especializados nacional o internacional, estudios e infraestructura respectiva.

El Estado tiene la obligación de proveer un presupuesto anual para dicho Fondo, que será no menos del dos por ciento (2%) del canon minero, petrolero u otros o regalías asignadas a los gobiernos regionales.

TÍTULO II TRÁMITE DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DEL AMPARO DIRECTO AMBIENTAL

Art. 9º. Legitimación. La demanda puede ser interpuesta:

- a) Por cualquier persona natural que se le amenace o viole por acción u omisión el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, siempre que la actividad lesiva provenga de actividad extractiva de gran minería o por causas naturales ligadas y conexas a aquella.
- b) Por el representante titular de un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho sin la existencia de una relación jurídica base.
- c) Por el representante legal de la persona jurídica de la empresa minera.
- d) Por el Presidente de la mesa de diálogo regional, previo acuerdo de dicho colegiado.
- e) Por el Defensor del Pueblo o los Defensores del Pueblo Regionales, sin autorización previa del anterior, en caso la lesión o amenaza tenga relevancia social de tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.
- f) Por las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental de las regiones del país.

- g) Los Gobiernos Regionales, representados por el Gobernador Regional.
- h) Los Gobiernos Locales y Distritales representados por su Alcalde respectivo.
- i) Las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta, destinados a la defensa de los intereses y derechos difusos ambientales.
- j) Las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos difusos ambientales.
- k) Las Comunidades Campesinas o Nativas en defensa de sus intereses y derechos culturales del derecho difuso ambiental.

Art. 10º. Demanda. La demanda será interpuesta por escrito, por los legitimados explicitados en la cláusula anterior, acreditando su representación, y los requisitos siguientes:

- 1) La designación del Presidente de la Sala Especializada Ambiental del Tribunal Constitucional.
- 2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante y en anexo la relación del grupo, categoría o clase con firmas y huellas dactilares.
- 3) El nombre y domicilio del demandado.
- 4) La relación numerada de los hechos que hayan producido o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional al medio ambiente equilibrado y adecuado y sus conexos.
- 5) El derecho vulnerado o amenazado.
- 6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.
- 7) La firma o firmas del demandante (s) y la del abogado patrocinador.

Art. 11º. Agotamiento de la vía previa. Se habilita la interposición de la demanda de amparo directo ambiental cuando se haya agotado la vía previa, ante la mesa de diálogo regional. Se agota la vía previa en la mesa de diálogo regional, cuando:

- 1) Transcurridos tres (3) años las partes en la mesa de diálogo regional no arriben a ningún acuerdo, debiendo comunicar esta decisión por conducto notarial; salvo que por su trascendencia, impacto y relevancia social sea imposible concretar acuerdos, sólo así y excepcionalmente el proyecto podrá suspenderse en su ejecución o actividad por el transcurso de cinco (05) años, pudiendo renovarse precluido dicho plazo o antes si existe

- acuerdo de dicha mesa.
- 2) Existiendo acuerdo total en la mesa de diálogo regional, pero alguna de las partes, se niega o incumple parcial, total o defectuosamente los acuerdos arribados en la mesa de diálogo regional, la parte afectada agota la vía previa administrativa por conducto notarial, En caso de no existir respuesta expresa o tácita en el plazo de treinta (30) días hábiles se da por agotada la vía previa, habilitándose el amparo directo ambiental.
 - 3) El defensor del Pueblo o los regionales, agotan la vía previa dando a conocer y notificando a la mesa de diálogo regional el informe documentado respectivo, y en caso de no existir respuesta o tácita en el plazo de treinta (30) días hábiles, habilita la demanda. Lo mismo, se aplica respecto de las Fiscalías Especializadas en materia Ambiental.
 - 4) Los demás legitimados comprendidos en el artículo 10° del presente, deben agotar la vía previa ante la mesa de diálogo regional, salvo que el derecho constitucional se torne en irreparable por el transcurso del tiempo debiendo existir prueba real concreta e ineludible, para cuyo efecto, la mesa de dialogo regional en breve plazo emitirá el informe respectivo.

Art. 12°. Mesa de diálogo regional. Es la máxima instancia que será integrada por autoridades, sociedad civil y empresa conforme la ley y reglamento respectivo. La mesa de diálogo regional puede tener sub comisiones según su realidad y necesidad no pudiendo pasar de cinco. Elaboran una agenda realista que comprenda tres ejes: recurso hídrico, medio ambiente y responsabilidad social de la empresa, y según su concreta realidad puede incrementarse hasta cinco. Los gobernadores regionales presiden las mesas de diálogo en forma exclusiva y excluyente, no pudiendo delegar funciones o frustrar su instalación o reuniones, ni incurrir en delitos de corrupción dando lugar a la vacancia de conformidad a la ley respectiva.

Art. 13°. Imprescriptibilidad de la demanda de amparo directo ambiental. Dada la naturaleza de derecho subjetivo y difuso, complejo y dinámico que caracteriza al derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, es imprescriptible para habilitar la demanda de amparo directo ambiental.

Art. 14°. Inadmisibilidad. La Sala Especializada del Ambiente del Tribunal Constitucional declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante

cinco (5) días hábiles para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

Art. 15. Desistimiento. El demandante, por razón justificada puede desistirse del proceso del amparo directo ambiental antes que la Sala Especializada del Ambiente expida sentencia de primer grado; de aceptarse se notifica al Defensor del Pueblo y a la Fiscalía Especializada en materia Ambiental de la región demandante para que asuman legitimación institucional compartida sustituyendo al demandante e interviniendo en representación del grupo; al cual no pueden negarse ni abstenerse, bajo responsabilidad funcional, destitución y consecuente denuncia penal.

Art. 16°. Concurrencia de las partes y abogados a las audiencias. Las partes intervinientes en el proceso constitucional de amparo directo ambiental, así como sus abogados, tienen la obligación de asistir a los actos procesales y audiencias que se convoquen, y en caso de inasistencia injustificada el proceso seguirá en rebeldía, sujetándose a las resultas del proceso y la imposición solidaria con su defensa de una multa máxima entre 100 y 200 Unidades de Referencia Procesal (URP); no operando el abandono.

Art. 17°. Trámite. Admitida la demanda por la Sala Especializada del Ambiente del Tribunal Constitucional, corre traslado al demandado por el plazo de veinte (20) días hábiles. Cerrada la fase postulatoria, la Sala Especializada Ambiental convocará a la audiencia de conciliación, a la cual comparecerán las partes habilitados para transigir. El Colegiado oír a las partes, sobre los motivos de la demanda y contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, y la evaluación neutral de un tercero que será obtenida dentro el plazo fijado por el Colegiado, según los criterios siguientes:

- 1) La mediación y evaluación neutral de un tercero, obtenida dentro del plazo fijado por la Sala Especializada del ambiente, será reservada, inclusive para éstos, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.
- 2) Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes pondrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación.
- 3) Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial.
- 4) Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo,

no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el Colegiado en forma fundada:

- a) Decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;
- b) Fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de pruebas que se fijará dentro del décimo día hábil siguiente.
- c) Establecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del artículo 18°.

Artículo 18°. Audiencia de pruebas. Dicha etapa se lleva a cabo del siguiente modo:

- 1) El Colegiado enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria.
- 2) Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias sólo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas pueden ser actuadas en esta etapa.
- 3) Son admisibles, todos los medios probatorios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo así como el *amicus curiae*, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.
- 4) La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, la Sala impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas o internacionales cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, la Sala podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo del Amparo Directo Ambiental.
- 5) Durante la fase de la audiencia de pruebas, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, la Sala podrá prever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la

prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

- 6) La Sala podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio.
- 7) La actuación probatoria debe concluir en el día programado; sin embargo si la actuación no se hubiese agotado, la audiencia continúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes y en un máximo de tres (3) audiencias posteriores.

Artículo 19°. Alegatos y sentencia. Finalizada la actuación probatoria, los abogados presentan oralmente sus alegatos. Concluidos los alegatos, la causa queda al voto, debiendo expedirse sentencia de primer grado dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, lo cual informa en el acto citando a las partes para que comparezcan para la notificación de la sentencia.

Art. 20°. Recurso de apelación. La sentencia expedida por la Sala Especializada del Ambiente que declara estimada, desestimada, improcedente o infundada la demanda de amparo directo ambiental, es recurrible mediante el recurso de apelación, que se interpone dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, la Sala Especializada del Ambiente remite el expediente dentro el plazo máximo de tres (03) días hábiles al Presidente del Tribunal Constitucional, quien da cuenta de dicho recurso al Pleno del Tribunal Constitucional, programando audiencia dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes pudiendo ampliarse a una audiencias complementaria según la complejidad del caso, quedando al voto respectivamente.

La sentencia que resuelve el Pleno del Tribunal Constitucional agota la vía de derecho interno, y según su naturaleza las partes pueden recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo, la sentencia se ejecuta al día siguiente de notificada.

Art. 21°. Actuación de sentencias. La sentencia que cause ejecutoria en el proceso constitucional del amparo directo ambiental, se actúa conforme a sus propios términos y tienen prevalencia sobre otras de carácter ordinario. La Sala Especializada del Ambiente, puede disponer la actuación inmediata de la sentencia estimatoria impugnada, quedando subordinada a lo que resuelva en definitiva el Pleno del Tribunal Constitucional.

Las sentencias expedidas en esta clase de procesos, se ejecutan y el Tribunal Constitucional controla su eficacia y realización, y en caso existan

impedimentos, dilaciones u omisiones en su ejecución, notificará a la autoridad, funcionario, servidor, persona individual, colectiva, persona jurídica u otras conminando su cumplimiento dentro el término de tres (03) días hábiles, y en caso de persistir negativa expresa o tácita solicitará la destitución de la autoridad, funcionario o servidor y complementariamente formulará denuncia penal ante el Ministerio Público por el delito de resistencia a la autoridad.

Art. 22° Contenido de la sentencia estimatoria. La sentencia estimatoria expedida por el Tribunal Constitucional contendrá los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado y conexos con otros derechos fundamentales si fuere el caso;
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y conexos con otros fundamentales si fuere el caso; ordenando que las cosas vuelvan al estado anterior en que se encontraban antes de la violación,
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia;
- 5) A la luz del caso concreto y en basamento a su doctrina, y jurisprudencia nacional o convencional, el Tribunal Constitucional está facultado para expedir sentencias estimatorias, desestimatorias, interpretativas, manipulativas, aditivas, reductoras, de estado de cosas inconstitucionales, precedentes vinculantes; considerando los acuerdos de la mesa de diálogo regional que conforme el artículo 200° inciso 2-A son de carácter vinculante o relativamente vinculante.
- 6) Sentencia de condena indemnizatoria. En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados, así como el deber de indemnizar, en base a los supuestos siguientes:
 - a) Siempre que fuere posible, la Sala determinará en la propia sentencia de amparo directo ambiental el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.
 - b) Cuando el valor de los daños

individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

- c) Demás criterios serán abordados por la Sala, así mismo los daños provocados al medio ambiente, los que se liquidarán en ejecución de sentencia.

Art. 23° Cosa juzgada. Opera la cosa juzgada según los fundamentos siguientes:

- 1) Si la sentencia es estimatoria, la cosa juzgada beneficia al grupo interviniente y no interviniente, siendo en la ejecución de liquidación donde se verifique las individualidades.
- 2) Si la sentencia es desestimatoria operará la cosa juzgada respecto del representante que accionó la demanda y no alcanza al grupo, categoría o clase.
- 3) Si es una sentencia declarada improcedente, el efecto es que no podría volverse a reproponer una nueva demanda como grupo, pero sí individualmente, manteniéndose incólume e intactos los derechos materiales individuales.
- 4) Si la sentencia es infundada por falta de pruebas, cualquier otro legitimado puede volver a plantear la pretensión produciendo la prueba eludida en el proceso primigenio.

DISPOSICIONES FINALES

Art. 24°. Aplicación subsidiaria. Aplicase subsidiariamente, en lo que no fueren incompatibles, las disposiciones del Código Procesal Constitucional.

Art. 25°. Sala y Pleno del Tribunal Constitucional. La Sala Especializada del Ambiente y el Pleno del Tribunal Constitucional realizarán las audiencias en las ciudades de Lima y Arequipa u otra por la complejidad o si concurrieren hechos de protesta social y no existen las condiciones necesarias para laborar.

Art. 26°. Cláusula anticorrupción. Las autoridades o funcionarios regionales, locales, distritales, integrantes de la mesa de diálogo regional, empresarios o sus representantes, miembros del Tribunal Constitucional que en el ejercicio de sus funciones incurran en delitos peculado, concusión, cohecho, tráfico de influencias, corrupción y otros derivados previsto en el Código Penal serán separados o suspendidos de sus funciones y procesados conforme a ley.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J. (2012). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del sistema jurídico)*. Barcelona, España. Editorial Ariel.
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁLVAREZ- MIRANDA, E. (2012). *Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución económica peruana en materia de inversión*. Lima. *Revista peruana de derecho constitucional*, N°5, Editorial Nueva Época.
- ATRIA, F. (2004). *¿Existen derechos sociales?* Recuperado de: <File:///C:/Users/Acer/Downloads/existen-derechos-sociales-O.pdf>
- BORDALÍ- SALAMANCA, A. (2003). *Efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Gidi, Ferrer y Mac Gregor (Coordinadores). México: Editorial Porrúa
- BORDALÍ-SALAMANCA, A. (2009). *Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la pildora del día después*. Chile: Anuario Derechos Humanos, p.173-182. Recuperado de: <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11526/11885>
- CABALLERO, V. (2012). Una entrevista por Teresa Cabrera y Hernán Maldonado. *Revista Quehacer*, N°188, Lima. DESCO.
- CASTILLO-CÓRDOBA, L. (2005). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)
- DECLARACIÓN DE RÍO (1992). Principio 7. Recuperado de: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO (1972). Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/IN>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2018). *Reporte de conflictos sociales en el Perú*. N° 172. Junio 2018. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2018/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-172---Junio-2018.pdf>
- GONZÁLEZ- ARRUTI, C.I. (2016). *El derecho internacional y el principio de precaución en el ámbito de la diversidad biológica: una especial atención a los organismos vivos modificados*. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).
- HABERLE, P. (2001). *El Estado Constitucional*. Editorial. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Serie Doctrina Jurídica, Núm. 47. México-Lima.
- HUACO, M. (s/f). *Protección universal de los DESC y perspectivas de Tratado sobre derechos humanos y empresas* [diapositivas]. Curso de Derechos Humanos en la, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- HUERTA-GUERRERO, L. (2012). *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*. Tesis doctoral sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2017). Censos Nacionales. Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1437/libro.pdf
- INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA- IPE (2014). *El Costo económico de la no ejecución de los proyectos mineros, por conflictos sociales y/o trabas burocráticas. Las Bambas, Minas Conga, Quellaveco; Haquira; El Galeno; Los Chancas; Tía María; Ampliación Toquepala; Michiquillay; Corani; Inmaculada; Ampliación Lagunas Norte; Shauindo; Pucamarca; Santa Ana*. Recuperado de: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/270096000-Junio-2015-El-Costo-Economico-de-La-No-Ejecucion-de-Los-Proyectos Mineros-Por-Conflictos-Sociales-Yo-Trabas-Burocraticas-IPE.pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/270096000-Junio-2015-El-Costo-Economico-de-La-No-Ejecucion-de-Los-Proyectos%20Mineros-Por-Conflictos-Sociales-Yo-Trabas-Burocraticas-IPE.pdf)
- SAGUES, N. (2014). *Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*. Arequipa, V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Arequipa: Editorial Adrus.
- VALDIVIA-SALAZAR, L.A. et al (2013). *La mesa de diálogo y el amparo directo para la resolución de conflictos socio ambientales en el Perú*. En: *Libro de Ponencias*. Arequipa. IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Arequipa. Editorial Adrus.
- VALDIVIA-SALAZAR, L (2018). Propuesta de reforma constitucional y procesal para la tutela efectiva del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado en el Perú. Arequipa. Editorial Adrus.
- YACOLCA- ESTARES, D. (2012). *Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú*. Lima. *Revista Peruana de derecho Constitucional*. Editorial Nueva Época.

Tacna, julio de 2018

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LOS PORTALES DE TRANSPARENCIA EN LAS MUNICIPALIDADES DEL DEPARTAMENTO DE TACNA

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION THROUGH THE TRANSPARENCY PORTALS IN THE MUNICIPALITIES OF THE DEPARTMENT OF TACNA

SUMARIO

¿Están los gobiernos locales en Tacna practicando un moderno gobierno electrónico?, ¿Están los portales de Transparencia Web de los Gobiernos locales, debidamente actualizados?, ¿Comprenden las autoridades locales la trascendencia que implica mantener una transparencia activa como un gesto democrático donde la publicidad es la regla?

En el presente artículo, el autor hace un análisis de los Portales de Transparencia Web de las Municipalidades de Tacna, producto del seguimiento y evaluación de estos, con el fin de redefinir el sentido de alcance de la transparencia digital en el marco de la modernización del Estado.

PALABRAS CLAVES

Palabras clave: transparencia, acceso digital, cultura del secreto, medios sistematizados, portales de transparencia, Gobierno Electrónico, interconexión, ética pública, Transparencia Activa, régimen del poder visible

*** Mgr. Humberto de Jesús Manrique López**

Máster en derechos humanos, estado de derecho y democracia en iberoamérica de la Universidad de Alcalá; Docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.

I. INTRODUCCION

El acceso a la información pública implica que un Estado democrático debe poner a disposición de la ciudadanía en forma accesible todos los datos relacionados con la gestión de los asuntos públicos que posee en su proceso de toma de decisiones, como también reconocer el derecho y libertad de las personas a solicitar y obtener la información que obra en su poder. Siendo este el caso debemos entender que si bien es cierto al Estado le asiste la facultad de recolectar y manejar información, también se encuentra sometido a la obligación de transparencia para con la ciudadanía, sin necesidad que se le formulen peticiones específicas a este respecto. Siendo así se ha estructurado lo que podríamos llamar un acceso digital, permanente y activo a la información a través de los Portales de Transparencia, o sitios web de internet de las

diferentes entidades estatales como un mecanismo moderno y eficaz en que el Estado pueda cumplir con su deber de transparencia.

Este artículo tiene por finalidad hacer comprender a las autoridades y funcionarios de las Municipalidades Provinciales y Distritales del Departamento de Tacna y sus respectivos usuarios que “La información pertenece a los ciudadanos. La información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno; éste, tiene la información sólo en cuanto representante de los ciudadanos” (Principios de Lima sobre Acceso a la Información) tomando conciencia de este derecho, las autoridades y los administrados deben entender que en esta era de acelerado crecimiento informático que provee herramientas multimedia de fácil acceso, este derecho debe ser ejercido de una manera más

natural y activa dando las autoridades pertinentes todas las facilidades del caso, a los administrados que buscan información pública, lo cual permitirá un mejor gobierno y refrenara la suspicacia persistente en cuanto al rumbo que sigue nuestro País.

Este artículo es el fruto de un cuidadoso seguimiento, evaluación y análisis o procesamiento de los datos obtenidos de los portales de transparencia o sitios web de internet de todas las Municipales del departamento de Tacna durante los últimos años, a fin de verificar el cumplimiento a la ley de transparencia.

II. MEDIDAS PARA PROMOVER LA TRANSPARENCIA EN EL ESTADO

Coincidimos con Huerta en afirmar que “A fin de garantizar el acceso a la información pública y eliminar la “cultura del secreto” se debe establecer la transparencia de la labor de la administración pública y la publicidad de los actos de gobierno como principios de observancia obligatoria en todas las instituciones estatales”¹.

Y en busca de lograr el mencionado objetivo, la Ley contiene un conjunto de disposiciones que tratan de promover la transparencia en la administración estatal. En ese sentido el rol del estado no solo consiste en responder a las solicitudes de acceso a la información, sino que también debe legislar a favor de que la información este a libre disposición de la población, lo cual redundara en un control más eficiente de la legalidad en el accionar de los funcionarios públicos.

La Ley 27806 señala obligaciones a las instituciones públicas, de las que podemos señalar las más resaltantes:

- Designar un funcionario encargado de entregar la información y además nombrar un funcionario responsable de la elaboración de los portales de Internet, la eficacia en proporcionar la información requerida por parte de la institución dependerá de la designación de este funcionario, quien es pieza clave en la coordinación y entrega final de dicha información, así mismo igual o en mi opinión personal mayor importancia tiene el funcionario que elabora y actualiza permanentemente el portal de transparencia, hablando ya en un contexto de transparencia activa, puesto que de esto dependerá la imagen de transparencia y accesibilidad que refleje dicha institución; (artículo 3° y 5°)
- Cada Institución pública sobre la cual la ley tiene alcance debe facilitar una infraestructura propicia, como también debe publicar la información de manera ordenada, sistematizada, lo que significa que, si tenemos un funcionario, pero carecemos de recursos, planeamiento y no se hace uso de los medios sistematizados para la publicación de la información, definitivamente se llegara a un estancamiento o burocratización del trámite; (artículo 3°)
- Las instituciones estatales están obligadas a diseñar y publicar portales de transparencia que muestren la información precisa, Completa y de acuerdo a los plazos de ley (artículos 5° y 25^{o2})

En este artículo encontramos remarcado el hecho de que los Portales de transparencia,

¹ Huerta Guerrero, Luis Alberto. Libertad de expresión y acceso a la información pública. Lima : Comisión Andina de Juristas. Primera edición. 2002. Pág. 175

² Ley N° 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública Artículo 25°. Información que deben publicar todas las entidades de la administración pública. Toda Entidad de la Administración Pública publicará, trimestralmente, lo siguiente:

1. Su Presupuesto, especificando; los ingresos, gastos, financiamiento, y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales vigentes.
2. Los proyectos de inversión pública en ejecución, especificando: el presupuesto total de proyecto, el presupuesto del periodo correspondiente y su nivel de ejecución y el presupuesto acumulado.
3. Información de su personal especificando: personal activo y, de ser el caso, pasivo, número de funcionarios, directivos, profesionales, técnicos, auxiliares, sean estos nombrados o contratados por un periodo mayor a tres (3) meses en el plazo de un año, sin importar el régimen laboral al que se encuentren sujetos, o la denominación del presupuesto o cargo que desempeñen, rango salarial por categoría y el total del gasto de remuneraciones, bonificaciones, y cualquier otro concepto de índole remunerativo, sea pensionable o no.
4. Información contenida en el registro de procesos de selección de contrataciones y adquisiciones, especificando: los valores referenciales, nombres de contratistas, montos de los contratos, penalidades y sanciones y costo final, de ser el caso.
5. Los progresos realizados en los indicadores de desempeño establecidos en los planes estratégicos institucionales o en los indicadores que les serán aplicados, en el caso de entidades que hayan suscrito Convenios de Gestión.

Las Entidades de la administración pública están en la obligación de remitir la referida información al Ministerio de Economía y Finanzas, para que éste la incluya en su portal de Internet, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a su publicación.

debidamente actualizados, son la piedra angular de un nuevo sistema de transparencia activa, tal como viene ocurriendo en otros Estados, lo cual además reduce el papeleo, o solicitudes de información, estando la información relevante al alcance de los administrados.

- La ley señala expresa y tajantemente, una prohibición contra el hecho de destruir información pública que debe pasar a formar parte del archivo de cada institución, y que por lo tanto la ausencia de esta, devendría en graves consecuencias. (artículo 18°);

A propósito de ley de transparencia vigente en el Perú, cabe hacer una reflexión y es que aun cuando la ley es clara, sin embargo, son muy pocas las instituciones que ponen en rigor la transparencia de sus actos, persistiendo todavía en la cultura del secreto.

III. GOBIERNO ELECTRONICO Y PORTALES DE TRANSPARENCIA

3.1. GOBIERNO ELECTRONICO

Para desarrollar este importante tema primero citaremos algunas de las concepciones más comunes que se tienen sobre “Gobierno Electrónico” como son las siguientes:

Para Eugenio Rivera Urrutia la siguiente definición sintetiza adecuadamente que “El gobierno electrónico conjuga Nuevas TIC, reingenierías de estructuras y cambios de culturas organizacionales para facilitar a los ciudadanos el acceso en línea a la información y a los servicios, explicitando las diversas dimensiones del esfuerzo por construir el gobierno electrónico”³.

También podemos incluir la siguiente “El gobierno electrónico, se refiere al empleo de la internet y las TIC (Las tecnologías de la información y la comunicación) para conseguir una mejor administración del gobierno mediante la transparencia y el acceso público a la información, reforzando la asociación fundamental entre el sector público y los ciudadanos. El gobierno electrónico también

fomenta una participación más amplia de los ciudadanos en el proceso y gestión de los gobiernos. Además, puesto que se apoya en la transparencia, es un arma más eficaz contra la corrupción”.⁴

En conclusión, se entiende por gobierno electrónico al uso extensivo por parte de la administración pública de un Estado de las tecnologías informáticas para cumplir con sus funciones y relacionarse con los administrados.

La informática actual permite una serie de posibilidades para las tareas de gobierno y su control por parte de la ciudadanía:

a) Incrementa el orden y economía en los registros de las actividades administrativas, debido a la facilidad con la que los datos son almacenados a través de mecanismos cada vez más pequeños y usando menos personal humano para el manejo de estos, lo cual reduce el gasto público.

b) Facilita la interconexión e interactividad entre distintos órganos de gobierno, lo cual se está logrando a través de las redes informáticas y telefónicas. Todo esto permite el intercambio de múltiples tipos de información e interconexión de bases de datos de distintos organismos públicos, para ofrecer mejores servicios a los ciudadanos y al Gobierno.

c) Posibilidad de organizar la información registrada en las bases de datos, en base a diversos criterios y su uso al mismo tiempo por un número ilimitado de usuarios, debido a que la información estará disponible en todo momento, llevando a las instituciones o servidores estatales a realizar mínimo esfuerzo, y a partir de esto se podría esperar una mayor transparencia del Estado, al tener a la mano cualquier tipo de información pública

d) Minimiza la burocracia, al reducir los costos de trámite y los espacios de tiempo o plazos, al tener toda la información al alcance del servidor público, lo cual finalmente mejora los servicios prestados y genera un contacto más intenso con la población, es decir se genera una gestión interactiva donde los ciudadanos frente a una

³ Rivera Urrutia, Eugenio. Concepto y problemas de la construcción del gobierno electrónico. Artículo alojado en el Portal de Gestión y Política Pública [En línea]. Disponible en < http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_antteriores/Vol.XV_No.II_2dosem/Eugenio_Rivera.pdf> [Consulta: 15 Julio 2018].

⁴ Portal de Internet del Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional de México [En línea]. Disponible en < <http://administracion.cinvestav.mx/Portals/0/SiteDocs/SPlaneacion/CGSTIC/Publicaciones/GobiernoElectronico.pdf>> [Consulta: 15 Julio 2018].

base de datos debidamente organizada acceden a través de los servidores públicos o en otros casos directamente por medio de los portales de transparencia, dejando atrás la cultura del papel.

3.2. PORTALES DE TRANSPARENCIA

A fin de desarrollar este tema haremos hincapié en el hecho que según Huerta: “El acceso a la información pública facilita su difusión entre los ciudadanos, y con ella, la formulación de críticas sobre el desarrollo de las actividades de la administración pública. Esto permite una adecuada participación de los ciudadanos en el debate sobre los asuntos públicos pues sin acceso a esa información se carecería de los elementos necesarios para ejercer la crítica y control sobre las políticas públicas”⁵.

En este contexto entonces entendemos que la transparencia como sistema de control del Estado es una herramienta para fortalecer la ética pública y asegurar la integridad en el cumplimiento de los deberes y las funciones que debe cumplir el gobierno. Además de prevenir conductas que afecten la probidad y que lleven a situaciones de corrupción. La doctrina ha destacado el vínculo esencial entre los conceptos de publicidad, representación y democracia. Norberto Bobbio en el futuro de la democracia establece que el gobierno democrático es “el régimen del poder visible”⁶. En una democracia la publicidad es la regla, el secreto está justificado solamente si está limitado en el tiempo, en cambio en el Estado Autocrático el secreto de Estado no es la excepción sino la regla.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública regula un conjunto de disposiciones que buscan promover la transparencia en la administración estatal, por cuanto el Estado no sólo debe entregar la información que las personas le soliciten expresamente, sino, además, debe implementar medidas que pongan a disposición de la ciudadanía la información que requiere para ejercer su vigilancia social.

Al respecto indica Huerta: “Existen diferentes medios a través de los cuales se puede realizar la difusión permanente de información.

Sin duda, Internet se convierte en la actualidad en una alternativa inmejorable para lograr ese objetivo. Por eso algunas legislaciones sobre acceso a la información establecen la obligación de las entidades estatales de emplear este sistema para la difusión permanente de información”⁷.

Entonces y teniendo en cuenta lo antedicho cabe destacar en todo este contexto el uso de los Portales de Transparencia de las entidades públicas para difundir información que poseen o producen, de modo que el ciudadano pueda acceder a la misma sin necesidad de presentar una solicitud a la propia entidad, de esta manera, de acuerdo con lo establecido en la ley, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas básicas que promuevan la transparencia. Ello implica una decidida voluntad política para lograr dicho objetivo, lo que a su vez hace necesario la asignación de un presupuesto razonable que contribuya a estos fines.

Así mismo Huerta señala que: “Sin embargo, para lograr la efectividad de Internet (hablando de este como medio de acceso a los Portales de Transparencia o sitios web) en este campo se requiere que cada vez más personas accedan a este medio de comunicación y que la información en los sitios web de las entidades estatales se encuentre actualizada”⁸. Tenemos claro además que contrario a lo que podría pensarse el acceso a internet no está siendo exclusividad de personas relativamente jóvenes y adultas, sino que existe una creciente tendencia al manejo de este por parte de niños y personas de la tercera edad, debido a que las plataformas para usuarios cada vez son de más fácil acceso, un claro ejemplo de ello son los ordenadores personales adquiridos por el Gobierno Peruano para ser distribuidos entre las Instituciones Educativas Primarias del País, en regiones alto andinas donde se demostró que no represento ningún problema para el manejo de todo tipo de usuarios.

3.2.1. NORMATIVIDAD SOBRE PORTALES DE TRANSPARENCIA

El TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, así como su

⁵ Huerta Guerrero, Luis Alberto. Portal de Internet – Boletín Mexicano de Derecho Comparado [En línea]. Disponible en <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3778/4687>> [Consulta: 17 Julio 2018].

⁶ Bobbio Norberto. 1986. El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México DF -México pp. 66

⁷ Huerta. Op. Cit., pág. 182

⁸ Idem. p. 182

reglamento desarrollan la implementación y actualización de los portales de transparencia institucionales; esto hace de ellos uno de los principales mecanismos para impulsar la transparencia en la gestión pública.

Este medio de control de la Transparencia estatal fue incluido en la Legislación peruana por la importancia que suponían estos espacios virtuales en los que las entidades de la administración pública, incluidos los gobiernos regionales y locales, tienen la obligación de difundir información de la gestión institucional y la labor que se encuentran realizando en beneficio de la población. Además, el portal de transparencia es relevante porque es una herramienta que permite a la ciudadanía: Conocer información acerca de la gestión de las instituciones públicas, ejercer el derecho de acceso a la información pública, ejercer el derecho de vigilancia ciudadana sobre los actos y la gestión de los gobiernos regionales y locales.

Los portales de transparencia institucionales se valen de los beneficios que prestan los medios de comunicación vía Internet para optimizar el cumplimiento del deber de transparencia en su modalidad de difusión, porque amplían el número de ciudadanos y ciudadanas a los que puede hacer accesible la información que contienen y porque estos pueden acceder a ella de manera oportuna y actualizada.

3.2.2. Los Portales de Transparencia en el Texto Único Ordenado de la Ley N°27806 – “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”

Al respecto cabe recalcar que nuestro País tiene una Ley que posibilita el acceso de cualquier persona a la información pública: Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806 del 2002, reformada en algunos aspectos a través de la Ley No 27927, publicada el 4 de febrero del 2003. Dicha normatividad nos provee de dos instrumentos de transparencia: a) el derecho a solicitar información y b) la obligación de publicar información mediante la instalación de portales de Internet institucionales, y es precisamente en este aspecto donde haremos mayor incidencia por tratarse de una Transparencia Activa, característica esencial de una democracia moderna y/o digital.

Publicación de Portales de Transparencia

Al respecto del Artículo 5°, de la Ley N° 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública - Publicación en los portales de las dependencias públicas; podemos comentar que la información que debe ser publicada en dichos portales, a pesar de parecer información general, tiene importante relevancia, pues la exhibición de esta puede marcar la diferencia entre un ciudadano informado y otro que no lo es y tal como se ha señalado antes, la información en poder de un ciudadano le permite hacer mejores juicios de valor, y por lo tanto tomar decisiones más documentadas o sustentadas.

Como se puede apreciar de este artículo, al darse se esclareció los datos se debían incluir en los portales de transparencia, los cuales son de suma importancia para el usuario, como por ejemplo el marco legal, TUPA, los cuales servirán al usuario para que pueda conocer el camino a seguir para realizar sus trámites ante la municipalidad, otros datos connotados son los que tienen que ver con el camino que siguen los recursos económicos de una determinada municipalidad.

Sin embargo, el lado preocupante de este artículo es que en el momento que fue redactado se estima que para nuestro país ya era un enorme salto hablar de transparencia por lo cual estimando que este cambio no sería inmediato, indica el texto de este: ... *“establecerán progresivamente, de acuerdo a su presupuesto”*, lo cual penosamente podría estar llevando a comprender que no existe una inmediata obligación.

Plazos de la Implementación

Dichos plazos están contenidos en el Art. 6° de la mencionada Ley, en este caso, se dieron plazos a las instituciones para las que esta ley tenía alcance, pero en ningún momento se estableció una sanción para quienes no cumplieran con ellos, lo cual estaría conllevado a un cumplimiento parcial en la implementación de dichos portales, es decir, las autoridades en este caso, las locales, no se sienten obligadas o cumplir la norma y por lo tanto simplemente se la acata pero de manera parcial.

3.2.3. Portales de Transparencia en el “Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”

Se sabe que una municipalidad es una institución con muchas dependencias puesto que la atención a este artículo es de total importancia, ya que solo un trabajo de interdependencia coordinada entre funcionarios podrá permitir el cumplimiento de la ley.

Obligaciones del Funcionario responsable del Portal de Transparencia

Al respecto podemos encontrar reseñadas en el Art. 8° dichas obligaciones: “*Son obligaciones del funcionario responsable del portal de Transparencia, las siguientes:*

1. *Elaborar el portal de la entidad, en coordinación con las dependencias correspondientes;*
2. *Recabar la información a ser difundida en el Portal de acuerdo con lo establecido en los artículos 5° y 25° de la Ley; y,*
3. *Mantener actualizada la información contenida en el Portal, señalando en él, la fecha de la última actualización.”*

Información publicada en el Portal de Transparencia:

Siendo de especial importancia la información que se exhibe en dichos portales el Art. 9° señala al respecto:

“La información difundida en el Portal en cumplimiento de lo establecido en la Ley, es de conocimiento público.

El ejercicio del derecho de acceso a dicha información se tendrá por satisfecho con la comunicación por escrito al interesado de la página web del portal que la contiene, sin perjuicio del derecho de solicitar las copias que se requiera.

La actualización del portal deberá realizarse al menos una vez al mes, salvo los casos en que la Ley hubiera establecido plazos diferentes”.

En cuanto a la actualización mensual de la información podría sonar muy espaciado teniendo en cuenta la rapidez y actualización diaria que tienen los portales de internet.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- En un país con un notable crecimiento económico es imperante que este ande de la mano de un crecimiento tecnológico y además de una aplicación de este a las instituciones del Estado, pues esto contribuirá en un mejor crecimiento económico, desarrollando un mejor gobierno con rasgos modernos como son la Transparencia de sus actos y la interacción de los gobernantes y gobernados, Transparencia que no solo debe ser usada a través de las redes sociales cuando los candidatos políticos se encuentran en campaña sino que una vez en el poder continúen con este acercamiento pero esta vez cumpliendo la norma legal es decir un acercamiento ya no tan informal como lo manejan la redes sociales, sino que también puedan dar cuenta de sus actos a través de los portales de transparencia, mostrando datos, cifras actualizadas y manteniendo la comunicación con sus electores, a los cuales finalmente ellos representan.

SEGUNDA.- De la Observación a los portales de transparencia de las distintas Municipalidades del departamento de Tacna podemos observar que no se percibe un buen manejo de la información, es decir la información está plenamente dispersa y no se puede notar una organización de ella a largo plazo, es por eso que se recomienda que los gobiernos locales hagan los ajustes necesarios para que se puedan construir bancos o bases de datos públicos, a fin de que estos puedan albergar la información a través del tiempo de una manera ordenada y concatenada, todo esto con la finalidad que en el futuro se pueda acceder de una manera sencilla y eficaz,

TERCERA.- Se debe considerar la posibilidad de proponer y redefinir las deficiencias de la Ley de Transparencia, como uno de los factores principales de solución al problema debido a que esta, si bien es cierto contempla la implementación de los llamados portales de transparencia, sin embargo no señala de manera clara, sanciones o multas para quienes no cumplan con ellas ni hace responsable a ninguna institución u organismo para el control o supervisión de estos, dejando así, una puerta abierta para la informalidad existente en la implementación y actualización de estos portales, para lo cual proponemos el siguiente proyecto ley, a efecto de que se modifique la

actual Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO NORBERTO.1986. El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México DF -México pp. 66
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Libertad de expresión y acceso a la información pública. Lima : Comisión Andina de Juristas. Primera edición. 2002. Pág. 175.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Portal de Internet - Boletín Mexicano de Derecho Comprado [En línea]. Disponible en <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3778/4687> > [Consulta: 17 Julio 2018].
- Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional de México [En línea]. Disponible en <<http://administracion.cinvestav.mx/Portals/0/SiteDocs/SPlaneacion/CGSTIC/Publicaciones/GobiernoElectronico.pdf> > [Consulta: 15 Julio 2018].
- RIVERA URRUTIA, Eugenio. Concepto y problemas de la construcción del gobierno electrónico. Artículo alojado en el Portal de Gestión y Política Publica [En línea]. Disponible en <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XV_No.II_2dosem/Eugenio_Rivera.pdf> [Consulta: 15 Julio 2018].

LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE: UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL MEXICANO

THE SUPPLY OF THE DEFICIENT COMPLAINT:
A MEXICAN CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

* **Abg. Juan Manuel
Corrales Ramos**

Abogado por la Universidad Católica San Pablo - Arequipa, especialista en derecho público y egresado de la Maestría en Gestión Pública por la Universidad Católica de Santa María - Arequipa.

SUMARIO

- I. - ANTECEDENTES JURÍDICOS.
- II. - CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.
- III. - ALCANCES DEL PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. 3.1. Suplencia de error. 3.2. Suplencia de la queja deficiente en sentido estricto. 3.3. Suplencia de los agravios formulados en los recursos.
- IV. - LÍMITES AL PRINCIPIO DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.
- V. - CONCLUSIÓN.
- VI. - BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS CLAVES

Suplencia de la queja deficiente. Suplencia de error. Suplencia de la queja deficiente en sentido estricto. Suplencia de los agravios formulados en los recursos. Suplencia de la deficiencia procesal.

I. ANTECEDENTES JURÍDICOS.

En la doctrina mexicana existe una atizada controversia sobre los antecedentes de la suplencia de la queja deficiente. Por lo que lograr determinar cuál es el primer dispositivo legal que hace referencia a este principio, no sólo nos va a permitir descubrir sus orígenes, sino también comprender su evolución y seguramente su estructura conceptual.

Edgar Carpio siguiendo a Fernando De Vega, considera que el antecedente de dicho principio se encuentra en el artículo 42 de la Ley Orgánica de 1882, reglamentaria de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, a tenor del cual se establecía que: *“La Suprema Corte y los Juzgados de Distrito, en sus sentencias, pueden suplir el error o la ignorancia de la parte agraviada, otorgando el amparo por la garantía cuya violación aparezca comprobada en autos aunque no se haya mencionado en la demanda.”*¹ Según Gerardo Eto Cruz, tanto Alfredo Gutiérrez Quintanilla y Alfonso Noriega tienen criterios

similares, éste último afirma que es en la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, promulgada en 1882, en la que aparece por primera vez una institución que permite la suplencia o corrección del error, que sin duda, fue la precursora de la suplencia de la queja deficiente.²

Sin embargo, nosotros consideramos que lo que se señala en el artículo 42 de la Ley Orgánica de 1882, reglamentaria de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, más que una suplencia de la queja deficiente en sentido estricto, es una versión mal orientada, extraña o incompleta de la suplencia de error. Y, por lo tanto, ni en el dispositivo legal antes señalado ni en las leyes orgánicas de amparo de 1861, 1869, 1857 y 1882 se encuentran vestigios claros sobre la suplencia de la queja deficiente, así como tampoco en los Códigos de Procedimientos federales o civiles de 1897 y 1908 respectivamente.

¹ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo: Un análisis comparativo. En Castañeda S. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Tomo II*. Lima, Perú: Jurista Editores. (p. 689).

² Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica. (pp. 9-10).

Ante tal imprecisión, el criterio jurídico que postulamos prefiere orientar su tesis bajo la idea de que el desarrollo de la suplencia de la queja deficiente es como a continuación se señala.

Se sabe que la historia constitucional del pueblo mexicano, se traduce de manera estricta en: la Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, la Constitución Centralista o de las siete leyes de 1835, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 y finalmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Precisamente, cuando entra en vigencia la primera versión de la última Carta Magna mexicana el 5 de febrero de 1917, se nos muestra como un criterio novedoso dentro del marco jurídico mexicano el principio de la suplencia de la queja deficiente. El mismo Juventino Castro afirma que no ha llegado a encontrar un texto legal, nacional o extranjero, que en forma directa la anteceda, o principios jurídicos previos que la fundamenten, por lo que es preciso concluir que el Constituyente mexicano de 1917 es el creador de la suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo.³

Por lo tanto, el primer razonamiento jurídico sobre la suplencia de la queja deficiente, se entiende alojado en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución de 1917. El texto fue siguiente: “... *La Suprema Corte, no obstante esta regla, podrá suplir la deficiencia de la queja en un juicio penal, cuando encuentre que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley, que lo ha dejado sin defensa o que se le ha juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso, y que sólo por torpeza no se ha combatido debidamente la violación*”.⁴ Entonces, se entiende que a pesar de que “*la sentencia (...) sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja...*”⁵ la Suprema Corte mexicana concibe, que sólo en los juicios penales y ante la necesidad de

subsanan el derecho vulnerado del quejoso, al haber sido dejado sin defensa o haber sido juzgado por una ley que no es aplicable a su caso, será posible aplicar la suplencia de la queja deficiente como remedio inmediato ante tales condiciones. Gerardo Eto Cruz hace una reflexión sobre una de las particularidades de este dispositivo constitucional y dice: consideramos que las razones que movieron al constituyente mexicano (aunque no exista prueba de ello) para establecer la exclusividad del uso de la suplencia de la queja deficiente en materia penal, parten de un lado, de ese fin proteccionista de los bienes jurídicos relevantes que justamente persiguen al proceso penal, (y que son de naturaleza fundamentalista, tales como, la libertad, la vida, entre otros) y, de otro, la ausencia de formalismos en ese tipo de proceso y que, por el contrario, constituye requisito indispensable para los demás procesos ordinarios.⁶ En cambio, para otros como Alfredo Martínez López, ni del Diario de Debates del Congreso Constituyente mexicano que aprobó la Constitución de 1917, donde se discute la cláusula constitucional que incorpora la figura de la suplencia de la queja deficiente, se advierte una exposición donde se justifique las razones de su inclusión.⁷ Sin embargo, nosotros creemos que las razones fueron un reflejo natural del valor preeminente que se le debe de dar a los derechos y más aún a los derechos fundamentales. Entender que las estructuras procesales no pueden convertirse en fórmulas rígidas que garanticen la violación al derecho de defensa o que permitan la no reivindicación del derecho realmente vulnerado, constituyen un quiebre fundamental en favor del bien jurídico que en el fondo se entiende como lo más importante.

Así fue el inicio de esta noble figura jurídica, que con el tiempo sufriría algunas reformas y reglamentaciones que le permitirían enriquecer su estructura y ampliar sus horizontes.

El 19 de febrero de 1951 se llevó a cabo la primera reforma de la Constitución Política de 1917, donde el artículo 107 fracción II párrafo tercero y cuarto relacionado a la suplencia de

³ Castro, J. (2003). *Justicia, Legalidad y la Suplencia de la Queja*. México: Porrúa. (p. 3).

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917. Fracción II.

⁵ Ídem.

⁶ Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo II...*, cit., (pp. 13-14).

⁷ Íbidem. p. 14.

la queja deficiente, señalaban lo siguiente: “*podrá suplirse la deficiencia de la queja, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Podrá también suplirse la deficiencia de la queja en materia penal y la de la parte obrera en materia de trabajo, cuando se encuentre que ha habido en contra del agraviado, una violación manifiesta de la ley, que la ha dejado sin defensa, y en materia penal, además, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso*”.⁸ Luego, el 2 de noviembre de 1962 se emite un Decreto por el que se adiciona un párrafo final a la fracción II del artículo 107 Constitucional que ha a la letra dice así: “*En los juicios de amparo en que se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos y a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a las ejidatarios y comuneros, deberá suplir la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria; y no procederán el desistimiento, el sobreseimiento por inactividad, ni la caducidad de la instancia, cuando se afecten derechos de los ejidos o núcleos de población comunal*”.⁹ Pasaron los años y el 20 de marzo de 1974, se tomó la decisión de agregar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción II del artículo 107 lo siguiente: “*Podrá suplirse la deficiencia de la queja en los juicios de amparo contra actos que afecten derechos de menores o incapaces...*”.¹⁰ Algo especial sucede el 7 de abril de 1986 cuando se logra reformar la fracción II del artículo 107 cuyo texto queda establecido de la siguiente manera: “*... En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta*

Constitución...”.¹¹ Como se puede observar, la novedad que introduce el legislador mexicano por medio de este Decreto es que se deja a consideración de lo establecido en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los criterios de aplicación de la suplencia de la queja deficiente. Finalmente; el 6 de junio del 2011 se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del artículo 107. Debemos mencionar, que el texto que se dispuso en aquella ocasión, respecto a la suplencia de la queja deficiente, es la misma que podemos observar hoy en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 cuyo contenido vigente obedece a la última reforma publicada el 29 de enero de 2016. Motivo por el cual, y obedeciendo a ciertos criterios prácticos, mencionaremos solamente los aspectos más importantes del II párrafo del artículo 107, y dice lo siguiente: “*Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado (...) En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo a lo que disponga la ley reglamentaria...*”.¹²

Con el propósito de generar una visión lo suficientemente transparente sobre la suplencia de la queja deficiente, el panorama legal nos obliga a tomar como premisa lo suscrito en las últimas líneas del párrafo anterior. Es así que la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013, y cuyo texto vigente data del 15 de junio de 2018, nos describe en su artículo 76 lo siguiente: “*el órgano jurisdiccional, deberá corregir los errores u omisiones que se advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrá examinar en su*

⁸ Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, (lunes 15 de febrero de 1951). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

⁹ Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (viernes 2 de noviembre de 1962). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

¹⁰ Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (miércoles 20 de marzo de 1974). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

¹¹ Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (lunes 7 de abril de 1986). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

¹² Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (lunes 6 de junio de 2011). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 sujeta a su última reforma del 29 de enero de 2016 [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.”¹³ El artículo en mención, y esto bajo nuestro criterio, guarda en sus primeras líneas una proximidad conceptual a la suplencia de error. Nuestro análisis se desprende, del error u omisión en la que puede caer el demandante al exigir o por el contrario no exigir la reivindicación de alguna norma constitucional o legal de la que se piense o se sienta vulnerado. Sin embargo, en la segunda parte de este mismo articulado se genera la posibilidad de hacer un análisis global de todos los conceptos de violación o agravio que se pueda desprender del caso en particular, así como un abanico de razones lógicas por las que el razonamiento de las partes en el planteamiento de la demanda padezca de algún defecto. Sentimos que es en este punto, de manera estricta, donde la suplencia de la queja deficiente juega su papel, es decir; a nivel de la pretensión en general, exceptuándose claro los fundamentos de hecho.

Bajo el criterio de la misma disposición legal, pero esta vez en su artículo 79, se determina cuáles son los casos en que la autoridad que conozca de un juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios. Los casos que se contemplan son los siguientes:

- I. *“En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales que han sido consideradas inconstitucionales (...).”*
- II. *En favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia.*
- III. *En materia penal: En favor del inculpado o sentenciado, y en favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente.*
- IV. *En materia agraria: En los casos a los que se refiera la fracción III del artículo 17 de esta Ley, la misma que señala:*

“el plazo para presentar la demanda de amparo es de quince días, salvo (...) cuando el amparo se promueva contra actos que tengan o puedan tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios a los núcleos de población ejidal o comunal, en que será de siete años, contados a partir de que, de manera indubitable, la autoridad responsable notifique el acto a los grupos agrarios mencionados (...).”¹⁴

Así mismo, a favor de los ejidatarios y comuneros en particular, cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agrarios. En estos casos deberá suplirse la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios.

V. *En materia laboral, en favor del trabajador, con independencia de que la relación entre el empleador y empleado esté regulada por el derecho laboral o por el derecho administrativo.*

VI. *En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación evidente de la ley que lo haya dejado sin defensa por afectar los derechos previstos en el artículo 1 de esta Ley. En este caso la suplencia sólo operará en lo que se refiere a la controversia en el amparo, sin poder afectar situaciones procesales resueltas en el procedimiento en el que se dictó la resolución reclamada.*

Es importante mencionar que el artículo 1 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala lo siguiente:

*“el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:
Por normas generales, actos u omisiones*

¹³ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Artículo 76. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamp.htm>

¹⁴ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Fracción III del Artículo 17. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Por normas generales, actos u omisiones de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”.¹⁵

VII. *En cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio.*

En los casos de las fracciones I, II, III, IV, V y VII de este artículo la suplencia se dará aún ante la ausencia de conceptos de violación o agravios.

La suplencia de la queja por violaciones procesales o formales sólo podrá operar cuando se advierta que en el acto reclamado no existe algún vicio de fondo”.¹⁶

Al hacer el análisis de este último criterio normativo, se nos revelan algunas cuestiones bastante importantes. Primero: la gama de materias en las que la suplencia de la queja deficiente puede ser aplicada (penal, laboral, agraria) o en cualquier materia siempre que

el acto reclamado se funde en normas generales que han sido consideradas inconstitucionales o que haya una violación evidente de la ley que lo haya dejado sin defensa ante la violación de los derechos humanos, la restricción de la soberanía de los Estados o el quebrantamiento de las garantías otorgadas por la Constitución. Segundo: que su aplicación no sólo es una gracia que se restringe al quejoso (menores o incapaces, ofendido o víctima, ejidatarios o comuneros en particular, al trabajador o aquel que vive en condiciones de pobreza o marginación) sino que también, y esto de manera exclusiva en materia penal, al inculcado o sentenciado. Tercero: que la suplencia de la queja deficiente es esencialmente un remedio de fondo, que solamente es aplicable a temas de forma, cuando no subyace en ella un problema de hondo cuestionamiento.

II. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.

Después de este recorrido histórico-normativo de la suplencia de la queja deficiente, se hace necesario exponer algunos criterios conceptuales que se manejan a nivel de doctrina.

En Edgar Carpio, Alfonso Trueba Urbina señala: la suplencia de la queja deficiente es una facultad otorgada a los jueces para imponer, en ciertos casos, el restablecimiento del derecho violado sin que el actor o quejoso haya reclamado de modo expreso la violación. Entonces, ella está vinculada a aquel capítulo de la teoría general del proceso en torno a la extensión y límites del poder de los jueces y a los principios a los que se encuentra sujeto el proceso. Mientras que para Héctor Fix-Zamudio es evidente que cuando surgió la suplencia de la queja deficiente, ésta se construyó de espaldas a la entonces joven corriente científica del derecho procesal, es decir; como un medio que, con independencia de las formas, asegurara una efectiva protección de los derechos constitucionales del afectado.¹⁷

¹⁵ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Artículo 1 [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

¹⁶ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Artículo 79. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

¹⁷ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (p. 699).

Continúa el autor y afirma, que la suplencia de la queja deficiente consiste en la corrección por el juez del amparo, de las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el promovente al formular su demanda, protegiendo a la parte débil en el proceso y evitando la aplicación de leyes inconstitucionales.¹⁸ Para Samuel Abad Yupanqui, la suplencia de la queja deficiente permite una activa participación del juzgador quien de percatarse que la demanda es deficiente deberá enmendar el error. Con ello se pretende que el juez de amparo subsane las deficiencias u omisiones presentadas y evite declarar constantes nulidades procesales.¹⁹ Para Ignacio Burgoa y Carlos Senisse Anampa suplir la deficiencia de la queja implica no ceñirse a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, sino que, para conceder al quejoso la protección federal, el órgano de control puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados.²⁰ Mientras que Ayala Santos precisa que, la suplencia de la queja es una figura procesal del juicio de amparo, con fundamento en la Constitución; que asume un carácter proteccionista, antiformalista y discrecional; que debe estimarse como excepcionalmente obligatoria, y que faculta a los tribunales de amparo para integrar las omisiones totales o parciales de los conceptos de violación o de los agravios y para subsanar los errores en que incurre el quejoso al expresarlos, así como de aquellos actos procesales que la ley permite, siempre a favor y nunca en perjuicio del quejoso, en la forma y términos que señala la ley de la materia.²¹ Por otro lado, Fenochietto-Arazi en Eto Cruz señala, que el juez debe calificar los hechos expuestos por las partes y la relación sustancial, prescindiendo de la calificación efectuada por los litigantes. Debe determinar la causa petendi y siempre que no se aparte de los hechos afirmados ni modifique su objeto, puede otorgar lo pedido

sobre la base de una calificación de la causa distinta a la que hicieron las partes.²² Mientras tanto, Gerardo Eto Cruz señala que en la suplencia de la queja deficiente el concepto puede estar totalmente omitido o imperfectamente desarrollado; o que la cita de la garantía constitucional violada, pueda faltar totalmente. Por lo que al suplirse la queja deficiente se construye total o parcialmente el concepto que no aparece en la demanda. Mientras que la suplencia del error se debe a una imperfección de estilo; la suplencia de la queja deficiente a una imperfección de fondo. En la primera existe concepto de violación, en la segunda falta total o parcialmente, y siempre constituye omisión.²³

Como se puede observar, los criterios que se manejan en la doctrina no son uniformes. Los esfuerzos conceptuales, parecen verse mutilados, contradictorios e imprecisos. Estas son las razones que nos motivan a formular una imagen más ordenada y clara de la suplencia de la queja deficiente.

Entonces, la suplencia de la queja deficiente es una figura jurídica que faculta al juez de amparo a subsanar la violación o agravio de algún derecho que, por error u omisión, nunca se solicitó su reivindicación, o si se hizo, seguramente adolecería de serias deficiencias al momento de ser consagrado en los fundamentos de derecho. Estas ausencias o carencias que el error o la omisión podían generar, también eran susceptibles de producirse a nivel del petitorio. En ambos casos, el juez estaría en la obligación de corregirlas. Por lo que hará valer oficiosamente cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados, con el objeto de proteger los derechos reconocidos en el artículo 79 de la Ley de Amparo que reglamenta los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se vean

¹⁸ Fix-Zamudio, H. (1963). *El Juicio de Amparo*. México: Porrúa. (p. 403).

STC Exp. N° 05761-2009-HC, del 13 de mayo de 2010, F.J. 17.

¹⁹ Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo* (2da ed.). Lima: Gaceta Jurídica. (p. 189).

²⁰ Burgoa, I. (1999). *El Juicio de Amparo* (35ª ed.). México: Porrúa. (p. 300).

Senisse C. (2013). *El principio de suplencia de queja deficiente*. Lima: Gaceta Procesal Constitucional, N° 21. (p. 19).

STC Exp. N° 05761-2009-HC, del 13 de mayo de 2010, F.J. 17.

²¹ Santo G. (1970). La Suplencia de la deficiencia de la Queja en materia de Amparo. En *Anales de Jurisprudencia Tomo 141*. México. (p. 70).

STC Exp. N° 05761-2009-HC, del 13 de mayo de 2010, F.J. 17.

²² Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo II...*, cit., (p. 17).

²³ Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica. (p. 18).

vulnerados. Como se habrá podido observar, nosotros creemos que la presencia de la suplencia de la queja deficiente es a nivel de toda la pretensión (suplencia de error y suplencia de la queja deficiente en sentido estricto), exceptuando a los fundamentos de hecho que se mantienen inmaculados frente al poder del juez. Pero también el juez de amparo tiene la posibilidad de aplicar la suplencia de la queja deficiente a nivel de los recursos impugnatorios (suplencia de los agravios formulados en los recursos). No olvidemos que la suplencia de la queja deficiente es un instituto jurídico básicamente de orden constitucional. Aplicable en distintas materias, lo que parcializará el ejercicio de sus facultades en los distintos niveles del proceso, además tendrá influencia en el sujeto procesal que se verá beneficiado y que no siempre será el quejoso. Cuando sea necesaria su participación puede ser a nivel de la forma, pero si existe un cuestionamiento a nivel de fondo, los criterios formales no podrán operar, bajo el análisis de que siempre es preferible la protección de un derecho fundamental a las meras cuestiones de forma. Esto último, también en conformidad con el artículo 189 de la Ley de Amparo que reglamenta los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde se estipula: “(...) *En todas las materias, se privilegiará el estudio de los conceptos de violación de fondo por encima de los de procedimiento y forma, a menos que invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso (...)*”.

III. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.

En este apartado haremos mención a dos puntos muy importantes. Primero: A la posibilidad que tiene el principio de suplencia de la queja deficiente de ir más allá de lo permitido por el principio de congruencia. Y segundo: a la gama de posibilidades que tiene de poder actuar dentro del desarrollo del proceso.

Entonces; en el primer punto, la

suplencia de la queja deficiente constituye una excepción al principio de congruencia, porque según la tesis N° 49/1996 citada por Edgar Carpio, el Tribunal Supremo Mexicano señala que la suplencia de la deficiencia de la queja se aparta del principio de estricto derecho (que en México es la denominación que se le da al principio de congruencia de las sentencias), permitiendo al juzgador llegar, válidamente, hasta la integración total del concepto o agravio omiso. Esto ha generado ciertos reparos como los que aduce Luis Bazdresch a los cuales Edgar Carpio Marcos hace referencia en los siguientes términos: los alcances de la suplencia de la queja, sólo deja a la iniciativa del particular el inicio del proceso, pero no su desarrollo e inclusive el resultado (aunque se encuentre limitado por el hecho de que necesariamente tenga que favorecer al reclamante), no es un tema pacífico, pues su aplicación puede comprometer, y muy sensiblemente, al principio de congruencia de las sentencias, al derecho de defensa así como el derecho al juez imparcial.²⁴ Es que la suplencia de la queja permite al Juez disponer sobre los términos de la pretensión, el acto que causa agravio, así como de los fundamentos mismos de la lesión del derecho constitucional. Y si en México ello se ha aceptado, (...) es porque la suplencia de la queja allí se encuentra constitucionalizada...²⁵ Evidentemente esa no es toda la razón, porque también debemos recordar, que sus facultades están reguladas por una ley. Lo que sucede es que esa ley es de amparo y su propósito es lograr la invulnerabilidad de los derechos fundamentales que son inherentes a la persona fin último de las ciencias jurídicas. El segundo punto hace referencia a que bastante doctrina termina por señalar que la suplencia de la queja deficiente ha sufrido diversas reformas, que finalmente han concluido en albergar en su seno a tres sub-principios: la suplencia de error, la suplencia de queja deficiente en sentido estricto y la suplencia de los agravios formulados en los recursos.

Este criterio es compartido por Edgar Carpio en García Chávarri, cuando señala que la figura mexicana de la suplencia de la queja

²⁴ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (pp. 703-704).

²⁵ Ibidem. (p.725).

comprendería tres formulaciones: la suplencia de error, que surge ante la identificación equivocada del derecho fundamental presuntamente no respetado. La suplencia de la queja en sentido estricto, que permite al juzgador el análisis del conjunto de actos lesivos errónea o imperfectamente expuestos, lo que bajo nuestro criterio, llevaría a una correcta formulación del petitorio; y la tercera, la posibilidad de suplir aquellos errores en que haya incurrido el demandante al interponer diversos medios impugnatorios.²⁶ Todas las facultades que acabamos de precisar, se ejecutan bajo el manto de la suplencia de la queja deficiente. Por lo que se puede concluir, que los otros “sub- principios” han perdido su identidad para contribuir con el fortalecimiento de la naturaleza individual del principio de suplencia de la queja deficiente.

a. Suplencia de error.

El desarrollo jurídico de la suplencia de error, se inicia con la última de las tres Leyes de Amparo que rigieron durante la vigencia de la Constitución Federal de 1857. Es así que el artículo 42 de la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 o Ley de Amparo del 14 de diciembre de 1882 señala de manera novedosa lo siguiente: “*La Suprema Corte y los Juzgados de Distrito, en sus sentencias pueden suplir el error o la ignorancia de la parte agraviada, otorgando el amparo por la garantía cuya violación aparezca comprobada en autos, aunque no se haya mencionado en la demanda.*”²⁷ Del mismo criterio es Alfonso Noriega cuando señala en el texto de Abad Yupanqui que, la suplencia de error data desde la Ley de 1882, por lo que este es el antecedente de la suplencia de la queja deficiente.²⁸

Posteriormente, ideas parecidas fueron reproducidas en el artículo 824 del Código de procedimientos federales de 1897

y el código Federal de Procedimientos Civiles mexicano de 1908, es así; que Ortega Zurita señala que en estas disposiciones normativas se reprodujo la facultad de la suplencia del error de la garantía invocada por el quejoso, otorgando el amparo por la que realmente apareciera violada, pero agregándose expresamente que sin cambiar el hecho expuesto en la demanda en ningún caso, ni alterar el concepto del segundo párrafo del artículo 780, precepto este último en que se prescribía la obligación del quejoso de expresar la fracción que de acuerdo con el diverso artículo 745 le servía de fundamento a su queja.²⁹

Pero como sabemos, la suplencia de error, hoy se encuentra regula en las primeras líneas de artículo 76 de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “*el órgano jurisdiccional, deberá corregir los errores u omisiones que se advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados (...)*”.

Ahora, sujetos al rigor del concepto, muchos han intentado formular una imagen precisa de la suplencia de error, entre estos tenemos al Tribunal Supremo Federal, este señala que la suplencia de error opera en todos los casos, situaciones y sujetos, incluyendo los que no admiten la suplencia de la queja, en el sentido de que su aplicación no se circunscribe a la corrección del error en la cita de los preceptos constitucionales o legales, sino que con mayor amplitud, la suplencia ante el error procede, inclusive, cuando no se cite ningún artículo constitucional o legal, siempre que el recurrente dé los argumentos lógico jurídicos necesarios o aptos para que el juzgador (como conocedor del derecho que es), se pronuncie al respecto.³⁰

Edgar Carpio señala que la suplencia del error consiste en la facultad-deber del Juez del Amparo para corregir los errores u

²⁶ García, A. (2012). La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión. En Sosa, J. (Coord.). *Compendio de Instituciones Procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. (p. 42).

²⁷ Morales, A. (S.f.). *Las Leyes de Amparo en el Siglo XIX. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/195/ntj/ntj10.pdf>

²⁸ Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo* (2da ed.). Lima: Gaceta Jurídica. (p. 190).

²⁹ Ortega, H. (1995). *La Suplencia de la Deficiencia de la Queja en el Juicio de Amparo* (1ª Reimpresión). México: Cárdenas. (p. 341).

³⁰ Tesis P. /J. 49/1996. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV. Agosto de 1996. pp. 58-59. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 12 de abril de 2015. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/917/917957.pdf>

equivocaciones en los que el reclamante incurra en todos aquellos casos en los que haya efectuado una equívoca identificación del derecho constitucional violado (“garantía”, como se denomina en México), o bien del precepto constitucional que lo contenga, sin cambiar los hechos o conceptos de violación expuestos en la demanda.³¹ Según García Chávarri, en el derecho mexicano se distingue la suplencia de error de la suplencia de la queja. La primera tiene que ver con la facultad del juez de suplir la equivocación en la que habría incurrido el demandante al mencionar el derecho fundamental presumiblemente vulnerado.³² Para Ignacio Burgoa, la suplencia del error está referida a la incorrecta aplicación del derecho constitucional cuya afectación se alega.³³ Señala Héctor Fix-Zamudio, se tenía en la corrección del error una vía para remediar o complementar las deficiencias en que hubiesen incurrido los promoventes del amparo en sus respectivas demandas (...) la corrección del error es de carácter formal y tiene por objeto evitar que por una cita equivocada del precepto fundamental que se invoca, deje de estudiarse la violación realmente cometida. Esta disposición obedece a la necesidad de no encerrar al juzgador dentro de un círculo de estrechísimo formalismo y con mayor razón en el Estado actual de desarrollo de la doctrina procesal, en que se ha impuesto la tendencia de otorgar al juez mayores facultades, para no dejar la materia del proceso abandonado por completo a las partes inclusive en el campo tradicionalmente considerado como de carácter dispositivo.³⁴

Nosotros creemos, que por medio de la suplencia de error, el juez de amparo se encarga de corregir los errores u omisiones que se adviertan en los fundamentos de derecho al momento de citar algún precepto constitucional o legal. Rompe justificadamente los esquemas de la formalidad procesal, ya que su fin último es

no desatender los verdaderos derechos transgredidos de las personas, pero además es aplicable no sólo a los particulares, sino que también a las autoridades responsables. Viene a cumplir la misma función que el iura novit curia de nuestra legislación. Y hoy se constituye como parte de la suplencia de la queja deficiente. Samuel Abad Yupaqui también comparte la idea de que la suplencia de error alude, valga la redundancia, al error del demandante en la cita del derecho constitucional vulnerado, y que entre nosotros se resuelve a través del principio iura novit curia.³⁵

Finalmente, y esto parafraseando a Edgar Carpio, es sumamente importante advertir que la doctrina es unánime en señalar que el espacio jurídico que hoy ocupa la suplencia de error es la de un sub-principio de la suplencia de la queja deficiente³⁶ A pesar de que temporalmente sus inicios normativos sean anteriores al de la suplencia de la queja deficiente.

b. Suplencia de la queja deficiente en sentido estricto.

Edgar Carpio señala que, se trata de una facultad que se otorga a los órganos jurisdiccionales competentes para examinar en su conjunto los agravios y conceptos de violación, de modo tal; que a pesar de que el quejoso, en su demanda, no haya planteado o reclamado una cierta violación constitucional, sin importar que esa violación no se haya considerado e incluido en la litis del proceso; no obstante que el quejoso no lo haya mencionado en sus alegatos; el tribunal de amparo al momento de sentenciar (de plano y sin forma de sustanciación), podrá o deberá, según sea el caso, suplir ese defecto o deficiencia de la queja, otorgando la protección constitucional por una razón o por un hecho que nunca se conoció y examinó en el proceso.³⁷

Según García Chávarri la suplencia de la

³¹ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (p. 701).

Senisse C. (2013). *El principio de suplencia de queja deficiente...*, cit., (p. 19).

³² García, A. (2012). La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión..., cit., (p. 41).

³³ Burgoa, I. (1999). *El Juicio de Amparo...*, cit., (p. 300).

³⁴ Fix-Zamudio, H. (1963). *El Juicio de Amparo...*, cit., (p. 292).

³⁵ Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo...*, cit., (p. 189).

³⁶ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (p. 701).

³⁷ *Ibidem.* (p. 702).

Senisse C. (2013). *El principio de suplencia de queja deficiente...*, cit., (p. 19).

queja deficiente, con el límite de la improcedencia, le permite al juez la posibilidad de suplir las deficiencias o imperfecciones de razonamiento en las que haya caído por error o ignorancia el mencionado demandante al presentar su demanda.³⁸ Ignacio Burgoa, también coincide que la suplencia de la queja no opera cuando el amparo es improcedente por cualquier causa constitucional, legal o jurisdiccional, ya que no tiene el alcance de sustituir o de obviar tal improcedencia.³⁹

Respecto a todo lo que se ha mencionado en este punto, sólo nos queda decir que; constituye una exageración pretender que el juez del amparo otorgue protección constitucional por una razón o por un hecho que nunca se conoció en el proceso; lo que implicaría que la suplencia de la queja deficiente tendría influencia sobre los fundamentos de hecho. Esta afirmación es bastante peculiar, porque lo que se estaría tratando de decir, es que cabría la posibilidad, en el mejor de los casos, de poder completar las afirmaciones o, mucho peor, inventarlas, para lograr alcanzar las consideraciones jurídicas que se pretenden. Y sí, es cierto que tiene como límite a la improcedencia, pero de esto hablaremos más adelante.

c. Suplencia de los agravios formulados en los recursos.

Edgar Carpio, con bastante criterio; define a la suplencia de los agravios formulados en los recursos, como aquel que permite al juez suplir los errores en los agravios que haya incurrido la parte reclamante al momento de interponer los diversos medios impugnatorios (revisión, queja y reclamación) que se han previsto en el juicio de Amparo.⁴⁰ De similar criterio es Samuel Abad cuando dice que la suplencia no se restringe a la demanda, sino que también abarca a los recursos.⁴¹ Y también Carlos Mesía, al señalar que la suplencia de la queja comprende la reparación de los errores o deficiencias de la parte

reclamante al momento de interponer cualquier medio impugnatorio.⁴²

Pero como es obvio, los criterios que envuelven las propuestas conceptuales van variando de autor en autor. Así, por ejemplo; Ignacio Burgoa tiene una mirada menos positiva sobre la suplencia de los agravios formulados en los recursos, él nos dice que la suplencia no incide en los recursos, sino en los agravios que ellos puedan anidar, y tiene la finalidad de revocar la resolución que se impugna. De ahí que no resulte viable que el juez supla los agravios del medio impugnatorio cuando el que se haya interpuesto sea improcedente o haya sido formulado extemporáneamente.⁴³

Sin embargo, cabe precisar que si nos regimos de manera estricta a la fracción IV del artículo 79 de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo en materia agraria “...deberá suplirse la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios...”, aunque no debemos descartar el valioso criterio doctrinario, de querer aplicar la suplencia de los agravios formulados en todos los casos, por ser coherente en la búsqueda de un proceso libre de excusas para la protección o reivindicación del derecho lesionado.

IV. LÍMITES AL PRINCIPIO DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.

Parte de la doctrina ha reflexionado sobre una serie de principios y derechos que vendrían siendo vulnerados al aplicar la suplencia de la queja deficiente en el proceso de amparo. Entre estos podemos mencionar: al principio de congruencia, al principio de definitividad, al principio de la relatividad de las sentencias de amparo, al derecho de defensa y al derecho al juez

³⁸ García, A. (2012). La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión..., cit., (p. 41).

³⁹ Burgoa, I. (1999). *El Juicio de Amparo...*, cit., (p. 105).

⁴⁰ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (p. 704).

⁴¹ Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo...*, cit., (p. 189).

⁴² Mesía, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional. Tomo I* (4ª Ed.). Lima: Gaceta Jurídica. (p. 95).

⁴³ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (p. 705).

imparcial. Sin embargo, debemos decir que ninguno de ellos generó mayores discusiones, porque se entendió que del principio del que se hablaba era uno de orden constitucional y que a pesar de que algunos de los otros principios y derechos mencionados también lo eran, no podía generarse un conflicto de derechos y más aún si lo que se venía buscando era contribuir con el control de la constitucionalidad y la convencionalidad de ciertos actos, omisiones y normas generales. Con esto queremos decir, que no tiene porqué convertirse en regla general, la vulneración de alguno de estos principios o derechos, cuando el juez hace uso de la suplencia de la queja deficiente.

En Gerardo Eto Cruz el magistrado Ignacio Vallarta señala; si aun en los juicios comunes el oficio del juez implica suplir ciertas faltas de las partes, y esto; a pesar de que nuestra jurisprudencia ordinaria dista mucho de consagrar las formulas solemnes en los juicios de que tanto mérito hacían. En el amparo, recurso constitucional que tiene fines más altos que los juicios comunes, no era posible encerrarse en aquel rigorismo antiguo sin desconocer por completo la naturaleza de esta institución.⁴⁴

Sin embargo, hay algo que sí constituye un límite para la aplicación de la suplencia de la queja deficiente: las causales de improcedencia. La doctrina y entre ellos Edgar Carpio son unánimes en reconocer que la suplencia de la queja procede siempre y cuando no esté afectada por alguna causal de improcedencia.⁴⁵ Aún con más precisión, Ignacio Burgoa señala que, en un amparo improcedente no se puede cumplir la obligación de suplencia por el órgano de control, pues sólo es susceptible de desempeñarse en cuanto a la cuestión constitucional planteada. (...) La suplencia obligatoria no autoriza al juzgador del amparo para salvar ninguna causa de improcedencia.⁴⁶ Samuel Abad, también concuerda con lo dicho anteriormente, y

dice que ésta institución concede al juez la potestad de suplir las deficiencias en que incurra la demanda de amparo pero no lo autoriza a superar una causal de improcedencia.⁴⁷ García Chávarri es de similar criterio y señala que en la figura de la suplencia de la queja, es conveniente diferenciar la deficiencia en el pedido concreto, de la improcedencia de la demanda, ya que sería esta última su límite.⁴⁸

Finalmente, a pesar de ser la improcedencia el único límite aceptado para la suplencia de la queja deficiente. Tampoco podemos compartir lo que a continuación señala Edgar Carpio cuando dice: si la vía escogida es improcedente, el juez no tiene la competencia para analizar la demanda o el recurso que se haya interpuesto.⁴⁹ Pareciera que no se reparó de que en el artículo 61 de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula a la improcedencia en los juicios de amparo, en ninguna de sus 23 fracciones hace referencia a la “vía escogida” como una de sus causales, que en realidad; son más de orden institucional, documental y general.

V. CONCLUSIÓN UNICA

Más allá de un estudio pormenorizado del principio de suplencia de la queja deficiente, el presente artículo tiene en realidad, una finalidad más cercana y útil: entender que la suplencia de la queja deficiente no es (por su concepto, alcances y límites) jurídicamente lo mismo que la suplencia de la deficiencia procesal. Esta precisión es importante, porque para gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, el grado y el tipo de relación que existe entre ambas figuras jurídicas, aún no se encuentran bien definidas.

Algunos reconocen entre estos dos principios, niveles perfectos de equivalencia, y otros; vínculos más parecidos al de continente y contenido. Edgar Carpio señala que, para los Magistrados Rodríguez Domínguez y Aguirre Roca, la suplencia de la deficiencia procesal

⁴⁴ Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo II...*, cit., (p. 12).

⁴⁵ Carpio, E. (2004). *La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo...*, cit., (p. 703).

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo...*, cit., (p. 190).

⁴⁸ García, A. (2012). *La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión...*, cit., (p. 42).

⁴⁹ Carpio, E. (2004). *La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo...*, cit., (p. 703).

sería equivalente a la suplencia de la queja prevista en el derecho mexicano y comprendería incluso el error procesal de presentar una demanda ante órgano incompetente, siempre que éste se practique en beneficio del reclamante y nunca en su perjuicio.⁵⁰ Mientras tanto, manejando un criterio más radical, el Tribunal Constitucional deja entrever que la suplencia de la queja deficiente subyace o está comprendida dentro de la suplencia de la deficiencia procesal.⁵¹ También hay de los que prefieren no romper el vínculo entre ambos principios, pero tampoco terminan por confirmar su relación. Así, según Samuel Abad Yupanqui, el Código Procesal Constitucional no alude en forma expresa a la institución mexicana de la suplencia de la queja, pero acoge los mismos criterios que la inspiran al regular los principios procesales, especialmente el de dirección judicial del proceso, se entiende además que los jueces tienen el deber de impulsar de oficio los procesos y deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales, que como se sabe, son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos. De ahí que la finalidad perseguida por la institución mexicana de la suplencia de la queja se encuentre subsumida en los principios procesales previstos en el código que orientan al proceso de amparo.⁵² Otros en cambio, encuentran entre estos dos principios, más diferencias que similitudes. Para Carlos Mesía, sí existe una diferencia entre la suplencia de la queja y la suplencia de las deficiencias procesales. La primera, comprende la reparación de los errores o deficiencias de la parte reclamante al momento de interponer cualquier medio impugnatorio. La segunda en cambio, hace referencia a la facultad-deber del juzgador constitucional de enmendar los vicios o irregularidades de los actos procesales practicados por el demandante, pero bajo la condición de que no suponga (dicha enmendación) la violación de los derechos procesales de la parte demandada.⁵³ De forma similar, Samuel Abad opina que la figura mexicana de la suplencia de la queja está referida a aquel supuesto en que el afectado no

fue lo suficientemente explícito en su pretensión, ya sea por error o ignorancia. En tal caso, el juez no ha de limitarse a lo expresamente mencionado por el actor, sino que de percatarse de otra agresión deberá intervenir y hacer efectiva su protección. Hay que distinguir la deficiencia en el pedido concreto, de la improcedencia de la demanda, así lo hace el derecho mexicano. En el caso peruano, la norma se circunscribe a las deficiencias procesales, pero se pregunta el autor ¿Qué ha de entenderse por tal concepto? Para Alberto Borea, esto implicaría ser lo menos formalista posible, pero aun si en este supuesto se cometiera algún error de este tipo, se le exige al juez que supla la deficiencia procesal, o que notifique al quejoso para que preste el dato o la información requerida a efectos de poder fallar sobre el fondo del asunto.⁵⁴

Para nosotros, la relación entre estos dos principios, cuenta más con sustanciales diferencias que similitudes. A lo largo del artículo hemos podido precisar varias cuestiones estructurales sobre la suplencia de la queja deficiente, creemos que éstas deben ser asumidas como fundamentales, no sólo para entender su particular condición, sino para procurar esclarecer las verdaderas facultades de nuestra suplencia de la deficiencia procesal y así, mejorar nuestro sistema jurídico en general. Entonces, concluimos que la suplencia de la queja deficiente es de origen y vigencia mexicana. Además, es un principio de orden constitucional cuya facultad es corregir el derecho que por error u omisión fue deficientemente invocado. Actúa a nivel de toda la pretensión, con excepción de los fundamentos de hecho. Su estructura es el resultado de haber absorbido a otros “sub-principios” (suplencia de error, suplencia de la queja en sentido estricto y suplencia de los agravios formulados en los recursos) que convenientemente han fortalecido sus capacidades. Los casos que son objeto de su competencia están favorablemente regulados en el artículo 79 de la Ley de Amparo mexicana. La suplencia de la queja deficiente tiene la facultad de actuar a lo largo de todo el proceso, y su carácter proteccionista no se

⁵⁰ Carpio, E. (2004). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo..., cit., (p. 709).

⁵¹ STC Exp. N° 051-2001-HC, del 31 de enero de 2001 F. J. 4.

⁵² Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo...*, cit., (p. 195).

⁵³ Mesía, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional. Tomo I...*, cit., (p. 95).

⁵⁴ Abad, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo...*, cit., (p. 191).

reduce solamente a que actúa siempre a favor del quejoso, sino que, en materia penal también puede ser interpuesta a favor del inculpado o sentenciado. Finalmente, tiene como límite a la improcedencia, la misma que está regulada en el artículo 61 de la Ley de Amparo antes mencionada.

Por otro lado, la suplencia de la deficiencia procesal es un principio peruano de orden procesal constitucional, capaz de actuar bajo dos premisas: la primera, como un mecanismo que le permite modificar el petitório con el objeto de subsanar el derecho que por error, omisión o ignorancia ha sido deficientemente invocado y la segunda, que hace capaz a éste principio de convertir un proceso constitucional en otro con el objeto de subsanar la incompetencia procesal. Asimismo, mantiene una estrecha relación de colaboración con los demás principios del proceso constitucional, pero sin absorberlos o convertirlos en sub-principios. Es además un principio exclusivo del demandante, y su vigencia en nuestro ordenamiento legal se considera implícita.

Finalmente, a pesar de que se sabe que son muchos los países en los que se ha incorporado dentro de la jurisdicción constitucional, lo que en nuestro caso conocemos como suplencia de la deficiencia procesal, y todo al hilo del influjo mexicano, cuna de creación del juicio de amparo y forjador de diversas instituciones procesales que lo rodean, entre las que se encuentra la llamada suplencia de la queja deficiente.⁵⁵ Esta no es razón suficiente para dejar de notar que existen criterios bastante claros que vienen a demostrar que estos dos principios son diferentes por su origen, connotación jurídica, facultades, características y niveles de acción; y que como es obvio, no permite el uso nominalmente indiferenciado que actualmente se les da.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

- ABAD, S. (2008). *El Proceso Constitucional de Amparo* (2da ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- BURGOA, I. (1999). *El Juicio de Amparo* (35ª ed.). México: Porrúa.
- CARPIO, E. (2004). *La Suplencia de la Queja Deficiente en el Amparo: Un análisis*

comparativo. En Castañeda S. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Tomo II*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- CASTRO, J. (2003). *Justicia, Legalidad y la Suplencia de la Queja*. México: Porrúa.
- Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Eto, G. (2013). *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1963). *El Juicio de Amparo*. México: Porrúa.
- GARCÍA, A. (2012). *La Transformación de un Proceso Constitucional en Otro. Anotaciones sobre la Figura Procesal Constitucional de la Reconversión*. En Sosa, J. (Coord.). *Compendio de Instituciones Procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- MESÍA, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional. Tomo I* (4ª Ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- ORTEGA, H. (1995). *La Suplencia de la Deficiencia de la Queja en el Juicio de Amparo* (1ª Reimpresión). México: Cárdenas.
- SANTO G. (1970). *La Suplencia de la deficiencia de la Queja en materia de Amparo*. En *Anales de Jurisprudencia Tomo 141*. México.
- SENISSE C. (2013). *El principio de suplencia de queja deficiente*. Lima: Gaceta Procesal Constitucional, N° 21.
- MORALES. A. (S.f.). *Las Leyes de Amparo en el Siglo XIX. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/195/ntj/ntj10.pdf>

LEYES - JURISPRUDENCIA:

- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 sujeta a su última reforma del 29 de enero de 2016 [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, (lunes 15 de febrero de 1951).

⁵⁵ STC Exp. N° 05761-2009-HC, de 13 de mayo de 2010, F.J. 17.

- [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm
- Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (viernes 2 de noviembre de 1962). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm
- Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (miércoles 20 de marzo de 1974). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm
- Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (lunes 7 de abril de 1986). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm
- Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. (lunes 6 de junio de 2011). [Documento en formato PDF]. Recuperado el 7 de marzo del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Artículo 76. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamp.htm>
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Fracción III del Artículo 17. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Artículo 1 [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 sujeta a su última reforma del 18 de diciembre de 2015. Artículo 79. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 10 de enero de 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Tesis P. /J. 49/1996. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV. Agosto de 1996. pp. 58-59. [Documento en formato PDF]. Recuperado el 12 de abril de 2015. <http://sjf.sejn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/917/917957.pdf>
- STC Exp. N° 05761-2009-HC, del 13 de mayo de 2010.
- STC Exp. N° 051-2001-HC, del 31 de enero de 2001 F. J. 4.



DERECHO PENAL



INFERENCIA Y DEBIDA MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA INDICIARIA ¿SE PUEDE CONTROLAR RACIONALMENTE EL USO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL?

CIRCUNSTANTIAL EVIDENCE: INFERENCE AND REASONING CAN EXPERIENCE RULES AS SUPPORT OF JUDICIAL REASONING BE RATIONALLY CONTROLLED?

RESUMEN

El artículo aborda el problema sempiterno de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, desde aristas lógicas, filosóficas, epistemológicas, y de la ciencia procesal; para luego ir acortando el marco conceptual hasta llegar a la prueba indiciaria - actualmente la prueba reina del derecho probatorio- y aterriza en la inferencia que es el alma de la prueba por indicios, en la misma línea de aproximación, se enfatiza en describir las dificultades del proceso inferencial cuando se emplean las máximas de la experiencia: La falta de armonía y univocidad de las máximas deben abordarse con rigor científico y se intenta finalmente, una aproximación para sistematizar su empleo en la argumentación de los jueces.

ABSTRACT

The article discusses the everlasting problem of the search for the truth in the criminal law, from edges philosophical, epistemological, logical, and procedural science; to go then shortening the framework up to the particular test - currently test reigns of evidentiary law - and lands in the inference which is the soul of the proof by evidence, in the same line of approach, emphasis is placed on describing the difficulties of the inferential process when using the experience rules: the absence of harmony and uniqueness of the experience rule should be approached with scientific rigor and finally attempted, an approximation to systematize its use in the judicial reasoning.

SUMARIO

1. El problema de la búsqueda de la verdad.
2. El estado de la cuestión.
3. Propuestas de solución al problema.
4. Relevancia de la solución en el sistema de justicia penal.
5. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Prueba indiciaria – Inferencia - Máximas de la experiencia - Debida motivación - Argumentación judicial.

KEYWORDS: Circumstantial evidence - Inference - Experience rules – Justification - Judicial reasoning.

* **Dr. Octavio César Sahuanay Calsín**

Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín; Maestro en ciencias: Derecho Penal de la Universidad Nacional de San Agustín; Presidente de la Sala Penal de Apelaciones Nacional

*El razonamiento no es sino un instrumento,
tan bueno para el error como para la verdad.*
MACH E.

I. EL PROBLEMA DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD:

La creciente sensación de inseguridad ciudadana en nuestro país y en las sociedades postmodernas, bifurca el dilema político criminal de lucha contra el crimen entre garantismo y eficacia; la presión mediática populista y sectores políticos que ansían el triunfo de la eficacia del sistema punitivo, erosionan el ideal garantista e inclinan la balanza hacia una lucha nada equitativa. Para este propósito (abstracto) el Ministerio Público titular de la carga de la prueba, inicia los actos de investigación a dúo con la Policía Nacional y, para ganar la batalla en el terreno probatorio; desde una perspectiva constitucional sólo podrán conseguirlo, si sobrepasan el umbral de la suficiencia probatoria y enerven la presunción de inocencia del acusado.

La búsqueda de la verdad¹ en el proceso penal, encarna uno de sus objetivos primigenios, pero hay ciertas resistencias para concebirla como la finalidad última o exclusiva de la teoría del derecho probatorio². Esa aspiración por alcanzar la verdad³ en el proceso penal, tiene umbilical conexión con la epistemología y, para

aprehenderla satisfactoriamente se requiere el concurso interdisciplinario (lógica⁴, filosofía, semántica, epistemología, psicología, lingüística, neurociencias, etc, entre otras). Cuando la ciencia jurídico penal aborda construcciones teóricas normativizadas como: «dolo», «culpa», «causalidad», «imputabilidad» o «inferencia» es necesaria una ósmosis para internalizarlas en la praxis; y esa labor ha sido asumida *a fortiori* por la doctrina y la jurisprudencia, la complejidad de estos temas, impide un tratamiento solvente; los avatares conceptuales profusos no le hacen ningún favor a la seguridad jurídica y al consenso académico y el trabajo se inscribe en esa línea de revitalizar la discusión del tema. Las últimas disquisiciones sobre la búsqueda de la verdad a nivel filosófico que intentan elucubrar una finalidad metafísica a la prueba, pueden ser muy estimulantes, a la vez tienen cierta utilidad procesal, para establecer cuál es la finalidad de la prueba, más no tiene eficacia en la práctica del resto proceso, por una razón argumental irrefutable: en el proceso no siempre se obtiene la verdad⁵.

*Juez Superior. Presidente de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional y Juez Responsable de la Implementación del NCPP en la Sala Penal Nacional. Doctor en Derecho por la UNSA. Profesor Universitario de Postgrado y Pregrado en diferentes universidades del país y en la Academia de la Magistratura. El trabajo sintetiza los avances de la tesis doctoral para obtener el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue publicada en la Revista Oficial del Poder Judicial N° 10, la presente es una versión actualizada y corregida.

¹ Hay consenso en que la verdad es consustancial a la idea de justicia: “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida «con verdad»” FERRAJOLI, Luigi. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. p. 37. “la averiguación de la verdad es un fin prioritario del proceso en materia de prueba; (...) el único fin funcionalmente necesario para que sea posible la aplicación del derecho” FERRER BELTRÁN, Jordi. (2010). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana*. Medellín. Universidad de Medellín. p. 18 y nota 8. “sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”. FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 30. “cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en el error”. NIEVA FENOLL, Jorge. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 148. “La misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *La argumentación probatoria y su expresión en sentencia*. En ALEXY, R. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México. p. 20. “El criterio de verdad es requisito *sine qua non* para imponer una pena”. CAFFERATA NORES, J. I. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto. p. 118. Todas las concepciones asumen como común denominador, la averiguación de la verdad como objetivo fundamental del proceso. VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.) (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons. p. 13. En línea similar. GÖSSEL, K.-H. (2004). *El proceso penal. Ante el Estado de derecho, Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Lima. Grijley. p. 188. BROWN, G. (2002). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Rosario Santa Fe. Jurídica Nova Tesis. p. 34. BULYGIN citado por FERRER BELTRÁN, Jordi. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid. Marcial Pons. p. 89

² Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona. Bosch. p. 36. “Uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal”.

³ Para WRÓBLEWSKI el término “verdad judicial” puede utilizarse en cuatro significados principales: (a) como la verdad de un “enunciado judicial” que se caracteriza por haber sido formulado por el juez y por ningún otro sujeto; (b) como “enunciado judicial” justificado sólo mediante reglas de evidencia legales; (c) como “enunciado judicial” “verdadero” en el significado (b) que no puede verificarse ni falsearse por reglas de evidencia empíricas; (d) como “enunciado judicial” que no puede demostrarse como falso por una prohibición jurídica para hacerlo, aunque haya datos relevantes que prueban la falsedad empírica de este enunciado WRÓBLEWSKI, J. (2001). *Sentido y hecho en el derecho*. México. Fontamara. pp. 292-293. No existe diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Madrid. Trotta. p. 25. MUÑOZ CONDE, F. (1998). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla. Universidad Pablo de Olavide. pp. 54 y ss. Defiende la teoría de la verdad como consenso o teoría democrática de la verdad, única posible en proceso penal. La postura escéptica, TARUFFO la describe irónicamente, como la del *perfeccionista desilusionado* que habiendo comprobado que la verdad absoluta es imposible de alcanzar, pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional. TARUFFO, M. (2008). *Notas sobre la verdad de los hechos en el proceso civil*. En GIANFORMAGGIO, L. (Ed.) *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá. Temis. p. 345. Esta es la línea de las doctrinas de DUMMETT, RORTY y QUINE, cuya premisa básica señala que el conocimiento es una construcción mental carente de conexión necesaria con los fenómenos del mundo, por tanto no se puede alcanzar ningún conocimiento verdadero de hecho alguno. TARUFFO, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta. pp. 31-32.

⁴ La trascendencia de la lógica se grafica en este razonamiento: en toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que a) la verdad de ellos sea obvia, que no necesite prueba alguna ; b) la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados. ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E. (1993). *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea. p. 83.

⁵ NIEVA FENOLL, Jorge. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 147.

Por regla de experiencia⁶ la consumación del delito es furtiva, por tanto, la obtención de prueba directa (testigos presenciales, confesión, video registro, etc.) es una tarea altamente infructuosa y estadísticamente no es significativo el número de casos que se resuelven con este tipo de prueba aplicando el Código Procesal Penal⁷ (en adelante CPP); correlativamente, se requiere el concurso de otro tipo de prueba para salvar las inevitables lagunas de punibilidad: la prueba indiciaria⁸.

Para legitimar una decisión en el proceso penal, se requiere darle sustento en la ley (juicio de subsunción correcto) y que los enunciados sobre hechos⁹ (debidamente probados) se correspondan con la verdad¹⁰. Esta decisión según HABERMAS debe seguir el procedimiento democrático imperante, diseñado por la Constitución y las normas procesales penales que regulan las condiciones para obtener, actuar y valorar la prueba¹¹. El imperativo constitucional¹² traducido en la exigencia de motivar la resolución judicial, se torna más intenso cuando se trata de prueba indiciaria en sentencias de condena¹³; su importancia ha llevado a FERRAJOLI a fundar su esquema *epistemológico* garantista, en la identificación de la desviación penal para asegurar el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del

juicio, limitando la potestad punitiva y tutelando a la persona de la arbitrariedad¹⁴.

La prueba indiciaria tiene entidad para enervar la presunción de inocencia, siempre que su elaboración respete los cánones de la motivación; la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de la prueba indiciaria ha precisado que, no basta que el juzgador afirme que la conclusión a la que ha llegado se ajusta a cierta regla o máxima; es necesario que exteriorice dicho razonamiento lógico¹⁵. Para el control del discurso del juez, deben apreciarse cuáles son los indicios que se estiman probados y cuáles son los hechos a probar, además que se haya explicitado qué regla, máxima o conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima)¹⁶. Para el Tribunal Constitucional es válido el control, del uso de las máximas de la experiencia, caso contrario cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada¹⁷. El modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria responde a la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho*

⁶ La máxima de la experiencia pertinente al tema de juzgamiento está exceptuada de la necesidad de prueba. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa. pp. 655-656.

⁷ Hablando de procesos donde se produce conformidad del imputado con la imputación fiscal. En el período julio 2006 a setiembre 2013 en los 23 distritos judiciales que aplican el CPP, del 100% de casos ingresados al sistema un 10% fueron resueltos a través de los diferentes mecanismos de solución alternativos al juicio oral; de ese universo un 13% lo representan las terminaciones anticipadas. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *Reforma procesal penal peruana. Justicia rápida y transparente. II informe estadístico nacional 2006-2013*. Lima. p. 67.

⁸ También denominada prueba por indicios, prueba indirecta, prueba circunstancial (Inglaterra).

⁹ Los hechos jurídicos no se encuentran en ninguna relación de conexión causal con el sistema nervioso central de los jueces. Una proposición reclama ser verdad objetiva si es independiente de las creencias o preferencias de cualquiera. DWORKIN, R. (2007) *La justicia con toga*. Madrid. Marcial Pons. p. 283.

¹⁰ MITTERMAIER reflexiona acerca de si la verdad es objetiva o subjetiva, admite que sería ilusorio olvidar que en toda causa donde se trata de decidir cuál es la verdad, la convicción procede de la individualidad del juez. MITTERMAIER, K. J. A. (2006). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires. Hammurabi. p. 81. Muchos años después, reseña ATIENZA la distinción (proveniente de la filosofía de la ciencia cit. REICHENBACH) entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación adaptados al campo de la argumentación en general; el primero se identifica con los motivos, estados mentales como antecedentes causales de porque se realizó una acción o una combinación de creencias y deseos; en el segundo, las razones justificatorias sirven para valorar si una acción fue buena o mala desde distintos puntos de vista entre ellos el jurídico. ATIENZA, M. (2004). *Las Razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima. Palestra. pp. 31-32. No obstante, el propio NINO advierte que hay filósofos que sostienen que las razones justificatorias también se identifican con los deseos. Resulta relevante anotar que para el autor, la razón explicatoria se asocia a lo subjetivo y la justificatoria a lo objetivo. NINO, C. S. (2000). *La validez del derecho*. 1ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea. p. 127.

¹¹ GARCÍA AMADO, J. A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 312.

¹² Exigencia que, fluye de los artículos 1º, 3º, 44º de nuestra Constitución Política. Artículo 139.5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

¹³ Hay una diferenciación derivada, entre prueba directa e indirecta, basada en el número de pasos inferenciales que hay que realizar o llevar a cabo, el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba directa que en la indiciaria, que exige de inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter *secundario o periférico*. MIRANDA ESTRAMPÉS, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista. pp. 37-38

¹⁴ Este esquema presenta aporías lógicas y teóricas y tiene dos elementos *la definición legislativa y la comprobación jurisdiccional* de la desviación punible, a los que le corresponden sendos conjuntos de *garantías penales y procesales* del sistema punitivo al que dan fundamento. FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. p. 34.

¹⁵ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC FJ 25

¹⁶ Aquí el Tribunal Constitucional toma partido en la discusión doctrinal acerca de si las máximas de la experiencia pueden ser objeto de control constitucional, de allí se deriva *a fortiori* que ese mismo control lo puede hacer la Corte Suprema vía Casación o la Sala de Apelaciones en el Código Procesal Penal del 2004. Cfr. Por todos NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch. p. 149 y ss.

¹⁷ Didácticamente desarrolla un ejemplo: **A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada (*hecho base*). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (*razonamiento deductivo*). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (*hecho consecuencia*). Esto último es consecuencia del hecho base. EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC (Caso GIULIANA LLAMOJA) FJ 27.

conocido-inferencia lógica-hecho desconocido¹⁸.

Nuestra hipótesis a verificar se evidencia en el subtítulo es: La fundamentación de la inferencia¹⁹ exigible en la prueba indiciaria, a los jueces ordinarios, no satisface plenamente la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, debido a la insuficiencia argumentativa para explicar el paso inferencial del hecho base al hecho consecuencia, especialmente cuando se emplean las máximas de la experiencia.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

En las sociedades modernas la aceptabilidad de las decisiones del juez es la base de su poder²⁰. En nuestro país, se ha producido un auge en la consolidación de una cultura de la motivación de las resoluciones, con notorios avances del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia traducida en los Acuerdos Plenarios y la emisión de jurisprudencia vinculante, sin embargo, para alcanzar mayores cuotas de racionalidad en la justificación de la inferencia, debemos superar la resistencia a motivar los hechos²¹. La prueba indiciaria, es un método probatorio, que trata de obtener, partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas (*depuradas*), nuevas afirmaciones fácticas, demanda una actividad

intelectual, de carácter marcadamente inferencial²². El camino para racionalizar el empleo de las máximas de la experiencia²³ (el tránsito inferencial del hecho base al hecho consecuencia), no ha logrado consensos significativos a nivel dogmático; así por ejemplo, la concepción tradicional sostiene que la regla de experiencia no ejerce ninguna presión normativa independiente²⁴; otro sector considera que los indicios tienen un carácter objetivo, susceptible de análisis y control y su valor probatorio es limitado pero determinable²⁵. Esto se torna más confuso cuando se analiza la labor de los jueces en la jurisdicción ordinaria y constitucional²⁶.

La fijación de una noción de hecho en el proceso resulta fundamental en el objetivo de racionalización de la inferencia de la regla de la experiencia; se sostiene que la realidad se «normativiza» de modo que cuando se constituye en premisa menor del razonamiento judicial ya incorporó elementos provenientes de la premisa mayor, privilegiando ciertos aspectos u oscureciendo otros a fin de que la deducción revista la apariencia de una lógica incontestable²⁷. Un primer consenso dogmático, apunta a que la decisión judicial debe tener como sustento irrenunciable a la verdad²⁸, como requisito de

¹⁸ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC. FJ 29 in fine.

¹⁹ El uso más general y común del término es el relativo a la acción o resultado de inferir en el sentido de sacar en consecuencia, o de considerar, prever o extraer unas consecuencias que no se limitan a ser consecuencias o implicaciones lógicas, sino que incluyen otras muchas derivaciones discursivas como implicaturas (convencionales o conversacionales), interpretaciones, conclusiones prácticas (resoluciones, decisiones, etc.). En un uso más específico se refiere al proceso discursivo por el que alguien pasa de una información, una creencia o un conocimiento a otra creencia o a otro (presunto) conocimiento. Puede considerarse una especialización epistémica del uso anterior. En esta perspectiva epistémica, las inferencias, siguen corriendo a cargo y por cuenta de algún agente discursivo y siguen discuriendo con algún propósito y en alguna dirección, más o menos conscientes y, en todo caso, susceptibles de versión o explicitación en términos de proposiciones y de transmisiones ilativas entre proposiciones, toda inferencia, se deja traducir, parcialmente al menos, en los términos normalizados de un argumento, argumento que entonces toma la calificación correspondiente de argumento deductivo abductivo, inductivo, etc. VEGA REÑÓN, L. & OLMOS GÓMEZ, P. (2011). *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta. pp.298-299. Entre nosotros, la doctrina especializada indica que el proceso de inferencia es conocido también por la terminología especializada como “argumento”, a cada inferencia posible le corresponde un argumento y de esto trata la lógica. Todo argumento tiene una estructura: premisa y conclusión. NEYRA FLORES, J.A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. IDEMSA. p. 498.

²⁰ AARNIO, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. p. 29.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons. p. 194.

²² MIRANDA ESTRAMPÉS, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista. pp. 34-35. En esa misma línea COUTURE definía la prueba indiciaria como una manera de discurrir y razonar del juez. Cit. por SENTÍS MELENDO, S. (1979). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires. Ejea. p. 347. En el ámbito nacional, SAN MARTÍN con RIVES SEVA, la define como “... aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados indicios y el que se trate de probar delito. SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada*. Lima. p. 852. La inferencia desde el punto de vista de la actividad de la corteza cerebral es un fenómeno, un proceso neurofisiológico, o sea es un problema psicológico. En cambio, desde el punto de vista lógico implica la relación entre las premisas y la conclusión, relación que se concreta mediante la aplicación de los principios y reglas pertinentes que determinan la corrección (la validez) se esa relación y de la conclusión. MIXÁN MASS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG. p. 41.

²³ Las máximas o brocardicos jurídicos son muy convincentes, los argumentos de los que constan son universalizables. GUILLERMO PORTELA, J. (2004). *Máximas, principios jurídicos y argumentación*. En PUY MUÑOZ, F. PORTELLA, J. G. (Coords.) *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, Método y aplicación*. Universidad de Santiago de Compostela. p. 345.

²⁴ SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Madrid. Marcial Pons. p. 165.

²⁵ GORPHE, F. (1998). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá. Temis. p. 31.

²⁶ En la doctrina nacional el maestro sanmarquino señalaba que el hecho estaba sujeto a la apreciación del juez, las máximas no. GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili. p. 167.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima-Bogotá. Palestra. Temis. p. 200.

²⁸ En la línea de búsqueda de la verdad desde un análisis comparatista del proceso penal norteamericano, LAUDAN contrasta dos estándares: “más allá de toda duda razonable” (MATDR) e “inferencia a la mejor explicación” (IME) precisando que la mejor explicación no es la mejor posible, sino la mejor disponible y nadie ha demostrado como deriva un estándar de prueba tipo MATDR del IME. Esto se debe a que una hipótesis puede ser la mejor explicación conocida de los hechos, sin que ello la certifique como verdadera más allá de toda duda razonable. LAUDAN, L. (2011). *El estándar de la prueba*

justeza del resultado en juicio, sin que ello signifique buscarla a cualquier precio, pues en ciertos casos puntuales debe ceder ante otros valores que el sistema jurídico estima de mayor jerarquía *vr. gr.* los derechos fundamentales de las personas²⁹.

En la concepción de HABERMAS una decisión es racional, cuando se mide por «los estándares que representan usos y costumbres todavía no condensados en normas», por «una sabiduría jurisprudencial que antecede a la *lex*»³⁰. Esta podría ser una categorización de las máximas de la experiencia, pero sus contornos definitorios exceden a la elaboración de los jueces e incluyen a las elaboraciones de la sociedad en su conjunto³¹.

La Corte Suprema de Justicia ha fijado criterios hermenéuticos de carácter vinculante en el Recurso de Nulidad N° 1912- 2005 estableciendo los requisitos de la prueba indiciaria:

a) El hecho base debe estar plenamente probado, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; **b)** Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **c)** Concomitantes al hecho que se trata de probar, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son; **d)** Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo

se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí –³².

Pese a la precisa articulación del precedente vinculante, la propia Corte Suprema no respetó su propio estándar probatorio en materia de prueba indiciaria, como lo evidenció el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, caso GIULIANA LLAMOJA, allí se concluye que aquella sentencia de la máxima instancia ordinaria, incurrió en dos supuestos de indebida motivación de las resoluciones judiciales, con relevancia constitucional: 1) deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia narrativa; y, 2) deficiencia en la justificación externa, respecto de la cual no podemos extendernos por razones de espacio, pero grafica de manera elocuente la orfandad de criterios y solvencia para fundamentar una condena en base a prueba indiciaria³³.

Una línea jurisprudencial española muestra ciertos avances teóricos que sintetiza FERNÁNDEZ LÓPEZ, en tres reglas específicas para valorar las máximas de la experiencia en la operación lógica propia de la prueba indiciaria: 1. Determinar si se basan en conocimientos generales o en conocimientos científicos. 2. Que no existan otras máximas de la experiencia aplicables (conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad), pues podría la hipótesis apoyarse en meras sospechas. 3. La conclusión del razonamiento indiciario no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados³⁴.

y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires. Hammurabi. p. 114. La exigencia MATDR se basa en la premisa de minimizar la frecuencia de condenas y dicho criterio se presenta como el criterio más racional para conseguir el resultado señalado. TARUFFO, M. (2009). *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En TARUFFO, M. & RAMÍREZ CARVAJAL, D. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima. Ara. p. 28.

²⁹ GARCÍA AMADO, J. A. (2010). *La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*. En BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara. p. 183.

³⁰ La idea se plantea en el marco explicativo de la hermenéutica jurídica. HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Madrid. Trotta. p. 269.

³¹ Así para el actual Fiscal de la Nación, las máximas de la experiencia son aquellos casos que se originan en la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Es la experiencia que se acumula en atención al conocimiento de determinados hechos constantes y aceptados por la comunidad. La máxima de la experiencia vigente y pertinente al tema de investigación o de juzgamiento está exceptuada de la necesidad de prueba en lo que concierne a su veracidad. SÁNCHEZ VELARDE, P. (2004) *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa. pp. 655-656.

³² Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf3f9d004075badbb77f799ab657107/acuerdo_plenario_01-2006_ESV_22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cf3f9d004075badbb77f799ab657107.

³³ El Tribunal Constitucional dramáticamente se pregunta en el FJ 29: “¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.” Esta constatación es alarmante y justifica *per se* la relevancia del tema abordado en este trabajo doctoral.

La sentencia puede consultarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>. Cfr. Comentarios en LÓPEZ ESPINOXA, AYALA MIRANDA & NOLASCO VALENZUELA, (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara. p. 119 y ss. Ya lo decía magistralmente TARUFFO: cuando se afirma que la condena del acusado se justifica cuando el juez tiene la *certeza absoluta* de su culpabilidad, se incurre en un doble error: por un lado se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir (...) si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria. TARUFFO, Michele. (2010) *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons. p. 103 y passim.

³⁴ Cit. En NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. IDEMSA. p. 506.

El tema central de la prueba indiciaria es el paso del hecho conocido al hecho desconocido, ALEXY precisa que la racionalidad de una estructura inferencial depende, de la conexión de premisas que puedan ser justificadas racionalmente³⁵; la inferencia desde el punto de vista lógico implica la relación entre las premisas y la conclusión, relación que se concreta mediante la aplicación de los principios y reglas pertinentes que determinan la corrección (la validez) de esa relación y de la conclusión³⁶. En la práctica judicial, la inferencias aparecen como entimemas (razonamientos abreviados), su corrección se hace extraprocesalmente³⁷. Un paso significativo en clave de racionalizar la inferencia, es la adaptación del esquema de argumentos de TOULMIN al razonamiento judicial acerca de hechos realizada por Manuel ATIENZA³⁸. Así, los hechos probatorios (razones del argumento), los hechos a probar (pretensión o hipótesis del caso), las máximas de la experiencia, presunciones y otro tipo de enunciados generales que actúan como reglas de inferencia, autorizando a los jueces a pasar de las razones a la pretensión (garantía) y la información necesaria para fundamentar la garantía (respaldo). En la doctrina nacional CUSI RIMACHE enfatiza que la motivación de la inferencia debe ser precisa (no ambigua, genérica o amplia) y directa (el hecho inferido se obtiene objetivamente a partir del indicio debidamente probado)³⁹.

Cuando el juez apela a las reglas de la lógica o de la ciencia, el carácter apodíctico del razonamiento empleado queda exonerado en cierta medida de mayor justificación, estando a las regularidades empíricas que ha obtenido el científico o la invariabilidad de las reglas lógicas,

no ocurre lo mismo cuando el juez recurre a las máximas de la experiencia que son generalizaciones elaboradas a la luz de observaciones cotidianas, lo que las hace contingentes y por tanto variables con relación al tiempo y lugar⁴⁰. El estado actual de la dogmática procesal en materia de racionalización de la inferencia en materia de máximas de la experiencia, no alcanza un grado de desarrollo que haya sistematizado algunos *topoi* que sirvan de referente en la práctica de los tribunales y que los mismos gocen de consenso entre los jueces, este es un proceso en ciernes que recibe caudaloso aporte proveniente de la teoría del derecho y de la argumentación jurídica que ha combinado su arsenal con la mejor lógica disponible, el reto está en elaborar muestras desde la casuística para inventariar un apasionante y poco conocido campo de la argumentación judicial vinculada a la regla de la experiencia.

III. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

Una propuesta integral para racionalizar el uso de las máximas de la experiencia en el campo de la prueba indiciaria en el proceso penal, debe responder interrogantes como: a) ¿Qué tipo de verdad⁴¹ se aspira conseguir en el proceso penal?, b) ¿cuál es la noción de hecho a emplear en este contexto?, c) ¿cómo se satisface la exigencia de motivación con el uso de las máximas de la experiencia en el proceso inferencial?, d) ¿es posible racionalizar el procedimiento de argumentación inferencial en estos casos?

La verdad está fuera del sistema penal, ello implica reconocer su ontología preexistente⁴², el

³⁵ ALEXY, R. (2006). *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México. El aserto de ALEXY se ubica en el contexto de la ponderación.

³⁶ MIXÁN MÁSS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG. p. 41.

³⁷ MIXÁN MÁSS, F. (1995). *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. BLG. p. 43.

³⁸ Hemos puesto en paréntesis la terminología empleada por TOULMIN. CFR. GONZÁLEZ LAGIER, D. (2006). *Argumentación y prueba judicial* En FERRER BELTRÁN, Jordi. GASCÓN ABELLÁN, M. El mismo. TARUFFO, M. *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México. p. 92.

³⁹ CUSI RIMACHE, J. E. (2016). *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima. Idemsa. p. 100.

⁴⁰ GARCÍA CAVERO, P. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima. Reforma. p. 103. Para GARCÍA RADA, el indicio nos permite de llegar de lo conocido a lo desconocido, utilizando el principio de causalidad, la prueba de indicios depende no sólo del hecho indicador cierto, sino del exacto raciocinio del Juez. GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili. p. 177. Sistematiza siguiendo a DEVIS, diez requisitos que debe tener la prueba por indicios: conducencia, conexión no casual, descarte de falsificación, relación de causalidad directa y cierta, pluralidad, graves concurrentes y convergentes, descarte razonable de contraindicios, univocidad, inexistencia de hechos que demuestren lo contrario, conclusión precisa y segura. pp.178-180. El paso inferencial o razonamiento de una máxima de la experiencia al hecho delictivo, requiere reglas del pensar más no, normas jurídicas, el razonamiento cualquier persona podría reputar válido en virtud a los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman. TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Lima. Academia de la Magistratura. GTZ. p. 140.

⁴¹ FERRER BELTRÁN reseña históricamente las distintas limitaciones procesales y no procesales, que confabulan para que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. Esta grave constatación nos coloca –según su apreciación– ante dos salidas excluyentes: o abandonamos la definición de prueba en términos de verdad o señalamos que en estos casos no se ha probado nada. Concatena su respuesta indicando que la doctrina y la jurisprudencia europea hasta nuestros días pretenden evadir el dilema anterior, distinguiendo entre dos tipos de verdades, la material (“objetiva”, “real” aquí la verdad del enunciado depende de su correspondencia con el mundo) y la procesal (“formal” “judicial” “forense” como aquella que se obtiene como resultado de la actividad probatoria) la cual puede o no coincidir con la realidad, siendo deseable que coincida. FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. 2da. Ed. Madrid. Barcelona. Marcial Pons. pp. 61-62.

⁴² La actividad probatoria está encaminada a la construcción/producción de la verdad. BOVINO Cit. en LÓPEZ ESPINOZA, AYALA MIRANDA & NOLASCO VALENZUELA, (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara. p. 81.

conflicto antecede al proceso, el hecho es juzgado con un lente *ex post*, en ese contexto, los jueces, fiscales y abogados, actúan dentro del proceso que tiene su propio engranaje para disponer lo que se considera probado y establecer una verdad formal. Es muy complicado abstraerse y salir de esa realidad que encapsula a los actores del proceso, por ello no se puede apreciar con ojos de observador un fenómeno donde ellos mismos son el objeto de la “observación”. Sin embargo, es irrenunciable la apuesta por la búsqueda de la verdad como garantía de justicia y consenso en el sistema penal.

Nuestra propuesta se nutre de la filosofía de HABERMAS, quien pergeñó en su *teoría de la acción comunicativa* un cambio inédito, sustituyendo la razón práctica por la razón comunicativa⁴³. Un argumento de peso (no solo sentimental) para elegir esa plataforma filosófica, obedece a que el filósofo alemán ha ungido al Derecho como una categoría social mediadora entre facticidad y validez, ver al Derecho como tema relevante y posible de reconstruir bajo el discurso de la norma y su validez, testimonia la juridicidad de su propuesta, a despecho de la cuasi inexistencia de corrientes filosóficas que den preeminencia al estudio de la filosofía y teoría jurídica⁴⁴.

¿Qué entendemos por hecho? la respuesta no puede ser otra que la jurígena, la conexas al universo normativo, al derecho positivo que se conecta con la ciencia procesal, como lo enfatiza el Profesor de la Universidad de Pavía; es la norma, la que funciona como criterio de selección, individualiza entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación⁴⁵. La «construcción del caso» (expresión de HRUSCHKA) es una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas procediendo por grados, por hipótesis y control de análisis de los hechos, de las normas y sus posibles conexiones⁴⁶.

Para satisfacer la exigencia de motivación empleando máximas de la experiencia, vale fijar

una premisa: la verdad no es divisible, es una sola, la verdad de un enunciado no se puede obtener únicamente a partir del «consenso» habermasiano, para alcanzar visos de objetividad debe guardar correspondencia con el mundo empírico, son los medios probatorios al interior del proceso penal, las vías disponibles para aprehender el hecho objeto del tema probandum. La prueba requiere el apoyo de la lógica⁴⁷, sin que este apoyo agote la interdisciplinariedad, la metodología será obtener el consenso que parte del mejor argumento a la luz del contexto en que se plantea la discusión y, para garantizar la fiabilidad del resultado.

Para racionalizar el procedimiento de argumentación inferencial, convenimos en la necesidad de articular estándares probatorios, de raigambre objetiva en la medida que las posibilidades de elaboración lo permitan, la fase embrionaria de este enfoque no es óbice para reconocer su valía y aporte: solvencia de racionalidad al momento de valorar y justificar una decisión, se puede avanzar mucho con el recurso analógico. La máxima de la experiencia no tiene la aserividad científica que garantiza la gestación fácil de consensos, pero consideramos que, la actividad procesal no puede ir a contracorriente de la máxima de la experiencia, la arcaica revelación de que el juez es perito de peritos, debe ser erradicada por su nociva e insostenible sustentación en un mundo globalizado e hiperespecializado, igualmente es inválido sostener que el juez es perito de peritos en cuestiones de máximas de la experiencia, lo racional es que el juez escudriña la mejor respuesta argumentativa, la que mejor resiste la crítica específica de las partes en el proceso en función a los hechos propuestos por el pretensor penal.

Desde el prisma académico vernácula SAN MARTÍN CASTRO aborda el estudio de la inferencia, como segunda fase del razonamiento indiciario, en base a las siguientes reglas: A. Entre los elementos de prueba y la conclusión judicial debe existir una máxima de la experiencia, que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada, cuyo nexos se explicitará en la

⁴³ HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Madrid. Trotta. pp. 64-65.

⁴⁴ VOLK, K. (2007). *Dogmática penal, teoría y realidad*. En *EL MISMO. La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Buenos Aires. Ad Hoc. p. 43. Reseña que es totalmente indiferente que se busque orientación en el racionalismo crítico, en las teorías críticas, la filosofía del lenguaje, las nuevas formas de la hermenéutica, la filosofía pragmática, el constructivismo u otras variantes de diversas posiciones filosóficas fundamentales: en ninguna de ellas se exponen los problemas del pensamiento jurídico.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta. pp. 31-32.

⁴⁶ *IBÍDEM*. p. 101.

⁴⁷ Pese a que desde el punto de vista lógico-formal, la validez se apoya exclusivamente en la forma lógica de los enunciados que la componen, independientemente de su contenido. A la lógica le es ajena la verdad de las premisas. ITURRALDE, V. (2010). *Lógica, decisión judicial y racionalidad*. En BONORINO, P.R. (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. Lima. Ara Editores. p. 127. Cuando hacemos justificación interna, empleamos la lógica clásica, la lógica deóntica mantiene satisfechos a los teóricos del derecho pues brinda altos estándares de racionalidad adecuados para la teoría jurídica.

sentencia; la máxima debe estar asentada en conocimientos científicos o en conocimientos generales. B. Inexistencia de máximas de la experiencia aplicables igualmente fundadas, que gocen de un mismo grado de probabilidad. C. la conclusión no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados, que no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial⁴⁸.

Las reglas elaboradas por HABERMAS siguiendo en parte las formulaciones de ALEXI pueden servir para discutir la validez o no de una máxima de la experiencia y la posibilidad de aplicarla en un caso concreto.

- 1.1. Ningún hablante debe contradecirse
- 1.2. Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a a en todos los aspectos importantes.
- 1.3. Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.
- 2.1. Cada hablante solo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree.
- 2.2. Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de discusión debe dar una razón de ello.
- 3.1. Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión.
- 3.2.
 - a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación
 - b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso
 - c) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades.
- 3.3. A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso.

IV. RELEVANCIA DE LA SOLUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

El perfeccionamiento del sistema de justicia penal y su legitimación en clave constitucional exige maximizar la racionalidad de la argumentación en la prueba indiciaria, en la medida que se requiere mayor número de pasos inferenciales que en la

prueba directa, esta distinción exige por mandato de proporcionalidad un plus en la intensidad de la motivación tratándose de la prueba indiciaria, sin embargo, en la construcción de la inferencia, se eleva la intensidad de la exigencia, cuando se emplean máximas de la experiencia, que tienen un tratamiento cualitativamente distinto al tratamiento de las leyes científicas o de la lógica, finalmente la exigencia eleva la valla, cuando con dicho razonamiento inferencial afectamos un derecho fundamental como la libertad personal del ciudadano, en ese sentido la sentencia constituye un acto que debe adquirir suficiencia frente a un control de razonamiento externo e interno.

Hemos dejado constancia que el mayor porcentaje de casos en materia penal se resuelve con el uso de la prueba indiciaria⁴⁹, este dato otorga relevancia inconcusa al tema investigado; pero el mayor aporte se ubica en el imperativo metodológico de capacitar a los jueces en el empleo de esta categoría que tiene mucha conexión con la filosofía, la argumentación jurídica y la lógica, amén de su transversalidad con casi todo el saber humano, pues finalmente, todo nuestro conocimiento humano es, en el fondo meramente inferencial.

Ya que nuestro sistema procesal penal es tributario del contexto de reforma latinoamericana, es menester reconocer que el contradictorio y la imparcialidad son dos garantías de verdad, vale decir, sirven para potenciar el motor epistémico que apuesta por aproximarse a la verdad; a contracorriente de otras garantías como la presunción de inocencia y su corolario *favor rei* o el *ne bis in idem* y la cosa juzgada que dificultar de facto el conocimiento integral de los hechos⁵⁰. La aspiración del sistema de buscar la verdad de los hechos probados, tiene reglas contracíclicas, v.gr. el CPP al regular las terminaciones anticipadas del proceso, prioriza el eslogan: resolución de conflictos vs. búsqueda de la verdad. Las técnicas de litigación oral cuando otorgan preeminencia a la persuasión a la hora de convencer al juez; no apuestan por la determinación de la verdad, y epistémicamente patentan una perversa *sporting theory of justice* - concepción deportiva de la justicia⁵¹: tiene razón

⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima. INPECCP-CENALES. pp. 602-603.

⁴⁹ A contrario sensu, los datos consignados *ut supra* en la nota 4.

⁵⁰ GUZMÁN, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires. Editores del Puerto. p. 137.

⁵¹ Con absoluta firmeza SCHÜNEMANN rechaza la idea de fundar una condena sólo en el consentimiento libre de presiones para el inculpaado, como en el *guilty plea* del Derecho penal norteamericano, pues no es aceptable reemplazar la justicia material (en el sentido de realización del derecho material comprobando la verdad material) por una "justicia de procedimiento" que configura finalmente un escenario de lucha con un perdedor, así la administración de justicia penal se desnaturalizaría para ser una especie de deporte. SCHÜNEMANN, B. (2005). *La reforma del proceso penal*. Manuel Jaén Vallejo. Emilio Moreno y Bravo. M. ³ Luisa Silva Castaño. (Coords.) Madrid. Dykinson. p. 106. El sistema norteamericano ha dado un tratamiento subordinado a la búsqueda de la verdad material, a tal punto de que, si alguien es verdaderamente culpable, preferiría sin duda ser juzgado en los Estados

quien derrota al adversario, sin importar si la verdad está de su lado. El giro conceptual debe distinguir el modelo norteamericano cuyo eje probatorio gira en base al jurado, donde no hay ninguna obligación de motivación, que si tiene el juez peruano desde el prisma constitucional, razón suficiente para entender la predilección yanqui hacia un sistema de justicia persuasiva, que no tiene el mismo predicamento en la tradición jurídica nacional.

La naturaleza del hecho es un tema relevante que debe fijarse conceptualmente, así como fijamos la naturaleza del proceso penal, pues en él, se fijan precisiones en número abundante, los enunciados legales cumplen muchas funciones distintas⁵² con relación a la posibilidad de buscar la verdad con plenitud de facultades o de limitación efectiva de medios y formas de aprehenderla. Ahora bien, el hecho de que adoptemos esta postura nos deja un tema pendiente: ¿Está el juez en capacidad de determinar esa relación de correspondencia de la verdad? Creo que la respuesta a la luz de la experiencia comparada y nacional nos arroja un saldo preocupante: no hemos saldado aún deudas de racionalidad con problemas como la determinación de la pena, la gradación de la responsabilidad civil *ex delicto*, la fundamentación de medidas cautelares como la prisión preventiva, etc. Estamos en camino a ciertas formas de consolidación de criterios a través de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional que también son recusadas por cierto sector, acusándolas de fosilizar el factor dinámico y enviar al sarcófago el criterio de los jueces. El Juez que aplica una máxima de la experiencia, reconoce su regularidad, la vigencia cognitiva de su enunciación, para ello debe abstraerla y concretarla en el caso sometido a resolución. Aspirar a un control absolutamente racional de la máxima de la experiencia es una pretensión utópica, dada su naturaleza probabilística que impide dotarla de certeza⁵³.

No obstante, hay intentos serios por avanzar en esa dirección, Susan HAACK propone un concepto de integración explicativa distinto del concepto «de la inferencia de la mejor explicación» y que difiere en dos formas: a) no es como «la inferencia de la mejor explicación», optimizador sino gradual, b) no es, como la «la inferencia de la mejor explicación», unidireccional sino multidireccional, concibiendo al *explanans* y al *explanandum* como mutuamente explicativos⁵⁴ y ello le permite aproximarse a un holismo articulado que no es atomística ni totalmente holística. A esa teoría la denomina *fundaherentista*: como el fundacionalismo y a diferencia del coherentismo, admite el rol de las pruebas sensoriales; y, al mismo tiempo, como el coherentismo, pero a diferencia del funcionalismo, admite relaciones de apoyo mutuo omnipresentes entre nuestras creencias. Es también *material*: es decir reconoce que lo que determina la calidad de las pruebas y, por tanto, del aval, no es totalmente formal sino también en parte material. Que una prueba sea relevante para una afirmación puede depender de hechos acerca del mundo⁵⁵. Y esta última constatación refuerza la idea del hecho como fenómeno preexistente y también es importante resaltar que la forma en que se clasifica un ítem de prueba sobre una base inferencial siempre será relativa a un contexto particular y a una situación problemática.⁵⁶

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La idea neurálgica del trabajo sintetiza la importancia que representa la fundamentación de la inferencia en la prueba indiciaria, a cargo de los jueces ordinarios y, el estándar esperado que satisfaga plenamente la exigencia constitucional de motivar las resoluciones judiciales. Desde una perspectiva argumentativa se aspira a determinar si la justificación judicial del paso inferencial del hecho base al hecho consecuencia, está rodeado de visos de racionalidad aceptable especialmente, cuando se emplean las máximas de la experiencia.

Unidos. Y esto no es un cumplido y no lo dice un enemigo del sistema extranjero. Cfr. PIZZI, William T. (1999). *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid. Tecnos. pp. 101-102.

⁵² TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Barcelona. Península. p. 132.

⁵³ Pues así se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza absoluta, por las siguientes razones: (1) No es absolutamente seguro que las premisas sean verdaderas, (2) El paso de las premisas a la conclusión no es necesario. (3) La regla expresaba un juicio de probabilidad causal. La falta de certeza absoluta acerca de si la conclusión de la inferencia probatoria se corresponde con lo que ocurrió en la realidad. GONZÁLES LAGIER, D. (2010). *Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara. p.305.

⁵⁴ HAACK, Susan. (2013). *El probabilismo jurídico: Una disensión epistemológica*. En VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons. p. 79 nota 78.

⁵⁵ Ibidem. pp. 79-80.

⁵⁶ ANDERSON, Terence, SCHUM, David, TWINNING, William. (2015). *Análisis de la prueba*. Tr. Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid. Marcial Pons. p. 108.

SEGUNDA.- La constatación ha sido lamentable, pues en un caso mediático como el de Giuliana Llamuja se incurrieron en graves deficiencias argumentativas, precisamente en materia de prueba indiciaria, ello evidencia la necesidad de racionalizar el discurso argumental de los jueces de todas las instancias en este tópico específico, pues como señala el Tribunal Constitucional: “no es lo mismo resolver conforme a una *corazonada* que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral⁵⁷.”

TERCERA.- El déficit argumentativo de los jueces ordinarios en el país, se asienta en todas sus instancias con las excepciones honorables que impiden la generalización; yendo al punto, consideramos que un paliativo para atacar esas formas deficitarias de abordar la máxima de la experiencia, es la generalización de una forma de entender el curso normal de los hechos en un contexto determinado, para ello, deviene útil el empleo de la “acción comunicativa” o acción orientada al entendimiento pergeñada por HABERMAS, allí: todo acto de habla está ligado al *telos* del acuerdo y su idea básica responde al siguiente esquema: *Quien lleva a cabo una emisión lingüística, un acto de habla, está realizando a su interlocutor una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo y esa oferta envuelve una pretensión de validez, es decir, la pretensión de ser aceptada, de generar el acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto*⁵⁸.”

CUARTA.- Es urgente continuar con los esfuerzos teóricos destinados a elaborar un estándar probatorio que no pretende axiomatizar la decisión judicial en busca de una inalcanzable

certeza judicial, pues el razonamiento judicial es una cadena de argumentos y, como señala GONZÁLES LAGIER⁵⁹ el proceso de prueba judicial analíticamente distingue dos fases: la primera consiste en la práctica de la prueba y obtención de la información y la segunda consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida, en esta última operación el razonamiento que se emplea es muy complejo y se elabora con inferencias probatorias parciales que darían lugar a una “inferencia probatoria completa”. En las canteras doctrinarias se viene elaborando una propuesta audaz que consiste en formular una Parte Especial de valoración de las máximas de la experiencia, lo que en esencia significa formular máximas para cada tipo penal, el esfuerzo busca proporcionar los criterios al juez y relevarlo de esa tarea de “descubrir”, las máximas según vaya resolviendo supuestos de hecho⁶⁰. Este esfuerzo es trascendente como arduo, ha provocado un escepticismo propio del estado de la cuestión.

QUINTA.- La desilusión no es nuestra divisa, resulta obvio que no podemos asumir tesis nihilistas o irracionalistas en un contexto argumentativo que busca dar las mejores razones. La dificultad radica en elaborar nuestras premisas, el razonamiento maneja hechos a los que se adjudica sentido desde una dimensión jurídica, pues lo que preocupa no es tanto la validez de la inferencia sino su consistencia y solidez arquitectónica, aspectos que podemos graduar conforme a un estándar que el Poder Judicial peruano aún no puede sistematizar con mínimos niveles de consenso; ése es el reto: revertir esa ausencia de consenso y para ello es urgente incrementar la lista de inferencias *-topoi-* para el abordaje de ciertos delitos y consolidar la predictibilidad y seguridad jurídica.

⁵⁷ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html> Fundamento Jurídico 32

⁵⁸ Que el entendimiento funcione como mecanismo de coordinación de la acción significa que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente las pretensiones de validez con que se presentan unos frente a otros. Cfr. Por todos en español GARCÍA AMADO, J. A. (2003). *Habermas y el Derecho*. En *el mismo*. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá. Temis. pp. 177 y *passim*. Lo que hace aceptable un acto de habla son, en última instancia, las razones que quien habla podría aportar, en el contexto dado y que le son requeridas, para justificar la validez de lo dicho. Esta tesis permite analizar el concepto de racionalidad basándolo en esta posibilidad de fundamentar y criticar los actos de habla y, con ello, otorga una función central a la racionalidad procedimental de la “práctica de la argumentación”, que es considerada una formar reflexible de la acción comunicativa. VEGA RENÓN, Luis, y OLMOS GÓMEZ, Paula. *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta. 2011. p.26.

⁵⁹ GONZÁLES LAGIER, D. *Argumentación y prueba judicial* En FERRIER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, EL MISMO & TARUFFO, *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México. 2006. p. 89.

⁶⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons. pp. 132-133. Agrega que la formulación de las máximas de la experiencia *por tipos penales* suele quedar en manos de la jurisprudencia. Precisa que no existen muchos intentos en la literatura científica y da una relación significativa de trabajos en esa línea. (ver p. 132 nota 176). Se sugiere para realizar ese propósito, estudios de campo, estadística judicial y lo más importante, la doctrina científica debería analizar los distintos criterios de valoración de la prueba en los diferentes delitos. El Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (Fundamento 34°) de la Corte Suprema de Justicia peruana va en esa inteligencia y, ha catalogado para el delito de lavado de activos, desde la óptica de la prueba indiciaria, determinados actos irregulares o atípicos, reveladores de una clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E. (1993). *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea.
- ALEXY, R. (2006). *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México.
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David, TWINNING, William. (2015). *Análisis de la prueba*. Tr. Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid. Marcial Pons.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2006). *La argumentación probatoria y su expresión en sentencia*. En ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México.
- ATIENZA, M. (2004). *Las Razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima. Palestra.
- BROWN, G. (2002). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Rosario Santa Fe. Jurídica Nova Tesis.
- CAFFERATA NORES, J. I. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- CUSI RIMACHE, J.E. (2016). *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima. Idemsa.
- DWORKIN, R. (2007). *La justicia con toga*. Tr. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid. Marcial Pons.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid. Trotta.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. (2010). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana*. Medellín. Universidad de Medellín.
- FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. 2da. Ed. Madrid. Barcelona. Marcial Pons.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2010). *La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*. En BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara Editores.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003). *Habermas y el Derecho*. En *el mismo. Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá. Temis.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- GARCÍA CAVERO, P. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima. Reforma.
- GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2009). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En FERRER BELTRAN, GASCON ABELLAN, GONZALEZ LAGIER & TARUFFO. *Proceso, prueba y estándar*. Lima. Ara Editores.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons.
- GONZÁLES LAGIER, D. (2010). *Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara.
- GONZÁLES LAGIER, D. (2006). *Argumentación y prueba judicial*. En FERRER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, Marina. GONZÁLES LAGIER. TARUFFO, *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México.
- GORPHE, F. (1998). *Apresiasi judicial de las pruebas*. Tr. Jorge Guerrero. Bogotá. Temis.
- GÖSSEL, K.-H. (2004). *El proceso penal. Ante el Estado de derecho, Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Tr. Miguel Polaino Navarrete. Lima. Grijley.
- GUILLERMO PORTELA, J. (2004) *Máximas, principios jurídicos y argumentación*. En PUY MUÑOZ, F. PORTELLA, J. G. (Coords.) *La argumentación jurídica. Problemas de concepto. Método y aplicación*. Universidad de Santiago de Compostela.
- GUZMÁN, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- HAACK, Susan. (2013). *El probabilismo jurídico: Una disensión epistemológica*. En VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.) *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons.
- HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Tr. Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Trotta.
- ITURRALDE, V. (2010). *Lógica, decisión judicial y racionalidad*. En BONORINO, P.R. (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. Lima. Ara Editores.
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Tr. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid. Marcial Pons.
- LAUDAN, L. (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Tr. Raúl Calvo Soler. Buenos Aires. Hammurabi José Luis Depalma.

- LÓPEZ ESPINOZA, R. AYALA MIRANDA, E. NOLASCO VALENZUELA, J. (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara.
- NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013) *Reforma procesal penal peruana. Justicia rápida y transparente. II informe estadístico nacional 2006-2013*. Lima.
- MIRANDA ESTRAMPÉS, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona. Bosch.
- MITTERMAIER, K. J. A. (2006). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Tr. Primitivo González del Alba. Buenos Aires. Hammurabi.
- MIXÁN MASS, F. (2009). *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Trujillo. BLG.
- MIXÁN MASS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG.
- MIXÁN MÁSS, F. (1995). *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. BLG.
- MUÑOZ CONDE, F. (1998). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla. Universidad Pablo de Olavide.
- NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. Idemsa.
- NIEVA FENOLL, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons.
- NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch.
- NINO, C. S. (2000). *La validez del derecho*. 1ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea.
- PODER JUDICIAL. (2010). Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. Acuerdo 116 de noviembre de 2010.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima-Bogotá. Palestra. Temis.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons.
- SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Tr. Claudina Orunesu. Jorge L. Rodríguez.
- SCHÜNEMANN, Bernd. (2005). *La reforma del proceso penal*. Manuel Jaén Vallejo. Emilio Moreno y Bravo (Coord.) M.ª Luisa Silva Castaño. Madrid. Dykinson.
- SENTÍS MELENDO, S. (1979). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires. Ejea.
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima. INPECCP-CENALES. pp. 602-603.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada*. Lima.
- TARUFFO, M. (2010) *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons
- TARUFFO, M. (2009). *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En FERRER BELTRAN, GASCON ABELLAN, GONZALEZ LAGIER & TARUFFO. *Proceso, prueba y estándar*. Lima. Ara Editores.
- TARUFFO, M. (2009). *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. Tr. Lucas Correa Montoya. En TARUFFO, M. & RAMÍREZ CARVAJAL. D. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima. Ara.
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Tr. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Trotta.
- TARUFFO, M. (2008). *Notas sobre la verdad de los hechos en el proceso civil*. En GIANFORMAGGIO, L. (Ed.) *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Tr. Pablo D. Eiroa y Nicolás Guzmán. Bogotá. Temis.
- TARUFFO, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Tr. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Trotta.
- TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Tr. María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona. Península.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC FJ 25
- TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Lima. Academia de la Magistratura. GTZ.
- VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.) (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons.
- VEGA REÑÓN, L. & OLMOS GÓMEZ, P. (2011). *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta.
- VOLK, K. (2007). *Verdad y Derecho material en el proceso penal*. En VOLK, K. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tr. Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires. Ad Hoc.
- VOLK, K. (2007). *Dogmática penal, teoría y realidad*. En EL MISMO. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tr. Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires. Ad Hoc.
- WRÓBLEWSKI, J. (2001). *Sentido y hecho en el derecho*. Tr. Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salavarría. México. Fontamara.

SOBRE LA ARBITRARIEDAD EN LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE DAR POR CONCLUIDA LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ANTES DE LOS 120 DÍAS.

Aproximación a un replanteamiento del control de plazos

ON THE ARBITRARITY IN THE DISCRETIONAL FACULTY OF THE PUBLIC MINISTRY OF GIVING OUT PREPARATORY RESEARCH BEFORE 120 DAYS.

RESUMEN

El presente artículo, es una crítica procesal-garantista al art. 343, numeral 1 del NCPP que señala es facultad discrecional del Ministerio Público dar por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere "se haya cumplido su objeto", incluso antes de los 120 días de duración ordinaria. Consideramos que dicha decisión sin previa comunicación a las partes – en los pocos supuestos en los que se presenta- vulnera expresamente varios derechos inherentes a la defensa del investigado (como el derecho a un plazo razonable para estructurar la defensa, el Derecho de Defensa propiamente, el derecho a la igualdad procesal, al principio de contradicción, a la imparcialidad, al principio de objetividad, entre otros). Por ello, proponemos se modifique el art. 343, numeral 1 del NCPP a fin de que el fiscal esté obligado a comunicar a las partes con 5 días de anticipación, en los supuestos en que va a dar por concluida la investigación preparatoria, evitando así vulnerar derechos del investigado.

ABSTRACT

The present article is a procedural-guarantee criticism to art. 343, numeral 1 of the NCPP that states that it is the discretion of the Public Prosecutor's Office to terminate the Preparatory Investigation when it considers that its object has been fulfilled, even before 120 days of ordinary duration. We consider that this decision without prior communication to the parties - in the few cases in which it is presented - expressly infringes several rights inherent in the defendant's defense (such as the right to a reasonable time to structure the defense, the Right to Defense itself, the right to procedural equality, to the principle of contradiction, to impartiality, to the principle of objectivity, among others). Therefore, we propose to modify the art. 343, numeral 1 of the NCPP so that the prosecutor is obliged to communicate to the parties five days in advance, in the cases in which it will terminate the preparatory investigation, thus avoiding violating the rights of the investigated.

PALABRAS CLAVES

Nuevo Proceso Penal, Investigación Preparatoria, y Plazo Razonable.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, cuando estuvo en boga la novedad del Nuevo Código Procesal penal no dejaba de debatirse sobre la verdadera naturaleza y postura adoptada en nuevo sistema procesal. Sin embargo, hoy ha quedado claro que se trata de un *modelo procesal acusatorio*

garantista con tendencia a lo adversarial único -sui generis- diferente a los distintos modelos procesales puros. Se trata de un modelo inspirado en el sistema acusatorio norteamericano y, en el *garantismo procesal constitucionalizado*, con alguna presencia del *eficientismo inquisitivo*¹. Se trata de un modelo procesal respetuoso de las garantías procesales

Abg. Dember Salomón
FERNÁNDEZ HERNANI
ARAGÓN

Docente de la Escuela de Derecho y
Cs. Políticas de la UNJBG

*Abogado de la Universidad
Nacional de San Agustín; Docente
nombrado en la Universidad
Nacional Jorge Basadre
Grohmann; Abogado defensor
privado*

Alex Francisco
CHOQUECAHUA AYNA
Abogado egresado de la Escuela de
Derecho y Cs. Políticas de la
UNJBG

¹ V. gr.: Como la prueba de Oficio y la Investigación suplementaria. No está permitido por respeto a los Derechos fundamentales procesales y por la naturaleza misma de nuestro proceso "Acusatorio" demás actuaciones de índole inquisitiva, como el excesivo deseo del Juez Penal Unipersonal, o el Colegiado, de querer solicitar se practiquen actos de investigación, o se favorezca al Ministerio Público en la mejor estructura de su acusación, o haga un control de acusación al inicio del Juicio Oral (como si se ha realizado en el Distrito judicial de Tacna en algunos momentos). De conformidad con el *principio acusatorio*, el *principio de objetividad*, el *principio de igualdad de armas*, *imparcialidad*, *contradicción*, toda actuación jurisdiccional o fiscal que vulnere el contenido esencial de dichos derechos, sería contrario a las bases y principios que inspiran nuestro Código Procesal Penal.

y constitucionales. Por ello, se ha hablado hasta la sobriedad que el imputado es ahora “*parte del proceso*” (sujeto procesal), y no “*objeto del proceso*”.

Sin embargo, hoy muchos años después de la entrada en vigencia del NCPP, todavía encontramos algunos defectos por prácticas obsoletas propias del pasado modelo procesal, muchas de ellas heredadas de la *cultura Inquisitiva*² de nuestros viejos operadores, o instituciones procesales que no se encuentran aún bien definidas, contraviniendo así los principios del nuevo sistema procesal. De un riguroso análisis crítico se ha podido advertir que en el Vigente NCCP se encuentra regulado una atribución de la Fiscalía que contraviene expresamente los principios del nuevo sistema, nos referimos a la *facultad discrecional del Ministerio Público de dar por concluida la investigación preparatoria antes de los 120 días sin observar la necesidad de un plazo razonable que requiere el imputado para estructurar su defensa*; transgrediendo así el derecho de defensa, el derecho a un plazo razonable para estructurar la defensa, y el principio de igualdad procesal o igualdad de armas, entre otros. Sobre ese tema nos dedicaremos a lo largo del presente artículo.

Por ello, para explicar la gravedad de dicho problema observado en la praxis judicial dividiremos el presente artículo en dos apartados. En el primero nos ocuparemos del tema nuclear del presente ensayo, y titularemos: “**SOBRE EL RECORTE DEL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN y SU AFECTACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO y LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DEL IMPUTADO**”; y, en el segundo, plantearémos nuestra propuesta entorno a esta crítica, planteando una solución acorde a los principios garantistas de nuestro Código Procesal Penal.

En el primer apartado nos dedicaremos a explicar a través de un análisis casuístico el inmenso perjuicio que origina a la defensa del

imputado la sorpresiva disposición de culminación de investigación preparatoria antes del plazo señalado, en el supuesto, en que –*por ejemplo*– una buena defensa esté realizando actos de investigación, preparando testigos, preparando informes, etc; a fin de acreditar la inocencia del imputado, por convenir al Derecho de defensa, y la estrategia procesal. El verdadero concepto que se debe tener del rol de la defensa en el nuevo sistema procesal, es ser un sujeto activo del proceso, que realice y solicite actos de investigación, que trabaje activamente a fin de acreditar la inocencia de su patrocinado, a fin de que el Ministerio Público, con todos los indubitables elementos de convicción de descargo presentados por la defensa pueda disponer el archivo de la investigación, solicitando el sobreseimiento, o solicitándole luego –*en la Etapa Intermedia*– al Juez de Investigación Preparatoria. Para tal efecto, el defensor cuenta con un plazo señalado (120 días ordinariamente), plazo en el que deberá planificar y ejecutar su estrategia de defensa, su Teoría del Caso. Recortar ello sería vulnerar expresamente el *derecho al plazo razonable para preparar la defensa, el derecho de defensa, el principio de igualdad procesal e igualdad de armas, e incluso, el principio de contradicción, el principio de objetividad, imparcialidad, y junto a ello, el principio acusatorio, y hasta el debido proceso*. De todo ello nos dedicaremos en este apartado.

En el segundo apartado, tratando de darle una solución objetiva, y acorde a los principios procesales y constitucionales en los que se estructura nuestro código, sólo en los supuestos en los que se recorta la investigación antes del plazo señalado, proponemos se habilite la institución del control de plazos por muy exigua duración de la Investigación Preparatoria; o, que la defensa pueda exigirla al Juez a través de un proceso de Habeas Corpus; por último proponemos se incorpore en el artículo 343, numeral 1 del NCPP, la comunicación que debe hacer el Ministerio Público a la defensa del imputado, que va a dar por concluida la investigación preparatoria antes del plazo ordinario señalado, por creer que ya se ha

² Cultura Inquisitiva: Término con el que nos referimos a la idiosincrasia manejada por los operadores del antiguo Código de Procedimientos Penales de corte inquisitivo. ¿Pero, cuál es el origen de ese término? La institución inquisitorial se cree es de origen ibérico, pero no es así, no es una creación española. La primera inquisición, la episcopal, fue creada por medio de la Bula Papal Ad Abolendam, promulgada a fines del siglo XII por el papa Lucio III como un instrumento para combatir la herejía albigense en el sur de Francia. Cincuenta años después, en 1231-1233, el papa Gregorio IX creó mediante la Bula Ex Communicamus la inquisición pontificia que se estableció en varios reinos cristianos europeos durante la Edad Media. En la corona de Aragón también se instauró y su principal representante fue Raimundo de Peñafort. Con el tiempo, su importancia se fue diluyendo, y a mediados del siglo XV era una institución casi olvidada, aunque legalmente vigente. Vid: GUTIERREZ MIRANDA, NESTOR HENRY. “El regreso del inquisidor: Los rezagos inquisitivos del rozagante código procesal penal peruano del 2004”. En Revista: “Herejías procesales garantistas; 18 artículos literario-jurídicos sobre el derecho procesal garantista”. IDEP. Editorial Adrus. Enero 2013. Lima, p. 36, 2do párrafo.

cumplido su objeto, solicitando a la defensa presente sus últimos actos de investigación a fin de darla por culminada, y decidir si formula acusación o sobreseimiento. Así se evitará la vulneración al derecho de defensa y los demás derechos conexos del investigado en la estructuración de la Teoría del Caso de la defensa.

Por último, esbozaremos nuestras conclusiones y citaremos la fuente consultada que sostiene nuestra propuesta.

II. SOBRE EL RECORTE DEL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN, SU AFECTACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO DE “LA DEFENSA” y LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

La necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los tratados internacionales de Derechos Humanos³ y las normas contenidas en la Constitución Política del Estado que otorgan la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público, inspiraron la creación del Nuevo Código Procesal Penal. Dichos organismos han venido, desde hace muchos años, incorporando una serie de principios, derechos y garantías en sus decisiones, que además son vinculantes en los países que han suscritos los tratados o convenciones sobre esta materia, a lo que no es ajeno nuestro país.⁴ Los derechos procesales reconocidos en nuestro país, como el derecho de defensa, el derecho a un plazo razonable de investigación, el principio de igualdad procesal e igualdad de armas, el principio de objetividad, imparcialidad, contradicción, el principio acusatorio, y el debido proceso, encuentran su origen en estas convenciones internacionales; ellas las inspiran, y son su base directriz, se encuentran por sobre las disposiciones normativas contenidas en el mismo NCPP. Por ello, si alguna disposición contenida en ella vulnera los derechos procesales - y constitucionales- en los que se inspira, debería de modificarse y enmendarse.

Ningún cuerpo normativo es completo y correcto, su eficiencia se denotará por la perfectibilidad del mismo y el reconocimiento de algunos errores del legislador. Errores que se conocerán por la práctica y el uso constante de la reglas del Código por los operadores del Derecho. Es precisamente por ello que de la lectura y análisis casuístico del artículo 343, numeral 1, del NCPP, que literalmente dice: “**El Fiscal dará por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo.**”⁵

Se puede apreciar que el Representante del Ministerio Público tiene toda la facultad discrecional y libre para decidir cuándo puede dar por concluida la investigación preparatoria, inclusive pese a que haya señalado literalmente, en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (en adelante DFyCIP) que el Plazo de la Investigación Preparatoria será de 120 días si se trata de una investigación ordinaria. Creemos firmemente en que dicha facultad, es completamente transgresora de los principios procesales, como el “derecho de defensa”, el “derecho a un plazo razonable de la investigación que requiere el imputado para estructurar su defensa”, el “principio de igualdad procesal e igualdad de armas”, el “principio de objetividad”, “imparcialidad”, “contradicción”, el “principio acusatorio”, incluyendo así el macro principio⁶ del “Debido Proceso”: toda vez que al dar por concluida la investigación cuando considere el Fiscal que ha reunido los suficientes elementos de convicción que acrediten la culpabilidad del agente, éste ya puede formular acusación, y recortar el plazo de investigación prudencial que requiere el imputado para estructurar su defensa y Teoría del Caso. La defensa requiere de un plazo razonable para su inocencia, su no culpabilidad, la existencia de una causa de Justificación, o hasta su diferente grado de participación criminal en el hecho punible.

³ Vid.: Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH, Convención Americana de Derechos Humanos – CADH y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP.

⁴ Cf.: ROSAS YATACO, JORGE. “Tratado de derecho procesal penal”. Sobre las razones que justifican el nuevo modelo procesal penal. Editorial Pacifico. Enero 2013. Lima, p. 46. 2 párrafo.

⁵ Artículo vigente, de conformidad con la publicación realizada en el SPUJ, disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default_nuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo. Consulta: 02/05/2014.

⁶ Llamado así por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 04509-2011-PA/TC-SAN MARTÍN), al ser continente de los demás principios y derechos fundamentales vinculados a él.

Debemos entender que el rol de la Defensa en el *nuevo sistema procesal*⁷ es constituir una parte activa del proceso. No sólo es el Ministerio Público la única parte que investiga, sino también la Defensa en ejercicio amplio del artículo 84⁸, numeral 5, referido a las facultades del Abogado Defensor que literalmente señala que es derecho y deber del abogado defensor **aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes**, entendiéndose por ello que la defensa puede realizar actos de investigación particular – aunque no como lo hace el Ministerio Público, a fin de acreditar la inocencia de su patrocinado; entendiéndose por ello, que se puede ejercer de dos formas la realización de los actos de investigación:

- a. **SOLICITANDO EL MINISTERIO PÚBLICO REALICE ACTOS DE INVESTIGACIÓN.**- La primera forma - como lo dijimos- es **solicitando al Ministerio Público realice ciertos actos de investigación**, como la programación de declaraciones testimoniales, curse oficios a las instituciones a fin de recabar documentación, realice inspecciones oculares, requerimientos de búsquedas de pruebas y restricción de derechos, trabe medidas de coerción procesal reales, entre otras. Todo ello con la finalidad de acreditar la inocencia o ausencia de responsabilidad del imputado. Con respecto a esta forma de actuación de la defensa no hay ningún problema si el Fiscal da por concluida al investigación antes del plazo ordinariamente programado (120 días), puesto que el Fiscal conoce qué actos de investigación han sido solicitados y están pendientes de actuar; negarle realizar estos actos de

investigación-pese a que se haya fundamentado su conducencia, pertinencia y utilidad- significaría vulnerar gravemente el derecho de defensa del investigado, y no habiéndose cumplido su objeto, no podría darse por concluida la investigación antes del plazo programado. En caso se haya hecho ello, nuestra Corte Suprema le ha dado ya una solución al problema que puede haber generado el Ministerio Público: la “*Tutela de Derechos*”⁹.

- b. **REALIZANDO ACTOS PARTICULARES DE INVESTIGACIÓN.**- La segunda forma por la que el abogado defensor puede ejercer su rol activo en la defensa, sería **REALIZANDO ACTOS PARTICULARES** o individuales de investigación, como por ejemplo: *los seguimientos por detectives privados, recaudo de pruebas, información documental, informes periciales, preparación y selección de testigos, etc.* Es lamentable que hoy día aún existan en la Ciudad de Tacna -y de seguro en todos los Distritos Judiciales- Fiscales que piensan que “*el abogado defensor no debe investigar porque esa es una facultad inherente sólo al Ministerio Público*” y que no tiene porqué realizar actos independientes de investigación. Esa *idiosincrasia inquisitiva* es completamente deleznable, y debe ser proscrita de nuestra cultura. **El rol de un buen defensor debe ser ejercer una función completamente**

⁷ Decimos que el rol del abogado defensor en el nuevo sistema procesal es diferente del antiguo porque en el NCPP se reconoce la calidad de Sujeto Procesal al imputado, calidad de la que no gozaba en el Código de Procedimientos Penales de 1940, donde era un simple objeto del proceso.

⁸ “**Artículo 84. Derechos y deberes del abogado defensor**

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. **Prestar asesoramiento** desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
 2. **Interrogar** directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
 3. **Recurrir a la asistencia reservada de un experto** en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
 4. **Participar** en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
 5. **Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.**
 6. **Presentar peticiones orales o escritas** para asuntos de simple trámite.
 7. **Tener acceso** a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
 8. **Ingresar** a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
 9. **Expresarse con amplia libertad** en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
 10. **Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.**
- El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.”*

⁹ En este supuesto, el defensor podría solicitar al Juez de Investigación preparatoria no dé por concluida la investigación, porque aún no se han realizado la suficiente actuación de elementos de convicción de descargo que permitan acreditar la inocencia de su patrocinado. [Vid: Acuerdo Plenario de los Jueces Penales de la Corte Suprema N° 04-2010-CJ/116]. Disponible en: <<http://www.pj.gob.pe/>> /ACUERDO_PLENARIO_PENAL_04-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=78b00a004075b668b509f599ab657107.> Última consulta: 21/9/2014. 11:34 h.

activa, y no pasiva¹⁰. La buena defensa es aquella que se esmera en evitar que la denuncia que se encuentra en diligencias preliminares se formalice; y, si es formalizada, luchar porque se archive gracias a sólidos elementos de convicción de descargo que acrediten la inocencia de su patrocinado o elementos probatorios que permitan fundamentar una excepción, o convencer al Fiscal a que emita un Requerimiento de Sobreseimiento. En el peor de los casos, el Abogado defensor luchara por sostener durante la etapa intermedia que el caso debe ser sobreseído; pero, si no se sobresee, buscará tachar la mayor cantidad de elementos de convicción presentados por la Fiscalía, y buscará llevar la mayor cantidad de pruebas de descargo al Juicio oral, a fin de acreditar la inocencia del Investigado, con verdaderos y fehacientes pruebas que nos permitan conocer la verdad procesal.

En este supuesto, el abogado defensor no está obligado a comunicar al Fiscal, que actos de investigación se encuentra realizando, hasta que finalmente decida presentarlos en conjunto generando convicción, según convenga a su estrategia de defensa. El defensor no es un subordinado de la investigación, sino, un sujeto más en “*la mesa de juego*” donde el “*director*” es el titular de la Acción Penal. Ambos se rigen por el principio de igualdad procesal, el principio de igualdad de armas y el principio de objetividad. Como diría FIDEL ROJAS VARGAS, “*principio de objetividad*”, vinculado al principio de imparcialidad¹¹ no significa que el MP¹² sólo buscar pruebas de cargo, para formular acusación; sino, también pruebas de descargo que permitan acreditar la inocencia del investigado, pues el objeto de la investigación no es acusar, sino, esclarecer los hechos a fin de alcanzar la verdad procesal.

Este tipo de forma en que la defensa realiza actos de investigación es precisamente de la que el Fiscal – naturalmente- no toma conocimiento hasta antes de la conclusión de la

investigación. **Y es en este supuesto, donde se afecta gravemente el derecho de defensa y el plazo razonable de la investigación del imputado al dar por concluida la investigación preparatoria antes de los 120 días de plazo que ordinariamente duraría.** Cuántos buenos defensores realizan una defensa activa, y cuántos se perjudican inmensamente al dar el Fiscal por concluida la investigación antes de los 120, llegando sorpresivamente al despacho del abogado la notificación de conclusión de la investigación. Es este supuesto de hecho donde existe un vacío de tutela al abogado defensor.

Como diría ROSAS YATACO, “*El abogado no debe ver al policía o Fiscal como “enemigos de su causa”, tampoco el policía o el Fiscal deben pensar que el abogado viene a entorpecer la investigación; por el contrario, deben concebir que todos los operadores van a cumplir su rol (...). Las exigencias de la defensa son bienvenidas y ello permitirá que el Fiscal y la Policía sean más acuciosos en sus casos.*”¹³ Creemos –como lo dijimos- que esta facultad arbitraria afecta gravemente la estructuración de la Teoría del Caso. Impedir al defensa culminar la construcción, cimentación y fortalecimiento probatorio de su Teoría del Caso, transgrede muchos derechos procesales y constitucionales. Antes de pasar al apartado referido sobre los derechos vulnerados, nos detendremos en explicar cómo afecta a la Teoría del caso, dicha facultad discrecional del que goza la Fiscalía.

A. SOBRE LA AFECTACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA

Como sabemos, la Teoría del Caso *es la estrategia básica de todo proceso desde donde se estructura la defensa, es el trama, el título de la obra que plantea cada una de las partes.* Su formación nace desde las diligencias preliminares, y es inherente al ejercicio fundamental del derecho de defensa. Los tres elementos del que está conformado la Teoría del Caso, son los elementos fácticos, elementos jurídicos y elementos probatorios. Por ello, para que toda defensa pueda plantear una buena

¹⁰ Decimos rol pasivo, porque hay muchos abogados defensores, que sólo se dedican a esperar que el Fiscal archive la investigación, lo sobresee, o se “juegue” por una “duda razonable en el Juicio Oral.

¹¹ Aplicable también al Fiscal.

¹² Ministerio Público.

¹³ ROSAS YATACO. *Ibidem.*, p. 61, 2do párrafo.

Teoría del Caso es necesario que conozca mejor los hechos; es decir, es necesario pueda recaudar mayor información a partir de la mayor investigación de los hechos; y obtenga así buenos elementos probatorios, a partir de una buena actividad investigativa. Por consiguiente, para que el defensor pueda estructurar una buena Teoría del Caso es indispensable que cuente con un plazo razonable de preparación. El recorte la investigación que realiza todo Fiscal que da por concluida la investigación antes del plazo señalado, **inclusive –algunos- amenazando iniciar un proceso por acusación directa a los pocos días de iniciado la investigación** preparatoria vulnera gravemente los derechos de defensa, plazo razonable entre otros.

EL INMENSO PERJUICIO QUE CAUSALA SORPRESIVA NOTIFICACIÓN AL DOMICILIO PROCESAL. ANÁLISIS CASUÍSTICO.

1. Durante el ejercicio de la práctica litigante, pudimos conocer algunos casos en los que se presentaba el problema que exponemos. Por ejemplo, en una oportunidad, aproximadamente a los 60 días de la duración de la investigación preparatoria de un proceso por Asociación Ilícita, mientras nos encontrábamos preparando las pruebas que presentaríamos como parte de nuestra estrategia de defensa del imputado, a fin de lograr el archivamiento del caso por no haberse recibido directamente el bien en custodia, tratando de buscar testigos que estuvieran dispuestos a declarar *-porque había muchos que no estaban dispuestos a declarar y otros que no tenía las aptitudes físicas para hacerlo con contundencia-*; al estudio jurídico, se acercó el Notificador del Ministerio Público a entregarnos la notificación de la Disposición de Culminación de la Investigación Preparatoria, donde el Fiscal señalaba que habiéndose cumplido el objeto de la misma, y tomado todas las declaraciones, haciendo prever que sí ha habido entrega del bien en calidad de custodia, se dispuso la culminación de la misma. Acto que nos causó una inmensa sorpresa y desazón,
2. El segundo caso que queremos citar como ejemplo fue un supuesto de Robo en Flagrancia. Ese era el caso de un grupo de 3 estudiantes universitarios, donde 2 de ellos tomaban unos vasos de licor, excepto uno, Jorge se llamaba. Fueron caminado por unas calles, lugar donde se encontraron con otros 3 amigos (amigos de los 2 que habían tomado licor, no de Jorge). Comenzaron a conversar y hablar de diversos temas. Todo estaban juntos en grupo. De repente al doblar en una esquina, 5 de los 6 chicos, excepto Jorge – *que no sabía nada de lo que ocurría-* se organizan a pedido de los 3 nuevos chicos que llegaron al grupo, para asaltar a un transeúnte que caminaba sólo a esas horas de la noche. Algunos lo rodearon, otros vigilaban, y mientras le arranchaban la billetera y algunas pertenencias, llegó un vehículo de RADIO PATRULLA que corre a socorrer a la víctima y a perseguir a los estudiantes delincuentes. Sin embargo, sólo capturaron al inocente estudiante “Jorge”, que no compartía el criterio ni concebía el menor deseo por robar y hacer daño a alguien. Sin embargo, para el Fiscal sería cómplice primario el rol de “campana” por lo que lo procesó en calidad de cómplice secundario por el delito de robo agravado. Todos sus demás compañeros declararon en su contra.

El proceso de formalizó por 120 días, sin embargo, a los 50 días de haberse iniciado la formalización se emitió la disposición de que dio por concluida a la investigación preparatoria. Cuando se fue a conversar con el Fiscal, éste argumentó que tenía todo el derecho a hacerlo e incluso podría formular requerimiento de “Acusación Directa¹⁴” con

¹⁴ Tampoco compartimos con lo dispuesto en el Art. 336, 4 del NCPP al crear la Figura del Proceso Común por acusación directa, puesto que – como lo diría CESAR LANDA ARROYO- es inconstitucional pues vulnera gravemente el derecho de defensa y otros derechos conexos. Pero no queremos ahondar en ese tema, puesto que ameritaría realizar otro artículo.

los elementos de convicción recaudados en las diligencias preliminares.

3. Conocimos un tercer caso, esta vez por la comisión del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, donde nuestro patrocinado, Jefe de la Oficina de Abastecimiento del Hospital de ESSALUD-Tacna, había sido denunciado por haber remitido un correo electrónico a una de las postulantes al proceso de contratación de servicios por empresas tercerizadoras, en la que el Funcionario le solicitaba le informe cómo debía modificar las bases para que pueda ser muy accesible por todos los postores. Se tenía por fuente lícita el correo electrónico remitido a la postora y muchas declaraciones testimoniales incriminatorias. El proceso se declaró complejo, por lo que debió durar 8 meses, sin embargo, al sexto mes, se dio por culminada la investigación emitiéndose sorpresivamente la Disposición de Culminación de la Investigación Preparatoria. ¿Pero, qué es lo que había ocurrido? Lo que en realidad había ocurrido era que el imputado (ex Jefe de Abastecimiento de ESSALUD) no era un nefasto personaje imbuido en el mundo de la corrupción y la negociación incompatible. Todo lo contrario, lo que en realidad había ocurrido, era que el Jefe de Abastecimiento había sido recientemente designado, saliendo de su cargo un anterior Jefe que tenía 12 años en el cargo, tiempo en el que todas las licitaciones de ESSALUD las había ganado una sola empresa postora; y, al llegar el nuevo jefe, trató de romper ese círculo de corrupción que se había desarrollado, invitando a que otras empresas se presentaran a fin de transparentar el proceso, sin embargo todos los funcionarios de Essalud, inclusive sus subordinados estaban discretamente en contra del nuevo jefe, eran parte de la corrupción. Así que el nuevo jefe decidió empezar por elaborar unas nuevas bases, para lo cual consultó a una empresa diferente a fin de que le diera unos precios referenciales y condiciones más accesibles para todas las empresas postulantes. Esa es la verdad, y esa era nuestra Teoría del caso. Nunca hubo nunca intención dolosa por querer favorecer a alguna empresa, es decir, de cometer el

delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, por el contrario, hubo intención de querer transparentar los procesos de dicha entidad. Sin embargo, todos los demás funcionarios estaban en su contra, y declaraban inculpándolo. La denuncia había sido una treta tendida por la empresa desfavorecida, que durante años había estado coludida con el ex jefe de Abastecimiento.

En dicho caso, se tenía que realizar necesariamente una exhaustiva revisión y probanza de descargo a través de pruebas indiciarias, y declaraciones testimoniales de testigos que acrediten la buena fe del denunciado, incluyendo las declaraciones de los demás representantes de otras empresas postoras a las que antes se había negado su participación. Sin embargo, no era fácil probarlo. Muchas personas no querían declarar por temor a involucrarse en un engorroso proceso penal. Se tenía que rogar y seleccionar testigos, se tenía que incluso averiguar el nombre de personas a las que no se sabía cómo identificar a fin de briden su declaración testimonial. Y, mientras nos encontrábamos realizando las indagaciones del caso para presentar los elementos de convicción de descargo en la brevedad, la investigación se dio por concluida. Y, debido a que **las disposiciones** –excepto la de archivo- **son irrecurribles, no se pudo apelar dicha decisión**¹⁵. Decisión que consideramos que fue “legalmente” arbitraria.

SOBRE LA VULNERACIÓN AL DERECHO A ACOGERSE A LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

Independientemente de que se ha vulnerado el derecho de defensa y otros derechos conexos del investigado, se perdió en todos los supuestos citados –*inclusive*- la oportunidad de acogernos a la TERMINACIÓN ANTICIPADA, puesto que es un derecho¹⁶ del imputado (que no haya logrado reunir los suficientes elementos probatorios de descargo para acreditar su

¹⁵ Cabe precisar que las Disposiciones Fiscales son Irrecurribles, a excepción de la Disposición Fiscal de Archivo de la Investigación.

¹⁶ Decimos derecho, porque La terminación Anticipada, al haberse establecido en una norma objetiva su presupuesto y posibilidad facultativa de acogimiento, nace el derecho subjetivo, como consecuencia del derecho objetivo creado.

inocencia a acogerse al beneficio de la *Terminación Anticipada*¹⁷.

B. SOBRE LOS DERECHOS VULNERADOS

1. SOBRE LA VULNERACIÓN AL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE PARA PREPARAR LA DEFENSA. EL REAL SIGNIFICADO DEL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE

El artículo I, numeral 1)¹⁸ del Título Preliminar del NCPP reconoce el derecho a ser investigado en un plazo razonable. Está reconocida a nivel de instrumentos internacionales en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que señaló “*toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que señala en su artículo 14.3 que “*durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) a ser juzgado sin solicitudes indebidas*”. Al respecto, NEYRA FLORES sostiene que “*el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable es un derecho subjetivo constitucional que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte de un procedimiento penal de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del poder judicial, creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el iuspuniendi o de reconocer y en su caso restablecer inmediatamente el derecho a la libertad*.”¹⁹ El proceso penal, por su propia naturaleza, está compuesto por una serie de actos denominados “procesales” cuya función es lograr, a través de un conjunto concatenado lógico y jurídico, la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional que decida un determinado conflicto y que eventualmente, promueva su ejecución.²⁰ Un

*requisito para que los actos procesales sea válido, es que se realice dentro de un determinado plazo.*²¹

La doctrina ha establecido que **plazo es el espacio de tiempo dentro del cual debe ser realizado un acto procesal**. Es decir, es toda condición de tiempo puesta al ejercicio de una determinada actividad procesal. (...). Pero, ¿Qué entendemos por razonable o plazo razonable?²² El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ilustra que “razonable es todo aquello está de acuerdo con la razón o la justicia. Por ende, plazo razonable de la investigación será todo aquel plazo donde el objeto por el cual se realiza la investigación haya sido cumplido o deba cumplirse, sin que medie otras causas que entorpezcan el normal y celeré funcionamiento de la autoridad jurisdiccional o fiscal”. En el presente caso que traemos a crítica, al no haberse concedido a la defensa un plazo razonable para estructurar su defensa se habría vulnerado, a nuestro criterio, este principio.

2. SOBRE LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA CON EL RECORTE DEL PLAZO DE INVESTIGACIÓN

El artículo IX del Título Preliminar del NCPP señala: “**1. (...). También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.**” Dicho derecho de defensa se encuentra ampliamente desarrollado en el

¹⁷ Debemos aclarar que no podría alegarse contrariamente que un procesado puede acogerse al beneficio de la CONCLUSIÓN ANTICIPADA en la apertura del Juicio Oral, toda vez que no puede utilizarse al imputado como un instrumento (objeto del proceso) a quien se busca que acepte responsabilidad, así no lo tenga, siendo victimizado por el proceso. El ejercicio de su negociación debe ser producto de su voluntad y no de la presión procesal por temor a una condena. Así mismo, sería completamente cuestionable que el estado no habilite la posibilidad de acogimiento a la Terminación Anticipada luego de culminada la investigación, toda vez que sería insulso y oneroso pasar por una Etapa Intermedia, si el acusado desea acogerse a un criterio de oportunidad, sería perder horas-hombre, días de audiencias, recargando la actividad jurisdiccional. Cfr.: Sisi Villavicencio, en: < <http://www.incipp.org.pe/uploads/terminaci%3anticipada.pdf> >. Última consulta: 20/09/2014. 01:11 h.

¹⁸ NCPP. Artículo I. Justicia Penal.-

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

¹⁹ NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. “Manual del nuevo proceso penal y litigación oral”. IDEMSA. Julio 2010. Lima, p. 148. Párrafo 1ro.

²⁰ GABRIEL TORRES, SERGIO. “Nulidades en el proceso penal”. Ad Hoc. Buenos Aires. 1993, P. 28.

²¹ NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. “Manual del nuevo proceso penal y litigación oral”. IDEMSA. Julio 2010. Lima, p. 148. Párrafo 4to.

²² NEYRA FLORES. *Ibidem*. p. 149. 1er Párrafo.

artículo 80²³ y siguientes del NCPP. Las atribuciones y facultades del mismo se encuentran previstas en el art. 84²⁴ del NCPP.

*“Es el defensor del imputado el llamado a ofrecer las pruebas de descargo en el ejercicio de su derecho de defensa, esto es, refutando o contradiciendo lo argumentado por el fiscal, quedándole al Juez el papel de examinar los hechos que las partes le presenten y emitir su fallo conforme a la carpeta judicial, conforme se estipula y se estipula y estila en todo sistema acusatorio”*²⁵ Si el derecho de defensa es el derecho a que el abogado pueda ofrecer pruebas de descargo en el ejercicio de su defensa, entonces al recortar el plazo de la investigación para que pueda ejercer dicho derecho estaríamos vulnerando este derecho. Creemos que no cabe duda sobre ello.

3. SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

ORÉ GUARDIA señala: *“El principio de contradicción es un mandato dirigido, tanto al legislador como al Juez para que organicen y dirijan el proceso, de forma tal que las partes tengan la posibilidad de controvertir o rebatir posiciones antagónicas a la suya durante el desarrollo del proceso.(...)”*²⁶ “El modelo acusatorio determina un proceso penal con **división de funciones**, recayendo la tarea de acusar a un sujeto distinto al juzgador. El acusador tiene la carga de la prueba, frente a lo cual se permitirá que al acusado desvirtúe la acusación a través de la presentación de la prueba de descargo, siempre amparado en la presunción de inocencia, en tanto no se emita fallo que determine su culpabilidad(...). El

nuevo modelo de orientación acusatorio no es un modelo unilateral, sino dialógico; uno en el cual la confianza no se deposita únicamente en la capacidad reflexiva del juez, en su *sindéresis*, sino en la controversia, en la discusión dentro de un marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio. **Los sujetos procesales ya no pueden ser considerados auxiliares de la justicia sino protagonistas del proceso.**”²⁷

Muchos creen equivocadamente que el principio de contradicción se presenta sólo en el juicio oral, dicho argumento es falso. En un modelo de corte acusatorio garantista como el peruano, el principio de contradicción es inherente a la naturaleza y desarrollo mismo del proceso. Por lo que el principio de contradicción no se aplica sólo a las pruebas, sino también a los actos de investigación, es por ello que se realiza actuaciones de pruebas de descargo, porque nuestro molde no es unilateral, es dialógico, el proceso y la verdad se construye con la composición de ambas partes, acusador y acusado, así lo señala el destacado maestro ARSENIO ORE GUARDIA²⁸.

4. SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL E IGUALDAD DE ARMAS DE LAS PARTES. SU REAL SIGNIFICADO

Este principio encuentra su origen en el artículo 103 de la Constitución, referido a la igualdad ante la ley; el mismo que es desarrollado en el art. I del Título Preliminar del NCPP²⁹, la Declaración Universal de los Derechos

²³ Artículo 80. Derecho a la defensa técnica.- El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

²⁴ Artículo 84. Derechos y deberes del abogado defensor

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
 2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
 3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
 4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
 5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
 6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
 7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
 8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
 9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
 10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.
- El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.”

²⁵ GUTIÉRREZ MIRANDA. *Ibidem*. p. 51. 5to Párrafo.

²⁶ ORÉ GUARDIA, ARSENIO. “Manual de Derecho Procesal Penal”, 2da Edición, Alternativas, Lima, 1999, p. 205.

²⁷ ORÉ GUARDIA. *Ibidem*. pp. 50 y 71.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Artículo I. Justicia Penal.- (...)

3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. (...).”

Humanos (Artículo 7)³⁰, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)³¹. Por ello, la igualdad ante la ley es la base sobre la cual se construye el principio de igualdad en el proceso, **las partes cuentan con los medios parejos a fin de evitar desequilibrios en el proceso** (disponen de las mismas posibilidades y cargas de alegación, de impugnación y de prueba). *En el NCPP, al consagrarse el principio de igualdad de armas debe existir un verdadero enfrentamiento entre la defensa y la acusación, ambas partes deberán construir la verdad; cada una de ellas tendrá una teoría del caso, que viene a ser una estrategia o plan que se estructura para lograr el convencimiento judicial, o incluso fiscal, puesto que toda buena defensa busca convencer al Fiscal para que archive la investigación.*³²

El destacado procesalista Español, GIMENO SENDRA, señala que *“El principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad que reconoce la Constitución.”*³³ Él mismo, reitera que *“el principio de “igualdad de armas”, que ha de estimarse cumplido cuando en la actuación procesal, tanto el acusador como el imputado gozan de los mismo medios de ataque y de defensa; es decir, idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.”*³⁴ Repitiendo lo señalado por el maestro español, TOMAS GALVEZ VILLEGAS, y muchos juristas nacionales reiteran que *“el principio de igualdad garantiza que los sujetos procesales tengan los medios necesarios de ataque y defensa para hacer valer sus alegaciones y pruebas, caso contrario estaríamos ante un supuesto de indefensión.”*³⁵ El principio de igualdad en el proceso penal contempla el principio de contradicción, ya que este se hace efectivo si las partes **tienen los mismos medios**

y **posibilidades de ataque y defensa.**³⁶ ALVARADO VELLOSO define a la igualdad del proceso como igualdad de armas: *“igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no puede constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, tampoco el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.”*³⁷

Por ende, por todo lo sostenido por la doctrina citada debemos entender que al recortarse el plazo de la investigación al abogado defensor, se le está recortando las mismas posibilidades de ataque y defensa, vulnerando la paridad de oportunidades. Por ejemplo, si el Ministerio Público tiene ordinariamente hasta 120 días para investigar, esa misma oportunidad debería tener la defensa. No concederle ese plazo para actuar e investigar, significaría vulnerar el principio de igualdad procesal, o igualdad de armas.³⁸

5. SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

¿Qué es el principio de Imparcialidad?³⁹ Puede usualmente confundirse la Imparcialidad con la Independencia, pero sin embargo, no es así. *La independencia se refiere al Juez frente a influencias externas; la Imparcialidad en cambio se refiere al Juez respecto a las partes y el objeto mismo del proceso (la búsqueda de la verdad procesal respetando las reglas del*

³⁰ DUDH. **Artículo 7.** “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml Consulta 01/05/2014.

³¹ PIDCP. **Artículo 14, 1:** “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.” Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>. Consulta: 05/05/2014.

³² CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. “Análisis integral de NCPP”. Egagal. Editorial San Marcos. Lima, primera edición 2006. P. 26.

³³ CUBAS VILLANUEVA, VICTOR. “El nuevo proceso penal peruano”, Palestra Editores, Lima, Julio 2009, p. 39. Citando a: GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, y CORTES DOMINGUEZ. “Derecho procesal penal”. 3ª Edición, Colex, 1999, Madrid, p. 74.

³⁴ GIMENO SENDRA. “Derecho procesal penal”. Ob. Cit. P. 91.

³⁵ Ibidem. P. 29, 4to párrafo.

³⁶ GALVEZ VILLEGAS, TOMAS ALADINO; RABANAL PALACIOS, WILLIAM; y; CASTRO TRIGOSO, HAMILTON. “El código procesal penal: comentarios descriptivos, explicativos y críticos.”. Jurista Editores, Abril 2012, Lima, p. 29.

³⁷ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. “Debido proceso Vs Prueba de Oficio”. Editorial Juris, Rosario, 2005. Citado por CALDERÓN SUMARRIVA. Ob. Cit. p. 34.

³⁸ Contrario Sensu: Los antiguos libros de derecho procesal penal tenían una concepción inquisitiva de lo que era el derecho a la igualdad procesal, muchos fiscales y jueces que aún conservan la cultura inquisitiva aún guardan ese concepto en sus memorias. Por así decir, citamos el concepto de OLIVA DE LOS SANTOS que señalaba literalmente: *“La igualdad de las partes formales del proceso resulta especialmente importante, y a la vez, singularmente difícil (...). En el proceso penal, ese paralelismo de actos de la parte activa y de la parte pasiva es fácil de establecer en la fase del juicio oral o del plenario, pero no en la fase de instrucción sumarial o de preparación del juicio. Cfr.: DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. “El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia”. En Tribunales de Justicia N° 10, 1997. Citado por: CALDERÓN SUMARRIVA. Ob. Cit. p. 34.*

³⁹ Principio procesal de origen constitucional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política.

debido proceso de tendencia acusatorio garantista⁴⁰).⁴¹

La imparcialidad es **conceptuada como un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse en base a criterios de objetividad**, sin influencia de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas. *La imparcialidad sostiene, que, para todas las personas, ese criterio imparcial se aplica en forma homogénea.*⁴² La imparcialidad es otra garantía esencial de la función jurisdiccional, **especialmente ligada a la preservación del Principio Acusatorio.**⁴³ GIMENO SENDRA, señala que **“este principio ha de ser observado por todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal, incluso ha de ser imparcial el Ministerio Público, dada su naturaleza de parte “imparcial” en el proceso penal y la policía de apoyo al Ministerio Público, tanto en la realización del documento policial como, en general, en todas las diligencias.”**⁴⁴ A ello agrega ROSAS YATACO⁴⁵ señalando que pese a existir alguna posición doctrinaria que el principio sólo puede ser inherente al Juez, sin embargo, consideramos **–a decir de GIMENO SENDRA– al Fiscal también le corresponde esta imparcialidad en la investigación preparatoria**, pues el Tribunal Constitucional peruano lo ha reseñado (*Exp. 2288-2004-HC/TC-Lima*) de la siguiente manera:

“3. [...] No obstante, debe precisarse que **toda actuación del Ministerio Público debe orientarse por el principio de legalidad** (primer párrafo del art. 4 de la LOMP), que le exige actuar con respeto de las disposiciones del ordenamiento jurídico y en interés de la ley, **así como por el principio de imparcialidad** (art. 19 de la LOMP), según el cual el fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados, no debiendo tener

ningún interés particular en la dilucidación de un caso determinado”.⁴⁶

Finalmente, como señala el maestro argentino ALVARADO VELLOSO, **“el principio de Imparcialidad otorga a la ciencia procesal un concepto claro y conciso acerca de lo que es el debido proceso”**.⁴⁷ *El Debido Proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.*⁴⁸ Junto al debido proceso, el principio de imparcialidad está vinculado también al principio de igualdad de armas. *La imparcialidad es la garantía del principio de igualdad de armas.*⁴⁹ El mismo ALVARADO VELLOSO, reafirma que **“las garantías se pierden en el mismo momento en que el tribunal deja de ser tercero imparcial e imparcial, porque sin ello no hay debido proceso, no hay defensa, no hay igualdad”**.⁵⁰ Por todo lo dicho, debemos entender, que al aplicarse el principio de imparcialidad al titular de la acción penal, este cometería un grave exceso *–que devendría en arbitrario–* al recortar el plazo de la investigación, sin comunicar antes al abogado defensor.

6. SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD Y EL DEBER FISCAL DE PREOCUPARSE POR LAS PRUEBAS DE DESCARGO

El título preliminar del NCPP, en su Artículo IV. (referido al Titular de la acción penal), señala: **“(...) 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad**, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. (...)”.

El principio de OBJETIVIDAD de la actuación del MP⁵¹ está estrictamente vinculado al PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD con el que debe actuar, pero referido a la búsqueda de elementos de convicción, por lo que no podría recortar arbitrariamente el plazo de la investigación, ello

⁴⁰ Precisión nuestra.

⁴¹ CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. “Análisis integral de NCPP”. Egacal. Editorial San Marcos. Lima, primera edición 2006. P. 26. Párrafo 8vo.

⁴² GUTIERREZ MIRANDA, NESTOR HENRY. en: “El regreso del inquisidor: Los rezagos inquisitivos del rozagante código procesal penal peruano del 2004”. Ob. Cit. p. 47, párrafo 11vo.

⁴³ ROSAS YATACO. Ob. Cit., p. 119, 2do párrafo.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, VICENTE. “Los Procesos Penales”, Tomo I. Bosch, Barcelona, 2000, P. 53.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ STC N° Exp. 2288-2004-HC/TC-Lima, Caso: PEDRO ARBULÚ SEMINARIO y otros. 12/08/2004. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02288-2004-HC.html>>. Última consulta: 01/05/2014.

⁴⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “El debido proceso”. Editorial “San Marcos”. Lima. Septiembre 2010. P. 280.

⁴⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Citado por: GUTIERREZ MIRANDA. *Ibidem*. p. 47, párrafo 9no.

⁴⁹ GUTIERREZ MIRANDA. Ob. Cit. p. 55. Párrafo 4to.

⁵⁰ ALVARO VELLOSO, ADOLFO. Citado por CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. En: “Análisis integral de NCPP”. Ob. Cit., p. 26, párrafo 10mo.

⁵¹ M.P.: Ministerio Público.

significaría que se estaría actuando con “parcialidad”, vulnerando las bases objetivas de la actuación Fiscal.

7. SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO ACUSATORIO y LA SEPARACIÓN DE ROLES

El destacado procesalista argentino JULIO MAIER, señala que “(...) la principal característica del sistema acusatorio moderno, es la división de los poderes que se ejercen en el proceso; por un lado el acusador, quien es el que persigue penalmente, y es el dueño de la investigación; por otro lado, el imputado, es quien puede resistir la imputación (ejerciendo el derecho de defensa) y, finalmente, el Tribunal, quien tiene la potestad de juzgar”.⁵² Se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, **que integra el contenido esencial del DEBIDO PROCESO**, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el proceso penal.⁵³

Comparar el supuesto que en el sistema inquisitivo el objeto fundamental del procedimiento era averiguar la verdad a toda costa⁵⁴; equivaldría a ver hoy en el NCPP cómo el Fiscal dar por concluida la investigación preparatoria a espaldas de las demás partes, vulnerando la necesidad de un plazo razonable que requiere el imputado para preparar su estrategia de defensa. “Un característica propia de este modelo procesal penal, es la separación de roles, es decir, la separación de funciones de investigación y juzgamiento, así como de la defensa. La distribución de este trabajo es impostergable porque es la única forma de hacerlo operativo en la práctica, para que así se obtenga un resultado eficaz, en cumplimiento del principio de imparcialidad.”⁵⁵

8. SOBRE LA VULNERACIÓN AL MACROPRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El maestro argentino ALVARO VELLOSO intentando definir al Debido proceso, sosteniendo que “es aquel que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso: **dos**

sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en una relación litigiosa (y como tal *imparcial, imparcial e independiente*). En otras palabras el Debido Proceso no es más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. Esta definición tan sencilla nos permite excluir de la normatividad procesal todo aquello que niega y distorsiona la idea lógica de proceso si el juez dispone investigaciones suplementarias asume una función que corresponde constitucionalmente al Ministerio Público, y si actúa pruebas oficiosamente asume como suya la destrucción de la presunción de inocencia, y por lo tanto, ya no es imparcial.

A modo de conclusión del presente apartado, citando a GUTIERREZ MIRANDA⁵⁶ debemos decir *lo que queremos no es tener un Fiscal comprometido con las partes o sus abogados; sino un fiscal que se empeñe en respetar y hacer a todo trance que se respeten las garantías constitucionales*, esa es la nueva consigna que debe seguir hoy todo magistrado, debemos quitarnos el velo inquisitivo que hace al investigador un todo poderoso que desestimar a las partes y la defensa del imputado; dicho de otro modo, en este nuevo modelo procesal constitucionalizado, necesitamos un Fiscal que asuma un respeto irrestricto a los principios constitucionales al “*Garantismo procesal*”.

III. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

A. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DESDE LA POSICIÓN DE LA DEFENSA: SOBRE LA VERDADERA NATURALEZA DEL CONTROL DE PLAZOS. RECONOCIMIENTO DEL CONTROL DE PLAZO POR BREVEDAD

La finalidad de la investigación preparatoria no es sólo recabar los suficientes elementos de convicción y pruebas de cargo que permitan identificar y formular acusación contra el imputado, sino *-en obediencia al principio de objetividad-* reunir también las pruebas de

⁵² JULIO MAIER. Citado por: GUTIERREZ MIRANDA, NESTOR HENRY, en: “El regreso del inquisidor: Los rezagos inquisitivos del rozagante código procesal penal peruano del 2004”. Ob. Cit. p. 39. 9no párrafo.

⁵³ Queja N° 1678-2006. Sala Penal Permanente. Corte Superior de Justicia de Lima. 13/04/2007. 4to Considerando.

⁵⁴ MAIER, JULIO. Ob. Cit. p. 40. 4to párrafo.

⁵⁵ ROSAS YATACO, JORGE. Ob. Cit., p. 47, 2do párrafo.

⁵⁶ Oc. Cit. p. 53. Párrafo 2do.

descargo de la investigación. **Pensar que sólo un fiscal debe recabar las pruebas de cargo, implicaría seguir el prejuicio que todo denunciado es culpable, vulnerando el principio de presunción de inocencia y el principio de objetividad,** haciendo que se subjetivise aún la posición del representante del ministerio público.

Solo se dará por concluida la investigación preparatoria cuando se haya cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido su plazo.

Respecto al control de plazos, el art. 343, señala: No obstante haberse vencido el plazo y el fiscal no de por concluida la investigación, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de Investigación Preparatoria, realizándose una AUDIENCIA DE CONTROL DE PLAZOS. Si el Juez ordena la conclusión de la investigación preparatoria, el Fiscal en el Plazo de 10 días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación. Ese tema, ya está zanjado. **La pregunta es, ¿Si en la AUDIENCIA DE CONTROL DE PLAZO busca controlar la “duración razonable del plazo de la investigación preparatoria”, qué debemos entender por duración razonable?.** Cuando hablamos de duración razonable, ¿estamos refiriéndonos sólo a la excesiva duración de la investigación?, o ¿también a la poca duración de ésta, debido a la decisión del Fiscal de dar por concluida la investigación preparatoria antes de los 120 días.?

JORGE MIGUEL ALARCON MENENDEZ⁵⁷ sostiene que **“partiendo de una lectura constitucional de las normas que rigen el nuevo sistema procesal penal es correcto sostener que aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable tutela frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal”**. ROSAS YATACO⁵⁸, comparte dicho criterio al sostener que está totalmente de acuerdo con Alarcón Menéndez, y por consiguiente, que haya un control de plazo. Estos correctivos son

bienvenidos, pero debe tenerse en cuenta la carga procesal que siempre es enemiga de los magistrados.

Por ello, **proponemos el “Control de plazos” como mecanismo de protección al derecho del investigado a fin de controlar la corta duración de una investigación preparatoria, porque a la luz del principio de objetividad, esto vulneraría varios derechos del imputado al no permitir a su defensa desarrollar una buena estrategia y recabar suficientes elementos de convicción que estructuren su Teoría del Caso que permita acreditar su inocencia,** ya que no se podría obtener las suficientes pruebas y elementos de convicción que conformen las pruebas de descargo.

Ello se encuentra establecido en el artículo 321⁵⁹ del NCPP, referido al objetivo de la investigación preparatoria, en el que señala que éste persigue reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo que permitan decidir el fiscal si formula o no acusación, y al imputado preparar su defensa. La investigación preparatoria tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa o no; es decir, reunir elementos de convicción de cargo y de descargo; permitir a la defensa prepare su estrategia de defensa a fin de acreditar la inocencia de su patrocinado. Como diría FIDEL ROJAS VARGAS, *Principio de Objetividad no es actuar con subjetividad y buscar conducir la investigación a fin de acreditar la culpabilidad del imputado; sino, también buscar probar su inocencia,* si así se evidencia. Es por ello que el plazo de la investigación preparatoria, - y también- el plazo de las diligencias preliminares, no sólo deben encaminarse a alcanzar los suficientes elementos de convicción que acrediten la culpabilidad del investigado, sino también su inocencia. Eso es, objetividad. Lo contrario sería subjetividad inquisitiva persecutoria.

A todo lo dicho debemos agregar, ¿Y, si nosotros en el ejercicio de la defensa nos topáramos con el mismo supuesto de hecho donde se da por concluida la investigación antes del plazo ordinario, y aún no hemos recabado los suficientes de convicción que acrediten la

⁵⁷ ALARCON MENENDEZ, JORGE MIGUEL. “La investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal penal”, Grijley, Lima, 201, p. 131.

⁵⁸ ROSAS YATACO, JORGE. Ob. Cit., p. 627.

⁵⁹ Artículo 321 Finalidad.- “1. La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

inocencia de nuestros patrocinados, qué haríamos para solucionar inmediatamente el problema?. ¿Podríamos recurrir a un Habeas Corpus contra el Juez y/o Sala que nos denegó ordenar continué la investigación? Sí, el **Habeas Corpus Conexo contra resoluciones judiciales firmes** sería la vía habilitada – *aunque sin precedentes en el medio*– para demandar constitucionalmente que dicha decisión de dar por concluida la investigación antes del plazo de ley, sin observar que aún no se han actuado, obtenido, presentado e incorporado suficientes elementos de convicción a la investigación, por vulnerar el Debido Proceso, en su fase adjetiva, al haberse transgredido el derecho de defensa, el derecho a un plazo razonable, entre otros derechos mencionados párrafos atrás. Nos correspondería asumir ese valiente rol, y sembrar precedente constitucional.

B. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DESDE LAS PERSPECTIVAS INSTITUCIONALES.

- **Se varíe el Sentido interpretativo del Art. 343, num. 1 del NCPP y Se establezca nueva pauta en la actuación a través de la emisión de una Directiva de la Fiscalía de la Nación o un Acuerdo Plenario de la Corte Suprema**

La pregunta es, si ha quedado claramente reconocido que este hecho trae un agravio a la defensa cuando se culmina anticipadamente la investigación, ¿no podría el Ministerio Público a través de una Directiva de la Fiscalía de la Nación, establecer a nivel nacional que en todos los supuestos en que un Fiscal decida concluir la investigación preparatoria antes del plazo de ley, comunique de esto a las partes 5 días antes de no vulnerar su derecho de defensa?. En efecto, sí es posible. Esta regulación es competencia de la Fiscalía de la Nación. Inclusive la misma Corte Suprema de la República podría –y debería– debatir el tema en un Acuerdo Plenario y establecer como pauta obligatoria para todos los jueces, que se conceda el Control de Plazos por la corta duración de un investigación, y disponer que los Fiscales comuniquen 5 días antes de tomar dicha decisión a las partes.

- **Se modifique el artículo 343, numeral 1 del NCPP, agregando que sólo en los**

caso donde el fiscal de por concluida la investigación antes del plazo señalado, comunique a las partes con 5 días de anticipación.

Por último, como medida contundente (*no provisional, como la anterior*) proponemos se modifique el numeral 1 del artículo 343 del NCPP a fin de que se suprima la proposición que señala que el fiscal puede dar por concluida la investigación, incluso antes del vencimiento del plazo indicado; porque fundamentamos que es arbitraria, e incluso podríamos decir, inconstitucional; proponiendo entonces que se reemplace dicha proposición normativa y se señale en su lugar que sólo en los casos donde el fiscal de por concluida la investigación antes del plazo programado, deba notificar a las partes comunicando que era uso de esta facultad, por lo que la defensa técnica en el breve plazo de 5 días deberá presentar algunos elementos de convicción de descargo, solicite la actuación de más prueba de descargo, por lo que no debería de culminarse; o, en su defecto pueda acogerse al beneficio de la terminación anticipada.

REFLEXIONES FINALES:

Algunos magistrados, fiscales en especial, que aún se encuentran revestidos del *pensamiento inquisitivo* con el que muchos viejos letrados se han formado, pensarán de seguro que no debe realizarse este cambio propuesto en el art. 343,1 del NCPP porque no se presentan en muchos casos. Si bien es cierto que en la gran mayoría de casos la investigación termina durando mucho, o más de su plazo, lo cierto es que también, hay algunos procesos, –aunque no muchos, en especial en los casos de cuasi flagrancia o flagrancia respecto a algunos imputados, donde se da por concluida la investigación antes de los 120 días o el plazo programado, amenazando incluso el fiscal con iniciar un proceso inmediato o por acusación directa. Es en estos supuestos donde salta nuestra voz crítica protestante. Creemos que no debe dejar de atenderse algunos casos por ser minoritarios. No podemos legitimar los actos negativos porque sean pocos. El derecho se ha creado no al son de la democracia, si no al son de la justicia y la paz social, buscando la igualdad y equidad en todos los supuestos a todos los ciudadanos que la soliciten. Los fundamentos constitucionales de un estado social y democrático de derecho, exigen el

respeto irrestricto a las garantías constitucionales, y por ello no debería permitirse que el fiscal decida arbitrariamente culminar la investigación antes del plazo por él señalado.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por todo lo expuesto, ha quedado claro que el numeral 1 del art. 343 del NCPP al establecer la posibilidad que el fiscal pueda dar por concluida la investigación preparatoria, antes del plazo programado, es arbitraria, al vulnerar el derecho de defensa, el derecho a un plazo razonable para estructurar su defensa, el principio de contradicción, el principio de objetividad, el principio de igualdad de armas, y junto a ellos el principio acusatorio y el debido proceso, por lo que debería modificarse.

SEGUNDA. - Ha quedado claro que la defensa técnica tiene el plazo de la investigación preparatoria para reunir los suficientes elementos de convicción de descargo a fin de acreditar la inocencia de su patrocinado o convencer al fiscal para que disponga el archivo de la misma o requiera un sobreseimiento. Si no reúne los suficientes elementos de convicción para acreditarlo y luchar en el juicio oral, podría acogerse a la terminación anticipada (*debemos quitarnos el velo inquisitivo y persecutor a fortiori que hace concebir que sólo los culpables se someten a la terminación anticipada*). Por ende, el recorte del plazo de la investigación preparatoria antes del plazo señalado, impide al imputado acogerse a este beneficio con el que logrará una *salida alternativa del proceso*. No tienen la misma condición, la conclusión anticipada que la terminación anticipada, máxime si en su trámite, el estado pierde mucha inversión, y el Juez pierde horas-hombre en culminar un proceso en una conclusión anticipada instalando un juicio oral, luego de muchas semanas, que culminando un proceso durante la investigación preparatoria a través de la terminación anticipada; por lo que en obediencia al principio de economía procesal y la necesidad estatal de reducir los procesos y la carga procesal, debería comunicarse con 5 días de anticipación a las partes que el Fiscal dará por concluida la investigación, y la defensa del investigado pueda ofrecer algunos elementos de convicción a fin de no vulnerarse su derecho de defensa; o, en su defecto, acogerse a la terminación anticipada.

TERCERA. - El “Control de Plazos” no debe ser una institución procesal entendida sólo como mecanismo para tutelar al Investigado frente a la excesiva duración de la Investigación Preparatoria, sino también para tutelar su pedido frente a la corta e insuficiente duración de ésta, puesto que en el mismo sentido se vulneran varios derechos procesales, como el Derecho de Defensa, el Principio de Igualdad de armas, el derecho a un plazo razonable para estructurar la defensa, entre otros.

SEGUNDA. - La comunicación con 5 días de anticipación a las partes, que se va a dar por concluida la investigación preparatoria antes del plazo ordinario de 120 días, constituiría una salida objetiva y razonable a efectos de no generar indefensión al investigado.

RECOMENDACIONES:

PRIMERA. - Exhortar a los abogados defensores a que hagan ejercicio del Habeas Corpus conexo contra autos firmes del Poder Judicial para solicitar se tutele sus derechos frente a la negativa de concederles un mayor tiempo para preparar la defensa.

SEGUNDA. - Exhortar a la Fiscalía de la Nación y la Corte Suprema de la República evalúen y valoren la existencia de este problema a efectos de que puedan expedir una Directiva de la Fiscalía de la Nación o Acuerdo Plenario a efectos de disponer se atienda el problema y se disponga se comunique al investigado con 5 días de anticipación que se va a dar por concluida la Investigación Preparatoria.

TERCERA. - Exhortar a los Colegios de Abogados a que planteen una propuesta legislativa a efectos de modificar el artículo 343, num. 1, del NCPP y se establezca que sólo en los supuestos en que el Fiscal de por concluida la Investigación Preparatoria antes de los 120 días (según fuera la duración de la investigación), se comunique a las partes con 5 días de anticipación que se tomará esta decisión a efectos de no generar su indefensión.

V. BIBLIOGRAFIA

- ALARCON MENENDEZ, JORGE MIGUEL. *“La investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal penal”*, Grijley, Lima, 2001.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. *“Debido proceso Vs Prueba de Oficio”*. Editorial Juris, Rosario, 2005.
- AVALOS RODRIGUEZ, CONSTANTE CARLOS y ROBLES BRICEÑO, MERY E. *“El sistema penal peruano según el Tribunal Constitucional”*, Tomo II: Proceso Penal, Ejecución Penal
- CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. *“Análisis integral de NCPP”*. Egacal. Editorial San Marcos. Lima, primera edición 2006.
- CUBAS VILLANUEVA, VICTOR. *“El nuevo proceso penal peruano”*, Palestra Editores, Lima, Julio 2009, p. 39. Citando a: GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, y CORTES DOMINGUEZ. *“Derecho procesal penal”*. 3º Edición, Colex, 1999, Madrid.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. *“El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia”*. En *Tribunales de Justicia* N° 10, 1997.
- FRISANCHO APARICIO, MANUEL. *“Manual para la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal”*, 1ra Edición. Editorial Rodhas, 2009, Lima.
- ABRIEL TORRES, SERGIO. *“Nulidades en el proceso penal”*. Ad Hoc. Buenos Aires. 1993.
- GALVEZ VILLEGAS, TOMAS ALADINO; RABANAL PALACIOS, WILLIAM; y, CASTRO TRIGOSO, HAMILTON. *“El código procesal penal: comentarios descriptivos, explicativos y críticos.”*. Jurista Editores, Abril 2012, Lima.
- GIMENO SENDRA, VICENTE. *“Los Procesos Penales”*, Tomo I. Bosch, Barcelona, 2000.
- GUTIERREZ MIRANDA, NESTOR HENRY. *“El regreso del inquisidor: Los rezagos inquisitivos del rozagante código procesal penal peruano del 2004”*. En *Revista: “Herejías procesales garantistas; 18 artículos literario-jurídicos sobre el derecho procesal garantista”*. IDEP. Editorial Adrus. Enero 2013. Lima.
- MÁVILA LEÓN, ROSA. *“El nuevo sistema procesal penal”*. Editorial Jurista Editores, 2005, Lima.
- NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. *“Manual del nuevo proceso penal y litigación oral”*. IDEMSA. Julio 2010. Lima.
- y *Procesos Constitucionales*. Editorial Gaceta Jurídica. 2008, Lima.
- BURGOS ALFARO, JOSÉ. *“Crítica la nuevo proceso Penal”*. Editorial Grijley. 2009, Lima.
- *“El Nuevo Proceso Penal”*. Editorial Grijley. 2009, Lima.
- CALDERÓN CEREZO, ANGEL, y CHOCLÁN MONTALVO, JOSE A. *“Derecho Procesal Penal.”*, 2da Edición. Editorial Dikynson. 2005, Madrid – España
- NUÑEZ VASQUEZ, J. CRISTOBAL. *“Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral”*, Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile. 2009, Santiago de Chile –Chile.
- ORÉ GUARDIA, ARSENIO. *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, 2da Edición, Alternativas, Lima, 1999.
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL. - *“Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal”*. Jurista Editores. Lima. 2010.
- *“El nuevo proceso penal peruano”*. Editorial Gaceta Jurídica, 1ra edición, Lima, 2009.
- REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. *“Teoría del Caso y Estrategias de Defensa en el Nuevo Código Procesal Penal.”* En: KAI AMBOS/GARCÍA CAVERO/REYNA ALFARO/ZAMBRANO PASQUEL/ZAVALETA RODRIGUEZ/ AVILA HERRERA/VALDEZ ROCA/PIZARRO GUERERO. *“El Derecho Procesal Penal frente a los retos del Nuevo Código Procesal Penal”*. Ara Editores, 1ra Edición. 2009, Lima.
- RIFA SOLER, JOSÉ MARÍA. *“Derecho Procesal Penal”*. Fondo del Publicaciones del Gobierno de Navarra. Navarra-España, 2006.
- ROSAS YATACO, JORGE. *“Tratado de derecho procesal penal”*. Editorial Pacífico. Enero 2013. Lima.
- SANCHEZ VELARDE, PABLO. *“Manual del nuevo código procesal penal”*. Idemsa. Lima. 2007.
- SALAS BETETA, CHRISTIAN. *“El Proceso Penal Común”*. Editorial Gaceta Jurídica, Colección: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 2011, Lima.
- TABOADA PILCO, GIAMMPOL. *“Jurisprudencia y Buenas Prácticas del Nuevo Código Procesal Penal”*, 2da Edición- Editorial Reforma. 2010, Lima.

UBICACION Y APLICABILIDAD DEL JUICIO DE REPROCHE EN LAS ESCUELAS DOGMATICAS DOCTRINARIAS UN ETIQUETAMIENTO EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

LOCATION AND APPLICABILITY OF THE REPROACH JUDGMENT IN THE SCHOOLS SCHOOLSCORPINARY SCHOOLS A LABELING IN CRIMINAL PROSECUTION

RESUMEN

En el constructo categorial del delito, el contenido nuclear se sitúa en el tercer elemento (reprochabilidad) y depende, obviamente, del contenido que se les haya dado previamente a los restantes elementos constitutivos que cumplen una función de entrelazamiento cuántico. Es obvio que el delito se estructura bajo un animus (acción) con una génesis subjetiva, dimanando de su materialización (objetiva), una calificación legal de esa acción (antijuridicidad) y una calificación legal de su autor (reprochabilidad) referida desde luego a un modelo legal (típico).

En materia de reprochabilidad, como ya se ha indicado, el finalismo aspiraba a dotar el concepto de una estructura enteramente normativa y des-psicologizada, (como si el derecho girara solo normativamente sin entender que se está juzgando a personas, y sin este elemento capital (sujeto) el derecho no es absolutamente nada, no tendría sentido alguno) ese es el principio y el fin del derecho) en tanto que, correlativamente, la acción se mira como algo por completo real y desnormativizado. La correlación es verdadera: Una concepción completamente valorativa de la reprochabilidad, depende estrictamente de que todo lo "ontológico" se haya asignado previamente a la acción, en consecuencia ¿En qué quedamos señores operadores de justicia frente a esta descripción y aclaración? Preguntándoles: ¿Porque escuela dogmática-doctrinaria se decidieran en un caso criminal concreto y cuál sería su aplicación?

SUMARIO

- I. RESUMEN.
- II. INTRODUCCIÓN.
- III. DESARROLLO.
- IV. EL JUICIO DE REPROCHABILIDAD.
- V. EL LIBRE ALBEDRIO EN SU ASPECTO CARACTEROLÓGICO-HOLÍSTICO.
- VI. EL CURSO CAUSAL DE LAS ACCIONES DESDE UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO CLÍNICO
- VII. EL CENTRO DE CONCIENCIA.
- VIII. TEORÍA DEL DOLO.
- IX. REFLEXIÓN CRITICA A MANERA DE RECOMENDACIÓN.
- X. BIBLIOGRAFÍA.

**Prof . Dr. Postdoctor. Ph.D (c)
. Chaparro Guerra Americo.**

Prof. de la Escuela de Posgrado-UNJBG-UJCM-(Coordinador de Maestrías y Doctorados)-Postdoctor en Investigación por la Univ. Católica Ph.D.(c)-ILA-Academia de Ciencias Rusia

INTRODUCCIÓN

Iniciamos abordando críticamente que no hay consenso doctrinario entre **Juristas** e **Investigadores**, en los que no se encuentran inmersos los “operadores de justicia” para quienes sus **acuerdos jurisdiccionales** y **demás plenos** tienen carácter “doctrinario” discrepando desde un enfoque **epistemológico** por cuanto si nos remitimos a las fuentes **hermenéuticas y doctrinarias** estas difieren antagónicamente, (por cuanto una es la casuística y otra muy distinta es la doctrina); empero, así se sorprende con aparente estilo y con un trasfondo controvertido que para un grueso número de insensatos es la **panacea del derecho**, esta es la realidad irrefutable de nuestro sistema jurídico penal pretendiéndose hegemonizar mecánicamente los casos criminales, que para ellos constituyen “**un nuevo concepto doctrinario**” **aplicado al enjuiciamiento criminal, que hoy se ha convertido en un estereotipo sugestivo estigmatizaste**; al final, estamos en el Perú donde cualquier cosa puede suceder, y como ejemplo palmario e irrefutable cito solo dos aberraciones de la serie que existen: Primero.- Que una **circular** de la Fiscalía de la Nación o de la Presidencia de la Corte Suprema están por encima de la ley quedando como un etiquetamiento el **constructo piramidal Kelseliano**.

Segundo.- Lo más grave es que el Tribunal Constitucional pueda atribuirse extralimitadamente a revisar las decisiones jurisdiccionales de la Corte Suprema que particularmente para mí es inaceptable, por cuanto genera un grave riesgo para la estabilidad del sistema de justicia y la seguridad jurídica, el TC solo puede ceñirse dentro de los parámetros del 202.2 solicitando la restitución o cumplimiento vulnerado sin derecho a extenderse sobre el fondo de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la República, empero en la praxis se dan hasta el lujo de **anular las sentencias**, hechos y actos que constituyen evidente desconocimiento por parte del TC y consecuentemente de la Corte Suprema de Justicia de la República quienes acatan dichas decisiones en la forma más sumisa (pusilánime), hasta ese extremo de desconocimiento jurisprudencial y doctrinario hemos llegado. Pregunto: ¿Quiere decir que estamos en el oscurantismo jurídico o en un revés en el derecho?

Retomando la temática sobre **el no consenso doctrinario entre juristas e investigadores**, esta no es otra cosa que los enfoques dogmático-doctrinarios y científicos que le da **el jurista e investigador** sobre la distribución de los elementos **ontológicos** (componentes materiales y psíquicos de la acción) y los contenidos **axiológicos** (sistema categorial del delito). Los que entran a un **entrelazamiento cuántico** para demostrar las diferentes estructuras que se pueden presentar en las multifacéticas figuras delictivas con características multiformes y típicas dimanantes de su génesis estructural, esto es una **aproximación al conocimiento científico aplicado al juzgamiento criminal peruano**, que esperamos que en el transcurso del espacio tiempo (siglos) se aplique bajo estos principios filosófico-epistémicos y de una transversalidad doctrinaria. Lo afirmado solo lo pueden certificar aquellos que tienen un conocimiento lato, palmario sobre gestión del conocimiento científico aplicado a las ciencias jurídicas y políticas.

Hoy se ha generalizado en las defensas penales (peseteras) ante los Tribunales de Justicia de la República como última **tendencia jurídica** la aplicación de la pretérita corriente **finalista**, sin entender que esta data de los años de 1931 (87 años atrás) más vieja que el Tercer Reich, empero el órgano jurisdiccional casi uniformemente **solo hace referencia** de estos contenidos de corte finalistas a manera de **cliché** o **etiquetamiento** en el despliegue del proceso penal, sin entender el operador de justicia que esta corriente dogmática-doctrinaria **tubo** una función **nuclear** en el enjuiciamiento criminal (tiempo pretérito) y no es cuestión de citarlo por citar como un **etiquetamiento** sin sentido en el abundamiento tetánico de las decisiones judiciales, sino que estas corrientes dogmático-doctrinarias en su debido espacio tiempo cumplieron una función **capital** de ubicación de la reprochabilidad con incidencia directa en la responsabilidad y la pena, esa fue **su razón de ser y fin** señores “operadores de justicia”, enténdanlo en su real dimensión y espacio; empero, es notoria la tendencia al regresar al análisis **bipartito del delito** “Injusto y Reprochabilidad” (de raigambre “**causalista**”), que el injusto se constituye por la lesión del bien jurídico y la reprochabilidad por una cierta relación imputativa al autor, relación que puede entenderse en sentido psico-normativo o axiológico.

Respecto a las escuelas doctrinarias a las que hago referencia a manera de cátedra, podemos observar que el operador de justicia no los aplica simplemente porque **no los conoce** en esencia y profundidad, ciñéndose simplemente a los **pasos mecanicistas predeterminados del enjuiciamiento penal** (ad litteram) y demás ritos letánicos **del proceso lineal**, y si los aplican los aplica **mal** como por ejemplo: La repetición autentica (plagio) de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sin entender que estas son de corte **funcionalista** con una transversalidad distinta, y lo más grave es que estas las aplican por aplicar sin ningún sustento dogmático-doctrinario; desprendiéndose de este análisis crítico que se administra justicia con un criterio totalmente equivocado y contradictorio (artesanal), que los conlleva lamentablemente a las **recurrentes aberraciones judiciales** justamente por su desarrollo y contenido evidentemente mecánico-tecnista (codiguero) carente de un conocimiento reflexivo lógico-objetivo, prueba de todo ello la cantidad de expedientes penales que se analizan diariamente en la facultad de leyes de las diferentes universidades del país a las que me remito como prueba fidedigna e irrefutable (**espejo de la actuación jurisdiccional-fiscal y defensa técnica**); por otra parte se ha hecho mala costumbre introducir fragmentos y citas de maestros del derecho en las decisiones judiciales, resoluciones, sentencias, conceptos de corte eminentemente **académicos**, desprendiéndose de su contenido letánico una actuación temeraria en la administración de justicia cuando estas deberían ser claras, precisas y debidamente fundamentadas (**motivación**) por constituir esta última un principio constitucional que en su última instancia (casación), tampoco es observada por la Corte Suprema teniéndose que recurrir ante el T.C, quienes con todo derecho se pronuncian por la **vulneración** de este elemento constitucional llamado “motivación”.

Por otra parte, es menester también señalar que se ha hecho recurrente o viral en los pasillos de los juzgados escuchar esa frase etiquetada y bastante gastada “SE RESOLVERA... CON ARREGLO A LEY...” que lo pronuncian con tal arrogancia... propias de un conocimiento obtuso y con una visión parametrada vestidos tras la careta empalidecida de la “**ivstitia**” y la balanza inclinada que en el fondo representa la realidad de **una administración de justicia ciega**, en la que hoy en día no creen ni los internos del centro psiquiátrico Larco Herrera

pabellón Esquizofrénicos, hasta ahí ha sucumbido hoy la llamada administración de justicia en nuestro país llamado Perú debido a todo lo sustentado líneas arriba; muy aparte de la fenomenológica corrupción enquistada desde la más alta magistratura de los poderes del estado y estamentos públicos, corrupción sórdida que socaba las instituciones del estado, desestabilizante de la economía y gestor de las clases sociales nítidamente diferenciadas, génesis de la alta cifra negra de la criminalidad organizada y **gestada abiertamente por los grupos políticos de poder en quienes recae toda la culpabilidad y responsabilidad político, económico y social del país**; ellos son los causantes de este gran fermento de la corrupción corporativa con la complicidad de una gran masa marginal postergada que se venden al mejor postor por su condición cultural y económica, ciegos de su propia realidad social económica y política.

EL GRAN ERROR DEL FINALISMO

El gran error del finalismo consistió en refutar que en el delito, el **binomio** fenomenológico cultural y jurídico por excelencia, lo axiológico no es real, esto es, no pertenece a los datos mismos y parejamente, que el valor no pertenece al ser de la conducta humana, ni aún a su aspecto interno; el dolo, que no obstante es presentado por el finalismo como la rectora de la acción (hacia el objetivo) **dirección causal** y sin sentido de valor u orientación por el sentido, lo que puede por cierto constituir un **proceso causal psíquico**, pero de ninguna manera un **acontecimiento de entendimiento y libertad transido de sentido**, exhortando que tienen que ser muy cautelosos con estos temas de corte dogmático y de una transversalidad doctrinaria, **si es que lo conocen** toda vez que estas fijaron vertebralmente el desarrollo del enjuiciamiento criminal y finalmente la denominada decisión jurisdiccional, aplicada hasta la fecha indebidamente y con pleno desconocimiento no por el operador de justicia ni por el representante de la legalidad, si no **por la defensa técnica** sin entender el operador de justicia y mucho menos los fiscales el porqué de su aplicación en el enjuiciamiento criminal, constituyendo para los mismos todo un enigma estereotipado

Es bastante conocido que las aberraciones jurisdiccionales en sus diferentes niveles o

instancias a la fecha **responden a un postulado de corte neokantiano** de severa separación entre **realidad** y **valor**, **ser** y **deber ser**, que son por cierto separables conceptualmente; empero, que en los fenómenos culturales y de entendimiento y libertad **están siempre imbricados de modo inseparable(nucleados)** de tal forma que el operador de justicia entienda que el valor no es separable de la conducta jurídica; más aún: sin valor, no hay propiamente conducta humana (histórica, racional), per se, tienen los operadores de justicia el deber elemental de conocer y aplicar correctamente en el enjuiciamiento penal los conceptos medulares de las escuelas doctrinarias de punta, que correspondan contrario sensu: Se está desarrollando una administración de justicia mecánico-tecnicista al margen de la ley y a esto, no podemos llamarlo administración de justicia en ningún lugar del mundo.

DESARROLLO

Para un mejor entendimiento de la materia, iniciemos citando al viejo maestro **Ernst Von Beling** autor del constructo del Delito, si es que lo conocen a través del estudio de sus obras magnas o solo lo escucharon como referencia (si es así, nuestro carísimo maestro Beling lamentablemente no paso por ustedes en consecuencia están sentenciados a no poder debatir sobre los tópicos sostenidos por el maestro de la facultad de leyes de la universidad alemana de GOTTING), en todo caso, para un mejor enfoque critico citemos al profesor **Hans Welzel**, también viejo maestro de la Universidad de Bonn, toda vez que, es quien mejor sostenía sobre la temática materia de debate critico constructivo y de una transversalidad doctrinaria; bajo esta bases sustentatorias paso a la redacción del presente paper sosteniendo categóricamente que “la responsabilidad por las acciones antijurídicas es la reprochabilidad”, para sentar luego que la reprochabilidad se diferencia de la antijuridicidad en que esta es una disconformidad objetiva de la acción con lo que esperaba el orden jurídico y aquella “el reproche por no haberse motivado el agente de acuerdo a la norma, habiendo podido hacerlo” (el “poder en lugar de ello”). Puntualizando también que “el objeto primario del reproche es lo **volutivo** y solo a través de ella toda la acción”; lo demás son simples conjeturas o elucubraciones

mentales propias de una defensa pesetera de corte provinciano.

Retomando el tema sobre la culpabilidad, esto puede ser cierto para una culpabilidad moral, empero es más que dudoso para la culpabilidad penal, en la que no importa tanto el fenómeno volutivo como voluntad interna, sino como reflejo de una acción socialmente nociva y legalmente prohibida, **esta, es la fórmula correcta como debería administrarse justicia diferenciándose doctrinariamente una de otra**, empero bajo los conocimientos previos indicados para que no se incurra en un **derecho penal del ánimo**, por lo que **recomendamos** que es necesario que el derecho penal sea un "derecho de exterioridad" y de una transversalidad liberal no en el sentido de prescindir del aspecto subjetivo de las acciones, sino en el de negarse por principio a penetrar en la intimidad de la conciencia subjetiva y a fundar sus reacciones en la motivación y no en los actos. Si no se entendió en su real dimensión el presente segmento, recúrrase a las serie de publicaciones originales de los grandes maestros del derecho penal que a propósito los cito en la parte in fine del presente paper solo en respeto a de un modelo de redacción estandarizada a nivel internacional, lo que puede ser de mucha utilidad para su **estudio, análisis comprensión** y futura **aplicación**.

Entiéndase en su real dimensión que para el injusto importa tanto la acción, como el daño o el peligro de la acción (dependiente de aquella) para los respectivos bienes jurídicos, de suerte que han de equilibrarse las funciones de valoración y determinación de la norma, en consecuencia recae en los operadores de justicia conocer y aplicar los conceptos de disvalor de acción y disvalor de resultado. Para entrar sobre esta base a la “**falibilidad**”, si es que lo conocen realmente en su debida dimensión y aplicación filosófica-epistémica.

Lo prohibido, por ejemplo, por el tipo de homicidio es matar (realizar acciones cuyo resultado sea la muerte provocada dolosamente), no solo ejecutar acciones peligrosas para la vida ajena; estas últimas acciones están igualmente prohibidas en el derecho penal; empero, por extensión de la cláusula general de **tentativa** y no ya directamente por el tipo especial de resultado.

Pregunto, ¿Se administra justicia bajo estos conceptos dogmático-doctrinales diferenciando una de otra? ¿O simplemente nos hemos

convertido en normativistas ad litteram (codigueros)? Como lo viene realizando abiertamente el Ministerio Público (onus probandi) sin ningún reparo ni mella salvo el efecto rebote ocasional que realiza el Órgano Jurisdiccional a manera de control penal en el despliegue del enjuiciamiento penal cuando el operador de justicia devuelve la acusación fiscal por deficiencias formales sustanciales, hechos y actos que son indiferentes para los fiscales sin entender que esta figura genera inconducta funcional pleno desconocimiento de sus funciones y actuación al margen de la ley con evidente lenidad por su evidente falta de estudio y dedicación que en su debido espacio tiempo el denominado y cuestionadísimo “CNM” no cumplió legalmente el tamizado de sus aspirantes, institución que se convirtió en un antro de recomendaciones políticas del legislativo entrando en un sistema de comercialización al mejor postor de soles menos y soles más para cubrir las judicaturas, asensos y ratificaciones y demás trueques; institución que se encuentra a punto en cuestión por la nación entera debido fundamentalmente por sus efectos colaterales en el Ministerio Público, Poder Judicial y otros. Esta es la realidad palmaria de nuestra magistratura en quienes la nación coloco la justicia en sus manos y hoy ya nadie cree.

En un sano derecho penal, que respete la dignidad de la persona y se apoye por tanto en una clara separación entre **moral y derecho**, “el aspecto subjetivo depende en toda su amplitud del aspecto objetivo” y la sanción debe fundarse sobre la personalidad respetándose a la persona, de suerte que toda individualización por encima del hombre normal medio correspondiente puede reputarse como **una intromisión abusiva**, al apoyarse en premisas indemostrables procesalmente. Estas objeciones, que llegan ciertamente hasta los fundamentos filosóficos, pero que miran sobre todo a la política criminal, no afectan con exclusividad al finalismo, empero en cuanto a postura subjetivista, a él primordialmente. Casi toda la teoría penal moderna de la reprochabilidad puede considerarse **un extravío moralista de carácter regresivo, peligrosamente favorecedor del totalitarismo abusivo de Estado**, hay que afirmar, por consiguiente, el principio contrario:

“La reprochabilidad penal es por antonomasia reprochabilidad de acción y solo mediante esta de la actio volitiva”.

Toda vez que la teoría finalista de la reprochabilidad finca sus raíces en la llamada teoría normativista, a la que el maestre **Welzel** con toda razón critica al incluirse elementos síquicos y no definir la esencia de la reprochabilidad; **he aquí el punto de quiebre** y para tal efecto sito al maestre **Graf zu Dohna**, quien distinguió nítidamente entre reprochabilidad como valoración y dolo como objeto de valoración y limitó el reproche a la valoración del objeto (la desaprobación de la determinación). Al excluir de la culpabilidad los elementos anímicos subjetivos, aparece la culpabilidad como reprochabilidad en sentido estricto, el paso más avanzado en este camino es el dado por el maestre **Weber** al sustituir **el criterio distintivo objetivo-subjetivo por el deber ser poder**, con lo que se especifica que en la reprochabilidad se trata del poder de **estructuración volitiva**, más precisamente del poder orientarse de la voluntad según contenidos del **deber ser** obligatorios.

Como podemos ver del presente análisis, estos constituyen conocimientos medulares y vertebrales, los que debieron ser absorbidos en su real dimensión en las cátedras académicas en el transcurso de formación en leyes en las aulas UNIVERSITARIAS (alma máter), por cuanto lo sostenido es principio elemental que debe conocer todo un buen letrado (operadores de justicia), contario sensu, regrese a las aulas para su retroalimentación en su formación académica dogmática doctrinal, lo dicho lo pueden ratificar a aquellos que a atravesamos por universidades de máxima rigurosidad y competitividad académica y de reconocido prestigio con catedráticos de renombre nacional e internacional.

EL JUICIO DE REPROCHABILIDAD

Para definir el juicio de reprochabilidad a manera de cátedra doctrinaria entre la gama de grandes maestros gestores del derecho penal y de teorías doctrinarias reconocidos por la comunidad científica mundial del derecho penal, personalmente me apego más al maestre **Welzel**, quien sostiene como presupuesto existencial, la imputabilidad (capacidad de motivarse de acuerdo a la norma), y como presupuesto especial la posibilidad de comprensión del INJUSTO. Ambos fenómenos solo resultan **inteligibles** sobre la base filosófica del libre albedrío, cuya problemática fundamental reviste carácter tridimensional antropológico, caracterológico y categorial, en

esta dimensión el conocimiento tiene que fluir necesaria e imprescindiblemente en un segundo momento llamado administración de justicia, **no para una forma si no para una realidad objetiva y latente** toda vez que hoy la administración de justicia ha perdido su poder y prestigio justamente por ceñirse a sistemas técnico-mecanicistas preestablecidos en el enjuiciamiento criminal sin mayor objetividad y reflexión perdiendo completamente su **esencia**. Más allá de las negociaciones contractuales oscuras (*numerus apertus*) de ofertas y demandas de judicaturas, asensos, ratificaciones y demás contubernios, lacra que venimos arrastrando desde la colonia española a la fecha, hechos y actos en los que **no comulgamos ni participamos** por cuanto la **ética**, la **moral** y por encima de estos valores la **decencia** devienen **genéticamente de estirpe** (cuna), encontrándonos inmunes y al margen de esa gran masa agobiante de marginales arribistas en sus diferentes estratos sociales con complejos de inferioridad de una mentalidad enajenada y comportamiento alineno que son signos peculiares de su digitación genética quienes no escatiman posesionarse a como dé lugar en las diferentes instituciones, órganos y demás estamentos del estado a **punta del soborno dimanantes del narcotráfico-contrabando y otros negocios ilegales** de difícil erradicación a la fecha por cuanto se encuentran enquistados en el gran fermento de la sórdida red de corrupción corporativizada a todo nivel (esto a manera de un análisis-reflexivo criminológico clínico genético).

Y a propósito, entrando a aspectos genético criminológicos sobre **el libre albedrío**, lo funda el maestro **Welzel** de manera especial en las concepciones etológicas del maestro **Lorenz**, según las cuales la libertad del hombre no aparece por evolución de los instintos, sino, contrariamente, por una gran involución de la **conducta innata**: El instinto pierde en el hombre su fuerza original (animal) y da así campo a la inteligencia en tránsito al desarrollo del conocimiento científico, que nace para compensar aquella inseguridad que el natural deterioro ocasiona en la especie. Se introducen así, en la dirección de la conducta, los criterios tridimensionales de **la verdad, sentido y valor**, que hacen del hombre un ser **responsable** (probo). Ese es también el origen del “self” conciencia)

EL LIBRE ALBEDRÍO EN SU ASPECTO CARACTEROLÓGICO-HOLÍSTICO

En su aspecto caracterológico, el **libre albedrío** supone una estructura del animus compuesta de diversos niveles. De un lado, los “estratos profundos” de los impulsos y el estrato regulador de la “mismidad” que los dirige conforme a sentido y valor, no se trata aquí esta diferencia que deviene fundamental de la “dirección del proceso causal exterior”, es decir, de la finalidad propia de la acción, sino de la “**dirección de los impulsos anímicos**” de acuerdo con el sentido y el valor, por tanto, de algo así como de una finalidad interior.

Esto nos señala palmaria e irrefutablemente que requerimos urgentemente de un nuevo operador de justicia con conocimientos, holísticos de todo el constructo legal con conocimientos latos de un nuevo derecho penal liberal y fundamentalmente **ÉTICOS Y MORALES**, por cuanto a la fecha **no han reflejado en la praxis de la judicatura** sus servicios a los modelos de racionalidad práctica y objetiva en ninguna de sus tres instancias contrario sensu: emplazo a una refutación en el mismo nivel de investigación con fundamentos sustentatorios.

EL CURSO CAUSAL DE LAS ACCIONES DESDE UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO CLÍNICO

El hombre dirige el curso causal de sus acciones conforme a sentido y valor, si el impulso es siempre como tal impulso a la acción, la dirección de los impulsos es ya la **prefiguración** de la dirección de las acciones, de suerte que ambos fenómenos resultan imprescindibles.

Empero, entiendo que cuando el maestro **welzel** quiere llegar a la fundamentación de las corrientes moralizadoras del derecho, pues “ello presupone que el derecho es algo más que **poder fáctico**, esto es, un orden obligatorio” que como tal no solo rige los actos externos sino también los procesos internos.

Teniendo en cuenta que **el derecho es un modelo de conocimiento lógico-objetivo reflexivo temporal** esa es su **grandeza** como su **debilidad** con **sus propias subjetividades** en **busca de una verdad jurídica** a la fecha **inalcanzable** por que tanto el derecho como la administración de justicia **se han ido separando de la realidad** habiéndose

desvanecido el legado de la verdad y la justicia que hoy es simplemente un etiquetamiento.

Los impulsos se convierten en motivos solo al ser dirigidos conforme a sentido y valor, perdiendo de este modo, al mismo tiempo, su fuerza determinativa. De modo que la conducta puede aparecer determinada compulsivamente por el instinto, o bien determinada por el "self" conforme a sentidos de valor. Esto descifrando e interpretando la larga temática sostenida por el maestro Welsel en su serie de obras originales obras imprescindibles para comprender el sentido del derecho sin cuyo bagaje dogmático-doctrinario se estaría divagando en el limbo jurídico de los perdidos y repitiendo letánicamente los contenidos del código penal y enjuiciamiento criminal y administrándose justicia bajo criterios antojadizos sin ninguna relevancia ni connotación doctrinaria plagada de aberraciones político-criminales.

Respecto al aspecto categorial, se refiere cómo atendiendo a esa estructura, hacerse al hombre responsable de sus acciones, cuestión que no resuelve el **indeterminismo** (porque disuelve la identidad del "self" en sucesivos actos inconexos), ni el **determinismo** (cuyo monismo causal no deja lugar a la libertad).

Mientras el hombre es determinado por sus instintos, todavía no ha intervenido la libertad sino solo la causalidad; aquella solo aparece cuando interviene la dirección valorativa del "self". El libre albedrío no es libertad para escoger entre el bien y el mal, pues esto carece de sentido, ya que en el mal (los impulsos) domina exclusiva y ciegamente la causalidad, la libertad es el acto de liberarse de la determinación causal de los instintos y adquirir la capacidad de dirigirse conforme a sentido y valor; de esta manera, la reprochabilidad no es elección del mal, sino falta de autodeterminación conforme ha sentido en un sujeto que era capaz de ello: el sujeto podía sobreponer el valor al instinto y no lo hizo, dejándose así dominar por la causalidad, se llega así al curioso resultado de que la reprochabilidad, fundada en el libre albedrío, no reposa en que el sujeto haya escogido obrar el mal, sino en que **haya escogido no ser libre**, esto es, dejarse conducir por los **impulsos causales**; se trata entonces y a la postre, de la extraña reprochabilidad de una mala pero no libre, ya que " mala es dependencia causal de

impulsos contrarios al valor y en tal medida no libre.

Somos, entonces, culpables de la causalidad y no de la libertad, libremente culpables de no ser libres en una situación en la que era posible que la causalidad no fuera causal y sí lo fuera, en cambio, la libertad sí, de todo esto el operador de justicia no tiene ni la menor idea, estamos frente al patíbulo que nos recuerda los inicios de la Roma Imperial con la aplicación de la "lex dura lex" (draconiana) y de esa a la fecha no hemos evolucionado en este campo.

EL CENTRO DE CONCIENCIA

El centro de la conciencia (self) no tiene que tomar cada vez sus decisiones, sino que, por así decide, se habitúa a ellas, las automatiza, las hace inconscientes o seminconscientes. Las decisiones, al acumularse o sedimentarse, conforman la personalidad y el carácter, que así se muestran como el resultado de acciones anteriores y el fundamento determinante de acciones futuras, de suerte que la atención consciente y esforzada del yo se reserva para las decisiones, realmente importantes. Es así como la reprochabilidad de autor, como expresamente lo señala el maestro **Welzel**, y discernida y conceptualizada, llega a ser **fundamento de la reprochabilidad del acto**, y hace posible la reprochabilidad del reproche inconsciente; las demás argumentaciones infundadas y carentes de fundamentación doctrinaria simplemente no valen.

La culpabilidad como reproche es entonces, señores operadores de justicia, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) la posibilidad de comprensión de lo injusto, una y otra como elementos. Más allá de ello, el reproche penal puede venir legalmente excluido, a título de indulgencia, por situaciones extraordinarias de motivación (inexigibilidad de la conducta conforme a derecho), con lo que la exigibilidad no corresponde a la estructura esencial de la culpabilidad; **ésta, en efecto, queda materialmente afirmada**, como poder en lugar de ello, cuando el autor imputable tuvo la posibilidad de reconocer lo injusto de sus actos criminosos, si así lo concibiesen los operador de justicia es porque concuerdan con los postulados doctrinarios, contrario sensu: es mejor no entrar a debate cuando no se conoce en profundidad.

Esta posición representa por cierto un viraje de 180 grados muy significativo en el pensamiento doctrinario competitivo de hoy que debe tener el operador de justicia como principio elemental, lo demás como siempre lo he indicado y subrayado son simples elucubraciones o en su defecto repetición "ad litteram".

Si mal no recuerdo el maestro **Welzel**, quien en sus primeras ediciones consideraba que la exigibilidad expresaba el "elemento de volitivo en la reprochabilidad", en tanto que los otros dos eran sus elementos intelectuales; más aún: se le otorgaba a la exigibilidad un papel preponderante: "Esta posibilidad concreta de una autodeterminación adecuada al sentido para un actuar conforme al derecho, es el elemento más importante de la reprochabilidad, al cual los elementos intelectuales están subordinados". Este cambio quizás pretenda ocultar un poco el personalismo voluntarista que despeña hacia la culpabilidad de autor, o escudar la fuerza suasoria del argumento crítico recogido, entre otros, por el maestro ario **Reinhart Maurach**, quien al puntualizar que la exigibilidad, predicable también de los inimputables porque sin ella las medidas de seguridad no pueden aplicarse, no representa una exigencia individualizada sino general dirigida por tanto al término medio. Dado que el derecho penal, señores operadores de justicia, es dúctil y "**dual**", porque abarca también las medidas de seguridad. Bajo estas estipulaciones disertadas y no bajo los criterios ad litteram de la normatividad que estilan aplicar en la administración de justicia en forma mecánica-memorística y repetitiva .

Entiendo que para el maestro **Reinhart Maurach**, la teoría normativa de la culpabilidad **no es correcta**, sosteniendo que, quien por similares razones considera que el "concepto de culpabilidad de la teoría final, aun cuando represente frente a los criterios anteriores un importante progreso, no responde aún ni a los cometidos ni a la esencia de la culpabilidad jurídico-penal, lo que representa en verdad un **finalismo recalcitrante**.

Pero si la culpabilidad finalista, residualmente normativa, no es correcta, tampoco lo es su correlativa, la acción final, al menos como el finalismo la delinea. Desde luego que, a la razón sostenida por el maestro **Reinhart Maurach**, por mi parte habría que agregar otras más de fondo, que versan sobre la controvertida y confundida "teoría de la culpabilidad",

desconociendo el operador de justicia en esencia su génesis, contenido y aplicación en el desarrollo del desplazamiento del enjuiciamiento criminal, temática que será motivo de **otra investigación** siempre a través de los pappers emitidos bajo la **sana crítica constructiva** en gestión del conocimiento científico aplicada a la política criminal, dogmática penal y la amplia doctrina.

Haciendo mención siempre al maestro **Welzel**, con quien más compatibilizo en estos temas de un contenido dogmático-doctrinario frente a la gama de autores de renombre internacional, empero para mi criterio es el maestro quien mejor define la imputabilidad como "la capacidad de comprensión de lo injusto y determinación volitiva (conforme a sentido), integrada por un elemento intelectual (la capacidad de comprensión del injusto, que se excluye por el error de prohibición) y otro volitivo (la capacidad de determinación, que se excluye en los casos de actividad mental anormal-inimputabilidad)". Al respecto, para una mejor profundización de la **inimputabilidad** os invito a revisar mi primera publicación titulada "**síndromes mentales**" año de 1979 a través del centro de Investigación e la Universidad Católica (CICA).

Continuando el desarrollo de esta connotación diferencial que planteo particularmente, es de una connotación problemática, pues significa que el error de prohibición excusa también a los inimputables (que, sin embargo, no han tenido capacidad para evitarlo o superarlo, de donde surge una inculpabilidad fundada en un poder de antemano inexistente, o sea no fundada materialmente), lo que sin duda es cierto porque su esfera cognoscitiva no está radicalmente suprimida, pero lleva en el **finalismo** y en el **normativismo** a la "encrucijada " de la existencia eventual de un poder de reconocer el injusto sin capacidad de comprenderlo, o a la inversa (posibilidad de una imposibilidad).

Ahora al margen de todo ello, si mal no recuerdo el maestro **Welzel** en una de su serie obras, reconocía que la determinación de la capacidad concreta de reprochabilidad (imputabilidad) **no es un juicio teórico** sino **existencial** y por tanto no es materia de "**falibilidad**" porque se trata de pura subjetividad del autor, como tal no perceptible ni objetivable. Frente a esa dificultad, a mi criterio personalísimo no funcionaría la propia

creencia en la inmutabilidad, sino el reconocimiento del "otro"; empero, si este juicio comparativo no es "científico" ni se basa en datos perceptibles ni verificables cuando nos encontramos frente a un peritaje psiquiátrico, donde solo se limitan a constatar el síndrome mental, pero no llegan a afirmar o excluir la imputabilidad o inimputabilidad, no es entonces más que una intuición irracional que ni siquiera se puede sustentar en la seriedad o respetabilidad de la autopercepción de imputabilidad. Una aporía de tal envergadura es, un frágil y deleznable soporte para una teoría culpabilista que de ella deriva toda la posibilidad de sustentación sin que a ella pueda considerarse una salida a la respuesta si quieren llamarla **Welzeliana** de acudir a la vía negativa: excluir de tal capacidad "a todos aquellos hombres que aún no son o bien no son más capaces de la misma autodeterminación", pues este argumento envuelve una petición de principio a no poderse acreditar tampoco la imputabilidad y al aparecer de manifiesto que si la imputabilidad es improbable, también lo es su negación.

Hoy en el **argumento científico cuántico** delimita que: si yo no puedo probar que el violo, tampoco puedo probar que no violo. En este segmento vendría a punto situar al maestro hispano **Enrique Gimbernat Ordeig**, quien sostiene ampliamente en la serie de obras publicadas que la culpabilidad se apoya en presupuestos indemostrables y por lo mismo debe desecharse como inservible para el derecho penal, estoy convencido una vez más que si los operadores de justicia no han pasado por los contenidos sustentatorios de estos grandes maestros del derecho penal, sería mejor que en honor a la verdad renuncien si es que tienen la decencia de la cual dudo, empero, bajo estos desconocimientos elementales no deben ni pueden seguir administrando justicia porque la misma no es la repetición del figurín normativo y la aplicación por la aplicación mecánica-tecnista predeterminada del enjuiciamiento criminal. El derecho, la administración de justicia es otra cosa muy distinta, en este sentido el **letrado pesetero alcanzador o arreglador** y el **operador de justicia mecanicista** tiene una concepción eminentemente obtusa del derecho, mas allá de sus argumentaciones faltas de un sustento dogmático-doctrinario.

Estoy convencido una vez más que al abandono de las exigencias propias del principio de

culpabilidad llevaría, por el contrario, el tratamiento de la inimputabilidad a fuerza de presunciones, pues estas no corresponden a lo real y dar así lugar a aberraciones judiciales irreparables justamente por su desconocimiento y falta de estudio. Como, lamentablemente, resulta inexorable la imposibilidad de demostrar que un autor concreto, en una situación concreta, era o no capaz de reconocer la injusticia material, de sus actos, toda teoría culpabilista individualizadora (es decir, que pretenda ir más allá del término medio, del hombre relativamente normal), que, no obstante, hay que reconocerlo, son **simples abstracciones** poco satisfactorias como tales, pero fácilmente aprehensibles que desemboca en un **derecho penal aporético** que convierte la justicia penal en un juego de dados sin control (frente a las que, sin duda alguna, las categorías abstractas fundadas en lo real son siempre mil veces preferibles **en claridad, seguridad y justicia**), muy aparte de la evidente carencia o falta del control penal y otras que empañan lamentablemente la institucionalidad del tercer poder del estado que hoy por hoy es más que un escándalo nacional, una sórdida institución en la cual absolutamente ya nadie cree .

Pasando a otro segmento medular, a manera de catedra dogmática-doctrinaria, **el injusto penal** viene a constituir la columna vertebral de la responsabilidad penal, pues de otro modo se penaría a quien no estuvo en situación de captar o reconocer el sentido de sus actos y, por tanto, no sabía verdaderamente lo que hacía; la conciencia de la ilicitud, como posibilidad y no como actualidad, **es elemento nuclear** de la reprochabilidad finalista, a tal punto que "nunca se puede reprochar al autor la decisión antijurídica a la acción, si en modo alguno pudo tener conciencia de la antijuridicidad", sencilla verdad a la que no ha terminado de oponerse aún, me refiero al principio error juris nocet. Y sobre este tópico es menester en citar al nacional Prof. Armaza Galdós Julio quien mejor diversifica esta temática del error en el derecho penal, viejo investigador en las ciencias penales y autor de una serie de obras publicadas en el ámbito nacional y de una trayectoria reconocida intelectualmente por académicos y maestros internacionales, a quien es loable reconocer en vida y dentro del desplazamiento académico universitario como uno de los maestros del derecho dedicado a la investigación y producción intelectual.

Retomando la temática, también cabe dejar asentada la lucha del principio de culpabilidad por imponer su imperio también en el campo del error de prohibición, se ve dificultada por la atribución del dolo a la culpabilidad, dado que pudo comprobarse la presencia de dolo sin culpabilidad. Fue así como se optó por la teoría del dolo, según la cual el error de prohibición excluye tanto el dolo como la culpabilidad; empero, el hecho de que haya dolo inculpa, como lo acreditan los casos de estado de necesidad disculpante, no prueba que dolo y culpabilidad estén tan divorciados y que pertenezcan a estratos diferentes del delito, pues también la conciencia del injusto es posible en ciertos estados de inculpa, como en el de la coacción insuperable, caso en que el autor conoce la ilicitud y la prefiere (quiere, por tanto) el mal amenazado, opción que el derecho respeta porque en tal situación no exige del sujeto ninguna conducta específica, es decir, se atiene a su elección. Esta es la forma o receta para comprender las ciencias penales en su real contexto respecto a este tópico para su aplicación extensiva en el enjuiciamiento criminal.

TEORÍA DEL DOLO

Para definir la teoría del dolo, es menester citar a mi carísimo e inolvidable maestro **Welzel**, quien en su amplio relato sobre este tópico sostiene categóricamente que **la teoría del dolo es insostenible** porque dolo y conocimiento de lo injusto exigen psicológicamente dos clases diferentes de conciencia: aquella exige necesariamente la representación o percepción actual al tiempo del hecho; esta se conforma con un saber inactual.

Como podemos distinguir el argumento es **espacioso y dual**:

Primero, porque da por sentado que la conciencia del injusto puede no ser actual y en cambio tiene que serlo la de los hechos, que era lo que había que probar;

Segundo, porque si en el dolo se exigiera siempre la conciencia actual y efectiva de su contenido, en el sentido de una expresa reflexión o deliberación sobre cada componente fáctico del delito, en muy pocas ocasiones habría dolo, entre estas precisamente en los casos que **Welzel** cita como de conciencia del injusto meramente actualizable (delitos instantáneos y pasionales graves, pero también en los más atroces e irreflexivos delitos de impulso, en los que el delincuente no solo no

piensa con semejante actualidad en la ilicitud del hecho, sino que tampoco piensa en el resultado de su acción, ni hace de esta última objeto de especial, expreso y previo o concomitante pensamiento);

Tercero, porque ello contradice la **tesis Welzeliana** de que en materia de culpabilidad no es necesario que el "self" central adopte caso por caso, deliberadamente, cada vez las decisiones, siendo posible que las valoraciones, como las pautas del pensamiento, se automaticen en cierta medida, de tal forma que no es en modo alguno necesario, ni la ley lo exige, para que haya dolo, que el conocimiento de los hechos o del derecho tome una forma distinta del saber (aunque no se piense en ello), por cuanto en parte alguna se requiere para ello que el objeto del dolo sea materia de expresa y especial tematización y/o verbalización mentales.

Lo mismo que con respecto a los llamados "elementos normativos del tipo", frente a la "conciencia de la ilicitud" basta un saber actualizable (co-conciencia) y un conocimiento paralelo en la esfera del lego, pudiendo también darse el "dolo eventual" (ante la duda).

Verbigracia, el imputable que dispara un arma contra una multitud, sin pensar en las muertes que cause, no se puede negar que actúa dolosamente en cuanto ciertamente tiene conciencia de esas muertes, sabe que habrá de ocasionarlas. Más bien, que, de un conocimiento teórico, el dolo exige un saber existencial, hasta el punto que se admite como bastante la co-conciencia; pregunto, ¿El juzgador está premunido de todos estos conocimientos y elementos esenciales para un real y certero juzgamiento penal? Con maestría.

Citando al magistrado de la corte interamericana de DDHH, el profesor argentino **Raúl Eugenio Zaffaroni** con quien en ciertos tópicos, segmentos y posiciones no comulgo con su concepción filosófica epistémica de enfocar algunas u otras doctrinas, en lo demás mis respetos como **hombre íntegro, probo, incorruptible e inteligente** (los valores priman)

ZAFARONI sostiene categóricamente en la serie de obras publicadas en derecho penal que datan desde los espacios tiempos del 1980, quien en sus cátedras de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires - Argentina sostenía categóricamente que el sujeto es

consciente de todo aquello que del objeto era anteriormente conocido y que venga automáticamente como contenido del pensamiento, incluso el significado y el sentido que tiene **el objeto para el sujeto**.

Empero si aun en el dolo de hecho basta un conocimiento actualizable, ya que de antemano se acepta que la conciencia de la antijuridicidad, tampoco o menos, tiene que ser actual, efectiva y expresa, bastando en ella el conocimiento meramente potencial, que es menos que actualizable como lo señala el profesor **Zaffaroni** (un finalista acérrimo). No se ve, de otra parte, inconveniente en admitir que, **dentro de la teoría del dolo**, sean objeto de reproche tanto el dolo de hecho como la conciencia de la ilicitud material, siempre que sean actuales, no queda duda, pero también en los supuestos especiales en que solo se requiere de ellas que contengan conocimientos actualizables o co-conscientes.

En el dolo siempre habrá una conciencia actual: bien de la ilicitud formal o al menos material (lesividad) del hecho, ya de la posibilidad de la prohibición y aun de la punibilidad (dolo eventual frente al resultado jurídico). En esta forma se evitará desgarrar la concepción tradicional del dolo, tan ajustada a la realidad jurídica como al sentido común y al uso del lenguaje, **sin incurrir en insostenibles dinteles de impunidad como las cometidas por los operadores de justicia**, lo que sin duda busca la contraria "**teoría de la culpabilidad**" es extender la órbita de la punibilidad, a fin de sancionar, por dolo aun cuando exista el tipo culposo al obrar en error evitable de prohibición, lo que significa sancionar por dolo a quien obró en error culposo sobre el sentido socio jurídico de su comportamiento.

Esto es de medular importancia que se tenga en cuenta por los operadores de justicia en el desarrollo del enjuiciamiento penal como en el momento de la decisión judicial para arribar a la responsabilidad y subsiguiente penalización.

En esta concepción, la normatividad optó por la sanción a título de culpa, siempre que exista el respectivo tipo culposo, permaneciendo impune el hecho en los demás casos, y ello **a condición de que se admita, que la cláusula de "culpa", abarca también el error de prohibición (error sobre el tipo permisivo)**, pues en caso contrario (cuando la culpa solo se refiere al error de tipo o sea al error sobre el tipo de

prohibición) debe, sostenerse la impunidad general del evitable error de prohibición. Con esto se arriba a que entre nosotros la conciencia de la ilicitud no basta con que sea una mera posibilidad, exigiéndose más: que tenga el carácter de un conocimiento al menos actualizable o co-consciente.

Pero de ninguna manera es de **recibo** la "teoría de la culpabilidad", por cuanto está expresamente legislado que el error, tanto si es de tipo como de prohibición, excluye la culpabilidad, dado que algo no se puede excluir sino de donde está incluido, sitúese de allí con evidencia que el conocimiento de los hechos y el conocimiento del derecho pertenecen por igual al dolo (son excluidos por el error que es su anverso) y **el dolo pertenece a la culpabilidad**; lo que ese tecnicismo legislativo no excluye, es que **la culpabilidad pueda entenderse como la parte subjetiva del tipo de injusto (cuya parte objetiva es el tipo de acción o, aún mejor, el tipo del hecho)**, que es precisamente en conjunto aquello que se reprocha al autor por haber realizado, contra lo que le era exigible. Esta y otras son las formas para ser aplicadas en el desarrollo del enjuiciamiento criminal de las que el juzgador no puede apartarse de ninguna forma bajo cuenta y responsabilidad funcional de actuar al margen de la ley, con pleno desconocimiento de sus funciones y evidente actuación con lenidad, siempre en aras de una correcta administración de justicia y una actuación funcional transparente.

Por último, tenemos el llamado control penal que prácticamente es una institución inerte e ineficaz, por cuanto se desconoce esta en profundidad empero se la nombra como etiquetamiento en la apertura de todos los años judiciales sucesivos a manera de cliché.

De la "teoría de la culpabilidad" surge el singular tratamiento que el finalismo depara el tema del error: el error de tipo, referente a las circunstancias objetivas (fácticas y normativas) del tipo legal, excluye el dolo y por tanto la parte subjetiva del tipo, esto es, torna atípica la conducta; pero si ese error era evitable, procede la represión por culpa (culpa de hecho) solo si existe el correspondiente tipo culposo.

En cambio, el error de prohibición, relativo a la antijuridicidad del hecho, mediando pleno conocimiento de la realización del tipo (es decir, pleno dolo de tipo), no excluye el dolo ni la tipicidad, sino el reproche de culpabilidad,

dando lugar a la impunidad total cuando es inevitable y a la represión atenuada (más o menos en el mismo grado que la culpa o la tentativa, según decisión que en todo caso tiene que ser del legislador y no del operador de justicia para evitar aberraciones), todo a título de dolo cuando es evitable.

Es claro, no obstante, que la razón última por la que el finalismo opta por la teoría de la culpabilidad, estriba en su concepción de la acción final como un proceso del ser, esto parecería contradictorio, pero es así. La acción externa es puro suceso exterior, **causal ciego**, su "videncia" le es otorgada por la finalidad, que es la dirección de ese proceso de acuerdo con un plan:

- Fijación del objetivo,
- Selección de los medios,
- Consideración de los efectos concomitantes,
- Cosas que el hombre hace sobre la base de su capacidad relativa de previsión
- Y su previo conocimiento de las leyes.

En la acción final, la parte externa es un acontecimiento físico-causal, un proceso causal dirigido que pertenece al reino del ser; empero, no olvidemos que también la finalidad Welzeliana pertenece al campo del ser, por cuanto representa un proceso teleológico puramente síquico, desprovisto de vinculaciones esenciales con el sentido y el valor.

REFLEXIÓN CRÍTICA A MANERA DE RECOMENDACIÓN

Tienen razón quienes afirman que un proceso teleológico avalorado es un proceso causal, y quienes sostienen que no hay diferencias esenciales entre la acción final y la acción causal; pregunto a los señores operadores de justicia ¿Por cuál de las dos acciones encausarían su enjuiciamiento penal?

Así, pues, la función de la "teoría de la culpabilidad" es la de recoger los elementos axiológicos que la ontología fiscalista de la acción final nos ha dejado al margen.

El dolo, es evidente, no podía recibirlos porque está adscrito a la acción y esta no puede tomar en sí y para sí el valor porque dejaría de ser "ontológica" su concepción y ella misma perdería su carácter "óntico".

Es, desde luego, muy discutible el fundamento filosófico epistémico de esta postura que niega al valor toda realidad y aun toda vinculación esencial entre el ser y el valor de los fenómenos culturales, postulando una separación real y absoluta, y no meramente conceptual y metodológica, entre ser y deber ser, que en verdad son discernibles lógicamente, pero de ninguna manera **escindibles otológicamente**.

Aunque es una frase exitosa de vieja y última moda, la concepción de la culpabilidad como **reprochabilidad** no deja de suscitar reparos. Si solo se reprochan como culpables los comportamientos típicamente antijurídicos (conminados por la ley con una pena), el círculo vicioso positivista es evidente, pues según ello, **se trata de una fórmula vacía** que el legislador puede llenar con cualquier contenido y que no está ligada a ninguna estructura previamente dada, por cuanto es palmario que no todo reproche (social) torna culpable a quien lo sufre. La indemostrabilidad de la culpabilidad, o de sus presupuestos, la hace inutilizable y peligrosa en los juicios humanos; la existencia de culpabilidad en un caso concreto concierne solo a la delicada y cuestionadísima administración de justicia.

Con todo, las críticas que aquí y allí formulamos contra el concepto de reprochabilidad, no deben sembrar dudas sobre nuestra posición por cuanto tienen una base filosófica epistémica en la que reposa cómodamente las doctrinas disertadas y cualquier duda o desacuerdo solo cabe a nivel de publicaciones de artículos doctrinarios sustentatorios, lo demás se considera una verborrea pesetera.

La culpabilidad penal es, en el estado actual de la ciencia y la política, un mal necesario del derecho penal, que se sostiene técnicamente, pero con fundamentos políticos, con el mayor grado posible de depuración con respecto a la culpabilidad moral y aun a la pura culpabilidad psicológica (sentimiento de culpabilidad).

Todo ello porque de momento, **un derecho liberal** ofrecería en la sociedad mayores garantías de seguridad para el individuo que el derecho de medidas y el culpabilísimo en general (retribucionismo) más que el prevencionismo; lo que no puede mantenerse es **la culpabilidad material** como **reprochabilidad** ético-social, porque esto

conllevaría al derecho penal mucho más allá de su legítima competencia para la regulación de la vida social y por ende solo de la conducta externa de los hombres. Débase entonces solamente preservar la culpabilidad formal (dolo o culpa en la realización del tipo objetivo de prohibición).

Si bien la culpabilidad penal está apoyada sobre frágiles bases, las medidas de seguridad descansan en cimientos menos firmes aún y son más peligrosas para el individuo porque favorecen en mayor grado el **intervencionismo estatal** en las esferas íntimas de la personalidad.

Debe mantenerse también el concepto de la pena como retribución, porque **resulta temerario y riesgoso** privar a la reacción penal de todo fundamento **ético** (justicia), pues con esto se caería en el nudo utilitario y se autorizaría el tratamiento del individuo humano como medió para fines ideológicos.

Lo que un derecho penal moderno no puede hoy es mantener la retribución por sí misma, al modo metafísico **Kantiano** o **Hegeliano**, ni tampoco la expiación debiendo en todo caso humanizarla con su decidida orientación hacia la resocialización, tal como muy bien lo puntualiza, las normas rectoras, el C.P. en sus numerales 1 y 9 del T.P. que no son más que figuras decorativas en nuestro figurín de penas.

Se supone que la causa de esa resocialización es la pena justa y humanitariamente ejecutada, de suerte que para apreciarla no ha de jugar papel alguno la consideración de la conducta anterior al delito, pues esto equivale a privar a la pena de antemano de la posibilidad de surtir su saludable efecto y por tanto a negarla como institución jurídica, fuera de que también representa un enrevesamiento de la supuesta cadena causal.

Las críticas al finalismo muestran, por el contrario, que es posible y al tiempo necesario y urgente **construir un "nuevo" concepto del delito**, más allá del finalismo y del funcionalismo alemán; solo existe hoy una manera razonable y decente de ser finalista: superar el finalismo, lo cual implica al mismo tiempo su negación, conservación y desarrollo **dialéctico**.

Lo cierto, es que lo que no representa superación alguna del finalismo, es **el estado de**

equilibrio conciliatorio logrado por la ciencia penal y a partir de esta, en efecto, obtener un esquema formalmente unitario que sigue a grandes rasgos la sistemática y reciba muchas de las soluciones del finalismo, con características perceptibles; un concepto del injusto altamente "personalizado" o subjetivizado, en el que de alguna manera se otorga prioridad al disvalor de acto (infracción de deberes jurídico-políticos) sobre el disvalor de resultado (lesiones de bienes jurídicos fundamentales de la comunidad o del individuo).

El mantenimiento de la teoría de la culpabilidad (generalmente en su versión "estricta"), por supuestas exigencias político-criminales de mayor represión frente a sujetos de o personalidad temible (en realidad, por temor a adoptar al fin, sin reservas, **el principio de que la ignorancia y el error jurídicos sí excusan**, porque en su presencia el sujeto no es ni puede ser culpable).

La separación real entre tipo y antijuridicidad y el rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo (atipicidad por justificación), así como de su consecuencia, la teoría unitaria del error (que mucho simplifica las cosas en la teoría y en la práctica), precisamente para conjurar la "teoría del dolo".

La "doble posición" funcional del dolo, es decir, su ubicación concomitante en el injusto y en la reprochabilidad revela que la distancia entre estas dos categorías dogmáticas se ha reducido considerablemente; en el mismo sentido anterior habla la proposición de que las causas que atenúan la culpabilidad disminuyen también el injusto, con lo que la separación entre justificación e inculpabilidad se torna igualmente menos nítida (lo que, en verdad, no parece objetable, pues una presentación contraria es más convencional que real);

La creciente exigencia de los elementos subjetivos de justificación como requisitos sine qua non para la operancia de los tipos permisivos, la concepción de la culpabilidad, en fin, como reproche ético-social más que jurídico y con más dirección a los motivos íntimos de la conciencia disidente (criminal) que a la simple y llana realizadora del injusto.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, HISTORISCHE UND DOGMATISCHE GUNDLAGEN DER STRAFRECHTSSYSTEMATISCHEN SCHELDLEHRE, 1994.
- BELING ERNST VON, ESQUEMA DE DERECHO PENAL, 1994.
- DOHNA ALEXANDER, LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO, 1958.
- FRANK REINHARD, DAS STRAFGESETZBUCH FUR DAS DEUTSCHE REICH, 1931.
- GIMBERNAT ORDEIG, ESTUDIOS PENALES, 1976.
- GOLDSCHMIDT JAMES, LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD, 1943.
- JEAN LACROIX, FILOSOFÍA DE LA CULPABILIDAD, 1984.
- KAUFFMAN ARTHUR, PANORÁMICA HISTÓRICA DE LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, 1992.
- LISZT FRAN VON, TRATADO DE DERECHO PENAL, 1927.
- MAURACH REINHART, DEREHO PENAL PARTE GENERAL, 1949.
- MAURACH REINHART, TRATADO DE DERECHO PENAL, 1949.
- MEZGER EDMUND, DERECHO PENAL LIBRO DE ESTUDIO, 1958.
- PAUL RICOEUR, FINITUD Y CULPABILIDAD, 1960.
- PETER HOESTATTER, PENA Y REPROCHABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL-PSICOLÓGICO, 1913.
- REYES ECHANDÍA, DERECHO PENAL, 1972.
- VON BELING, TEORÍA DEL DELITO, 1907.
- WELZEL HANS, DAS DEUTSCHE STRAFRECHT, 1969.
- WELZEL HANS, DERECHO PENAL ALEMÁN, 1970.
- ZAFFARONI, EL DERECHO PENAL DEL SIGUIENTE SIGLO, 2005.

POLITICAS CRIMINALES POPULISTAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS ¿MANIFESTACION DE UN DERECHO PENAL EFECTIVISTA?

POPULISTIC CRIMINAL POLICIES IN OFFENSES OF CORRUPTION OF OFFICERS ¿MANIFESTATION OF AN EFFECTIVE CRIMINAL LAW?

SUMARIO

- I. POLITICA CRIMINAL
 - II. DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS
 - III. POPULISMO PUNITIVO
 - IV. EFECTIVISMO PENAL
 - V. ¿EXISTEN NORMATIVAS POPULISTAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS QUE EVIDENCIAN RASGOS AL EFECTIVISMO PENAL?
- CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

* Mgr. Omar Pezo Jimenez

Maestro en Derecho con mención en ciencias penales por la Universidad Privada de Tacna, Docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann; Abogado defensor privado.

PALABRAS CLAVES

Corrupcion / delitos contra la administracion publica / politica criminal / populismo punitivo / derecho penal del enemigo

INTRODUCCION

En Latinoamérica existen muchas causas que generan la Delincuencia, esta Delincuencia como todo mal con los años si no es controlada se amplifica, si se amplifica se crea un caos, este caos produce un miedo social justificado en gran medida, como respuesta a este miedo, la sociedad exige soluciones al único ente que puede velar por un control interno, el cual es el Estado.

Pero que sucede si se unen estas exigencias de soluciones por parte de una sociedad desesperada e invadida por un miedo en gran parte justificado, por todos esos actos de corrupción a nivel nacional que marcan vidas para siempre; Con partidos y líderes políticos con poca ética, que solo buscan llegar al poder y mantenerse ahí, sin importarle los métodos

aberrantes que se realicen, solo para lograr beneficios individuales.

Pues la respuesta a esta unión entre el miedo social y los malos líderes políticos, es el Populismo Punitivo como arma política en la Esfera del Derecho Penal del enemigo; En la presente investigación se buscara la respuesta a una interrogante que es indispensable plantearse ¿El Derecho Penal se ha convertido en un arma Política en el Perú? Y si esta Rama del Derecho se ha convertido en esa aberrante arma, que problemas está acarreado el mal uso del Derecho Penal a nuestro ordenamiento jurídico, pues inconscientemente las normas penales peruanas en los delitos de corrupción de funcionarios se sumergen al Derecho Penal del Enemigo y por último a que conclusiones se arribara.

I. POLITICA CRIMINAL

La política criminal, es un punto neurálgico en el Derecho Penal, que en Latinoamérica no se le brinda el tratamiento y estudio que requiere, para poder entender que es política criminal, se debe tomar dos conceptos previos, el primero es saber que es criminología, pues esta rama científica de estudios es punto de partida de la política criminal y por otro lado tener nociones de que es política desde un punto de vista del delito.

En primer lugar nos adentraremos en que es criminología, y para ello será necesario citar diferentes autores para lograr entender que estudia esta disciplina muchas veces mencionada por los doctrinarios, ZIPF nos dice que es “La ciencia de la esencia de la personalidad infractora del Derecho, así como de los factores determinantes y formas de manifestación del delito en la vida de la sociedad como en la existencia del individuo”¹ por otra parte REYES ECHANDIA, nos otorga el objeto de estudio de la criminología el cual es “Tiene por objeto el estudio de la criminalidad, de las personas a ella vinculadas y de la reacción social que pueda suscitar”² como se puede ver estos conceptos resultan ser muy escuetos y dejan demasiados vacíos que entre ver, pues en las universidades y en los libros, se da a entender por criminología la búsqueda del porqué del delito y del delincuente, busca dar causas de estos fenómenos y de todo lo relacionado a este, pero esta ciencia va más allá, desde la perspectiva del autor de la presente investigación existe un concepto muy preciso de lo que es criminología que no deja ningún vacío pro parte de JESCHECK, “La criminología se ocupa de la personalidad del delincuente, de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de sus probabilidades de educación, así como de las formas de aparición del delito, de sus causas, de su significación tanto para la sociedad como para la vida del individuo y, finalmente de la forma de incidencia de los medios de reacción jurídico-penal”³ como se puede observar la criminología no solo estudia el génesis de los sucesos y sujetos del delito, también estudia el tratamiento que deben tener estos, la

criminología va de la mano de distintas ramas del saber cómo son la antropología criminal, biología criminal y psicología criminal.

Ahora bien desde este punto una vez comprendida la concepción de criminología rama base de la política criminal, se deberá entender que es política, esta palabra cuenta con varias acepciones para su entender, para nuestro propósito se tomara lo dicho por la Real Academia Española que es “Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados; como la actividad de los que rigen o finalmente, como el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean medios para alcanzar un fin determinado”⁴ es decir que se entenderá como la posibilidad de tomar decisiones que obliguen a otros, en este caso relacionadas a un sector específico, como es el crimen.

Una vez comprendido los conceptos anteriormente expresados, nos ahondaremos en que es política criminal, en primer lugar a lo ya entendido por política debemos entender también que la política criminal es una de las primordiales fuentes que el legislador toma para emanar una normal penal, para KLEINSHORD quien fue el primero que se le atribuye haber usado la expresión política criminal dice que es “El conocimiento de aquellos medios que el legislador puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger los Derechos”⁵, para sintetizar ello desde un aspecto exclusivamente positivo, la política criminal es “Se entiende por política criminal, la reforma regular de la ley penal, en provecho del bien común. Pues la política criminal es la política de legislación penal”⁶ Como se puede ver la política criminal son los mecanismos que el Estado utiliza para poder luchar contra la delincuencia CUERVO PONTON nos muestra la importancia de la política criminal desde los puntos de vista que se observen, pues esta no solo será los mecanismos del Estado este estudio ira más allá, pues la política criminal puede observarse como: Fuente de la legislación penal, como instrumento contra el delito, área dentro de la política general del Estado y como el Deber ser

¹ ZIPF, Heinz; Introducción a la Política Criminal. Editorial. Graficas Novoa, año 1979, pág. 12.

² REYES ECHANDIA; Alfonso, Criminología. Editorial UEC, Bogotá-Colombia, año 1984, pág. 46.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial BOSCH, año 1981, Barcelona-España, pág. 62.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua española, Editorial ESPASA CALPE S.A., Decimonovena Edición, Madrid-España, año 1970, pág. 1045.

⁵ VON LISZT, Franz; Tratado de Derecho Penal Tomo II, Editorial REUS, Madrid-España, pág. 53

⁶ LANGLE, Emilio; La Teoría de la Política Criminal, Editorial REUS, Madrid-España, año 1927, Pág. 16.

del Derecho Penal”⁷ como se puede observar la importancia de la política criminal en el Derecho penal es trascendente y debe ser siempre las investigaciones viabilizadas en este sentido para poder otorgar posibles soluciones a problemas que aparecen en la sociedad y en nuestra legislación.

II. DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

En primer lugar se debe entender que conceptualizar corrupción, resulta ser un trabajo arduo que amerita mucho interés por el tema, podríamos decir que la corrupción proviene de distintos factores exógenos sociales, como es la economía, las instituciones, la política o la historia, y que se manifiesta en todos los estratos sociales sea pobre o rico, que su naturaleza puede ser privada o pública, o que simplemente es estudiada por muchas ramas como la sociología, la antropología, la psicología o el derecho; Desde la perspectiva del autor el ser humano es corrupto por inherencia, es decir que es propio de nuestra naturaleza, desde ese simple hecho del bebé que coacciona con llanto a la madre para recibir la lactancia o con acciones simples de regalar bienes o dar un buen trato a alguien no por el gusto de hacerlo, sino más bien por el hecho de recibir a futuro algo a cambio.

A juicio del doctor e historiador tacneño Jorge Basadre tres serían los grandes enemigos del país “Los congelados, los incendiarios y los podridos. Los congelados se encierran en sí mismos, los incendiarios se consumen en el pesimismo y los podridos, vale decir los corruptos, prostituyen cualquier ideal en beneficio propio y buscan convertir al Perú en un Fango, en una chacra”⁸ Siendo la corrupción el enemigo más repudiado por el Historiador peruano como se da a notar.

Ahora bien saliendo de pensamientos personales sobre lo que resulta ser corrupción, se debe expresar lo que los autores expresan en la doctrina CASTRO CUENCA en su obra corrupción y delitos nos dice: “un gran número de autores considera que la corrupción implica el quebrantamiento del interés público en aras de satisfacción de un interés personal, esta

posición la sostienen Tarkowski, Cugat, Bustos Gisbert, Rodríguez García, ValiejeAlvarez, Contreras Alfaro, Rodríguez Collao, Domínguez Berrueta y OssandowWidow”⁹ como se puede ver es un concepto simple, pues éste se dio como uno de los primeros conceptos, frente al aparecieron tres contraposiciones o críticas la primera que nos decía que esta postura carecería del fenómeno y solo aportaba la consecuencia, una segunda la segunda que decía que era basado en comportamiento es decir el abuso íntimamente ligado al sector público y por último una tercera que identificaba a la corrupción la violación de un deber posicional efectuada con el objeto de un deber extra posicional.

Como se dijo al inicio del acápite, no existe ciencia cierta un concepto de corrupción “La historia conceptual de corrupción es incierta, Mientras el origen etimológico es claro, ya que proviene del latín corrumpere, su uso en dos sentidos distintos, en un sentido general equivalente a destrucción, devastación o adulteración de un material orgánico, y en un sentido particular para designar una actividad humana específica, como ocurre cuando se lo asimila a soborno o extorsión”¹⁰ uniendo los dos sentidos a la palabra resulta ser algo vil o repulsivo. En síntesis un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, se requiere una posición especial para realizar corrupción no cualquiera en cualquier circunstancia puede hacerlo, es por ello que el Derecho penal resulta ser un delito especial, “Se puede definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, cualquiera sea su naturaleza.”¹¹ Siendo necesario en este orden de ideas el deber posicional y el beneficio, estas dos exigencias mencionadas podrían crear corrupción como la conocemos en la actualidad.

Ahora bien si observamos el Título XVIII del Código Penal en los cuales se encuentran los delitos contra la administración pública, daría a entender que estos delitos protegen la

⁷ CUERVO PONTON, Luis Enrique; Política criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 1988, pag. 71.

⁸ BASADRE GRHOMAN, Jorge; La promesa de la vida peruana y otros ensayos, Lima-Perú, Editorial JUAN MEJIA BACA, año 1958, pag. 50.

⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial UNIEVERSIDAD DEL ROSARIO, Primera Edición, Bogotá-Colombia, pag. 27.

¹⁰ MALEM SEÑA, Jorge F.; La corrupción Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Editorial GEDISA, Barcelona-España, año 2002, pag. 23.

¹¹ IBIDEM, 35

administración pública, por medio de sus instituciones, en ese seguir de ideas cabría preguntarse qué se entiende por administración pública, ahora bien desde una perspectiva organicista FRISANCHO opina que “administración es (ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades) y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo”¹² por el contrario si seguimos los lineamientos del funcionalista ROJAS VARGAS la admiración pública “comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral y organismos autónomos del Estado”¹³. Esto es que la administración pública compete a todas las instituciones públicas sin excepción, cabe mencionar que queda fuera de estos ámbitos los bancos privados, empresas mixtas y regímenes jurídicos privados.

Ahora bien ingresando al bien jurídico en los delitos contra la administración pública, en los cuales existe un bien jurídico general que la ley nos muestra el cual es el correcto y regular desenvolvimiento de la actividad estatal, enmarcado siempre en los principios de dignidad, probidad y eficiencia. Por su parte MANZINI¹⁴ nos dice que el objeto genérico de la tutela penal, en esta clase de delitos, es el interés público concerniente al normal y correcto funcionamiento de la administración pública, en conjunción a ciertos principios rectores, la probidad, desinterés, lealtad y disciplina.

Como se afirmó el bien jurídico general debe corresponder siempre a ciertos principios, que generan deberes, los cuales resultan ser deberes generales, que generan puntos a favor del bien jurídico general, estos deberes se puede dividir en seis deberes institucionales que el funcionario y servidor público debe tener en cuenta para no incurrir en delitos penales contra la administración pública, estos son a) el

correcto ejercicio de sus funciones, b) Observancia de los deberes de cada cargo en relación a las normas generales y el MOF (manual de organización y funciones) de cada institución, c) normalidad en el ejercicio público, d) Proteger el prestigio y dignidad de la función, e) Probidad y Honradez de sus agentes, f) Protección del patrimonio público, siendo todos estos intereses y valores protegidos por la constitución, que colaboran con la mejora de la administración pública.

Dicho de otra manera debemos entender entonces que como regla general frente a la comisión de cualquier delito contra la administración pública cometida por funcionarios o servidores públicos, existen dos bienes jurídicos que el Estado pretende proteger con la sanción penal, en primer lugar nos encontramos con el correcto y normal funcionamiento o desenvolvimiento de la administración pública, en cumplimiento a sus deberes de cada funcionario o servidor, siempre en observancia de los principios rectores de la función pública, el Tribunal Constitucional al respecto ha dejado claro el bien jurídico general protegido en los delitos contra la administración pública como es “La protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a esta investidura”¹⁵ El bien jurídico desarrollado en este punto debe ser interpretado con el artículo 138 de la constitución en la que se consagra que todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación.

Por otro lado tenemos el segundo bien jurídico que se protege, es el particular o también llamado específico, el cual será que cada tipo penal al tener sus propias características y su propio tipo objetivo, protegerá un bien jurídico específico, como se podrá observar en el análisis que se realizara a posteriori de cada tipo penal, cabe mencionar que en cada tipo penal dentro de los delitos contra la administración Pública, “El bien jurídico protegido no es el mismo”¹⁶, Con esto quiero decir que el bien jurídico de Peculado no será igual al bien jurídico de Cohecho, pese a

¹² DRISANCHO APARICIO; Manuel, Código Penal Tomo VII, Editorial JURIDICA, Lima-Perú, año 1998, pág. 15.

¹³ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Tercera edición, Lima-Perú, año 2002, pág. 15.

¹⁴ MANZINI, Vincenzo; Tratado de Derecho Penal, Tomo VIII, Editorial EDIAR, Buenos Aires- Argentina, año 1961, pág. 03

¹⁵ Exp. N° 3194-2004-HC/TC, Fundamento 26.

¹⁶ MUÑOZ CONDE; Francisco; Derecho Penal-Parte Especial; Editorial TIRANT LO BLANCH, 13ra Edición, Valencia-España, año 2001, pág. 922.

ser los dos tipos penales delitos contra la administración pública.

Así mismo se puede observar el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública se asemeja lo que se puede observar en el Derecho Administrativo, los cuales son motivos de sanción administrativa, para ello es menester crear una correcta distinción en el Derecho Administrativo y Derecho Penal, pues no todo lo que crea afectación a la administración pública necesariamente tiene que ser delito, igualmente lo afirma URQUIZO OLACHEA, “Sera el propio Derecho Administrativo que se encargue de auto protegerse de las posibles lesiones a las que se halla expuesto . Es así que el Derecho Penal solo aparecerá para proteger a la Administración Pública en cuanto a la afirmación de su carácter fragmentario y de ultima ratio”¹⁷ De ahí que en los la realidad cuando los hechos o constituyen delito no significara que quedara impune dichos actos pues el Derecho Administrativo realizara por su parte procedimiento administrativo sancionador disciplinario a través de una secretaria técnica de la correspondiente institución afectada o en todo caso según competencia cuando deriva de un proceso de acción de control lo realizara la Contraloría General de la República.

En definitiva existe el bien jurídico general y el bien jurídico específico según el tipo penal concretamente a tratar, cabe mencionar desde el presente autor me encuentro a favor de que el Derecho penal debe apartarse del bien jurídico general para el Desarrollo real de los procesos e implantarse con el bien jurídico específico según el proceso, como una anécdota personal pude observar en el transcurso de los años que en nuestro distrito judicial de Tacna, al realizarse el control de acusación y al mencionar el bien jurídico afectado siempre se hace mención del correcto y regular funcionamiento de administración pública, sin expresarse el bien jurídico concreto al proceso que se realiza, como lo dice VITTORIO MANES “Las líneas directrices de la reforma deberían estar dirigidas hacia el progresivo

abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico (tomado como bien jurídico genérico) a favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas específicas según cada norma”¹⁸, esto es el alejamiento de los general y la aproximación necesaria a lo específico

III. POPULISMO PUNITIVO

Es de gran necesidad establecer unos conceptos para el entendimiento de la problemática ya mencionada, Para ello iniciaremos con un concepto según el diccionario común de la lengua española, este nos dice que el populismo “es un término peyorativo ya que hace referencias a las medidas políticas que no buscan el bienestar o el progreso de un país, si no que tratan de conseguir la aceptación de los votantes sin importarle las consecuencias”¹⁹, por otra parte está el concepto de populismo desde la antropología, para esta rama de estudios es: “El populismo constituye un mito que pretende resolver los problemas por la sola magia del discurso y sus representaciones Prometiando un supuesto acercamiento del pueblo al poder político garantizando lo imposible: la esperanza de representarlo todo”²⁰, así se puede entender por populismo es toda cercanía que los políticos tienen al pueblo es decir potentes electores para poder dar legitimidad a los actos políticos que realicen, teniendo acogida sus propuestas, aprovechando los temores y consensos de las masas, frente a la opinión pública; Bajo esas perspectivas los políticos populistas no resulta ser de su interés si sus propuestas contravienen principios generales del Derecho, rangos normativos o Derechos fundamentales, que se inmersa en el Derecho Penal del Enemigo, a este tipo de políticos solo les interesa ganar sequitos dentro de las masas en las histerias colectivas, por medio de una decisión política adoptada o que se pretende que adopte, que requiera un respaldo popular para su validez.

Ahora bien una vez conceptualizado el termino populismo dentro de un campo general, político y antropológico, es de suma necesidad

¹⁷ Citado por LAURENCE CHUNGA, Hidalgo; La Posición del Particular en el Delito de abuso de autoridad, Revista Internauta de Práctica jurídica, Numero 24, año 2009, pág. 72; Cita virtual: http://www.uv.es/ajv/art_icos/art_icos/num24/4abusoautoridad.pdf[03/05/16]

¹⁸ VITTORIO MANES; Bien Jurídico y Reforma de los delitos contra la administración pública, Revista Electrónica de ciencia penal y criminología, año 2000; Cita virtual: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html[03/05/16]

¹⁹ Diccionario Online <http://definicion.de/populismo/>

²⁰ ARTEGA BOTELLO NELSON, “Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México” Editorial Espiral, 2002, pag.45

ingresar al campo penal, antes de dar mención a lo que se alude ser Populismo Punitivo, es necesario conceptualizar que es el poder punitivo, poder que estará inmerso dentro del populismo punitivo, según Raúl Eugenio Zafaroni Nos dice que: “Se centra en el Proceso selectivo de criminalización. Este se desarrolla en dos etapas, denominadas, primaria y secundaria. Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley que habilita la punición. Criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas se supone el proceso que va desde la detención hasta la prisionalización del Estado”²¹, de esta manera el poder punitivo es el Poder ejercido por el estado para emanar normas de carácter penal, además de ser el ente que ejerce la acción punitiva sobre las personas en concreto.

Ya comprendido los aspectos y conceptos generales podemos ingresar con total libertad al populismo punitivo, y cuando se habla del populismo punitivo es de suma necesidad dar a conocer a uno de los pioneros en las investigaciones en relación al populismo Punitivo es Antony Bottoms el acuñador y artífice de la expresión populismo punitivo, él nos dice: “Es la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis Político-criminales, tales como 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 morales esenciales para la vida en sociedad”²². Si bien este concepto de populismo punitivo al inicio daba luces de una problemática real mundial, pues el doctor Bottoms, Norteamericano, es un concepto que necesita mayores implicancias con el transcurso de los años, es de esta manera que siguiendo el mismo lineamiento Roberts otorga un aumento al concepto de Bottoms añadiendo: “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 criminalidad”²³, este añadido aunque parezca de poca relevancia

señala nuevos puntos que aparecen en la realidad, pues al interpretar el concepto se puede dar cuenta que son las opiniones de los políticos en relación a la criminalidad solo para captar la atención de los medios de prensa y de esta manera difundir a una simple vista ideas populistas en relación a problemas de delincuencia centrándose en los delitos contra la administración pública.

Posterior a ello Newburn y Jones siguiendo la perspectiva de los anteriores autores señalan un punto nuevo e importante, el cual es la política criminal, sin perder el enfoque político, recordemos que la mayor parte de las partes de estas propuestas y aseveraciones, son la mayor parte sobre política criminal, es decir que para acercarnos a una conceptualización propia del populismo punitivo debemos detenernos un momento en que es la política criminal es así que llegamos a Mir Puig que nos da luces acerca de la política criminal el cual dice “Es el conjunto de actividades encaminadas por el Estado a reducir- ya que no a eliminar- la criminalidad”²⁴, es decir que son acciones, planeamientos y estrategias, que realiza únicamente el Estado para luchar contra la delincuencia.

Con los conceptos ya concedidos es posible acuñar una definición de populismo punitivo, desde la perspectiva del presente autor, siempre bajo los lineamientos de los autores ya mencionados, en observancia a nuestra realidad nacional, siempre con el enfoque político en el que se basa la presente investigación, entonces el populismo en la criminalización primaria es: “Es la utilización de la seguridad ciudadana y por el ende el Derecho penal y sus ramas afines, por parte de los actores políticos, para que aprovechándose de los problemas de inseguridad ciudadana, realizan normatividad o den opiniones poco objetivas de políticas criminales, con el fin de difundir su popularidad en las masas para captar sequitos en los comicios electorales, por medio de supuestas soluciones con poco sustento en Derecho”

Por último para finalizar este punto, es necesario dar cuenta que el Populismo Punitivo

²¹ ZAFARONI EUGENIO RAUL, Derecho Penal (Parte General), Ed. EDIAR, 2da Edición, Buenos Aires, 2002, pag. 123

²² LUIS PEREZ NETO, “El populismo Punitivo en España: del Estado social al Estado Penal” Texto recogido del libro Surveillance in Latin America, Brasil, pag 240, con su versión online: http://www2.pucpr.br/sssccla/papers/SessaoC_A33_pp219-245.pdf

²³ Idem

²⁴ Santiago Mir Puig, “El Derecho penal en el Estado social y Democrático de Derecho”, Editorial Ariel.S.A. 1ra Edición, Barcelona, pag 60.

no tiene una concepción final o definitiva de lo que en realidad resultaría ser, en razón a que el concepto está muy cercano a la antropología, sociología y política, variando según las circunstancias temporales y espaciales en las que se tome dicha problemática, siempre modificando ciertos aspectos, pero enmarcándose en el mismo punto fijo y entorno político.

IV. EFECTIVISMO PENAL

Cuando se habla de efectivismo penal es imposible no pensar en el Derecho penal del enemigo, sus nociones y la trascendencia que esta teoría obtuvo en sus años y que aun repercute en la actualidad en los Estados y sus normativas, para entender esto se debe dar un retroceso en el tiempo e ingresar a la “Discusión que fue desencadenada por la representación por parte de GUNTER JAKOBS de un concepto teórico construido por el mismo bajo la denominación ya mencionada- en esta cuestión y en otras muchas- trabajo “criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico” publicado en el año 1985, discusión, que comenzó sobre todo en Alemania y España”²⁵. Después de esta ya mencionada discusión en los años 80s es que en el año 2001 la teoría vuelve a retomar fuerza y controversia con los acontecimientos del 11 de setiembre, en una conferencia sobre el tema del estado actual de la ciencia alemana del Derecho Penal en la que se volvió a dar la discusión del Derecho penal del ciudadano vs Derecho Penal del Enemigo, este nombre acuñado por JAKOBS “con el nombre de enemigo se designa a quien no solo de una manera incidental en su actitud, en su forma de vida, o mediante su incorporación a una organización, se ha apartado en todo caso probablemente de manera duradera y en ese sentido, no garantiza la mínima seguridad cognitiva del comportamiento personal, demostrando este déficit mediante su conducta propia”²⁶ Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos esenciales, también mencionado por SILVA SANCHEZ llamado también conocida como Derecho penal de tres velocidades, con los cuales se puede observar una norma y poder distinguir si en nuestro sistema jurídico penal se

usa el Derecho penal del Enemigo, en primer lugar está el adelantamiento a la punibilidad, en segundo lugar son la desproporcionalidad de las penas y en tercer lugar la supresión de determinadas garantías procesales.

Con lo ya expresado se puede observar que JAKOBS describía la distinción entre dos tipos de delincuentes, delincuentes ciudadanos y delincuentes enemigos, pero este autor no fue el primero en dar mención a esta idea algo descabellada desde el punto de vista garantista, pero que sucede en la realidad nacional y en la política criminal y este fue HOBBS “distinguiendo entre el delincuente ciudadano y el autor de alta traición; aquel es condenado conforme a las leyes razón de esa diferencia palmaria, puesto que aquel busca una ventaja particular, lo que desde luego no debe tolerarse, pero no cuestiona el todo, mientras que el traidor, combate el principio”²⁷ lo que se entiende por adversario de principio, es el adversario de lo establecido o de la sociedad constituida por regímenes de libertades, como es nuestra legislación peruana, es por ello que se emanan las leyes denominadas normas de combate que enfrentan tipos de criminalidades específicas como son la criminalidad económica, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, pero desde la perspectiva del autor se deben incluir a estas conductas que ingresan al Derecho penal del enemigo, los Delitos contra la administración pública los cuales están recibiendo un tratamiento especial poco a poco, ingresándolo a los legajos de los delitos que toman dichas características.

V. ¿EXISTEN NORMATIVAS POPULISTAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS QUE EVIDENCIAN RASGOS AL EFECTIVISMO PENAL?

Desde este punto nos sumergimos en el contexto Peruano, en el presente acápite se mostraran ejemplos reales de la coyuntura nacional, para dar razón y respuesta al presente cuestionamiento planteado ¿En realidad está presente el Populismo punitivo en el Derecho Penal específicamente en los delitos de

²⁵ CANCIO MELIA, Manuel; Estudios de Derecho Penal, Editorial PALESTRA S.A.C., Primera Edición, Lima-Perú, año 2010, pág. 459.

²⁶ POLAINO-ORTS, Miguel; Persona y Enemigo Teoría y práctica del Derecho Penal del Enemigo, Editorial ARA, Primera Edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 45.

²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel; Las condiciones de juricidad del sistema penal, Editorial GRUJLEY, Lima-Perú, año 2007, pág. 31.

corrupción de funcionarios y este se ha convertido en un arma Política en nuestro Contexto?

Es así que, para concretizar los conceptos ya enmarcados, nos apartaremos del marco teórico para entrar a un marco más práctico, sobre como en la realidad emergen estos casos de populismo punitivo a vista y paciencia de la sociedad y autoridades, sin saber el daño que pueden estar causando al sistema penal, específicamente en la normativa instaurada en los delitos contra la administración pública.

- a) Artículo 2.1 b) del Código Procesal Penal, norma que expresa la prohibición de la aplicación del principio de oportunidad en los delitos de corrupción de funcionarios.
- b) El Decreto Legislativo 1243, norma que extiende la pena de inhabilitación en delitos contra la administración pública, específicamente los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal y en ciertos supuestos será perpetua cuando actué como integrante de una organización criminal, entre otros supuestos que especifica la ley.
- c) El Decreto Legislativo 1351, norma que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de corrupción de funcionarios, modificando el Artículo 57 del Código Penal, donde nos expresa que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387 y segundo párrafo de los artículos 389, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal.
- d) La ley 30609 que modifica el artículo 50 del Código de ejecución Penal que prohíbe la semilibertad y libertad condicional a los delitos contra la administración pública, específicamente en los artículos 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del artículo 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
- e) La ley 30650 que modifica el artículo 41 de la Constitución, por el cual se implementa al tercer párrafo del mencionado artículo, el plazo de

prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la administración pública o patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos, como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En primer lugar es necesario recalcar la evidente conexidad entre el Populismo Punitivo y el Derecho Penal del enemigo, también llamado efectivis, el primero como una fuente directa del segundo, es decir que el Populismo Punitivo es una de las génesis del Derecho penal del enemigo, generando el ámbito propicio para que las políticas criminales, pierdan los lineamientos garantistas que realmente requiere un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.

SEGUNDA.- Es claro después de lo visto que existe grandes ejemplos de populismo punitivo versados sobre los delitos contra la administración pública en nuestro país, y que en la actualidad toman mayor fuerza por la problemática de la corrupción, como los el caso Odebrech y los expresidenetes, los audios del CNM o las reds de corrupción en los Gobiernos Municipales y Regionales, otorgándose la respuesta veloz, pero poco prudente desde un punto de vista dogmatico, que no se ajustaría a una real política criminal que se requiere para este tipo de delitos, demostrándose que si es una realidad que en nuestro país existe Populismo Punitivo.

TERCERA.- Por ultimo al existir Populismo Punitivo en los delitos contra la administración pública y este ser uno de los orígenes del Derecho Penal del Enemigo en nuestra realidad, esto crea una alteración a nuestro sistema normativo penal, pues en muchos casos se va en contra de principios rectores, derechos fundamentales o exigencias procesales, creando una desigualdad normativa muy difícil de suplir en muchos casos, generando a las instituciones públicas una muy ardua tarea al momento de merituar estas medidas frente a la toma de decisiones, como es una resolución judicial.

BIBLIOGRAFIA

- ARTEGA BOTELLO NELSON, "Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México" Editorial Espiral, 2002.
- BASADRE GRHOMAN, Jorge; La promesa de la vida peruana y otros ensayos, Lima-Perú, Editorial JUAN MEJIA BACA, año 1958.
- CANCIO MELIA, Manuel; Estudios de Derecho Penal, Editorial PALESTRA S.A.C., Primera Edición, Lima-Perú, año 2010.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial UNIEVRSIDAD DEL ROSARIO, Primera Edición, Bogotá-Colombia.
- CUERVO PONTON, Luis Enrique; Política criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 1988.
- DICCIONARIO ONLINE
<http://definicion.de/populismo/>
- EXP. N° 3194-2004-HC/TC, FUNDAMENTO 26.
- FRISANCHO APARICIO; Manuel, Código Penal Tomo VII, Editorial JURIDICA, Lima-Perú, año 1998.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial BOSCH, año 1981, Barcelona-España.
- LANGLE, Emilio; La Teoría de la Política Criminal, Editorial REUS, Madrid-España, año 1972.
- LAURENCE CHUNGA, Hidalgo; La Posición del Particular en el Delito de abuso de autoridad, Revista Internauta de Práctica jurídica, Numero 24, año 2009, pág. 72; Cita virtual:
http://www.uv.es/ajv/art_icos/art_icos/num24/4abusoautoridad.pdf[03/05/16]
- LUIS PEREZ NETO, "El populismo Punitivo en España: del Estado social al Estado Penal" Texto recogido del libro Surveillance in Latin America, Brasil, pag 240, con su versión online:http://www2.pucpr.br/sssc/papers/SessaoC_A33_pp219-245.pdf 13/06/18]
- MALEM SEÑA, Jorge F.; La corrupción Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Editorial GEDISA, Barcelona-España, año 2002.
- MANZINI, Vicenzo; Tratado de Derecho Penal, Tomo VIII, Editorial EDIAR, Buenos Aires- Argentina, año 1961.
- MUÑOZ CONDE; Francisco; Derecho Penal- Parte Especial; Editorial TIRANT LO BLANCH, 13ra Edición, Valencia-España, año 2001.
- POLAINO-ORTS, Miguel; Persona y Enemigo Teoría y práctica del Derecho Penal del Enemigo, Editorial ARA, Primera Edición, Lima-Perú, año 2011.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel; Las condiciones de juricidad del sistema penal, Editorial GRIJLEY, Lima-Perú, año 2007.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua española, Editorial ESPASA CALPE S.A., Decimonovena Edición, Madrid-España, año 1970.
- REYES ECHANDIA; Alfonso, Criminología. Editorial UEC, Bogotá-Colombia, año 1984.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Tercera edición, Lima-Perú, año 2002.
- SANTIAGO MIR PUIG, "El Derecho penal en el Estado social y Democrático de Derecho", Editorial Ariel.S.A. 1ra Edición, Barcelona.
- VITTORIO MANES; Bien Jurídico y Reforma de los delitos contra la administración pública, Revista Electrónica de ciencia penal y criminología, año 2000; Cita virtual:
http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html[03/05/16]
- VON LISZT, Franz; Tratado de Derecho Penal Tomo II, Editorial REUS, Madrid-España.
- ZAFARONI EUGENIO RAUL, Derecho Penal (Parte General), Ed.EDIAR, 2da Edición, Buenos aires, 2002.
- ZIPF, Heinz; Introducción a la Política Criminal. Editorial. Graficas Novoa, año 1979.



DERECHO CIVIL



USO DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO Y SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO ECONOMICO DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO TACNA.

USING THE CONTRACT OF LEASING FINANCIAL AND ITS RELATIONSHIP WITH ECONOMIC DEVELOPMENT BUSINESS URBAN TRANSPORT TACNA

Mgr. Isabel Rodriguez Monzón ⁽¹⁾,
Mgr. Mauro Helard Peralta Delgado ⁽²⁾.

Maestro en Ciencias (MAGISTER SCIENTIAE) Mención Derecho Civil y Comercial; Magister Docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann; Magister en contabilidad con mención en auditoría por la universidad inca Garcilaso de la Vega Docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.

SUMARIO

- I. El problema
- II. Ubicación, contenido conceptual y alcance normativo del derecho al medio ambiente
- III. Delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado
- IV. La mesa de diálogo regional como fuente de derecho
- V. Propuesta de reforma constitucional y procesal
- VI. Bibliografía

RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado: “**USO DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO Y SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO ECONOMICO DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO TACNA – 2015**” es una investigación de diseño no experimental de tipo descriptivo, y de corte transversal, la muestra estuvo constituida por 20 empresas de transporte urbano masivo de Tacna. Los criterios de inclusión fueron: Empresas de transporte urbano con personería Jurídica vigente. Empresas de transporte urbano registradas en la Municipalidad Provincial de Tacna. Empresas de transporte con autorización mínimo de 15 de unidades vehiculares. Los datos se recolectaron mediante un instrumento denominado cuestionario semiestructurado diseñado por los autores en estricta observancia a los objetivos de la investigación dicho instrumento fue validado por tres expertos para su posterior aplicación.

Los principales hallazgos son:

El 70% de las empresas de transporte urbano de Tacna están constituidas bajo las formas societarias, según lo regulado por la Ley General de Sociedades. y el 30% están constituidas bajo el amparo de la Ley de la Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

El 70 % de las empresas tienen de 10 a 20 años de servicio en el transporte masivo urbano. El 20 % de las empresas de la muestra tienen de 20 a más años de servicio en el transporte masivo urbano.

El 45% de las empresas cuentan con más de 20 vehículos con autorización municipal. El 35 % de empresas cuentan con vehículos que fluctúan en entre 10 a 20 unidades vehiculares.

El 70% de los gerentes de las empresas cuentan con nivel educativo de secundaria.

El 25% de los gerentes de las empresas cuentan con nivel educativo de nivel superior.

El 85% de los gerentes tienen bajo nivel de conocimiento sobre el contrato de leasing

financiero.

El 85% de los gerentes informan que las empresas de transporte urbano no celebraron el contrato de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares. El 15% de gerentes manifestaron que sí celebraron el contrato de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares.

El 45% de los Gerentes de las empresas de transporte urbano de Tacna manifestaron el desconocimiento como factor limitante. El 25% tasa de interés elevado. El 30% indican que no existen garantías suficientes.

El 67% de los Gerentes perciben que si hubo desarrollo económico en las empresas de transporte urbano de Tacna a raíz de haber celebrado el contrato de leasing financiero. El 33% manifestaron que no hubo desarrollo económico en dicha empresa.

SUMMARY

This research paper entitled: "USING THE CONTRACT OF LEASING FINANCIER AND ITS RELATIONSHIP WITH ECONOMIC DEVELOPMENT BUSINESS URBAN TRANSPORT TACNA - 2015 is an investigational non-experimental design descriptive and cross-sectional sample was consisting of 20 companies Tacna urban mass transport .The inclusion criteria were: urban transport companies with legal force. Urban transport companies registered in the Provincial Municipality of Tacna. Transport companies with authorization least 15 vehicle units. Data were collected using an instrument called semi-structured questionnaire designed by the authors in strict adherence to the aims of this research instrument was validated by three experts for further application.

The main findings are:

The 70% of companies Tacna urban transport are incorporated under the corporate forms, as regulated by the General Corporation Law, and 30% are constituted under the aegis of the Law of Individual Limited Liability Companie.

70% of companies have 10 to 20 years of service in the urban mass transportation. 20% of companies in the sample have 20 more years of service in the urban mass transportation.

45% of companies have more than 20 vehicles

with municipal authorization. 35% of companies have vehicles ranging in 10 to 20 vehicle units.

70% of business managers have secondary education.

25% of managers of companies have higher level education.

85% of managers have low level of knowledge about financial lease.

85% of managers report that urban transport companies not held on financial lease to renew their vehicle units. 15% of managers stated that if held on financial lease to renew their vehicle units.

The 45% of managers of urban transport companies of Tacna expressed ignorance as a limiting factor. 25% high interest rate. 30% indicate that there is no sufficient guarantees.

PRESENTACIÓN

La elaboración de la presente investigación **USO DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO Y SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO TACNA 2015** aborda uno de los problemas muy serios que afecta a la población de Tacna en lo que respecta al transporte toda vez que la población es transportada desde sus hogares a los diferentes centros laborales en unidades que no reúnen condiciones de comodidad ni salubridad por ser vehículos cuya fabricación data de más de 20 años, sumado a ello los empresarios por falta de conocimiento no apuestan por la renovación vehicular, desconociendo que una de las alternativas para solucionar dicho problema como es el uso del contrato de **leasing financiero**, que es poco conocido en nuestro medio.

El objetivo principal de la investigación fue determinar la relación que existe entre el uso del contrato de leasing financiero y el desarrollo económico de las empresas de transporte urbano con la finalidad de que los resultados obtenidos coadyuven a que los empresarios del transporte urbano apuesten por la renovación y modernización de sus vehículos a fin de prestar un servicio satisfactorio a los ciudadanos.

En estricto cumplimiento a las fases de la investigación científica nuestro estudio se ha desarrollado en cinco capítulos:

En el Capítulo I, se muestra el planteamiento del Problema, en que se puede apreciar los aspectos más resaltantes de la descripción de la realidad problemática, la delimitación del estudio que como antes se menciona se enmarca en el conocimiento del contrato leasing y el desarrollo económico de las empresas de transporte urbano de Tacna.

En el Capítulo II, se desarrolla el Marco Teórico, cuyo estudio de investigación fue para tener una concepción más clara de lo que es el contrato de leasing y desarrollo económico de las empresas, cuyo desarrollo permite conocer las teorías relacionadas al desarrollo económico, asimismo facilita el conocimiento de la legislación comparada.

El Capítulo III, está referido al Marco metodológico. Tipo de investigación, la población y muestra, los criterios de inclusión y exclusión, el instrumento que se aplicó para la recolección de los datos, la validación, el procesamiento de los datos.

En el Capítulo IV. Se presentan los resultados reflejados en cuadros estadísticos de entrada simple, asimismo la interpretación de los datos que nos permite apreciar el resultado del trabajo de campo realizado, concluyendo con la comprobación fáctica de las hipótesis planteadas, que va de la mano con el trabajo, resultando aceptable las hipótesis planteadas en la presente investigación.

En el Capítulo V se realiza la discusión de los hallazgos de nuestro trabajo con lo que sostienen los teóricos no es factible discutir los hallazgos con los resultados de por cuanto no se encontraron trabajos anteriores al nuestro con nuestras variables. Las Conclusiones y Recomendaciones son el producto del análisis de los resultados de la investigación que coadyuvarán al desarrollo de futuros estudios en bien del mejoramiento del transporte urbano. La utilidad de éste trabajo se extenderá a los profesionales y estudiantes de derecho y administración de las universidades y otros centros superiores de estudio.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El Leasing es el negocio que ha obtenido el más espectacular crecimiento en el mundo capitalista, iniciando a partir de la década del cincuenta y alcanza su mayor esplendor en la década del 70 y 80. Los años siguientes le han

servido para expandirse, con singular éxito, por todo el mundo.

En los Estados Unidos.

El desarrollo alcanzado por el leasing en los Estados Unidos como cercanos aliados a: normas fiscales de amortización liberales, así como créditos bancarios a mediano plazo poco desarrollados y una etapa de economía próspera con márgenes de beneficios apreciables pero con empresas comprometidas con una renovación acelerada de bienes de capital.

En Europa. Las empresas de leasing están agrupadas en la Federación Europea de compañías de Equipamiento de Leasing (LEASEUROPE)

En Gran Bretaña fue el país europeo donde se practicó por primera vez el leasing.

En Francia país que tiene el mérito de haber sido el primero en dar un estatuto legal *ex professo* para las operaciones y las empresas de leasing.

En Italia a pesar de no tener aún una legislación orgánica en materia leasing, su crecimiento es considerable, tal como lo demuestran los datos que siempre con mayor frecuencia se brindan con relación a los contratos en general, y al leasing en especial.

En Latinoamérica Siguiendo el ejemplo de Europa Latinoamérica también tiene su Federación de Empresas de Leasing (FELELEASE), que agrupa a diversas empresas del área con el objeto de promover la actividad del leasing y dar a conocer la experiencia obtenida en diversos países.

En Brasil el Contrato de Leasing tiene un ordenamiento jurídico en donde la ley define al leasing o arrendamiento mercantil, para ellos como la operación realizada entre personas jurídicas, que tengan por objeto el arrendamiento de bienes adquiridos a terceros por la arrendadora, para fines de uso propio de la arrendadora y que atiendan a las especificaciones de esta.

Ecuador es otro de los primeros países que se preocupó de darle una regulación especial e leasing.

En Chile existe la asociación Chilena de Empresas de Leasing, la cual ha tenido a su cargo la difusión de la importancia económica del leasing y sus bondades en el financiamiento de las empresas en estos últimos años.

En Argentina el leasing ingresa a inicios de la década del 60, siendo adoptado no solamente por empresas privadas sino también por empresas estatales.

En el Perú La primera mención oficial del leasing, en nuestro país, se realizó a través del Decreto Ley 22738 del 23 de octubre de 1979, bajo la denominación de arrendamiento financiero faculta a estas instituciones a adquirir inmuebles, maquinarias, equipos y vehículos destinados a este tipo de operaciones.

El leasing en nuestro país fue normado y regulado por diferentes Decretos Supremos, Decretos Legislativos, Resoluciones Ministeriales y resoluciones de las diferentes instituciones reguladoras.

Las operaciones de leasing en el Perú inician su despegue en los primeros años de la década del 80, como lo demuestra el hecho de Sogewiese Leasing que obtuvo utilidades por el doble de su capital social. Las empresas habilitadas por la S.B.S. a operar en leasing en el mercado son las financieras, bancarias y algunas empresas especializadas.

En el Perú En un plazo de dos años, **más de 3,000 vehículos de transporte público** que tengan una antigüedad superior a los 20 años **serán chatarreados**, informó José Zenozián, vocero del Programa de Chatarreo de la municipalidad de Lima, esta cantidad de unidades a chatarrear representa un 50% más de lo que la anterior gestión eliminó. Con ello, **esperamos renovar el parque automotor y reordenar en parte el transporte en la ciudad**", manifestó Zenozián.

Además, indicó que, entre enero de 2012 y diciembre de 2014, **dejaron de circular 1,875 vehículos viejos** (entre camionetas rurales, cústers y buses obsoletos).

En Tacna el contrato leasing financiero es poco o nada conocido por los empresarios del transporte masivo urbano por lo tanto este tipo de contrato no es muy usado por los

empresarios del transporte urbano de Tacna sumándose a ello la caótica situación de servicio del transporte urbano por ser lento, inseguro, contaminante y muy ineficiente. El servicio público se caracteriza por un déficit de oferta, lo cual genera congestión, demora en los desplazamiento por prestar el servicio a bordo de vehículos con más de 30 años de servicios que según la normas del transporte estarían fuera del servicio además están en pésimo estado de conservación a toda esta problemática se suma la poca iniciativa que tienen los empresarios para hacer uso de los contratos de leasing financiero que podría ser una alternativa para la renovación de los vehículos y así poder prestar el servicio en condiciones modernas y saludables.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

¿Cuál es la relación que existe entre el uso del contrato de leasing financiero y el desarrollo económico de la empresa de transporte urbano de Tacna 2015?

1.2.2. Problemas Específicos.

¿Cuál es el nivel de conocimiento de los empresarios del transporte urbano de Tacna sobre las ventajas y desventajas del contrato de leasing financiero?

¿Cuántas empresas del transporte urbano de Tacna han celebrado contratos de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares?

¿Cuáles son los factores negativos que limitan a los empresarios del transporte urbano de Tacna para celebrar contratos de leasing financiero a efecto de renovar sus unidades vehiculares?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

La realización de la presente investigación se justifica por cuanto los resultados obtenidos coadyuvaran a diseñar los lineamientos de política para el mejoramiento y fortalecimiento del sector de transporte público no solo de Tacna sino a nivel nacional. El presente trabajo reviste especial importancia por cuanto la investigación está enmarcada dentro del

principio constitucional que todos los ciudadanos tenemos derecho a la integridad física y la salud.

1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES

En Tacna la mayoría de los vehículos que prestan servicio de transporte masivo tiene una antigüedad de más de 20 años, la mayoría fueron adquiridos en el primer gobierno de Fujimori, a la fecha se encuentran obsoletos y contraviniendo las normas del transporte masivo siguen circulando. Las instituciones gubernamentales no ofrecen muchas alternativas de solución para los transportistas de Tacna. Siendo una de las alternativas de solución podría ser el uso del contrato de leasing financiero que podría viabilizar la renovación de los vehículos por otras más cómodas y modernas a efecto de brindar un servicio de calidad y condiciones salubres.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar la relación que existe entre el uso del contrato de leasing financiero y el desarrollo económico de las empresas de transporte urbano de Tacna.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

Determinar el nivel de conocimiento de los empresarios del transporte urbano de Tacna sobre las ventajas y desventajas del contrato de leasing financiero

Averiguar el número de empresas del transporte urbano de Tacna que han celebrado contratos de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares

Identificar los factores que limitan a los empresarios del transporte urbano de Tacna para celebrar contratos de leasing financiero a efecto de renovar sus unidades vehiculares

1.6.HIPOTESIS DE LA NVESTIGACIÓN

1.6.1. HIPOTESIS GENERAL.

Existe una relación poco significativa entre el uso del contrato de leasing financiero y el

desarrollo económico de las empresas de transporte urbano de Tacna.

1.6.2. HIPOTESIS ESPECÍFICA

El conocimiento de los empresarios del transporte urbano de Tacna sobre las ventajas y desventajas del contrato de leasing financiero es de **ES DE NIVEL BAJO**

El número de empresas del transporte urbano de Tacna que han celebrado contratos de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares **ES MÍNIMO**

Los factores que limitan a los empresarios del transporte urbano de Tacna para celebrar contratos de leasing financiero a efecto de renovar sus unidades vehiculares son: **EL DESCONOCIMIENTO, ALTAS TASAS DE INTERES Y EL CUMPLIMIENTO DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA REFLEJADO EN SUS ESTADOS FINANCIEROS QUE DEBE TENER LA EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO.**

III MARCO TEÓRICO DE INVESTIGACIÓN.

3.1.ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

En cuanto a los antecedentes del problema de estudio en nuestras bibliotecas físicas de las Universidades de la ciudad de Tacna no existen trabajos relaciones con nuestro tema de investigación a diferencia de que en las bibliotecas virtuales existen algunas monografías, artículos y tesis que abordan el leasing financiero.

3.2. BASES TEÓRICAS.

ETIMOLOGIA Y DENOMINACION DE LEASING

La palabra leasing, de origen anglosajón, deriva del verbo "to lease", que significa arrendar o dar en arriendo, y del sustantivo "lease" que se traduce como arriendo, locación.

DEFINICION LEGAL DE LEASING

El leasing es un contrato de financiamiento en virtud del cual una de las partes, la empresa de leasing se obliga a adquirir y luego dar en uso

un bien de capital elegido, previamente por la otra parte, la empresa usuaria, a cambio del pago de un canon como contraprestación por esta, durante un determinado plazo contractual que generalmente coincide con la vida útil del bien financiado el cual puede ejercer la opción de compra, pagando el valor residual pactado, prorrogar o firmar un nuevo contrato o, en su defecto devolver el bien.

CARACTERÍSTICAS DEL LEASING

CARACTERES ESTRUCTURALES

En el contrato de leasing estos caracteres se advierten en la naturaleza de su composición, del contenido de las prestaciones asumidas cada una de las partes y de la forma como se obtiene el cumplimiento las mismas; las funcionales, a su vez, se derivan del rol que a él le corresponde desempeñar dentro del mercado financiero como complementaria a las tradicionales fórmulas de financiación de la empresa. Empecemos, entonces, con las estructurales diciendo que el leasing es un contrato.

1.- TÍPICO

La clasificación de los contratos en típicos y atípicos es de muy antigua data y se ha dado en todos los países con legislación positiva vigente; no obstante, ella no tiene en el derecho moderno ni la misma importancia ni el mismo sentido que en el derecho romano.

El leasing, esta institución financiera, tal como acontece hoy en los países donde él tiene presencia significativa, en el Perú es un contrato típico, y ello, en efecto, porque el Derecho positivo, luego de individualizar el leasing a través de una serie de elementos y datos peculiares, lo ha valorado y le ha atribuido una concreta regulación: primero, el Dec. Leg. 212, después del Dec. Leg. 299. Aunque, debemos subrayar, el legislador, como ya es habitual ante la aparición de nuevas instituciones contractuales, al redactar este dispositivo se ha preocupado más de los aspectos tributarios y financieros que del aspecto sustancial.

2.- PRINCIPAL

Un contrato es principal cuando cumple, por sí mismo, un fin contractual propio y subsistente, sin relación necesaria con ningún otro contrato; es decir, no depende ni lógicamente ni jurídicamente de otro, pues él se presenta independiente de aquél

En vía de ejemplo, son contratos principales todos los que figuran en la Sección Segunda del Libro VII del Código civil de 1984, con excepción de la fianza, que es accesoria, los de los Libros Segundo y Tercero del Código de comercio, claro está, los que aún permanecen en su seno, como los contratos de transporte, de fletamento.

Nuestro Ordenamiento Jurídico positivo y, en su momento, la doctrina predominante, confieren al leasing el título de contrato principal, y ello, sin duda, porque tiene vida propia, independiente lógicamente y jurídicamente de cualquier otro contrato. Según esto, pues, el contrato de compraventa, seguros y otros, a pesar de tener la calidad de principales, tienen en el leasing la de accesorios.

3.- CONSENSUAL

El contrato de leasing, como eficaz y reconocido medio de financiamiento puesto al servicio de la empresa actual para contribuir a su modernización y, en efecto, a su eficiencia, no queda al margen de esta realidad: su consensualidad es admitida por unanimidad, pues ella en sí resulta evidente. Por ello, cuando el artículo 8 del Dec. Leg. 299 prescribe que "el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública...", debemos, en puridad, interpretar tal exigencia sólo como una formalidad ad probationem, en razón que ella no se requiere para otorgar relevancia jurídica a la voluntad contractual, pues el negocio es eficaz cualquiera sea la forma de exteriorización, sino el sólo efecto de hacer posible la prueba de la existencia del contrato, o de su contenido sobre la forma en el leasing nos referimos.

4.- ONEROSO

Son onerosos, aquellos contratos en los cuales cada una de las partes sufre un sacrificio (empobrecimiento) patrimonial con la intención de procurarse una correspondiente ventaja: percibir una atribución patrimonial, o un

enriquecimiento proporcional, como contraprestación. Son gratuitos (o lucrativos, o de lucro, o de beneficencia), aquellos en los cuales una sola de las partes recibe una ventaja patrimonial, o lucro (atribución patrimonial), y la otra sólo soporta el sacrificio.

En el contrato de leasing, el sacrificio patrimonial que experimenta la empresa financiera, al adquirir el bien y conceder el uso del mismo durante un plazo inicial, se ve compensado con el pago del canon periódico que recibe y, en su oportunidad, por el pago del valor residual pactado para la ulterior transferencia de la propiedad del bien. A su turno, la empresa usuaria surge un sacrificio patrimonial al tener que pagar los respectivos cánones, pero se beneficia con el uso, disfrute y, a su sola decisión, con la propiedad del bien que ha sido materia del contrato.

5.- CONMUTATIVO

Se impone la categorización del leasing como contrato conmutativo y ello, ante todo, porque en el acto mismo de estipulación de este negocio, cada parte realiza la valoración del sacrificio y la ventaja que le depara su celebración. Con razón, pues, se dice que cada parte conoce con la debida anticipación, cual es la importancia económica que el contrato reviste para ella.

6.- DE DURACION

Podemos decir, que el leasing es un contrato de duración porque las prestaciones, tanto de la empresa de leasing como de la usuaria, se van ejecutando en el tiempo, durante un lapso prolongado. El dilatar la ejecución de las prestaciones en el tiempo es presupuesto fundamental para que el leasing produzca el efecto querido por ambas partes y satisfaga, a su vez, las necesidades que los indujo a contratar. La duración en él no es tolerada, sino, por el contrario, querida por ellas. En suma, más estrictamente, el leasing es un contrato de duración determinada, cuya prestación de la empresa de leasing es continuada y la contraprestación de la usuaria es periódica.

7.- DE PRESTACIONES RECIPROCAS:

El leasing, acorde con la terminología del Código civil, es un contrato con prestaciones

recíprocas, donde la empresa de leasing es acreedora de los cánones e, inversamente, deudora de los bienes, sean estos muebles o inmuebles; en tanto, la usuaria es acreedora de los bienes y deudora de los cánones. Si esto es así, entonces, al leasing le son aplicables las disposiciones contenidas en el Título VI, de la Sección Primera del Libro VII Del Código civil.

8.- DE EMPRESA:

Tanto la doctrina como el propio Dec. Leg. 299 reconocen que el leasing integra la gran familia de los llamados "contratos empresa". Por ejemplo, el art. 2 de la citada Ley prescribe: "Cuando la locadora esté domiciliada en el país deberá necesariamente ser una empresa bancaria, financiera o cualquier otra empresa autorizada por la S.B.S...". Como se observa, para la Ley, al menos expresamente, una de las partes es una empresa: la empresa de leasing; pero, nosotros sabemos que uno de los rasgos típicos, sino su finalidad primaria de éste es la de ser un contrato de financiación de la empresa, es decir, de aquella que produce bienes o servicios para el mercado.

Según esto, pues, debemos reconocer que habitualmente son dos empresas las que intervienen en el leasing como partes contractuales: La empresa de leasing, de un lado, y la empresa usuaria, del otro.

CARACTERES FUNCIONALES.-

Habiéndonos referido a los que consideramos caracteres estructurales del leasing, nos interesa ahora hacer mención a los que la doctrina y jurisprudencia destacan como funcionales, a saber:

1.- DE FINANCIACION:

Las doctrinas económica y jurídica están de acuerdo que la más marcada entre las particularidades del leasing es la de ser un contrato de financiación. El predominio de esta finalidad es patente, obvia, debido en lo fundamental a que el leasing tiene como objetivo primario ofrecer a las empresas un canal de financiamiento alternativo o complementario a las líneas de crédito tradicionales. Por eso, con sumo acierto, se dice que ahora las empresas tienen a su disposición, además de los tradicionales "capital de riesgo"

y "capital de crédito", otra constituida por el denominado "capital de uso", de forma tal que, a la pacífica distinción entre titularidad del capital (del Estado o accionistas privados) y titularidad de dirección (de los ejecutivos o de los técnicos), se puede agregar una ulterior subdistinción entre la titularidad del capital de la empresa y la titularidad del capital de gestión.

2.- DE CAMBIO:

El contrato de leasing, permite la circulación de la riqueza, al conceder el uso y goce económico de un bien, por un plazo determinado, y al otorgar la totalidad de los poderes económicos que tiene sobre el bien materia del negocio, si se hace uso de la opción de compra; de otro, posibilita una mayor eficiencia y expansión de la empresa usuaria, incrementando su producción y sus resultados la vez que se incentiva la sustitución y renovación de los bienes de capital, impulsando, en consecuencia, el desarrollo del sector de la industria y el comercio.

3.- TRASLATIVO DE USO Y DISFRUTE:

Para alcanzar una mejor exposición didáctica de las instituciones contractuales, la doctrina en estas últimas décadas clasifica los contratos vendiendo a sus objetivos sustanciales. En tal sentido, se habla, de un lujo de contratos traslativos de la propiedad, donde naturalmente están la compraventa, el mutuo, la permuta etc.; y, de otro, de contratos traslativos de uso y disfrute, en los que se alistan el arrendamiento, el comodato, etc.

TEORÍAS RELACIONADAS CON EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO.

TEORÍA DEL ARRENDAMIENTO

Los gestores de esta doctrina disconformes con los argumentos esgrimidos por la teoría del arrendamiento, que en su opinión pretende deliberadamente sustraer el contrato al régimen jurídico de la compraventa, decidieron dirigir sus investigaciones hacia la función económica que desempeña este negocio jurídico. El leasing, escribe CUESTA RUTE, es una operación de crédito y el ánimo del empresario

es el mismo que le lleva a convenir una compraventa; la diferencia está únicamente en el modo de financiarlo.

El jurista italiano DE NOVA, a su turno señala que el leasing operativo se acerca más a la normatividad del arrendamiento; en tanto que, el leasing financiero, tiende a acercarse más a la compraventa, sobre todo a la compraventa con reserva de propiedad.

Antes de referirnos a las observaciones formuladas a esta tesis debemos de poner de manifiesto, como lo hacen FERRI, la proximidad de ambas instituciones jurídicas.

Un primer dato diferenciador es que la compraventa a plazos el financiamiento se realiza a través de una prorrataización del precio del bien hecha por el mismo vendedor; en cambio, en el leasing interviene como financiador un sujeto diferente al vendedor del bien: la empresa de leasing. Además, la relación jurídica nacida entra la empresa financiera y la financiada, no puede ser calificada, en paridad, como la de un contrato de compraventa a plazos con reserva de propiedad: ella es, y así debe entenderse, una relación de financiamiento especial.

La segunda observación, se centra en el diferente mecanismo de transferencia de propiedad. En la compraventa con reserva de propiedad el comprador adquiere automáticamente la propiedad del bien, con el pago de la última cuota del previo pactado. En este caso, el comprador al que el vendedor ha transmitido la propiedad mediante entrega sometida a condición suspensiva, ha obtenido una posición jurídica independiente de la voluntad del vendedor, una expectativa de propiedad, que es considerada por la doctrina como un derecho patrimonial actual. Con el cumplimiento de la condición suspensiva aquél derecho se transforma en pleno, es decir, en propiedad absoluta. El leasing, por contrario, vencido el plazo contractual en el cual la usuaria tiene el uso del bien, hace necesaria la emisión de una nueva declaración de voluntad, de parte de la usuaria, para ejercer, pues, la opción de compra que le confiere el contrato.

La tercera, ligada a la libertad de elección.

La cuarta, relacionada con el canon a pagar como contraprestación.

TEORIA DE LA COMPRAVENTA

Olvidando, para algunos deliberadamente, la función estrictamente financiera del contrato de leasing, un sector minoritario de la doctrina ha pretendido explicar su naturaleza jurídica en base a las normas que disciplinan el contrato de depósito, pues consideran que la empresa de leasing entrega los bienes a la usuaria en tal calidad.

A saber: "Por el depósito voluntario el depositario de obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

El depósito es un contrato que reposa, esencialmente, en la fiducia, es decir, se sustenta en la confianza que el depositario le inspira al depositante, toda vez que, resulta evidente, nadie entregará un bien para ser custodiado si no es a una persona en la que se pueda confiar.

La custodia del bien, considerada como elemento típico, mas no exclusivo, del depósito, pues la encontramos, igualmente, presente en otros negocios aunque en ellos, por lo general, como prestación accesoria, en cuanto presupuesto instrumental para su restitución, tiene en el contrato de depósito la calidad de función específica, de prestación principal el beneficio, en principio, es para una de las partes, la depositante pues la depositaria le presta un servicio al custodiar y conservar el bien el cual es de naturaleza gratuita, más no de esencia pero nada impide que el depósito sea hecho también en beneficio o interés de la depositaria, o de un tercero, el mismo Código permite que sea convenida una remuneración y prevé que ella pueda deducirse de la calidad profesional, de la actividad del empresario u otras circunstancias.

Igualmente, por responder a la finalidad misma del contrato, se excluye la posibilidad que la depositaria pueda hacer uso del bien y en efecto, hacer suyos los frutos y rentas por lo expuesto, hasta ahora consideramos incorrecta la calificación jurídica propuesta por este sector de minoría, pues es evidente que estamos ante dos instituciones que ingresan al campo del Derecho con distinta naturaleza y finalidad. Así,

mientras el fin esencial, o característica principal, del depósito es el deber de custodiar conservar y restituir el bien; en el leasing, en cambio, junto a la finalidad financiera, se conjugan otras peculiaridades, como la transferencia de la propiedad, la disponibilidad económica del bien y la atribución de un derecho unilateral de opción de compra después de concluido el plazo contractual.

TEORIA DEL MANDATO

Según hemos anotado, quien selecciona el bien y realiza los tratos y acuerdo con el fabricante o proveedor, incluida la determinación del precio, por lo general, es la futura empresa usuaria; sin embargo, la que adquiere el bien, para luego ponerlo a disposición de esta última, es la empresa de leasing. Esta sui generis colaboración empresarial ha motivado que algún sector de la doctrina considere la existencia de un contrato de mandato previo a la relación arrendaticia contenida en el leasing, pues sólo así, entienden ellos, se justificaría el hecho que el bien venga electo por una persona y, posteriormente, adquirida por otra.

La teoría del mandato ha sido objeto de certeras observaciones, las que no han podido ser rebatidas satisfactoriamente. En cuanto a la primera, creemos debe ser abandonada, entre otras razones, porque no se puede considerar como mandataria a la empresa de leasing, pues ella adquiere los bienes en su nombre y por su propia cuenta, no operando, en efecto, a continuación transmisión de los mismos (como prescribe el art. 1810 del Código civil de 1984) al no adquirir la usuaria la propiedad de los bienes.

Además, la teoría del mandato es, inaplicable al leasing por las siguientes razones:

- a. Para aceptar la tesis del mandato es necesario aceptar que el usuario actúa en interés o por cuenta de la sociedad de leasing; sin embargo, el usuario actúa en su propio interés al elegir el proveedor y determinarlas condiciones de los bienes.
- b. El usuario no concluye el contrato de compraventa con el proveedor. Ni el proveedor se obliga a entregar el bien, ni la sociedad de leasing a pagar el precio, mientras éste no le haga llegar su consentimiento expresado formalmente en un pedido y orden de compra.

c. El mandato, se formaliza en la primera convención, sin embargo, vemos que allí no se determina ni el bien ni el precio. Es dudoso, pues que exista un mandato en el que el mandatario no reciba ninguna instrucción del mandante.

TEORIA DEL MUTUO

Entre los autores alemanes que han dedicado algunas páginas al estudio del leasing, hay algunos que se inclinan a encuadrarlos dentro de la categoría de los "negocios de gestión" pues estiman que la empresa le leasing opera como agente de la empresa arrendataria para obtener el bien que ella desea, y una vez que lo consigue se lo financia, entregándole seguidamente para su uso y explotación. La denominación genérica de gestión de negocios regula, la gestión de negocios basada en un mandato y la gestión de negocios sin mandato.

A esta gestión de negocios sin mandato, producto de la humanitas romana, e inspirada en la idea que un hombre debe ayudar a sus semejantes cuando éstos necesitan de ella, el Código civil de 1984 dedica los artículos 1950 al 1953, reconociéndole su carácter sui generis. El legislador no define la figura de la gestión de negocios, solo la describe en el artículo 1950, a saber: "Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste".

Algunos rasgos característicos que tipifican la gestión de negocios: falta de toda obligación, legal o voluntaria, de asumir la gestión; ella se constituye por un acto unilateral de voluntad realizado con el convencimiento de gestionar un negocio ajeno y en interés ajeno. En efecto, no hay gestión de negocios si se tiene que realizar los actos por imperativo legal, o si se ha recibido encargo del interesado, pues en tales casos se tratará de una obligación legal o de un mandato, respectivamente.

En segundo lugar, la intervención del gestor responde a una razón de índole altruista, esto es, velar por la defensa de un interés ajeno, en base al propósito de favorecer representado sin beneficio correlativo para el gestor, la gestión de negocios ajenos en la creencia que son

propios, no quedan comprendidos dentro de esta figura jurídica.

Estos rasgos tipificantes nos permiten señalar que la gestión de negocios y el leasing, son dos instituciones que nacen y se desarrollan con finalidades diferentes. La primera es una institución extracontractual, pues nace de un acto unilateral de voluntad y viene motivada por un espíritu de caridad o benevolencia. El segundo, en cambio, es un típico contrato de financiación, pensado y estructurado para brindar a las empresas un canal de financiamiento alternativo o complementario a los tradicionales.

TEORIA DE LA GESTION DE NEGOCIOS

La naturaleza jurídica del leasing en ninguno de los contratos típicos regulados en el ordenamiento jurídico, ni en una conjunción o combinación de los mismos, recurren a la categoría de los contratos atípicos.

Cabe entonces una interrogante: ¿qué es un contrato atípico? Algunos responderían, inmediatamente, aquel contrato que no es típico, es decir, que no es reconocido legislativamente; pero, esto no dice mucho. Atípico, pensamos, es aquel contrato que, no obstante tener identificación propia, y reunir los requisitos necesarios para ser típico, no ha merecido aun recepción legislativa a través de una disciplina particular. Cuando hablamos de disciplina particular, nos estamos refiriendo a que ella venga contenida en algún Código o en una Ley especial.

La atipicidad, vale recordar, no choca con ningún problema de validez, de licitud o de admisibilidad, pues tales contratos pueden perfectamente celebrarse, amparándose en el principio general de autonomía privada y de la libertad contractual (art.1354 del C.c.). Tampoco son contrarios a la ley, a la moral o al orden público: en materia de contratos atípicos, falta un régimen legal.

TEORIA DEL CONTRATO ATIPICO

Algunos autores han calificado al leasing como un contrato mixto, resultante de la fusión de varios esquemas negociales, a saber: compraventa, arrendamiento y opción de

compra, dicen unos; mandato, compraventa, arrendamiento y venta eventual, opinan otros.

¿Qué es un contrato mixto? La doctrina y la jurisprudencia no entregan una definición clara de esta institución. Podemos decir que es aquel contrato que se caracteriza por la fusión de elementos pertenecientes a tipos de contratos diferentes, los cuales no es posible separarlos, ni siquiera conceptualmente, por haber formado un totum. Si fuera posible la separación, se ha dicho, no habría contrato mixto, pues faltaría su presupuesto natural, esto es, la fusión o la síntesis de elementos que aplican esta categoría de contratos.

Respecto a los elementos que concurren para formar el contrato mixto, esto es, si de contratos típicos o de si éstos con atípicos, o de si estos últimos solamente, la doctrina dista de ser pacífica. Para un sector importante por cierto, sólo se puede hablar de contratos mixtos en caso que se conjuguen en un mismo negocio, prestaciones de dos o más negocios reconocidos por ley, según su función típica y en relación de coordinación. Para otros también conforman esta categoría aquellos que son el resultado de la fusión de elementos tanto de negocios típicos con atípicos, como de negocios atípicos solamente.

A este tipo de contratos, igualmente, le corresponde una causa mixta, aunque siempre unitaria, que ella resulta de la fusión de dos o más causas heterogéneas entre sí.

TEORIA DEL CONTRATO MIXTO

Conduciéndose igualmente dentro de la óptica estructural, otros autores consideran que el leasing, a pesar de habersele querido ver como un mero arrendamiento con opción de compra, la verdad es que se trata de un contrato complejo, integrado por finalidades económicas y funciones jurídicas precisas, entre las que destaca la de la financiación de la moderna empresa. El leasing es un negocio unitario y complejo, entre cuyos elementos existe un nexo de tal naturaleza que sería imposible que cada uno de ellos mantuviera su finalidad, su sentido jurídico, abstrayéndolo de los demás.

DIEZ PICAZO señala que contratos mixtos son aquellos que los que, dentro de un mismo son aquellos en los que, dentro de un mismo

contrato, confluyen elementos que pertenecen a distintos tipos de contratos. Reúnen elementos de diversos tipos contractuales, aunque creando una unidad orgánica. Son complejos, en cambio, aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio.

TEORIA DEL CONTRATO COMPLEJO

Tomando como punto de referencia la finalidad económica perseguida por las partes, algunos autores han creído ver en el leasing negocio indirecto. Luego de explicar que el legislador del Brasil realizó una simbiosis de conceptos tradicionales para mostrar la creación de una nueva figura contractual, pues tomo del Código civil la palabra "arrendamiento" y del Código de comercio la de "mercantil" señala que el leasing es un negocio jurídico indirecto, en el cual la financiación se hace bajo la forma del contrato de arrendamiento.

En la actualidad es muy frecuente encontrar en los diversos sistemas jurídicos negocios indirectos, es decir, negocios elegidos jurídicos negocios indirectos, es decir, negocios elegidos y queridos por las partes.

En el negocio indirecto, para la consecución del fin querido, se hace no de una vía oblicua, transversal, es decir, no se toma una vía normal, ordinaria, produciéndose una disonancia entre el medio empleado, que es un negocio típico, y el fin práctico perseguido.

En sentido amplio, estima la doctrina, los negocios indirectos engloban o comprenden a los negocios simulados, fiduciarios y a los fraudulentos en sentido estricto, sin embargo, él no debe confundirse ni mezclarse con éstos.

En los negocios indirectos, a diferencia de los simulados, explicaba ASCARELLI, las partes quieren efectivamente el negocio que poner en movimiento; ellas quieren efectivamente someterse a su disciplina jurídica, no a otra diversa; quieren, además los efectos típicos del negocio adoptado, sin los cuales ellas no alcanzarían su finalidad práctica.

Igualmente, el negocio indirecto es diferente al fiduciario ya que éste persigue una finalidad única, y no doble, como el indirecto. Además, éste no tiene su eficacia típica limitada por un convenio anterior, sino que con aquella eficacia consigue, a la vez, la de otros tipos de negocios, merced a una especial disposición de sus elementos.

El negocio indirecto no ha llegado a constituir una categoría jurídica, esto es, no configura un tipo negocial reconocido legislativamente.

TEORIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Esta tesis viene íntimamente vinculada a la del préstamo o mutuo. Prescindiendo de las formas jurídicas y de los conceptos o rótulos, ha dicho uno de sus teóricos, el leasing es, en sustancia, un préstamo que recibe la usuaria de la financiera, conservando ésta la propiedad fiduciaria de los bienes como garantía del crédito otorgado. La financiera, explica el mismo autor, efectúa un préstamo a la usuaria, pero en virtud de un mandato que ésta le ha conferido, entrega el dinero al suministrador designado por la usuaria para adquirir los bienes elegidos por ella. La propiedad de estos bienes es adquirida por la usuaria y transferida inmediatamente a la empresa de leasing en garantía del crédito. En consecuencia, ésta es la propietaria fiduciaria de los bienes durante todo el plazo del contrato; aquella es sólo la detentadora del uso del bien durante ese lapso.

¿A qué se denomina negocio fiduciario?

En opinión de PUIG BRUTAU, es aquel negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes (el fiduciante) realiza a favor de otro (el fiduciario), para que éste utilice el derecho adquirido para la finalidad que se haya convenido (pacto de fiducia), con la obligación del adquirente de retransmitir el bien o derecho adquirido al enajenante o un tercero, una vez cumplida dicha finalidad.

PUGLIESE, por su parte, indica que se denominan fiduciarios aquellos negocios por medio de los cuales una parte transmite a la otra la plena titularidad de un derecho, contra la promesa de quien adquiere, de retransmitir el derecho mismo al enajenante o a un tercero, con

la modalidad de que efectúen un cierto fin práctico.

El fin realmente querido por las partes con el negocio fiduciario no corresponde a aquel típico del negocio mismo, el negocio es querido, y seriamente querido por las partes, pero para un fin diverso de su fin típico. Así, en un caso típico de negocio fiduciario, como es la transferencia de propiedad con el fin de garantía, la transferencia es efectivamente querida por las partes, pero no con la intención de cambio, sino con el fin de garantía.

CAPITULO III. DISEÑO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de diseño NO EXPERIMENTAL Y DE TIPO DESCRIPTIVO, CORRELACIONAL DE CORTE TRANSVERSAL (Mormontoy 1993).

3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO.

3.2.1. POBLACIÓN:

La población está conformada por todas las empresas de servicio de transporte urbano masivo de la provincia de Tacna.

3.2.2. MUESTRA:

Está conformada por 20 empresas de servicios de transporte masivo urbano de Tacna seleccionados por conveniencia de los investigadores

TIPO DE MUESTREO: aleatorio simple

UNIDAD DE ANALISIS: La empresa de transporte masivo urbano.

CRITERIOS DE INCLUSIÓN.

- ❖ Empresas de transporte urbano con personería Jurídica vigente.
- ❖ Empresas de transporte urbano registradas en la Municipalidad Provincial de Tacna.
- ❖ Empresas de transporte con autorización mínimo de 15 de unidades

CRITERIOS DE EXCLUSION

- ❖ Todas las empresas que no cumplen los criterios de inclusión.

3.3. VARIABLES DE ESTUDIO.

- ❖ **VARIABLE INDEPENDIENTE: CONTRATO DE LEASING FINANCIERO.**
- ❖ **VARIABLE DEPENDIENTE: DESARROLLO ECONÓMICO DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO.**

3.4. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de Recolección de datos es la aplicación de un cuestionario semiestructurado de elaboración propia de los autores la misma que es diseñada considerando los objetivos, y las variables de la presente investigación. **Equipo:** Una laptop personal para almacenar la información recopilada y sistematizar de acuerdo a los objetivos de la investigación.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO RECOLECTOR DE DATOS.

Para garantizar la validez y confiabilidad, el instrumento recolector de datos fue sometido al juicio de tres expertos conformado por un magistrado del Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, un docente del curso de derecho civil y comercial y un abogado con centro laboral en la SUNAT ADUANAS, a quienes se les entrego la hoja de validación de instrumento, un resumen del proyecto y el instrumento propiamente dicho, luego se procedió a la consolidación de las validaciones hasta obtener un puntaje adecuado y luego se aplicó el instrumento. A los gerentes de las empresas de la muestra.

3.6. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE LOS DATOS. Los instrumentos recolectores de datos se codificaron y los datos obtenidos se procesaron en forma directa en cuadros de excel y para el análisis se elaborarán cuadros estadísticos utilizando la estadística descriptiva. Los resultados se presentan en cuadros estadísticos de entrada simple.

CAPITULO IV: RESULTADOS

CUADRO 01

DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE EMPRESAS DE TRANSPORTE MASIVO URBANO SEGÚN TIPO DE EMPRESA TACNA -2015

TIPO DE EMPRESA	Nº	%
SOCIETARIA	14	70.00
E.I.R.L	06	30.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado de elaboración propia

INTERPRETACIÓN.

Del total de la muestra el 70% son empresas constituidas bajo las formas societarias. El 30% están constituidas bajo la forma de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

CUADRO N° 02**EMPRESAS DE TRANSPORTE MASIVO URBANO SEGÚN AÑOS DE SERVICIO PRESTADO TACNA -2015**

AÑOS DE SERVICIO PRESTADO	N°	%
0 a 10 años.	02	10.00
10 a 20 años	14	70.00
20 a más años	04	20.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado de elaboración propia

INTERPRETACIÓN.

El 70 % de las empresas tienen de 10 a 20 años de servicio en el transporte masivo urbano.

El 20 % de las empresas de la muestra tienen de 20 a más años de servicio en el transporte masivo urbano.

El 10 % de las empresas de la muestra tienen menor de 10 años de servicio en el transporte masivo urbano.

CUADRO N° 03**EMPRESAS DE TRANSPORTE MASIVO URBANO SEGÚN PARADERO FINAL TACNA - 2015**

PARADERO FINAL	N°	%
CONO NORTE	12	60.00
CONO SUR	08	40.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado de elaboración propia

INTERPRETACIÓN. En el presente cuadro apreciamos que el 60% de Las empresas tienen su paradero final en la jurisdicción del cono norte.

En el presente cuadro apreciamos que el 40% de Las empresas tienen su paradero final en la jurisdicción del cono sur.

CUADRO 04**EMPRESAS DE TRANSPORTE MASIVO URBANO SEGÚN VEHICULOS CON
AUTORIZACIÓN MUNICIPAL TACNA -2015**

VEHICULOS CON AUTORIZACIÓN	Nº	%
01 a 10 vehículos	04	20.00
10 a 20 vehículos	07	35.00
20 a más a vehículos	09	45.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado elaboración propia.

INTERPRETACIÓN.

En el presente cuadro observamos que el 45% de las empresas cuentan con más de 20 vehículos con autorización municipal. El 35 % de empresas cuentan con vehículos que fluctúan en entre 10 a 20. El 20 % de empresas cuentan con vehículos que fluctúan en entre 0 a 10 vehículos con autorización Municipal.

CUADRO Nº 05**GERENTES DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE MASIVO URBANO SEGÚN NIVEL
EDUCATIVO TACNA -2015**

NIVEL EDUCATIVO DE LOS GERENTES	Nº	%
PRIMARIA	01	05.00
SECUNDARIA	14	70.00
SUPERIOR	05	25.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado elaboración propia.

INTERPRETACIÓN .

En el presente cuadro observamos que el 70% de los gerentes de las empresas cuentan con nivel educativo de secundaria.

El 25 de los gerentes de las empresas cuentan con nivel educativo de superior. y sólo el 5% de los gerentes tienen nivel educativo de primaria.

CUADRO N° 06**GERENTES DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE MASIVO URBANO SEGÚN NIVEL DE CONOCIMIENTO SOBRE EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO TACNA -2015**

NIVEL DE CONOCIMIENTO SOBRE EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO	N°	%
NIVEL ALTO	03	15.00
NIVEL MEDIO	10	50.00
NIVEL BAJO	07	35.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado elaboración propia.

INTERPRETACIÓN.

En el presente cuadro observamos que el 85% de los gerentes tienen bajo nivel de conocimiento sobre el contrato de leasing financiero. El 15% tiene nivel medio de conocimiento sobre el contrato de leasing financiero.

CUADRO N° 07**GERENTES DE LAS EMPRESAS DEL TRANSPORTE URBANO SEGÚN NIVEL DE CONOCIMIENTO SOBRE LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO TACNA -2015**

CONOCIMIENTO SOBRE LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO	N°	%
NIVEL ALTO	04	20.00
NIVEL MEDIO	09	45.00
NIVEL BAJO	07	35.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado elaboración propia.

INTERPRETACIÓN.

En el presente cuadro observamos que el 45% de los gerentes tienen nivel medio de conocimiento sobre el contrato de leasing financiero. El 35% tiene nivel bajo y el 20% tienen nivel alto de conocimiento sobre las ventajas y desventajas del contrato de leasing financiero.

CUADRO N° 08

INFORMACIÓN DE GERENTES SOBRE LA CELEBRARON EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO PARA RENOVAR SUS UNIDADES VEHICULARES TACNA - 2015

INFORMACIÓN DE GERENTES	N°	%
SI CELEBRARON	03	15.00
NO CELEBRARON	17	85.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado elaboración propia.

INTERPRETACIÓN.

En el presente cuadro observamos que el 85% de los gerentes informan que las empresas de transporte urbano no celebraron el contrato de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares. El 15% de gerentes manifestaron que si celebraron el contrato de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares.

CUADRO 09

FACTORES LIMITANTES PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO TACNA -2015

FACTORES LIMITANTES	N°	%
DESCONOCIMIENTO	09	45.00
TASA DE INTERES ELEVADO	05	25.00
NO EXISTE GARANTIAS SUFICIENTES.	06	30.00
TOTAL	20	100%

Fuente: Instrumento aplicado elaboración propia.

INTERPRETACIÓN. El 45% de los Gerentes de las empresas de transporte urbano de Tacna manifestaron el desconocimiento como factor limitante. El 25% tasa de interés elevado. El 30% indican que no existe garantías suficientes.

CUADRO 10**USO DEL CONTRATO LEASING Y PERCEPCIÓN DEL GERENTE RESPECTO AL DESARROLLO ECONOMICO DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO. TACNA - 2015**

DESARROLLO ECONÓMICO	Nº	%
SI HUBO DESARROLLO ECONÓMICO.	02	67.00
NO HUBO DESARROLLO ECONÓMICO	01	33.00
TOTAL	03	100%

Fuente: Instrumento aplicadela laboración propia.

INTERPRETACIÓN. El 67% de los Gerentes perciben que si hubo desarrollo económico en las empresas de transporte urbano de Tacna a raíz de haber celebrado el contrato de leasing financiero. El 33% manifestaron que no hubo desarrollo económico en dicha empresa.

CAPITULO V: ANALISIS Y DISCUSIÓN.

El 70% de empresas de transporte urbano están constituidas bajo las formas societarias. El 30% están constituidas bajo la forma de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, comparando con lo establecido por la Ley General de Sociedades podemos afirmamos que la empresas se constituyeron en estricta observancia a la norma societaria y a la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

El contrato de leasing financiero se encuentra dentro de la categoría de los "negocios de gestión" pues estiman que la empresa le leasing opera como agente de la empresa arrendataria para obtener el bien que ella desea, y una vez que lo consigue se lo financia, entregándole seguidamente para su uso y explotación.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: Que el Leasing Financiero es un contrato en el que interviene como financiador un sujeto diferente al vendedor del bien que es conocida como la empresa de leasing.

SEGUNDA.- Los hallazgos del presente estudio revelan:

El 70 % de las empresas de transporte urbano tienen de 10 a 20 años de servicio

El 45% de las empresas cuentan con más de 20 vehículos con autorización municipal.

El 70% de los gerentes de las empresas tienen estudios concluidos de secundaria.

El 85% de los gerentes tienen bajo nivel de conocimiento sobre el contrato de leasing financiero.

El 85% de los gerentes informan que las empresas de transporte urbano no celebraron el contrato de leasing financiero para renovar sus unidades vehiculares. El 45% de los Gerentes de las empresas de transporte urbano de Tacna manifestaron el desconocimiento como factor limitante para celebrar el Contrato de Leasing Financiero. De las tres empresas, cuyos empresarios celebraron el contrato de leasing El 67% (02) de los Gerentes perciben que si hubo desarrollo económico en las empresas de transporte urbano de Tacna a raíz de haber celebrado el contrato de leasing financiero. El 33%(01) manifestaron que no hubo desarrollo económico en dicha empresa.

RECOMENDACIÓN UNICA

PRIMERA.- Que las instituciones educativas como las universidades donde se forman profesionales relacionados a la administración de empresas y derecho a través de actividades de proyección a la comunidad impartan conocimientos a los empresarios del transporte urbano sobre las ventajas del contrato de leasing financiero a efectos de poder renovar las flota de vehículos que tiene más de 20 años de servicio al público.

SEGUNDA.- A los empresarios del transporte urbano renueven sus unidades vehiculares a efectos de estar a la vanguardia de la modernidad y prestar mejor servicios al público usuario respetando sus derechos a un transporte

con calidad, modernidad y economía.

BIBLIOGRAFIA:

MARZORATI, H., *El leasing como forma de in versión extranjera*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires 1973.

MUÑOZ, Luis, *Contratos y negocios jurídicos financieros*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1981.

SAGRERA RIBAS Y MARTORELL DE BALAZO, *Hacia un mayor conocimiento de I contrato de leasing*, Revista Jurídica de Cataluña, 1972.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 8a edición, 1986.

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Derecho de la empresa*, Buenos Aires, Ediciones Depalma 1986

PÁGINAS WEB

<http://www.bsa.cl/leasprev.htm>

www.fordcredit.es/empresas/leasing/bottom.html

www.americaleasing.com/

www.abanfin.com/financiacion/leasing.htm

www.bancosantander.com.co/leasing

NORMAS JURIDICAS

COSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993, P á g . S P I J .

CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, Editorial Jurista Editores, Lima, 2005



DERECHO LABORAL



¿LOS PLENOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL SON FUENTE DE DERECHO?

¿ARE THE JURISDICTIONAL PLANS IN LABOR MATTERS SOURCE OF LAW?

**Abg. Luis Manuel
Valdivia Romero**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, "PUCP"). Asociado al Estudio Gonzales Hunt Abogados Laboralistas, firma miembro de Littler Global. Adjunto de docencia del Curso de Seminario de Integración de Derecho del Trabajo en la PUCP. Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP y Candidato a la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la misma casa de estudios

RESUMEN

La Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido sendos Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral, procesal y previsional, pronunciándose sobre temas de gran trascendencia, algunas veces en sentido similar a la ley, pero en otros casos, extra o en contra de ella.

En efecto, los Plenos Jurisdiccionales en materia laboral se han pronunciado, por ejemplo, sobre:

- I. Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y fraudulento en vía laboral ordinaria;
- II. Plazo para impugnar el despido incausado y fraudulento en vía ordinaria;
- III. Prórroga automática del Contrato Administrativo de Servicios;
- IV. Prescripción de devengados previsionales;
- V. Daños punitivos en materia laboral;
- VI. Entre otros.

No obstante, antes de analizar cada uno de los temas sobre los cuales los plenos se han pronunciado, correspondía estudiar si estos constituyen fuentes de creación de normativa o si sus conclusiones son meras sugerencias, exhortaciones o recopilaciones, que por sí mismas, no tienen exigibilidad.

En el presente artículo pretendemos abrir la discusión sobre la posibilidad de otorgar a los plenos jurisdiccionales la facultad de crear normas de derecho, partiendo de un análisis de fuente, norma y validez en sentido material y determinar si son vinculantes o no y cuáles deberían ser sus límites o restricciones.

1. PLENO JURISDICCIONAL

Los Plenos Jurisdiccionales según la Guía Metodológica del Poder Judicial (Centro de Investigaciones Civiles, 2018, pág. 04), son reuniones de Magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional, con la finalidad de que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto.

De esta manera, los Plenos jurisdiccionales tienen como finalidad: i) Lograr predictibilidad de las resoluciones judiciales; ii) Mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia; iii) Promover la capacitación constante de los Magistrados; iv) Difusión de los acuerdos plenarios; y v) Mejorar el nivel de confianza ciudadana en el sistema de administración de justicia.

Los plenos jurisdiccionales tienen como fuente normativa el artículo 116 del Decreto Supremo No. 017-93-JUS, que dispone lo siguiente: "*Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del poder judicial*".

En tal sentido, la doctrina mayoritaria ha considerado que al no estar, los Plenos Jurisdiccionales, investidos formalmente con la facultad de crear normas de contenido jurídico sus productos no son vinculantes ni exigibles a sus destinatarios (Ramirez Figueroa, 2018) (Paredes Neyra, 2017).

No obstante, en primer punto, corresponde determinar si los plenos jurisdiccionales tienen la capacidad de crear normas distinguiéndose de la jurisprudencia o del precedente vinculante, para posteriormente, analizar su vinculatoriedad

a partir de los enfoques materiales de fuentes y normas.

2. CONCEPTO JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, según Rubio Correa (2007) “*puede ser entendida desde un sentido lato y uno estricto*” (pág. 162), según el primero, son las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales para resolver conflictos a ellos sometidos, respecto del segundo, se refiere propiamente solo a las resoluciones que emite el máximo tribunal.

Para Taruffo (2001) cuando se habla de jurisprudencia (en sentido estricto) se hace generalmente referencia a una pluralidad a menudo amplia de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos, se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que constituyen reglas de contenido preceptivo.

Neves Mujica (2009) señala que corresponde hacer un distingo entre sentencia y jurisprudencia, mientras la primera declara el derecho de las partes intervinientes en el proceso y tiene efectos solo sobre ellos, no constituye un producto normativo, la segunda, sí, siempre que se trate de pronunciamientos (dos o más) del máximo tribunal y uniformes (misma solución al problema).

En este punto, consideramos jurisprudencia como fuente del derecho a aquella emitida por el máximo tribunal, la misma que se consolida a partir de los criterios: i) cuantitativo (más de una sentencia); uniformidad (mismo sentido); y, iii) fuerza constitucional de su motivación, es decir, se analizará el énfasis, desarrollo y motivación constitucionalmente plausible para tener dicha calidad.

Por el momento, se debe diferenciar a la Jurisprudencia del Pleno Jurisdiccional por cuanto, mientras, el primero se pronuncia sobre un caso concreto y tiene el objeto de resolver un conflicto en específico, el segundo, crea mandatos genéricos y abstractos que pretenden ser utilizados para casos futuros similares; asimismo, el pleno no solo puede ser emitido por el máximo tribunal, mientras la jurisprudencia vinculante sí.

2.1 PRECEDENTE VINCULANTE

Según Rubio Correa (2007), la jurisprudencia puede tener un rol normativo, denominado precedente vinculante, es decir, cuando estemos ante circunstancias similares a las anteriores ya resueltas, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso.

Según Taruffo (2001), el precedente provee una regla susceptible de ser universalizada que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y de los hechos del segundo caso.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional podrá emitir sentencias que constituyan precedente vinculante cuando así lo exprese la propia resolución, precisando el extremo de su efecto normativo, es decir, indicando con claridad qué parte de la sentencia tiene dicha categoría².

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República podrá emitir tres tipos de precedentes con carácter normativo:

- El primero, regulado por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual, la Corte fijará principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, los cuales deberán ser invocados por los magistrados en todas las instancias, como precedente de obligatorio cumplimiento.
- El segundo, regulado por el artículo 400 del Código Procesal Civil, según el cual, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutir y resolver un caso concreto en mayoría, el producto del fallo será considerado doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificado por otro pleno casatorio.
- El tercero, regulado por el artículo 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, según el cual, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, puede convocar al pleno de los jueces supremos a efectos de emitir sentencia que constituya o

² Artículo VII del Código Procesal Constitucional.

varíe un precedente judicial, dicha decisión, tomada por mayoría constituye precedente judicial que vincula a los órganos jurisdiccionales de la República.

Ahora bien, según el Tribunal Constitucional son dos las principales premisas para el dictado de un precedente vinculante: a) Que el precedente sea consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada, es decir, la consolidación de sendos fallos que hayan coadyuvado a perfilar la regla (no es producto de un acto ajeno a la línea jurisprudencial); y, b) Que el precedente tenga una finalidad acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales³.

En consecuencia, los Plenos Jurisdiccionales Laborales tampoco pueden ser asimilados a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema, puesto que no son emitidos por los órganos autorizados⁴, ni cumplen con los procedimientos previstos en las normas para la emisión de dichos productos normativos.

3. FUENTES DEL DERECHO

El concepto de fuente del derecho no es unívoco (Pizzorusso, 1989), en tal sentido, según Guastini (2016), “*en Derecho Comparado se puede hacer referencia a tres enfoques de fuentes: i) Formal; ii) Material; y, iii) Ecléctica*”, los cuales detallamos a continuación:

- Para el sentido formal, solo constituye fuente del derecho aquel acto productivo de normas que esté autorizado, sea cual fuere su contenido.
- Para el sentido material, constituye fuente de derecho todo acto que produzca normas, es decir, todo acto que esté provisto de contenido general y abstracto, sean cuales fueren sus designaciones formales.
- Para el ecléctico, por un lado, considera fuente a todos aquellos actos que estén autorizados a producir normas (criterio formal), asimismo, aquellos actos que estén provistos de contenido genuinamente normativo (contenido general y abstracto), incluso si no existe

ninguna norma que así lo admita (criterio material) (Guastini, 2016).

En este sentido, por ejemplo, una norma emitida por un ente competente respetando el procedimiento previsto, pero, que no fija una regla general y abstracta, sino específica y concreta, guiada, a una persona natural o jurídica específica, cumpliría con los requisitos de fuente formal pero no de fuente material.

Por su parte, para autorizada doctrina nacional, las fuentes del derecho son: “aquel procedimiento a través del cual se producen, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del estado (Rubio Correa, 2007, pág. 149).

En tal sentido, según Arce Ortiz (2013), en un ordenamiento jurídico para que una norma sea válida, se requiere que: i) emane de un órgano legitimado por el ordenamiento jurídico; ii) siga el procedimiento exigido por dicho ordenamiento; iii) respete el principio de jerarquía normativa; y, iv) respete el principio de competencia.

Como podemos observar, la doctrina nacional acoge mayoritariamente la teoría de las fuentes formales del derecho, según el cual, se reconocen a las siguientes: i) Constitución y Ley según el artículo 146, inciso 1 de la Constitución; ii) Costumbre según el artículo 139, inciso 8 de la Constitución; y, iii) Autonomía privada según el artículo 62 de la Constitución (Cavani, 2016).

Desde nuestro punto de vista, el enfoque ecléctico otorga mayores elementos de análisis al sistema de fuentes y dota de mayor dinamismo al ordenamiento jurídico a efectos de lograr mayor defensa y cautela de derechos fundamentales, asimismo, consideramos que no existe fundamento constitucional válido para restringirse al análisis del criterio formal, dejando de lado de manera absoluta el material.

4. LEY Y VALIDEZ EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL

Para Guastini (2016) el término ley tiene al menos dos sentidos distintos, un sentido formal

³ Expediente No. 5057-2013-PA/TC, voto en discordia del juez Blume Fortini.

⁴ Dado que los plenos jurisdiccionales pueden ser emitidos por Salas y Juzgados especializados.

(hoy predominante) y material, que a continuación detallamos”:

- i) Sentido Formal: *Se denomina ley a cualquier acto o documento que, de manera totalmente independiente de su contenido normativo, emane del órgano al que la Constitución atribuye la función legislativa, y goza, por ello, de un peculiar régimen jurídico.*
- ii) Sentido material: *Se denomina ley a cualquier acto o documento, de manera totalmente independiente del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, que exprese o contenga normas generales y abstractas. Asimismo, dicha regla deberá contener una disposición que modifique o innove la situación jurídica de los particulares, creando para ellos nuevos deberes o facultades.*

Como podemos observar, la ley no solo puede ser analizada en términos formales, como comúnmente se suele utilizar, sino también desde una perspectiva material, la cual, no debería estar desprovista de trascendencia al momento de analizar y aplicar la norma.

Respecto a la validez, *“es un predicado que atañe a normas, a actos o procedimientos normativos, por ejemplo, el procedimiento adoptado para el examen y la aprobación de un diseño de ley, es decir, se denomina válida a toda norma, disposición o fuente normativa que haya sido creada en observancia de todas las normas, formales y sustanciales, que regulan su creación y circunscriben su posible contenido”* (Guastini, 2016).

De esta manera, la validez también puede clasificarse en dos: i) formal, y, ii) material. Según la primera, una norma es formalmente válida cuando ha sido producida de acuerdo con las pautas que regulan su creación, es decir: a) creada por el órgano competente; y, b) según procedimiento prescrito.

Según la segunda, se concibe materialmente válida, **cuando no sea incompatible con las normas, materialmente supraordenadas a ella**, que limitan o predeterminan su posible contenido⁵.

Como podemos advertir los conceptos de fuente, ley y validez pueden ser analizados

desde un sentido formal y material, con ello, se advierte que el mandato regulado en el artículo 146 inciso 1 de la Constitución: *“El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1) Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y a la Ley”*; no solo podría ser entendido como ley formal sino también como ley en sentido material.

En tal sentido, sería válido afirmar que los jueces también se encuentran sometidos a la aplicación de productos normativos que, si bien es cierto, no han sido formalmente designados o autorizados, constituyen mandatos generales y abstractos, dirigidos, en muchos casos, a modificar o innovar la situación jurídica de los particulares, con el requisito de que la norma creada por fuente material no contravenga a las normas supra ordenadas.

5. VINCULATORIEDAD DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES

Si bien es cierto, es debatible que los plenos jurisdiccionales sean fuentes de derecho, desde el enfoque formal (Ninamancco Córdova, 2016), consideramos que existen importantes razones para identificar a los Plenos Jurisdiccionales como fuentes del derecho y, en consecuencia, pasibles de crear productos normativos eficaces y exigibles.

Los Plenos Jurisdiccionales Laborales son preceptos con vocación de generalidad, abstracción y universalidad, basta analizar algunos de los acuerdos para advertir que son elaborados en clave de prescripción, es decir, con un supuesto de hecho y una consecuencia que posteriormente se subsumirá al caso concreto.

Cabe tener en cuenta que la creación de plenos jurisdiccionales no contraviene *per se* normas superiores o del ordenamiento jurídico, requisito principal para ser válidos desde un enfoque material, en aquellos casos en los que sus acuerdos sí contravengan, como en aquellos en los que existe reserva de ley, el pleno no podrá regular ni ser fuente de derecho, en tal sentido, sus conclusiones serán inválidas.

Ello dota al ordenamiento jurídico de practicidad, dinamismo, ductilidad y pluralismo dado que no será necesario que el poder legislativo, con sus defectos, (lentitud, intereses políticos, incipiente técnica y poco

⁵ Ibid.

conocimiento de materia laboral, previsional y procesal), regule un supuesto de hecho a través de la ley.

En efecto, uno de los mayores problemas de la justicia en el Perú es la seguridad jurídica que en buena medida tiene como motivo la insuficiencia de la ley para regular casos concretos, en el presente caso, un pleno jurisdiccional podría, mientras no sea recogido por una norma formal regular el supuesto de hecho en particular.

De esta manera, la obligatoriedad de los plenos jurisdiccionales redundaría en optimización del principio de igualdad y seguridad jurídica, puesto que a partir de la emisión de los plenos se aplicarían sus conclusiones a todos los casos de manera general, evitando la existencia de sentencias contradictorias.

No vulnera el principio de legalidad regulado por el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución: *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe”*, puesto que bajo el criterio de fuente, ley y validez material, los plenos jurisdiccionales serían válidos productores de normas, por ende, el empleador o el trabajador estaría obligado a cumplir su regulación.

Asimismo, no vulnera el principio de distribución y separación de poderes puesto que el pleno jurisdiccional no niega la posibilidad de que los productores formales de normas puedan emitir disposiciones normativas sobre los temas regulados, sin duda las fuentes formales tendrán la facultad de derogar o sustituir todo o parte de lo regulado por los plenos según la forma en que sean emitidas.

Por otro lado, tampoco vulneran el principio de independencia jurisdiccional, puesto que como hemos señalado los plenos jurisdiccionales son fuentes materiales del derecho, razón por la cual, los jueces están en la obligación de aplicarlos y acatarlos de conformidad con el artículo 146 inciso 1 de la Constitución Política.

Cabe tener en cuenta el principio de efectividad, según el cual, los plenos jurisdiccionales laborales emiten productos normativos con plena eficacia y validez material cuyas disposiciones son aceptadas y observadas de manera general tanto por los operadores jurídicos como por sus destinatarios.

En consecuencia, consideramos que los plenos jurisdiccionales laborales son auténticas normas

de derecho con capacidad de vincular a sus destinatarios a partir del enfoque de fuente, ley y validez materiales, sin embargo, se deben tener en cuenta algunas limitaciones y previsiones para estos.

6. LÍMITES Y PREVISIONES

Si bien es cierto los plenos jurisdiccionales son normas de derecho material consideramos que deben sujetarse a determinados límites que desarrollamos a continuación:

- Actualmente se ha dado un interesante fenómeno de activismo judicial respecto de la creación de plenos, a la fecha se han emitido seis Plenos Jurisdiccionales Supremos Laborales, los cuales han supuesto la creación de sendas normas de derecho sustancial y procesal.

No obstante, no solo se han realizado plenos jurisdiccionales supremos, sino también plenos jurisdiccionales regionales y distritales, lo cual, en adelante, podría generar un serio problema en términos de seguridad jurídica e igualdad, es decir, cada corte o distrito judicial podrá emitir su propio pleno y, en consecuencia, normas propias, distintas a distritos judiciales con criterio diferente.

Desde nuestro punto de vista, con la finalidad de reforzar las características de generalidad y abstracción, los plenos jurisdiccionales solo podrían generar normas cuando estos sean supremos o de alcance nacional, con la finalidad evitar la situación planteada en párrafo precedente.

- Por otro lado, los plenos jurisdiccionales no podrían regular supuestos de hecho que hayan sido declarados, por la Constitución o normas de desarrollo, con reserva de ley. Aquellos solo podrían ser regulados por una norma con rango de ley (Congreso -originaria- o Ejecutivo -delegada). Es decir, un pleno jurisdiccional no podría regular, por ejemplo, plazos de prescripción y caducidad (art. 2004 del Código Procesal Civil) o mecanismos de protección contra el despido arbitrario (art. 27 de la Constitución).
- Con respecto a los plenos jurisdiccionales nacionales, la delegación (jueces) que envía cada uno de los distritos judiciales para el

debate y la toma de decisión no es representativa ni denota que al interior de cada distrito judicial se haya tomado una posición con respecto al tema debatido en pleno, ello supone una afectación al principio de efectividad puesto que la decisión tomada en el pleno posteriormente podrá no ser aplicada para el caso concreto, generando apartamientos motivados.

- La abstención en los plenos jurisdiccionales laborales es según (Ninamancco Córdova, 2016) una práctica inválida desde un punto de vista legal y ético, al respecto, consideramos que no existe disposición que prohíba la abstención a los jueces en los plenos siendo indebida la aplicación del artículo 313 del Código Procesal Civil, dado que dicha previsión tiene relación con la parcialidad en un proceso judicial⁶.
- Se debería tener en cuenta un quorum mínimo para la aprobación de una ponencia, ello es correlativo con el principio de efectividad, puesto que solo las posiciones que supongan mayoría absoluta o unanimidad podrán tener vocación de ser realmente aplicadas.
- Los plenos jurisdiccionales deberían cumplir con requisitos similares a los precedentes vinculantes: i) consolida praxis jurisprudencial; y ii) finalidad de cautelar y proteger derechos fundamentales. Los plenos no deben constituir pronunciamientos aislados sino deben buscar consolidar criterios jurisprudenciales con la finalidad de lograr seguridad jurídica y optimización de derechos (no regresión, restricción o limitación).

7. CONCLUSIONES

Con el presente artículo pretendemos dar una postura alternativa a instituciones que han sido analizadas por la doctrina nacional a partir del criterio formal, de esta manera, a través del análisis de las teorías de fuentes, ley y validez material, concluimos que los Plenos Jurisdiccionales Laborales deberían ser eficaces productores de normas en sentido material por cumplir con requisitos de generalidad y abstracción.

Por otro lado, los Plenos Jurisdiccionales, pese a que la posición mayoritaria le ha quitado carácter vinculante, cuentan de recepción y aplicación por parte de los operadores jurídicos, es decir, dichas normas cuentan con aceptación y acatamiento de sus destinatarios (principio de efectividad).

Finalmente, si bien es cierto, los plenos jurisdiccionales son fuente material del derecho, conviene tener en cuenta algunos límites para no desnaturalizar su finalidad ulterior, tales como: i) no deben permitirse plenos jurisdiccionales regionales o distritales; ii) no pueden regular tópicos con reserva de ley; iii) los delegados deben ser una muestra representativa para plenos jurisdiccionales nacionales; iv) existe posibilidad de abstención; y, v) los plenos deben consolidar praxis jurisprudencial e intentar cautelar y proteger derechos fundamentales.

Bibliografía

- Arce Ortiz, E. (2013). *Teoría General del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cavani, R. (2016). *Jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho Peruano?* Obtenido de https://l.legis.pe%2Fjurisprudencia-fuente-del-derecho-peruano%2F&h=ATPyG_vDVP9Zkm1gzqOfIO1ES4MWvvNUUtSbysKCxf28Jw8T4ji56L1i3PuuRCDf1hBb4AQ8mASiLVuOkc3P-b05aaqSQJTb09x_IBDdq95M6evfcA
- Centro de Investigaciones Civiles. (12 de Julio de 2018). *Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales Aprobada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*. Obtenido de Poder Judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7407c18043eb77c79256d34684c6236a/CS_D_CIJ_guia_plenos.pdf?MOD=AJPERES
- Guastini, R. (2016). *Las Fuentes del Derecho*. Raguel Ediciones.

⁶ Pese a que los plenos jurisdiccionales son costosos en razón de tiempo y presupuesto, consideramos que no se debería privar la posibilidad de los jueces abstenerse por considerar que existe una ponencia más plausible.

-
- Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ninamanco Córdova, F. (2016). *Manifiesto sobre los Plenos Jurisdiccionales Civiles*. Obtenido de https://works.bepress.com/fort_ninamanco/32/
- Paredes Neyra, I. (2017). Críticas a la Interpretación del Tope Pensionario Efectuado por el V Pleno Jurisdiccional SUPremo en Materia Laboral y Previsional. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 48-60.
- Pizzorusso, A. (1989). *Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano*. Revista Centro de Estudios Constitucionales.
- Ramirez Figueroa, J. (12 de Julio de 2018). *La Ley*. Obtenido de <http://laley.pe/not/5660/-son-vinculantes-los-pletos-jurisdiccionales-/>
- Rubio Correa, M. (2007). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Taruffo, M. (2001). *Precedente y Jurisprudencia*. Obtenido de Revista Jurídica Precedente: <https://icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>

DERECHOS LABORALES: RELEVANTES PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Tendencias actuales para la Seguridad Jurídica en el Derecho del Trabajo

LABOR RIGHTS: RELEVANT JURISPRUDENTIAL PRONOUNCEMENTS

RESUMEN

En el presente artículo, se efectúa un análisis de los nuevos criterios jurisprudenciales emitidos tanto por el Tribunal Constitucional así como por la Corte Suprema de Justicia, que a la fecha vienen otorgando un alcance de la forma y fondo en que deben sujetarse las relaciones jurídicas de carácter laboral. Para ello, resulta importante la función de predictibilidad que brindan tales pronunciamientos, como mecanismo de seguridad jurídica en nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral.

***Abg. Carlos Eduardo Saco Chipana**

Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

Jefe de Gestión del Capital Humano en CMAC TACNAS.A

PALABRAS CLAVES

Seguridad Jurídica / Derechos Laborales / Plenos Jurisdiccionales / Jurisprudencia

I. INTRODUCCIÓN

La relación jurídica de carácter laboral, es entendida como el vínculo existente entre dos partes, una llamada trabajador y otra llamada empleador, pactándose que el primero prestará un servicio personal en forma libre a cambio de una contraprestación económica por parte del segundo, subordinándose jurídicamente a las disposiciones del empleador. Como lo señala la doctrina, *“la constitución de la relación de trabajo es la condición para la aplicación de leyes laborales y de la seguridad social, estableciéndose derechos y obligaciones entre el trabajador y el empleador”*.

Sin embargo, en el Ordenamiento Jurídico Peruano, se aprecia que el Derecho del Trabajo no cuenta con una compilación normativa, tal como acontece en el ámbito Civil o Penal, por ejemplo. A consecuencia de ello y contando con infinidad de normas de distintos niveles que regulan aspectos de la relación laboral, su dispersión perjudica en más de una ocasión su aplicación. Es por ello, que para contar con una predictibilidad en la relaciones laborales y conocer el contexto sistemático de la norma

sociolaboral, resulta importante considerar los distintos pronunciamientos emitidos por las instancias constitucionales y jurisdiccionales en la administración de la justicia laboral. Con ello, se permite ejecutar y conocer con mayor precisión la seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

II. LA RELACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL Y SU REVISIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL

1. Alcances de la Relación Laboral: aproximación a sus elementos esenciales

El contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra parte denominada trabajador, mediante el cual éste se compromete a prestar sus servicios en forma personal, remunerada y subordinada a aquél. De acuerdo a la doctrina nacional, estamos ante un contrato por cuenta ajena remunerado y, por ello, los frutos o resultados de los servicios pertenecen al empleador y éste asume los riesgos del

negocio¹. En tal sentido, existe una relación laboral cuando se presentan conjuntamente los tres principales elementos del contrato de trabajo: **prestación personal del servicio, remuneración y subordinación**.

En el caso de la subordinación, consideramos pertinente indicar que es el elemento característico de la relación laboral, por el cual, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador. Como lo indica Dolorier Torres, este elemento “resulta fundamental para calificar una relación como laboral, a fin de diferenciarla de otras prestaciones de servicios reconocidas en nuestro ordenamiento”².

1. Facultades del empleador frente al trabajador

De acuerdo a nuestra legislación laboral vigente, las manifestaciones de dirección del empleador en la relación laboral y sus derivaciones de éste, nacen como un poder particular reconocido legalmente para adecuar la labor de los trabajadores a los fines y necesidades de la empresa. Para ello, desarrollaremos las 3 principales facultades reconocidas al empleador:

a. Poder de dirección³

Llamado también **facultad reglamentaria o direccional**; el empleador cuenta con las facultades de dirección y reglamentación de las labores del trabajador. Ello tiene su manifestación expresa en el *ius variandi*.

Las modificaciones a las condiciones laborales por parte del empleador encuentran su reconocimiento en el denominado *ius variandi*, que no es más que el poder reconocido al empleador jurídicamente, para variar en forma

unilateral pero no sustancialmente, las estipulaciones iniciales del contrato de trabajo, sin que las mismas afecten en forma radical y arbitraria los derechos reconocidos laboralmente⁴. En tales supuestos se encuentran las movilidades funcionales y geográficas, los cambios de horarios entre otras. Como lo señala la doctrina nacional y nuestra legislación, tales modificaciones deben sustentarse en criterios de razonabilidad y se sustenten en las necesidades de la empresa.

b. Poder de supervisión

Denominado también **facultad fiscalizadora o supervisora**. Por esta facultad, el empleador dicta órdenes necesarias para la ejecución de los servicios, así como verifica el cumplimiento de tales directrices. Ahora bien, dicha supervisión debe ser en marco razonable y proporcional que no conlleve afectar la dignidad del trabajador ni su salud. En determinados casos, el denominado “trabajo bajo presión” encubre la facultad fiscalizadora del empleador para medir la productividad del trabajador y el cumplimiento de sus funciones, pero puede conllevar a la afectación psíquica causando el **mobbing o acoso laboral**.

c. Poder de sanción

Se le conoce como **facultad disciplinaria o sancionadora**; el empleador puede sancionar disciplinariamente al trabajador bajo los preceptos de motivación de sus decisiones, inmediatez, razonabilidad y proporcionalidad, y que en la práctica común, las medidas disciplinarias que impone el empleador pueden ser amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneraciones y el despido. Cabe resaltar que en la tramitación de las sanciones, debe preverse todas las garantías constitucionales que dan contenido al **debido**

¹ TOYAMA, Jorge y VINATEA, Luis. “Guía Laboral. Para asesores legales, administrativos, jefes de recursos humanos y gerentes”. Sexta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

² DOLORIER TORRES, Javier. “Tratado Práctico de Derecho Laboral” Tomo I. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2010, pp. 16.

³ Conforme lo señala Toyama Miyagusuku, el empleador tiene la facultad de dirección, que presenta 3 características generales: 1) es intuito personae, es decir es indelegable y no se puede subrogar a otro, 2) es complejo, por cuanto tiene aspectos múltiples en el desarrollo de la relación laboral, factores relacionados a la propia empresa y las modalidades contractuales con los trabajadores, 3) no requiere de especialización por la persona que lo ostenta, siendo netamente un poder jurídico otorgado para ostentarlo (Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2015). Sugerimos un ensayo acorde a las nuevas tendencias del poder de dirección del empleador en: ALARCÓN, Magaly, CADILLO, CASTAÑEDA, Elvira et al. “Nuevas formas de ejercer el poder de dirección. Cambios en la regulación del *ius variandi*”. En “Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la Reforma Laboral Individual”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2016, pp. 47-66.

⁴ En estos aspectos, coincidimos con la opinión de Haro Carranza al señalar que: “La alteración del contrato consiste en el cambio sustancial introducido unilateralmente por una de las partes: al no existir consentimiento y rebasar los límites del *ius variandi*, constituye un incumplimiento contractual, una alteración ilícita del contrato. Por supuesto que en ésta como en otras tantas situaciones, existen casos claros que se califican fácilmente como ejercicio lícito del *ius variandi* (un pequeño cambio de horario, impuesto por necesidades reales de la empresa, que no causa perjuicio alguno al trabajador), o como alteración ilícitas del contrato (disminución del salario) y otros “casos límites”, ubicados en “zonas grises” de catalogación verdaderamente dificultosa”. (HARO CARRANZA, Julio. *Derecho del Trabajo I*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2016, pp. 291).

proceso, derecho constitucional que también ha sido reconocido a los trabajadores.

III. SEGURIDAD JURÍDICA Y CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES EN SU EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL

Manteniendo la postura tradicional de la Teoría General del Derecho, puede definirse a la Seguridad Jurídica, como aquellas garantías de estabilidad en la ejecución del Derecho en un Ordenamiento Jurídico, que permite el libre desarrollo de los particulares y el Estado, desterrando la inhibición por incertidumbre. El Dr. Chanamé Orbe, en su Diccionario Jurídico Moderno, amplía dicha conceptualización, indicando que la seguridad jurídica involucra la manifestación de respeto a las normas establecidas por parte de la autoridad, sujetándose a la normatividad nacional. Asimismo, implica la imparcialidad, rectitud e independencia de los órganos jurisdiccionales en el desempeño de sus funciones.

En ese contexto, resulta importante establecer que nuestra Constitución Política reconoce una amplia gama de derechos los cuales son denominarlos derechos constitucionales, por cuanto nacen de la constitucionalización de aquéllos previstos en nuestra carta magna, o incluso a través de los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo dispone el artículo 55 de nuestra Constitución. Tales derechos se encuentran en un status preferencial por su reconocimiento normativo. En ese contexto, los derechos fundamentales de la persona pueden ser definidos como aquellos que son ligados a la naturaleza y dignidad del ser humano, inherentes a la persona.

De tal forma que, conforme lo indica Andrés Paredes, los derechos fundamentales serán el eje central del Estado Constitucional del Derecho bajo dos ámbitos: “entenderemos en primer término que los derechos fundamentales poseerán una estructura normativa con un valor jurídico propio, no necesitando un desarrollo infraconstitucional que los reconozca (eficacia normativa). En segundo lugar, los derechos fundamentales tienen un rango de operación en todas las direcciones, y de forma especial, entre privados

(eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”⁵.

1. La eficacia normativa de las normas constitucionales

La tendencia jurídica actual nos señala que los derechos fundamentales deben ser concebidos como normas supremas, cuya efectividad abarcará todo el ordenamiento jurídico ostentando un carácter vinculante entre sí, siendo observados en cualquier técnica, interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, la eficacia de la Constitución no se limitará a controlar únicamente las relaciones entre el Estado frente a los ciudadanos (eficacia vertical), sino que además controlará las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional peruano, en reiterados pronunciamientos reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, para lo cual citamos la sentencia recaída en el Expediente N° 5215-2007-PA/TC al referir que nuestra Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución. Esta norma establece pues que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares”.

Para ilustrar y conocer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, recurrimos a la STC recaída en el Exp. N°0976-2001-AA/TC del caso Eusebio Llanos Huasco, que en sus fundamentos 6) y 7) establece que dicha eficacia puede ser directa e indirecta:

“6. Los derechos fundamentales tienen eficacia **directa** en las relaciones *inter privados* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la

⁵ PAREDES VELÁSQUEZ, Andrés. “Los Derechos Inespecíficos de los trabajadores y el principio de proporcionalidad”. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 3

posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.

(...)

7. (...) se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia **indirecta** cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones *inter privatos*, sino que tal eficacia se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Tal teoría de la eficacia de los derechos fundamentales matiza la incidencia de éstos en el ámbito del derecho privado, filtrándolos a través de las normas propias de cada sector del ordenamiento (civil, laboral, etc.)”.

3. Los derechos laborales en el marco constitucional

Los derechos laborales son aquellas condiciones y beneficios reconocidos normativamente (a través de la ley, convenio colectivo, contrato de trabajo, costumbre u otra modalidad) a favor del trabajador y que en su mayoría (por no decir en forma íntegra) deben ser asumidos por el empleador. Bajo dicho esquema, nuestra Constitución se convierte en el marco normativo sustancial que establece las pautas generales de estos derechos⁶. Si bien es cierto y para el análisis de la presente investigación existe una división metodológica de los derechos laborales en específicos e inespecíficos, la doctrina y posterior a ello la jurisprudencia (sobre todo, la emitida por el

Tribunal Constitucional), han dado sustento a los mismos.

Se entiende como **derechos laborales específicos**, conforme lo señala el doctor Cortés Carcelén, aquellos “derechos que se dan en el contexto de la relación laboral y que fuera de ella no tienen un campo de desarrollo o que no podrían ser ejercidos”⁷. Dentro de los cuales podemos encontrar a la libertad de trabajo, jornada laboral y descansos remunerados, libertad sindical, entre otros.

Al respecto y siguiendo la definición sistemática que expone el autor, los **derechos laborales inespecíficos** (denominación otorgada por el maestro español Manuel Palomeque López) son derechos fundamentales compartidos por todas las personas, por todos los ciudadanos, pero que son ejercidos por aquéllos que se encuentran en una relación de subordinación. Para ello no interesa el ejercicio de estos derechos por parte del trabajador fuera de la relación laboral, esto es, que no se plantea el debate en las actividades que tenga el trabajador (o el empleador) fuera de la empresa o no vinculado al quehacer de ella⁸.

IV. PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL: CRITERIOS PARA SU CONSOLIDACIÓN

Para delimitar los alcances del presente estudio, es conveniente detallar las expresiones que en el ámbito jurídico laboral son utilizadas ciertas terminologías. Por tanto, su definición solo abarcará los aspectos aplicables al campo del Derecho de Trabajo⁹:

- a) **Casación**; es un recurso procesal extraordinario previsto en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la norma laboral o norma procesal. Comúnmente se invoca como

⁶ A partir del artículo 22 de la Constitución Política del Perú en adelante, se enumeran los principales derechos laborales reconocidos a los trabajadores con rango constitucional.

⁷ CORTÉS CARCELÉN, Juan. “Los derechos laborales inespecíficos: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional”. Recuperado de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/57-75.pdf, pp. 58.

⁸ Cfr. CORTÉS CARCELÉN, Juan. Ob. cit., pp. 60.

⁹ Para mayor detalle del contenido de dichas definiciones así como su alcance conceptual: Cfr. CÁCERES, Joel; DÍAZ, Keny; NAVARRETE, Alejandro; TOVALINO, Fiorella; VALDERRAMA, Luis. “Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2016.

un *error in iudicando* o bien *error in procedendo*.

- b) **Jurisprudencia;** en un sentido estricto, son las resoluciones emitidas por la máxima autoridad judicial. En un sentido común, son todos los pronunciamientos que son emitidos por los magistrados judiciales en el cumplimiento de su función jurisdiccional.
- c) **Precedente Constitucional Vinculante;** es la regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.
- d) **Precedente Judicial Vinculante;** es el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia, de forma que constituye un paradigma al cual deben ajustarse las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales. Su principal función es otorgar predictibilidad y con ello, seguridad jurídica a las sentencias expedidas en material laboral. Cabe precisar que en el caso peruano, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, tiene la facultad de emitir un precedente así como modificarlo.
- e) **Sentencia del Tribunal Constitucional;** es el pronunciamiento expedido por el Tribunal Constitucional para casos específicos y particulares, que no constituyen precedente de observancia obligatoria salvo que expresamente su contenido lo señale. Es importante señalar que, todos los pronunciamientos emitidos por el TC en materia laboral, guían directa o indirectamente la interpretación de la norma laboral y mantienen una gran influencia en la sede jurisdiccional.

Es importante dejar en claro que a tenor del Principio de Independencia

Judicial, los jueces laborales pueden apartarse de la aplicación de un precedente de conformidad al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para ello, deberá exponerse clara y detalladamente los motivos por el cual se aparta, dejando constancia expresa del precedente vinculante que se desestima y el fundamento que invocan para su apartamiento.

A través de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se han venido emitiendo importantes pronunciamientos de gran impacto. En algunos casos, generando nuevos criterios de interpretación de la norma laboral, en una gran mayoría reafirmando criterios anteriormente establecidos y en otros, integrando disposiciones para subsanar deficiencias en zonas grises del Derecho del Trabajo. A continuación, detallaremos los principales pronunciamientos emitidos en los últimos doce meses por la Corte Suprema:

- **Casación N°779-2016-Del Santa,** la desnaturalización de la tercerización opera cuando se demuestra que el único aporte de la empresa locadora fue la de proporcionar personal, pero que los trabajadores destacados son dirigidos por la empresa principal.
- **Casación N°12885-2014-Callao,** mediante la cual se establecen los alcances de negociación e intervención de un sindicato minoritario, interpretándose sistemáticamente las disposiciones de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
- **Casación N°11068-2014-Lima,** que establece los alcances de los beneficios extraordinarios y el detalle de aquellos requisitos que al presentarse, los desnaturalizan otorgándole carácter remunerativo.
- **Casación N°12034-2014-Lima,** importante pronunciamiento que reconoce la potestad del empleador para sancionar a su trabajador por cada inasistencia injustificada, independiente del descuento a su remuneración.
- **Casación N°14121-2015-Lima,** concordante con la *STC N°5057-*

trabajador frente a un despido incausado y fraudulento.

- **Expediente N°4635-2004-PA/TC**, establecimiento del test de razonabilidad para la aplicación de las jornadas atípicas en el sector minería.
- **Expediente N°0206-2005-PA/TC**, se establecen las vías procedimentales igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional vulnerado.
- **Expediente N°3052-2009-PA/TC**, criterio que establece que el no efectuar el cobro de la liquidación de beneficios sociales, no impide al trabajador solicitar su reposición laboral.
- **Expediente N°5251-2011-PA/TC**, se disponen los alcances de la aplicación del principio de inmediatez en los procedimientos disciplinarios.
- **Expediente N°1177-2008-PA/TC**, interpretación adecuada de la norma, al establecer que no se configura abandono de trabajo cuando por motivos de fuerza mayor el trabajador no asistió a laborar.
- **Expediente N°4598-2012-PA/TC**, se establecen los parámetros para el debido procedimiento para efectuar el despido de un trabajador.
- **Expediente N°3360-2011-PA/TC**, dispone los alcances del carácter inidóneo del proceso judicial por vulnerar el derecho al plazo razonable.
- **Expediente N°4916-2011-PA/TC**, se revisan los supuestos de despido incausado de personal de dirección.
- **Expediente N°1428-2012-AA/TC**, criterios para el despido justificado por injuria o faltamiento de palabra.
- **Expediente N°3591-2011-PA/TC**, procedencia de la demanda de amparo cuando la pretensión es la tutela restitutiva.
- **Expediente N°2209-2012-AA/TC**, criterios para considerar el despido

incausado por desnaturalización de los contratos de locación de servicios.

V. RELEVANCIA DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES SUPREMOS EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

La importancia del Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, encuentra su justificación en la constante necesidad de unificar y/o consolidar los distintos criterios con los que vienen resolviendo causas procesales en los juzgados y salas laborales en similares, siendo necesario uniformizar e integrar las decisiones para que los justiciables conozcan la tendencia para impartir justicia en el ámbito del Derecho del Trabajo. En contexto, encontramos que a la fecha se han llevado adelante 4 Plenos Jurisdiccionales Nacionales Laborales entre los años 1997 a 2000 (llevados a cabo en las ciudades de Lima, Arequipa, Trujillo y Tarapoto), y 6 Plenos Jurisdiccionales Supremos en el ámbito laboral y previsional, llevados adelante entre los años 2012 a 2017. A continuación, detallaremos los temas abordados en los 2 últimos plenos:

En el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, se abordaron los siguientes temas de relevancia actual:

- a) Norma aplicable respecto de la nulidad de Laudos Arbitrales Económicos
- b) Interpretación del artículo 3 de la Ley N°28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530
- c) Indemnización y Remuneraciones Devengadas en los casos de Despidos Fraudulento e Incausado.

En el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, se abordaron los siguientes temas de relevancia actual:

- a) La responsabilidad civil por accidente de trabajo, en aplicación del artículo 53 de la

Ley N°29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

- b) La categoría laboral en la que se debe enmarcar a los policías municipales y al personal de serenazgo.
- c) El cómputo del plazo de caducidad durante los días de paralización de labores de los trabajadores del Poder Judicial.
- d) Aplicación de la plena jurisdicción y el principio de economía procesal en el pago de los intereses legales en procesos judiciales en lo que se disponga el pago de deudas pensionarias, aun cuando no hubieran sido solicitados en la demanda o reconocidos en la sentencia.
- e) Aplicación del régimen laboral especial de construcción civil en entidades del Estado
- f) Procedencia y aplicación de las bonificaciones especiales reguladas por los Decretos de Urgencia N°090-96-EF, Decreto Supremo N°073-97-EF y Decreto Supremo N°011-99-EF para los pensionistas de empresas del Estado, adscritos al régimen del Decreto Ley N°20530 y la forma de su cálculo.
- g) Reconocimiento del Decreto Pensionario del causante planteada por sus herederos.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los pronunciamientos jurisdiccionales, emitidos tanto en sede constitucional como judicial en los últimos años, han logrado un impacto positivo en las relaciones laborales. Por tanto, conocer los criterios aplicables a los distintos casos, colaboran a saber interpretar y aplicar las normas laborales en forma adecuada cuando el trabajador desempeñe sus labores.

SEGUNDA.- La seguridad jurídica y la predictibilidad en los pronunciamientos emitidos tanto por el Poder Judicial así como el Tribunal Constitucional, permiten que la eficacia normativa de los derechos laborales a, 2018.

tenga un ámbito de impacto general en las relaciones laborales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CÁCERES, Joel; DÍAZ, Keny; NAVARRETE, Alejandro; TOVALINO, Fiorella; VALDERRAMA, Luis. *“Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial”*. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2016.

CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora). *“Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional”*. Primera Edición, Grijley, Lima, 2010.

CORTÉS CARCELÉN, Juan. *“Los derechos laborales inespecíficos: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional”*. Recuperado de: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/57-75.pdf.

CHÁVEZ, Frida; CURAY, Frady; DE LAMA, Manuel; MUNAYCO, Elías; QUIROZ, Luis. *“Jurisprudencia laboral para el abogado litigante”*. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011.

MESINAS MONTERO, Federico; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *“Problemas y Soluciones Laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales”*. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *“El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico”*. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2015.

VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis; CAVALIÉ CABRERA, Paul (Coordinadores). *“Compendium Laboral”*. División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lim

“EL CUMPLIMIENTO DE LA CONFORMACION DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LAS EMPRESAS DEL REGIMEN DE CONSTRUCCION”

THE COMPLIANCE OF THE CONFORMATION OF THE COMMITTEE OF SAFETY AND HEALTH IN THE WORK IN THE COMPANIES OF THE CONSTRUCTION REGIME.

* **Abg. Jason Pérez Huanca**

Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

INTRODUCCIÓN

Actualmente, la seguridad en la construcción civil es un tema de gran preocupación ya que su relevancia abarca varios sectores de la población, tanto a los trabajadores de construcción, a las inmobiliarias, a las autoridades competentes y en especial a nosotros, quienes somos los consumidores finales.

Hemos identificado muchos problemas en los que el presente trabajo se centrará en La Inseguridad en las obras de construcción originada por el incumplimiento de la Conformación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Visto desde la perspectiva moderna, el tema de la construcción está enfocado primordialmente hacia el “resultado”, mientras que los medios y las personas involucradas en el proceso suelen ser reducidas a simples factores de producción, reemplazables y dispensables.

Ante la creciente expansión del sector inmobiliario (al margen de la seguridad personal), tanto en el sector público y privado, existen alternativas de solución o al menos de regulación sobre este problema; para tratar de conciliar la gran demanda que existe en el sector construcción con los intereses y derechos de los trabajadores, quienes aparentemente son los más afectados por esta situación.

Las municipalidades son las encargadas de otorgar las licencias para la construcción de obras, pero no siempre encontramos resultados agradables cuando estas entidades no realizan

su labor como se debe, al recibir coimas y “hacerse los ciegos” por dinero, no se preocupan por revisar los planos, papeles, zonas e incluso el lugar específico de la construcción para saber si el terreno es apto para construcción, Ni mucho menos la Conformación del Comité de Seguridad que ha demostrado prevenir accidentes ni mucho menos la presencia de medidas de seguridad mínimas. Al no tomar en cuenta estas medidas básicas, los obreros y las personas que habitarán en las edificaciones finales correrán un gran peligro.

En la Ciudad de Tacna, debido al incremento y movimiento económico del inmobiliario, así como la reciente llegada de empresas macroeconómicas, y de acuerdo a lo establecido en la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, no se tiene calculado la graduación entre su aplicación y los efectos que tiene en la sociedad, dando un desconcierto entre lo que se viene realizando y lo que se debía estar haciendo. Por ello mismo, son las empresas constructoras las que tienen el mayor riesgo laboral en cuanto al Régimen de Seguridad y Salud en el trabajo por la naturaleza de las funciones a desempeñar, por ello mismo es que no se aprecia la progresión entre la implementación de la citada Ley y la realidad empresarial que significa la constitución e implementación del comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, es por ello que al descubrir el debido cumplimiento de la normatividad socio laboral así como las obligaciones de las Empresas de Régimen de construcción, se verá si efectivamente se cumple la Ley y además en qué grados ésta permite el desarrollo efectivo en cuestiones de Seguridad y a su vez poder

graduar en qué porcentajes disminuye los accidentes laborales en las empresas constructoras.

Según lo expresado por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Tacna, de acuerdo a los alcances que tiene, y por ser Autoridad Administrativa a nivel de la región de Tacna, se conoce que la implementación de los Comités de Seguridad y Salud en el Trabajo es obligación de cada centro de Trabajo no solo en el régimen de Construcción Civil, sino en muchos otros, mas siendo ésta la premisa de la presente investigación, sin embargo existen actualmente diversas empresas que aún no la tiene conformada, siendo esto un grave riesgo pues pone en peligro a los trabajadores, ya que el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como principio fundamental la prevención de accidentes laborales, así como la capacitación, por ello es que al no considerarse su conformación es que muchas empresas no impulsan los Comités, pues les supone un gasto, sin saber ello que esa supresión puede costar mucho más de lo que realmente se estima. Así por ello es que la investigación se enfocará a comparar los grados entre el número de Comités de Seguridad y Salud en el Trabajo conformados y el número de empresas infractoras a su conformación, lo que significará la verificación del cumplimiento de la normativa Laboral.

Siendo así, se postula lo siguiente. Las empresas de Régimen de Construcción en la ciudad de Tacna no ha cumplido en su totalidad con la Conformación del Comité de Seguridad, ya que se han visto en la actualidad que se han reportado muchos accidentes laborales en aspectos de construcción, y sabiendo la naturaleza del Comité de Seguridad, estos accidentes pudieron haberse previsto, y al no haberse conformado, es una clara infracción a la norma, por lo que se registran diversas actas de infracción en la Dirección de Inspección Laboral.

La omisión de la conformación del Comité de Seguridad ha incrementado la tasa de accidentes, por cuanto se registró mayor número de Actas de infracción por el registro de accidentes mortales, incluyendo a aquellos que no se han reportado a la Autoridad Administrativa de Trabajo, y se obtuvo de conocimiento por terceros.

Se puede diferenciar a las empresas constructoras omisoras de la normal laboral por cuanto al número de Actas de Infracción que se presentan y el registro de accidentes laborales que se presentan ante la dirección de inspección laboral, en las cuales habrá un registro general de empresas constructoras con Números de Informes de Investigación y Actas de Infracción.

En nuestras bibliotecas no existen trabajos relaciones con nuestro tema de análisis, por lo que este tema debe ser ahondado por otro lado las bibliotecas virtuales contienen información, monografías y artículos que abordan la Seguridad Laboral en cuanto al Comité encargado de la Salud Laboral, en forma general más y desde el punto de vista del derecho.

Bibliografías Temáticas Digitales OIT, N° 2 (2015) es el Manual actualizado en el Cual darán las pautas para la correcta conformación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, además de resaltar su naturaleza tanto así como las funciones que desempeñará, empleando sus fuentes como eje primordial de la seguridad laboral para sostener un estable ambiente en el centro de trabajo, en especial en los de régimen especial como el de Construcción. De acuerdo a la Ley 29783 es un órgano bipartito y paritario constituido por representantes del empleador y de los trabajadores, con las facultades y obligaciones previstas por la legislación y la práctica nacional, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones del empleador en materia de prevención de riesgos. Según el Ministerio de Trabajo, es aquel órgano dentro de centro de trabajo que se encarga de Asegurar el establecimiento del CSST, Reconocer a los representantes de los trabajadores y facilitar su participación, Garantiza el cumplimiento de los acuerdos del CSST, Concede licencia con goce de haber a sus integrantes para que cumplan sus funciones: Treinta (30) días naturales por año calendario los que se consideran laborados para todo efecto legal, Brindar capacitación a los miembros del CSST, a parte de la que se brinda a los trabajadores. Por regla general dentro de la jornada de trabajo y Acondiciona un ambiente adecuado para las sesiones del CSST.

EMPRESAS CONSTRUCTORAS.-

Entendamos, primero, sobre a qué se refiere la norma en cuando a empresas constructoras,

siendo así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: 4ª acepción: “Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o para llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia. 6ª acepción: “Entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de producción y dedicada a actividades industriales mercantiles o prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad. Las actividades en el sector de la construcción tienen un carácter marcadamente específico. Cada obra es normalmente distinta de todas las demás. Cada obra puede considerarse como una unidad de negocio independiente. La empresa aglutina todas estas unidades de negocio contratadas de forma independiente, a precio diferente, con plazos diferentes, con distinta localización geográfica, tipología y resultado final. Como características intrínsecas de la empresa constructora se pueden destacar las siguientes: - La venta es anterior a la producción, pues el constructor antes de construir ha de obtener el encargo o adjudicación de tal construcción aunque el precio final se determina en la liquidación. - Plazos de ejecución inducido. La propiedad privada y la Administración Pública (y sus proyectistas) deciden cuándo, cómo y qué hay que construir. - Cada obra es distinta en su forma, contenido y ubicación. - Amplitud de delegación y cierta dificultad de control para la separación física de las obras.

NORMATIVIDAD LABORAL.-

La verificación del cumplimiento de la presente Norma, queda sujeta a lo dispuesto en la Ley N° 28806. Ley General de Inspección del Trabajo y su reglamento así como sus normas modificatorias.

El empleador o quien asuma el contrato principal de la obra debe aplicar lo estipulado en el artículo 61 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR y sus normas modificatorias.

REQUISITOS DEL LUGAR DE TRABAJO

El lugar de trabajo debe reunir las condiciones necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y de terceras personas, para tal efecto, se debe considerar:

Organización de las áreas de trabajo

El empleador debe delimitar las áreas de trabajo y asignar el espacio suficiente a cada una de ellas con el fin de proveer ambientes

seguros y saludables a sus trabajadores. Para tal efecto se deben considerar como mínimo las siguientes áreas: Área dirección y administración, Área de servicios, Área de parqueo de maquinarias de construcción, Área de almacenamiento de herramientas y equipos manuales. Área de almacenamiento, Área de operaciones de obra.

La instalación del suministro de energía para la obra debe ajustarse a lo dispuesto en la normativa específica vigente, debe diseñarse, realizarse y utilizarse de manera que no entrañe peligro de explosión e incendio ni riesgo de electrocución por contacto directo o indirecto para el personal de obra y terceros. El diseño, la realización y la elección de los materiales y dispositivos de protección, deben tener en cuenta el tipo y la potencia de la energía suministrada, las condiciones de los factores externos y la competencia de las personas que tengan acceso a partes de la instalación.

Sobre las instalaciones eléctricas provisionales

De acuerdo a los estándares indicados en la Norma G 50, en el régimen de Construcción, Las empresas constructoras deben cumplir aquellas especificaciones indicadas y concordantes con la Ley de Seguridad y salud en el trabajo, las mismas que indican lo siguientes: Las instalaciones eléctricas provisionales para la obra deben ser realizadas y mantenidas por una persona de competencia acreditada. Los tableros eléctricos deben contar con interruptores termomagnéticos e interruptores diferenciales de alta (30 mA) y baja (300 mA) sensibilidad. Los tableros eléctricos deben estar fabricados íntegramente con plancha de acero laminado en frío (LAF) y aplicación de pintura electrostática. Deben contar con puerta frontal, chapa, llave de seguridad y puesta a tierra.

La obra debe contar con línea de tierra en todos los circuitos eléctricos provisionales. La línea de tierra debe descargar en un pozo de tierra de características acordes con el tamaño de la obra y según lo establecido en el Código Nacional de Electricidad. Las extensiones eléctricas temporales, no deben cruzar por zonas de tránsito peatonal y/o vehicular; ni en zonas expuestas a bordes afilados, impactos, aprisionamientos, rozamientos o fuentes de calor y proyección de chispas. Si hubiera exposición a estos agentes, se debe proteger el

cable conductor con materiales resistentes a la acción mecánica y mantas ignífugas.

Los conductores eléctricos no deben estar expuestos al contacto con el agua o la humedad. Si no fuera posible, se deben utilizar cables y conexiones con aislamiento a prueba de agua. En zonas lluviosas, se deben proteger las instalaciones eléctricas provisionales, tableros de distribución eléctrica, cajas de fusibles, tomacorrientes y equipos eléctricos en general, de su exposición a la intemperie. En su defecto, se deben usar instalaciones a prueba de agua.

Accesos y vías de circulación

Toda obra de edificación debe contar con un cerco perimetral que limite y aisle el área de trabajo de su entorno. Este cerco debe incluir puertas peatonales y portones para el acceso de maquinarias debidamente señalizados y contar con vigilancia para el control de acceso.

El acceso a las oficinas de la obra, debe preverse en la forma más directa posible, desde la puerta de ingreso, en tal sentido estas deben ubicarse de preferencia en zonas perimetrales.

Si para llegar a las oficinas de la obra, fuera necesario cruzar áreas de trabajo, el acceso debe estar señalizado y en el caso que exista riesgo de caída de objetos deberá estar cubierto.

Las vías de circulación, incluido: escaleras portátiles, escaleras fijas y rampas, deben estar delimitadas, diseñadas, fabricadas e instaladas de manera que puedan ser utilizadas con facilidad y seguridad.

Las dimensiones de las vías destinadas a la circulación de personas o acarreo manual de materiales se calcularán de acuerdo al número de personas que puedan utilizarlas y el tipo de actividad, considerando que el ancho mínimo es de 0.60 m.

Tránsito peatonal dentro del lugar de trabajo y zonas colindantes

Se tomarán todas las acciones necesarias para proteger a las personas que transiten por las distintas áreas y sus inmediaciones, de todos los peligros que puedan derivarse de las actividades desarrolladas.

El ingreso y tránsito de personas ajenas a los trabajos de construcción, debe ser guiado por un representante designado por el jefe de obra, haciendo uso de casco, gafas de seguridad

y botines con punteras de acero, adicionalmente el prevencionista evaluará de acuerdo a las condiciones del ambiente de trabajo la necesidad de usar equipos de protección complementarios.

Será responsabilidad del contratista principal tomar las precauciones necesarias para evitar accidentes durante la visita de terceros. Se hace hincapié en las indicaciones señaladas, toda vez que, aunque podría sonar rasgos técnicos, la intención de la norma, tanto como principio del derecho laboral, es salvaguardar la integridad del operador, previniendo la ocurrencia de accidentes de trabajo, puesto en esta rama del derecho laboral, la prevención es sumamente importante, tanto por ser el eje principal del derecho de Trabajo.

Señalización

Siempre que resulte necesario se deben adoptar las medidas necesarias y precisas para que la obra cuente con la suficiente señalización. Se considera señalización de seguridad y salud en el trabajo, a la que referida a un objeto, actividad o situación determinadas, proporcione una indicación relativa a la seguridad y salud del trabajador o a una situación de emergencia, mediante una señal en forma de panel, una señal luminosa o acústica, una comunicación verbal o una señal gestual, según proceda. Sin perjuicio de lo dispuesto específicamente en las normativas particulares, la señalización de seguridad y salud en el trabajo debe utilizarse siempre que el análisis de los riesgos existentes, las situaciones de emergencia previsible y las medidas preventivas adoptadas, ponga de manifiesto la necesidad de:

- Llamar la atención de los trabajadores sobre la existencia de determinados riesgos, prohibiciones u obligaciones.
- Alertar a los trabajadores cuando se produzca una determinada situación de emergencia que requiera medidas urgentes de protección o evacuación.
- Facilitar a los trabajadores la localización e identificación de determinados medios o instalaciones de protección, evacuación, emergencia o primeros auxilios.
- Orientar o guiar a los trabajadores que realicen determinadas maniobras peligrosas.

La señalización no debe considerarse una medida sustitutoria de las medidas técnicas y organizativas de protección colectiva y debe utilizarse cuando mediante estas últimas no haya sido posible eliminar o reducir los riesgos suficientemente.

Tampoco debe considerarse una medida sustitutoria de la formación e información de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Se deben señalar los sitios de riesgo indicados por el prevencionista, de conformidad a las características de señalización de cada caso en particular. Estos sistemas de señalización (carteles, vallas, balizas, cadenas, sirenas, etc.) se mantendrán, modificarán y adecuarán según la evolución de los trabajos y sus riesgos emergentes.

Iluminación

Las distintas áreas de la obra y las vías de circulación deben contar con suficiente iluminación sea esta natural o artificial. La luz artificial se utilizará para complementar la luz natural cuando esta sea insuficiente.

En caso sea necesario el uso de luz artificial, se utilizarán puntos de iluminación portátiles con protección antichoques, colocadas de manera que no produzca sombras en el punto de trabajo ni deslumbramiento al trabajador, exponiéndolo al riesgo de accidente. El color de luz utilizado no debe alterar o influir en la percepción de las señales o paneles de señalización.

Las áreas de la obra y las vías de circulación en las que los trabajadores estén particularmente expuestos a riesgos en caso de avería de la iluminación artificial deben poseer luces de emergencia de intensidad suficiente.

Ventilación

Teniendo en cuenta los métodos de trabajo y las cargas físicas impuestas a los trabajadores, estos deben disponer de aire limpio en cantidad suficiente.

Se debe disponer la aplicación de medidas para evitar la generación de polvo en el área de trabajo y en caso de no ser posible disponer de protección colectiva e individual.

COMITÉ TÉCNICO DE SEGURIDAD Y SALUD

Para una obra con menos de 25 trabajadores de la contratista principal

En las obras donde la contratista principal tenga menos de 25 trabajadores se debe designar un Supervisor de prevención de riesgos en la obra, elegido entre los trabajadores de nivel técnico superior (capataces u operarios), con conocimiento y experiencia certificada en prevención de riesgos en construcción. Este Supervisor representará a los trabajadores en todo lo que esté relacionado con la seguridad y salud, durante la ejecución de la obra y será elegido por los trabajadores, entre aquellos que se encuentren trabajando en la obra.

Para una obra con 25 o más trabajadores

En toda obra de construcción con 25 o más trabajadores debe constituirse un Comité Técnico de Seguridad y Salud en el Trabajo (CTSST), integrado por:

- El Residente de obra si la contratista principal, quién lo presidirá.
- El Jefe de Prevención de Riesgos de la contratista principal, quién actuará como secretario ejecutivo y asesor del Residente.
- Dos representantes de los trabajadores, de preferencia con capacitación en temas de seguridad y salud en el trabajo, elegidos entre los trabajadores que se encuentren laborando en la obra.

Adicionalmente, asistirán en calidad de invitados los ingenieros de la sub contratista que tengan asignada la dirección de las diferentes actividades de la obra en cada frente de trabajo, con la finalidad de mantenerse informados de los acuerdos adoptados por el Comité Técnico y poder implementarlos así como el administrador de la obra quien facilitará la disponibilidad de recursos.

Los acuerdos serán sometidos a votación sólo entre los miembros del Comité Técnico, los invitados tendrán derecho a voz pero no a voto.

Las ocurrencias y acuerdos adoptados en la reunión del CTSST quedarán registrados en actas oficiales debidamente rubricadas por sus integrantes en señal de conformidad y compromiso.

El CTSST, se reunirá cada 30 días, quedando a decisión de sus miembros,

frecuencias menores en función a las características de la obra.

INVESTIGACIÓN Y REPORTE DE ACCIDENTES DE TRABAJO

Todos los accidentes y enfermedades ocupacionales que ocurran durante el desarrollo de la obra, deben investigarse para identificar las causas de origen y establecer acciones correctivas para evitar su recurrencia. La investigación estará a cargo de una comisión nombrada por el jefe de la obra e integrada por el ingeniero de campo del área involucrada, el jefe inmediato del trabajador accidentado, el representante de los trabajadores y el prevencionista de la obra.

El informe de investigación debe contener como mínimo, los datos del trabajador involucrado, las circunstancias en las que ocurrió el evento, el análisis de causas y las acciones correctivas. Adicionalmente se adjuntarán los documentos que sean necesarios para el sustento de la investigación. El expediente final debe llevar la firma del jefe de la obra en señal de conformidad.

Caso de muerte, debe comunicarse de inmediato a las autoridades competentes (autoridad policial) para que intervengan en el proceso de investigación.

La notificación y reporte a las autoridades locales (aseguradoras, EsSalud, EPS, etc.) de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales se harán de acuerdo a lo establecido en el Título V del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, Decreto Supremo 009-2005-TR y normas modificatorias. La evaluación de los riesgos se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido siguiendo las siguientes pautas:

- Evitar la búsqueda de responsabilidades. Una investigación técnica del accidente persigue identificar “causas”.
- Aceptar solamente hechos probados. Se deben recoger hechos concretos y objetivos, nunca suposiciones ni interpretaciones.
- Evitar hacer juicios de valor durante la “toma de datos”. Los mismos serían prematuros y podrían condicionar desfavorablemente el desarrollo de la investigación.

- Realizar la investigación lo más inmediatamente posible al acontecimiento. Ello garantizará que los datos recabados se ajusten con más fidelidad a la situación existente en el momento del accidente.

- Entrevistar, siempre que sea posible, al accidentado. Es la persona que podrá facilitar la información más fiel y real sobre el accidente.

- Entrevistar asimismo a los testigos directos, mandos y cuantas personas puedan aportar datos del accidente.

- Realizar las entrevistas individualizadamente. Se deben evitar influencias entre los distintos entrevistados. En una fase avanzada de la investigación puede ser útil reunir a estas personas cuando se precise clarificar versiones no coincidentes.

- Realizar la investigación del accidente siempre “in situ”. Para un perfecto conocimiento de lo ocurrido es importante y, en muchas ocasiones imprescindible, conocer la disposición de los lugares, la organización del espacio de trabajo y el estado del entorno físico y medioambiental.

- Preocuparse de todos los aspectos que hayan podido intervenir. Analizar cuestiones relativas tanto a las condiciones materiales de trabajo (instalaciones, equipos, medios de trabajo, etc.), como organizativas (métodos y procedimientos de trabajo, etc.), del comportamiento humano (calificación profesional, actitud, etc.) y del entorno físico y medioambiental (limpieza, iluminación, etc.).

Seguridad industrial y teoría de la causalidad

Se debe afirmar de manera rotunda, que los accidentes no son producto de la casualidad, del azar o de la mala suerte y que no debe considerarse como fortuito una accidente cuyas causas no han podido ser determinadas, bien porque no se haya investigado con rigor y profundidad, bien por inexperiencia o por cualquier otro motivo.

La teoría de la causalidad estructura y vertebra la seguridad científica, dándole razón y fundamento, estableciendo los tres postulados que se enuncian a continuación:

Primer postulado

Todo accidente tiene una causa natural que se explica de forma natural.

Este primer postulado sirve de base a la seguridad científica, estableciendo la posibilidad de encontrar el origen del accidente y por tanto, poder eliminarlo.

Segundo postulado

En la mayoría de los accidentes, no existe una causa concreta, sino que existen nubes de causas, interrelacionadas y conectadas entre sí.

Este segundo postulado indica la existencia de una nube causal, formada por causas coincidentes, condicionales colaterales desencadenantes poniendo límite a la actuación de la seguridad científica, debido a la imposibilidad de control de todas las causas.

Tercer postulado

Las diversas causas, de los accidentes están interrelacionadas factorialmente y no en forma de suma.

En este tercer postulado se basa la estrategia de la seguridad. Al adoptar el accidente la forma de un producto de causas, bastará la eliminación de una de ellas para este producto sea nulo, es decir, para que el accidente no se produzca, o al menos no en la forma en que se habría producido.

Bien es verdad que en algunos casos la eliminación de una de las causas no lleva como consecuencia la desaparición del accidente, sin que esto signifique más que una selección incorrecta de la causa suprimida.

Se observa por tanto que la actuación de la seguridad científica está basada y fundamentada en, el estudio de causa; la dificultad de realizar esta actuación estriba en la diferencia que existe entre accidentes, y en la no existencia de experimentación, es decir, ningún accidente puede experimentarse previamente para conocerlo, pero si pueden analizarse las causas fundamentales que hayan conducido a su realización.

CONCLUSION UNICA

No se trata ciegamente en creer que cumplir con todas las medidas de seguridad indicadas en la norma se va a evitar que sucedan accidentes en el ambiente de trabajo, o dentro de las

actividades que se realizan por ejercicio y en cumplimiento del trabajo, sino más bien tener presente que al cumplir con las medidas de seguridad y salud en el trabajo, se pueden evitar accidentes mortales, aquellos de consecuencias graves, e incluso los de resultado fatal. Otra cosa a tener en cuenta es que los accidentes muy graves disminuirán sin duda alguna dentro del ambiente de trabajo, una vez cumplidas las medidas tomadas y con los implementos de seguridad correspondientes, los accidentes graves y fatales serán incidentes mínimos los cuales no resultarán en consecuencias perjudiciales. Por otro lado, cumplir con la norma de seguridad no solo es garantista de seguridad para con los trabajadores, operadores de maquinarias y todos los que se encarguen de funciones dentro de un ambiente de trabajo y sobre todo en aquellos que son del régimen de construcción, este tipo de casos las empresas constructoras deben tener muy en cuenta que implementar con los equipos de seguridad pueden evitar accidentes que posteriormente podrían significar reparaciones sumamente costosas, e incluso incalculables, por ello es de gran importancia que se tenga en cuenta que el cumplimiento de la Norma G-50 y la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, continuamente supervisada por la Legislación sobre Inspección Laboral, no solo crea protección a la integridad general (laboral, salud seguridad) a los trabajadores, sino que los empleadores se ven beneficiados sin preocuparse en accidentes mortales, el retraso de las funciones, ni en posibles reparaciones. De esta manera, la norma demuestra su carácter más preventista y protector, no siendo responsabilidad únicamente de los trabajadores, sino también de los empleadores, con el fin de salvaguardar la integridad del recurso más importante de una empresa, sus trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA.

Comentarios a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo Doctrina- 2014

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU
“Jurisprudencia de la administración laboral” Dialogo con la Jurisprudencia. 2014

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU
“Jurisprudencia Sobre Inspecciones Laborales” Dialogo con la Jurisprudencia. 2014

AUGUSTO EGUIGUREN PRAELI2EI
Comité de Seguridad y Salud en el
Trabajo y los Accidente de Trabajo”
Gaceta Juridica – 2014

Guía técnica de la Ley de Seguridad y Salud en
el Trabajo. 2013

NORMAS LEGALES

CÓNSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE
1993, Pág. SPIJ.

LEY NRO. 28806 LEY GENERAL DE
INSPECCION LABORAL

LEY NRO. 29783 LEY DE SEGURIDAD Y
SALUD EN EL TRABAJO



DERECHO ADMINISTRATIVO



ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS PROCESOS ARBITRALES EN ENTIDADES PÚBLICAS

ADMINISTRATIVE ACTS AND ARBITRAL PROCESSES IN PUBLIC ENTITIES

* Mgr. Carlos Mariaca Mamani.

Magister en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad Privada de Tacna; Docente de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

Acto administrativo:

La función administrativa se expresa por medio de actos jurídicos y de operaciones materiales, el acto administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos¹.

Naturaleza jurídica del acto administrativo:

El acto administrativo es uno de los medios jurídicos por los cuales se expresa la voluntad estatal en el marco de normas de derecho público; Las declaraciones y decisiones que tome la Administración no deben materializarse a través de simples operaciones técnicas sino también mediante una declaración formal de Voluntad, de acuerdo con el procedimiento señalado por el orden jurídico².

Por lo tanto, se excluye del concepto de Acto Administrativo a la actividad no jurídica y aquella que no produce efectos jurídicos en ciertas formas y condiciones. Debe tratarse, pues, de efectos jurídicos directos y no de cualquier efecto jurídico.

Función pública:

La función pública tiene por finalidad satisfacer el interés general y el bien común mediante la prestación de servicios públicos a los

ciudadanos, dentro del marco de la Constitución y la ley; Así la función pública se desarrolla como manifestación de la voluntad y el ejercicio del poder estatal³.

Finalidad pública:

Es el interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor; comprende toda la actividad administrativa de modo mediato o inmediato, directo o indirecto, debe tender a realizar o satisfacer un interés general (propio del servicio público) hacia el cual esa actividad se orienta como finalidad objetivamente determinada por la esencia de la administración pública.

Administración Pública:

Es usual que el término Administración Pública se acepte sin mayor reflexión para asuntos sin mayor trascendencia, sin embargo cuando se pretende hacer un estudio serio sobre la materia, presenta desde un primer momento, grandes dificultades para delimitar el campo correspondiente a su competencia, y en especial cuando su enfoque es sincrético.

Es decir la Administración Pública es la parte más dinámica de la estructura estatal, actúa en forma permanente sin descanso y sin horario y acompaña al hombre desde su nacimiento hasta su desaparición de la vida terrestre.

¹ Ley de Procedimiento Administrativo General.

² www.eumed.net/libros/2006c/203/

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO "Capítulo IV de la Función Pública".

Servidor Público:

Es el ciudadano que presta su trabajo al servicio de la nación⁴, puede ser elegido o designado para desempeñar diversas funciones o cargos públicos asignados por Ley, remuneradas dentro de una relación de subordinación jerárquica, para alcanzar los fines del estado.

Funcionario Público:

Es el ciudadano elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar funciones, cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía, las funciones cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley.

Proceso arbitral:

En cualquier etapa del proceso arbitral⁵, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al Reglamento de la ley de contrataciones, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento en el Estado en que éste se encuentre.

Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa, siendo cualquier actitud contrario a ella causal de recusación el cual se podrá plantear ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, el cual dictará una decisión como única y última instancia.

Convenio arbitral:

Es el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias que surgen de una relación contractual o no contractual, las partes deciden someter a un arbitraje todas las

controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza⁶.

La ley de arbitraje considera este principio en materia de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el texto del contrato, o bajo la forma de un acuerdo independiente.

El objeto del convenio arbitral debe ser lícito y posible, la ley de arbitraje ha regulado las materias susceptibles de someterse a arbitraje, como son las materias determinadas o determinables sobre la que las partes tengan la libre disposición.

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el convenio arbitral tipo puede ser incorporado el contrato, el OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente⁷.

Lugar de proceso arbitral:

La elección de la sede supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del propio laudo arbitral, no es casual que las empresas contratistas quisieran conducir sus posibles controversias en la sede donde más les convenga. Entonces la elección de la sede del proceso arbitral resalta su importancia cuando se elabora la cláusula arbitral, el cual puede estar definido dentro de un mismo contrato suscrito por las partes, resultando que más conveniente para el Estado que resuelva sus controversias dentro la jurisdicción donde ejecutan las obras o servicios diversos.

Árbitros:

El árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia⁸, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a él desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

⁴ Ley de Procedimiento Administrativo General, “Art. IV del Título Preliminar”, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de abril, 2001.

⁵ Ley de Arbitraje, “Decreto Legislativo N° 1071”, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de diciembre, 2008.

⁶ Convenio Arbitral. Título II – Art. 13°, D. L. N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Pub. En el Diario Oficial el Peruano, 01 de setiembre, 2008.

⁷ Convenio Arbitral. Art. 216°, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de diciembre, 2008.

⁸ Guerinoni Romero, Herrera Guerra. “Solución de Controversias – Subdirección de capacitación del OSCE”, pub. www.osce.gob.pe.

El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes.

I. INTRODUCCION:

Mi experiencia laboral y profesional, me permite concluir el nivel de importancia que tienen los funcionarios y servidores públicos, en la toma de decisiones durante la etapa de ejecuciones de obras públicas, los cuales tienen como objetivo principal la conclusión y puesto en funcionamiento de determinadas obras en beneficio de la población, pero que en su mayoría no se concluyen por decisiones inoportunas o equivocadas los cuales no se encuentran dentro de marco legal correspondiente.

El arbitraje ha estado, pues, presente en nuestro país desde el siglo XIX. Sin embargo, recién a partir de la última década del siglo XX con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25935 Ley General de Arbitraje del año 1992, y la ley que se encuentra vigente D.L. N° 1071 Ley que norma el arbitraje desde el año 2008, donde se le ha otorgado un tratamiento orgánico y diferenciado.

El desarrollo económico de nuestro país ha venido en aumento significativo, principalmente en donde existe explotación minera lo que ha originado que determinados lugares puedan recibir considerables sumas de dinero por canon sobre canon y regalías mineras, cantidades de dinero que ha permitido realizar diversos proyectos de infraestructura entre otros, los cuales en su mayoría se realizaron a través de terceros (empresas contratistas).

Consorcios contratistas, que durante el proceso de ejecuciones de obra públicas, se suscitaron múltiples controversias y/o conflictos de intereses los cuales deben ser sometidos por ley a una conciliación o arbitraje sea Institucional o Ad Hoc, según la cláusula arbitral (convénio arbitral) pactada entre las partes.

II. INFLUENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES EN ENTIDADES PÚBLICAS

Analizando los actos administrativos de las Entidad del Estado, el nivel de importancia de

determinados actos administrativos que realizaron los funcionarios y servidores públicos que laboraron en las diferentes Gerencias y/o Unidades ejecutoras pertinentes.

Entonces cuando una persona natural o jurídica realiza una determinada pretensión a la Entidad, el cual debe ser resuelto a través de un acto administrativo resolutorio pronunciándose sobre el mismo negándola o aceptándola con la debida motivación y en estricto cumplimiento del debido procedimiento que la misma Ley y su Reglamento preceptúa.

A manera de ejemplo manifestamos: Que, cuando una empresa contratista ejecuta una obra determinada a Suma Alzada Concurso Oferta, es decir (elabora el expediente técnico y ejecuta la obra), por un monto total definido; Solicita tres ampliaciones del plazo por una causal que no está tipificada como tal en la Ley, y “que la Entidad resolvió favorablemente a favor de la empresa contratista”; Es decir no existe la causal por ejemplo de retraso en el pago de valorizaciones por parte de la Entidad.

Los actos administrativos de las Entidades en el marco de las normas del derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Ahora bien, conforme a las ampliaciones otorgadas a favor de la empresa contratista por parte de la Entidad, la Ley determina que *“toda ampliación del plazo otorgado por la Entidad generan Gastos Generales por cada día a favor de la empresa contratista”*.

Los cuales se calculan utilizando una Fórmula Polinómica por el monto total contractual firmado entre ambas partes; Posterior a ello, luego de haber transcurrido un prolongado periodo mediante otro acto resolutorio la Entidad desconoce los derechos que con antelación le otorgó a favor de la empresa contratista.

Pues de manera natural la empresa contratista al momento de presentar su liquidación de obra solicita además que la Entidad le pague los montos adicionales que generaron Gastos Generales por las

ampliaciones del plazo⁹ otorgados con anterioridad a su favor; y posterior e ello la Entidad a través de otro acto resolutorio desconoce tales montos solicitados por parte de la empresa contratista, y presenta su propia liquidación con montos inferiores.

En ese orden de ideas se afirma que los actos administrativos han generado derechos a los administrados (empresas contratistas), que originaron que la empresa contratista haya solicitado y/o sometido diversas pretensiones y sean resueltos en sede arbitral.

Al respecto es fundamental tener en cuenta, en relación a la figura del convenio arbitral su importancia radica en que si no es claro y preciso dichos convenios arbitrales no existiría la posibilidad de solucionar las controversias mediante esta vía, así el arbitraje no es un medio “alternativo” a la vía jurisdiccional, en el sentido de ser una posibilidad de elección entre la vía arbitral o la jurisdiccional, como cauce para la solución de un conflicto jurídico.

En ese orden de ideas se pretende explicar que, la institución arbitral en materia de contrataciones con el Estado es de carácter obligatorio, pues las partes tienen el recurso de esta vía en caso de haberse suscrito o denominado *convenio arbitral*, de manera expresa o tácita conforme a ley, así la nota característica o diferencial del arbitraje en su eficacia dirimente lo hace tener carácter obligatorio para las partes sin necesidad de un pacto posterior.

Sin perjuicio de lo señalado en líneas precedentes, y como no podría ser de otra forma podemos afirmar sin duda que el arbitraje posee una consustancial naturaleza potestativa que se justifica o tiene su basamento en la *autonomía de la voluntad*, y de ninguna forma se vincula con el ejercicio de la función jurisdiccional por lo cual toda referencia directa o indirecta a lo judicial es desacertada, situación que como se verá en el siguiente punto aleja totalmente a la institución arbitral de la semejanza a la función jurisdiccional.

Ahora bien, es posible señalar las notas características que configuran el concepto de arbitraje:

- a. El arbitraje constituye una institución, porque en el confluyen un conjunto de actividades relacionada entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, la solución de un conflicto; Siendo las actividades el convenio arbitral y el procedimiento arbitral.
- b. Su causa en la existencia de una controversia, es una cuestión litigiosa, la misma que no necesariamente tiene que ser actual, sino que puede ser futura, como en la mayoría de los casos.
- c. Su elemento característico es que la cuestión litigiosa se resuelve por un tercero no juez, cuya decisión tiene la misma eficacia que la sentencia judicial.
- d. Su justificación como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de las partes, que acepten previamente la decisión de los árbitros, la voluntad de las partes es el hilo conductor del arbitraje.

Entonces se puede afirmar que, respecto al arbitraje se ha manifestado como la convivencia de concebirlo como una institución, en vista que con el uso de esta palabra se hace referencia en sentido abstracto, al conjunto de normas o disposiciones del derecho que regulan coordinadamente las relaciones jurídicas de una clase determinada, como institución arbitral comprende las concretas relaciones entre las partes que acuerden someterse ante uno o varios árbitros.

Nuestra constitución vigente de 1993, en su art. 138 establece: "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes", y en su art. 139 señala: no existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

Por lo tanto es justo reconocer que, la conducta humana se ajusta normalmente al derecho, el cual por otra parte recoge como norma la regla social, esto es lo que habitualmente se cumple, pues en las Entidades públicas existen diversos tipos de conflictos y/o

⁹ **Causales de Ampliación del Plazo**", Art. 200°, **1).** Atraso y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, **2).** Atraso en el Cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad, **3).** Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado, **4).** Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado: www.osce.gob.pe.

controversias, muchos de ellos se resuelven por *la vía pacífica*, no obstante y para los casos de excepción el Estado debe establecer su tutela jurídica es decir la prestación de apoyo y el establecimiento de formas para que se respeten las situaciones jurídicas legítimas y se cumpla con el derecho.

Finalmente se afirma que la primera forma de resolver conflictos se orienta a un sistema adversarial, porque generalmente se piensa que los conflictos son destructivos y se plantea como única forma de perder o ganar. El proceso judicial es una clara muestra de esta forma de solución, por lo que debe encontrarse otras figuras de menor encuentro conflictivo. Donde la técnica de resolución y debate se concierne voluntariamente y sin que ninguno de los litigantes se encuentre obligado a recurrir al servicio que se ofrece.

Siendo los procesos judiciales en el cual el Estado ejerce su potestad jurisdiccional es un caso típico de resolución de un conflicto basado como se tiene dicho en el sistema adversarial, y con la aparición del Estado moderno en la actualidad es el dueño de la facultad sancionadora.

No siempre esta función jurisdiccional (solucionar conflictos mediante la aplicación del derecho pertinente), ha sido sometida a los órganos jurisdiccionales, ni pueden afirmarse hoy que la asumen con absoluta exclusividad pues coexisten con otros métodos o formas de resolver un conflicto.

Además se debe tener presente que, al individuo se le prohíbe la justicia por mano propia es decir se le pide renunciar a su libertad, a cambio de esta restricción, se les brinda a los ciudadanos un sistema de tutela jurídica organizado y costoso que consiste en Tribunales y Jueces, y se regula los instrumentos para brindar tutela jurídica, esto es propiamente el proceso.

El presente artículo, pretende abordar los aspectos específicos que relacionan las variables de Actos Administrativos y Procesos Arbitrales y ofrecer mayores elementos de certeza que permitan comprender, y en algunos casos mejorar, las causas de los actos administrativos que influyeron desfavorablemente en la generación de procesos arbitrales lo que ocasionan la no conclusión de obras en su momento y laudos arbitrales adversos que generan graves perjuicios económicos al Estado, entonces se debe tener presente la importante labor que deben cumplir

los funcionarios y servidores públicos en las Entidades Públicas.

En ese contexto, se tiene como interrogante el porqué del desacertado enfoque y desconocimiento de la administración pública respecto a la importancia de los actos administrativos emitidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; que fundamentalmente está orientada a satisfacer el interés público, pretexto que nos permite analizar las influencias de los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en un supuesto específico que se presenta en el desarrollo de un procedimiento arbitral, el cual consiste en la solicitud que da inicio al proceso arbitral tradicional ad hoc, los cuales se puede tramitar ante un Tribunal Arbitral o Árbitro Único según la complejidad y/o el monto controvertido.

Entonces, la importancia o utilidad de los actos administrativos realizados por los funcionarios y servidores públicos es una declaración por parte de la Entidad y deben estar dentro del marco de las normas del derecho público, los cuales están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

III. CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Los actos administrativos que vienen generando procesos arbitrales en Entidades Públicas son inadecuados, teniendo en consideración que la administración pública comprende eficacia y eficiencia en las tomas de decisiones.

SEGUNDA.- Asimismo se concluye que, en los procesos arbitrales es un requisito sine qua non la voluntad de las partes, en relación a las formas y tipos de procesos arbitrales a llevarse a cabo, cuando las Entidades Públicas pactan un convenio arbitral en los contratos de ejecuciones de obras, se debe convenir las reglas más beneficiosas para la Entidad.

TERCERA.- De igual manera, los funcionarios y servidores públicos deben ser capacitados rigurosamente según sus especialidades antes de asumir una función pública, con la finalidad de tener pleno conocimiento respecto a la administración pública y sus normas pertinentes y de esta manera puedan emitir actos administrativos adecuados en salvaguarda de

los intereses de las Entidades Públicas en el que realiza determinadas labores.

CUARTA.- El presente Artículo no ha tenido la intención de agotar el estudio de todos los actos administrativos de las diversas Entidades Públicas, solo se determinó los actos administrativos que de manera influyente vienen generando diversos procesos arbitrales en desmedro de la sociedad, como en los Municipios Distritales que tienen mayores ingresos económicos por concepto de canon minero y el propio Gobierno Regional de Tacna, el tan sonado proceso arbitral con el Empresa contratista Consorcio Yarascay, el cual habría ganado dicha licitación con documentación falsa, sin embargo finalmente el Tribunal a cargo de resolver dicha controversia determinó que dicha Entidad causó grave perjuicio a la empresa contratista, lo que es contradictorio a todas luces como una empresa que ha obtenido una licitación con documentación aparentemente falsa podría un Tribunal Arbitral darle la razón, la pregunta viene por sí sola, se realizó una defensa técnica adecuada?, bueno eso será materia de investigación posterior cuando la Contraloría General de la República realice una posterior y adecuado análisis de los actos realizados por el Gobierno Regional de Tacna o por una procuraduría regional autónoma y eficaz.

QUINTA.- En suma las entidades pública deben crear una Unidad y/o Oficina a fin de que administren sus contratos de obras y servicios públicos, para ello se debe designar profesionales conformados por Ingenieros, Abogados especialistas y que estén altamente capacitados y con la suficiente experiencia en la administración pública y Contrataciones, Adquisiciones del Estado, los cuales para ocupar dichos cargos deberían haber pasado por una real y adecuada capacitación para el cabal ejercicio de sus funciones, asimismo dichas dependencias deberían depender funcionalmente de las Órganos de Control Interno de cada Entidad pública, a efectos de que realicen de manera permanente el cumplimiento del control gubernamental.

SEXTA.- Entonces en los contratos de obras y servicios públicos en las Entidades públicas, respecto a la Cláusula Arbitral se determinen como jurisdicción donde ejecuta la obra pública, a fin de que en futuras controversias durante las ejecuciones de contratos, el arbitraje

se desarrolle en el lugar de los hechos y no ante el Organismo de Contrataciones del Estado que tienen como cede la ciudad de Lima.

SETIMA.- Y respecto a los convenios arbitrales, se determine que los procesos arbitrales sean llevados a través de instituciones arbitrales debidamente registrados ante el Ministerio de Justicia MINJUS, como la cámara de comercio de Tacna, a efectos de que se realice un arbitraje transparente y designen árbitros honorables e incorruptibles y obtener un Laudo arbitral de acuerdo a Ley.

OCTAVA.- Finalmente si ello genera un gasto adicional para la eficaz y eficiente ejecuciones de diversos proyectos es ínfimo, teniendo en consideración el perjuicio económico que se viene causando a la población, con millonarias pérdidas económicas que finalmente son asumidas con el dinero de toda la sociedad.

IV. BIBLIOGRAFÍA:

- Álvarez P. A. (2010). *“Arbitraje AD HOC en las Contrataciones del Estado”*, Manual Pub. Lima: Editora Instituto Pacífico.
- Ávila H. L. (2006). *“Introducción a la metodología de la investigación”*. Edición electrónica. Texto completo en www.eumed.net/libros/2006c/203/, recuperado 16, de Febrero del 2015.
- Álvarez P. A. (2010). *“El Laudo Arbitral”, Acumulación de Pretensiones*, Pub. Lima: Editora Instituto Pacífico, P. 161 Ss.
- Guerinoni Romero, Herrera Guerra. “Solución de Controversias – Subdirección de capacitación del OSCE”, pub. www.osce.gob.pe.
- Constitución Política Del Estado “Capítulo IV de la Función Pública”. Ley de Procedimiento Administrativo General.



ARTÍCULO DE ALUMNOS



DERECHO A LAS CONDICIONES DIGNAS DE RECLUSIÓN, DERECHO A LA SALUD Y LA CARENCIA DE UNA INFRAESTRUCTURA ADECUADA, MÁS DE UNA DÉCADA DESPUÉS: PENAL DE CHALLAPALCA

RIGHT TO THE DIGNIFIED CONDITIONS OF RECLUSION, RIGHT TO HEALTH AND THE LACK OF ADEQUATE INFRASTRUCTURE, MORE THAN A DECADE LATER: CHALLAPALCA PRISON

Almendra Pamela
Atencio Sante

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE CHALLAPALCA 1998 –ACTUALIDAD.
- III. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS
- IV. UNA REALIDAD IGNORADA POR MÁS DE UNA DÉCADA.
- V. TEORÍA DE LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS Y EL DERECHO A LA SALUD
- VI. CONCLUSIONES
- VII. RECOMENDACIONES
- VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN

En el siguiente artículo se analiza las condiciones de reclusión de los internos del establecimiento penitenciario de Challapalca, la consecuente vulneración de sus derechos, ligado a una realidad ignorada por más de una década. Para esto se toman los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diferentes casos y las disposiciones de Derechos Humanos sobre la materia. Por último se analiza la responsabilidad del Estado ante la vulneración reiterada de los derechos de estos internos.

PALABRAS CLAVES

Establecimiento Penitenciario de Challapalca, Personas Privadas de Libertad, Derechos Humanos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derecho a la Salud, Condiciones dignas de reclusión, Obligaciones de los Estados, Responsabilidad internacional.

ABSTRACT

The following article analyzes the conditions of imprisonment of the inmates of the Challapalca prison, the consequent violation of the rights of these, linked to a reality ignored for more than a decade. For this, the reports of the Inter-American Commission on Human Rights and the provisions on Human Rights on the matter are taken. Lastly, the responsibility of the State in the face of the repeated violation of the rights of these inmates is analyzed.

KEY WORDS

Penitentiary Establishment of Challapalca, Persons Deprived of Freedom, Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights, Right to Health, Conditions worthy of seclusion, Obligations of the States, International Responsibility.

I. INTRODUCCION

Las inadecuadas condiciones de reclusión en muchos países de la región, son descritas en los informes del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), así como en diversos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encontrándose muchos de los centros penitenciarios del Perú entre ellos.

En nuestro país, la denuncia sobre la pésima infraestructura y condiciones de los centros penitenciarios son innumerables. Un caso característico de esto, quizá el principal, es del penal de Challapalca, que viene siendo llamado al cierre desde el año 2000 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, insistiendo la misma en el año 2003. Lo cual se logró un breve periodo hasta que fue reabierto no cambiando sustancialmente las condiciones penitenciarias de los internos.

Reflexionando sobre la declaración de la alta comisionada del País Vasco, sobre la problemática penitenciaria: “La sociedad tiene que volver sus ojos hacia las cárceles y los poderes públicos tienen que preocuparse. Las cárceles son un espejo de la sociedad y una sociedad moderna y progresista que pretende integrarse en pie de igualdad... no puede tener esas cárceles”. Es así que, una sociedad democrática como la nuestra, progresista y defensora de los Derechos Humanos debe guiarse por normas mínimas de humanidad.

Frente a esto, el presente artículo tiene por finalidad analizar las condiciones de reclusión de los internos del Establecimiento penitenciario de Challapalca, desde 1998, ante el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y su lamentable estancamiento hasta la actualidad, las acciones que el Estado ha tomado y la consecuente responsabilidad de este ante la vulneración reiterada de las condiciones dignas de reclusión trayendo consigo la vulneración del derecho a la salud y su implicancia con el derecho a la vida y la integridad personal.

En virtud de ello, este artículo parte detallando el proceso que ha tenido la situación

del establecimiento penitenciario de Challapalca desde 1998, los informes de la Comisión Interamericana, así también, las denuncias y solicitudes de organizaciones internacionales.

Seguidamente se desarrolla la regulación de las condiciones dignas de reclusión y los derechos humanos de las personas privadas de libertad, basado en Tratados y Convenios Internacionales, normativa nacional y pronunciamientos de Tribunales Internacionales y el Tribunal Constitucional.

Para concluir, relacionándolo con los capítulos anteriores, en base a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se analiza la vulneración del derecho a la salud, como derecho de segunda generación, ante condiciones inhumanas de reclusión y su implicancia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, como derechos de primera generación; y la consecuente responsabilidad del Estado al incumplir las obligaciones de garantizar los derechos del interno.

II. ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE CHALLAPALCA 1998 – ACTUALIDAD.

En noviembre de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita *in loco* a Perú, que incluyó visitas a algunos establecimientos penitenciarios del país. Entre ellos, visitó el establecimiento penitenciario de Challapalca¹. Producto de esta visita, la Comisión emitió un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el país, en este informe señaló lo siguiente:

“(...) algunas cárceles, como las de Challapalca y Yanamayo, se encuentran en sitios totalmente inhóspitos, tanto por el frío como por el aislamiento geográfico de tales cárceles. Ello dificulta mucho, en la práctica, las visitas de los familiares, tanto por la distancia como por otros obstáculos relacionados. Asimismo, las condiciones de detención de muchos detenidos son excesivamente severas, pues prácticamente no se les permite

¹ Ubicado a más de cuatro mil seiscientos metros de altura, entre los departamentos de Tacna y Puno.

salir al patio ni hacer ejercicios físicos” (CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, parr.17).

En esa ocasión, en dicho informe, en relación con las condiciones extremas de detención en dicho establecimiento penitenciario, la Comisión recomendó al Estado “que se inhabiliten los establecimientos penales de Challapalca y Yanamayo, y se traslade a las personas allí detenidas a otros establecimientos penitenciarios”, recomendación que no siguieron.

Posteriormente, la Comisión efectuó nuevamente una visita al establecimiento penitenciario de Challapalca durante los días 22 y 23 de agosto del 2002, además de reuniones con el entonces Ministro de Justicia donde manifestó que el Estado procedería a cumplir con la recomendación de la Comisión, y procedería a la clausura de este establecimiento penitenciario.

Luego de esta visita la Comisión, en el 117 Período Ordinario de Sesiones de Febrero 2003, aprobó un informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, solicitando al Estado la clausura “inmediata y definitiva” de dicho centro penitenciario. En el mencionado informe, señaló, respecto a las fuertes condiciones climáticas:

“Las temperaturas registradas en la mayor parte del año son entre 8 y 9 grados centígrados en el día con fuertes descensos hacia la tarde y en la noche, llegando a menos 20 grados centígrados, con permanente viento helado que agudiza y empeora los efectos de la altura, sobre todo a partir del mes de junio en que se inicia el invierno” (CIDH, Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú; parr.17).

En relación a lo señalado anteriormente, en cuanto a las condiciones en el establecimiento, observo:

“Pese a las difíciles condiciones por las temperaturas existentes, la Comisión constató que las celdas o pasillos no poseen calefacción y que a los internos

se les prohíbe tener en sus celdas estufas o calentadores portátiles. Los pasillos y celdas son extremadamente fríos, lo cual se intensifica con las continuas corrientes frías de viento que penetran por tragaluces o ventanas ubicadas en la parte superior de los muros que dan del pasillo a los patios de los pabellones, que no tienen vidrios y a los que no se les permite colocarle ningún tipo de protección para evitar el excesivo frío. Algunas celdas presentan además filtraciones de agua en las paredes y pisos que las hace húmedas al carecer de ventilación” (CIDH, Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú; parr.38).

Ante la solicitud de cierre, si bien el Estado acató dicha solicitud en el año 2005, solo hubo cierre parcial de este establecimiento, reabriendo posteriormente en el año 2007 como una de las “soluciones” al problema de la excesiva sobrepoblación y crisis en el sistema penitenciario. Es pertinente destacar que hubo oposición del secretario ejecutivo del consejo nacional de derechos humanos del ministerio de justicia de aquel entonces, recomendando que el Estado garantice ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos un control democrático constitucional, garantizando los derechos humanos de los internos con visitas periódicas por parte de los organismos de derechos humanos, antes de la reapertura. Además de oposición de la entonces defensora del pueblo.

Desde la reapertura, diferentes organizaciones de Derechos Humanos y organizaciones internacionales han solicitado la clausura de este establecimiento. Dentro de las solicitudes de cierre en los últimos años, en el 2012, la Defensoría del Pueblo y Organismos Internacionales, como la ONU, pidieron la clausura del Establecimiento Penitenciario debido a las difíciles condiciones de habitabilidad y reclusión.

III. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS

En cuanto a los derechos de las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana ha resaltado la importancia de las normas internacionales de protección de los derechos

humanos aplicables respecto a condiciones de detención, y específicamente ha reconocido las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos² como un estándar fundamental aplicable en esta materia (Corte I.D.H., Caso de la Cárcel de Urso Branco, considerando octavo).

Además, se deben destacar, las diferentes obligaciones de los Estados incluidas en Tratados y Convenios Internacionales, como garantizar el derecho del penado de "recibir un tratamiento humano durante la privación de libertad", art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el respeto de la "dignidad inherente al ser humano", artículo 10.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, no admitiéndose la tortura ni penas "cruelles", "inhumanas" o "degradantes", artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como el derecho a la vida y el respeto a integridad física, psíquica y moral del interno, artículo 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respectivamente, por enunciar algunos.

Es así que, en lo que atañe al presente artículo, es preciso resaltar lo señalado en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos³, que señala en su Regla 42:

“Las condiciones de vida generales a las que se hace referencia en las presentes reglas, incluidas las relativas a la iluminación, la ventilación, la climatización, el saneamiento, la nutrición, el agua potable, el acceso al aire libre y el ejercicio físico, la higiene personal, la atención de la salud y un espacio personal suficiente, se aplicarán a todos los reclusos sin excepción”.

En cuanto a las condiciones carcelarias, la Corte IDH ha tenido ya varios pronunciamientos como en el Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Pollo Rivera y otros vs. Perú, Espinoza González vs. Perú, Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela, entre otros,

lamentablemente Perú es uno de los países que más casos ha tenido en esta materia.

En relación con el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo referente a la integridad personal, la Corte ha señalado:

“En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos” (Corte, IDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, párr. 60).

Posteriormente, en el Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, en la misma línea, la Corte vuelve a pronunciarse en relación al artículo 5 de la Convención y el deber del Estado hacia los internos:

“(…) de conformidad con los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben garantizar a toda persona privada de libertad el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, en razón de la posición especial de garante en que se encuentra. Es deber del Estado salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, así como garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención” (Corte IDH, Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, párr. 159).

El artículo 5 de la Convención ha venido siendo estudiado en numerosos casos por la Corte IDH, cuando de privación de libertad se trata, otros casos en donde se siga esta línea son los siguientes:

² Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

³ También conocida como Reglas Nelson Mandela. Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015.

“La detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad” (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 315).

“(…) las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, sudoración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad” (Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela, párr. 97).

En cuanto al Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que: el artículo 3 del Convenio Europeo impone al Estado

“asegurarse de que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la forma y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida”. (TEDH, Kudla v. Polonia, sentencia, párr. 94).

Con todo, se observa que la protección de los derechos de los internos está garantizados en todos los Sistemas de Protección de Derechos Humanos, como base de una garantía mínima de cuidado y tratamiento penitenciario, más aun en nuestro sistema de protección en el que encontramos sendas disposiciones y pronunciamientos sobre la materia.

Con respecto al ámbito nacional, nuestra Constitución Política, en el artículo 1° consagra que “la defensa de la persona humana y su dignidad, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En virtud de esta disposición, todo acto o acción debe procurar su protección y desarrollo.

Sin embargo, sobre las personas privadas de libertad, la constitución Política de 1993 únicamente contiene dos menciones en su artículo 139, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional: en su inciso 21, el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados y en su inciso 22, el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. El primero se refiere a las condiciones de detención, especialmente en relación a la infraestructura, pero también incluye los servicios que ha de cumplir la administración penitenciaria para con el interno, tema de interés en el presente artículo.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, sosteniendo que: “El régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena (...) el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva” (Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 1429-2002-HC/TC, f. 15).

Cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia dispuso el cese del aislamiento, incomunicación y de las condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de los internos y ordenó al INPE que los traslade a su lugar de origen. Asimismo, se ordenó que al resto de la población penitenciaria de Challapalca se le proporcione adecuada atención médica y que se facilite el transporte de los familiares.

IV. UNA REALIDAD IGNORADA POR MÁS DE UNA DÉCADA.

En cuanto al deber especial de protección estatal, en el caso de personas privadas de libertad como sector vulnerable, la Corte ha establecido que “el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia” (Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros, párr. 87).

La obligación que surge de la posición de garante del Estado implica que los agentes del Estado no sólo deben abstenerse de realizar actos que puedan infligir lesiones a la vida e integridad física del interno, sino que deben procurar, por todos los medios a su alcance, mantener a la persona privada de libertad en el goce de sus derechos humanos.

Sin embargo, el 19 de agosto de 2002, “mediante peticiones presentadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...), se denunció que el Estado peruano, violó, en perjuicio de los internos del Establecimiento Penal de Challapalca, trasladados desde el penal de Yanamayo el 21 de septiembre de 2001, así como en perjuicio de sus familiares, derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al detenerlos arbitrariamente, torturarlos, someterlos a tratos crueles, degradantes e inhumanos y al mantenerlos en una cárcel alejada de sus familias así como bajo condiciones inadecuadas de detención y de visitas” (CIDH, Informe n° 12/04, Petición 4390/02, párr.1). Esta petición ha sido declarada admisible mediante informe N°12/04, del 2004, estando aún sin fecha de audiencia.

Además, ya antes de la procedencia de la admisibilidad de la petición ante la Comisión, se había observado que, en su 118° período de sesiones, la Comisión aprobó y publicó el Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca (2003), en el que concluyó que “las condiciones de detención a la que están sometidos los internos del Penal, pueden constituir una violación al derecho a la integridad personal y al derecho de una privación de la libertad en condiciones dignas y seguras, consagrados en los artículos 5 de la Convención Americana”. Si

bien ha pasado más de una década de dicho informe, no se ve un cambio sustancial en las condiciones de reclusión de los internos en este establecimiento penitenciario.

Frente a esto, en cuanto a las condiciones carcelarias, José Ávila Herrera (2011) afirma: “es posible constatar deficiencias en la infraestructura, condiciones de insalubridad, insuficiencias en el suministro de alimentos, falta de atención médica, exposición a enfermedades transmisibles y niveles inaceptables de sobrepoblación que afectan los derechos fundamentales y calidad de vida de las personas internas en los establecimientos penitenciarios” (p.2). Esta es una realidad, que no es exclusiva del penal de Challapalca, la situación de los centros penitenciarios en el Perú es un problema que debe ser resuelto prioritariamente debido a las implicancias que trae consigo.

Otra de las consecuencias que traen las extremas condiciones carcelarias mencionadas anteriormente, es la vulneración en el ejercicio y protección de una vida digna, la cual se vincula al derecho a la integridad personal. La Corte IDH ya se ha mencionado al respecto:

“De conformidad con las disposiciones del artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”. (Corte IDH, Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. párr. 124).

“El Tribunal considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre” (Corte IDH, Caso Vélez Loor, párr. 216).

V. TEORÍA DE LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS Y EL DERECHO A LA SALUD

En cuanto a la teoría de las tres generaciones de derechos, el derecho a la salud⁴ como uno de los principales Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), es un derecho social de segunda generación establecido en el art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este es el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Estos derechos tienen como principal característica su desarrollo progresivo⁵, es así que, este desarrollo puede darse dependiendo de los recursos públicos y de los de la comunidad. En el caso de personas privadas de libertad, este tiene un aspecto extra ya que el Estado se convierte en el único garante de los derechos del interno, es decir, el Estado tiene la obligación de brindar las condiciones mínimas de protección de los derechos humanos de los internos.

Al tratarse de un grupo vulnerable, como las personas privadas de libertad, el derecho a la salud se ve sumamente vinculado a derechos de primera generación, específicamente al derecho a la vida y al derecho a la integridad personal, establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto la Corte ya reconoció el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida:

“Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los

detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera” (Corte IDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, párr. 43).

“Los derechos a la vida y a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, párr. 41).

Los derechos humanos están vinculados entre sí, existiendo casos en los que este vínculo es más evidente, como es el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, que trae consigo, la protección del derecho a la vida y este al ser un derecho de primera generación no puede dejar de ser garantizado por las limitaciones o falta de recursos o desidia del Estado. Además que su vulneración traería consigo la responsabilidad internacional del Estado y más aún cuando la vulneración de los derechos, como se observa de lo dicho anteriormente, viene ocurriendo hace más de una década.

Martínez de Pisón (2006) ha escrito al respecto, al señalar que, “desde hace dos décadas, el mensaje de los organismos de Naciones Unidas en materia de derechos humanos es siempre el mismo: que las diferentes categorías de derechos son indivisibles e interdependientes” (pag.132).

En consecuencia y en base a lo mencionado anteriormente, el alojamiento de los internos en los establecimientos penitenciarios debe reunir todos los requisitos para la protección de la salud y condiciones dignas de reclusión. En otras palabras, el Estado, mediante los órganos respectivos, debe preocuparse de asegurar que las condiciones no sean dañinas para la salud de los internos, así como salvaguardar la dignidad de los mismos. Es así que, las áreas de reclusión deben contar

⁴ También lo encontramos en la Declaración Americana de la OEA de 1948: art. XI. Derecho a la Salud y a la asistencia médica.

⁵ Artículo 26. Desarrollo Progresivo. “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

con los espacios suficientes de habitabilidad, así como, para el desarrollo de diversas actividades, que sean seguras, esto como mecanismo para preservar la salud de los internos.

Sin embargo, este no es el caso del establecimiento penitenciario de Challapalca, ya que el dormir en cuartos extremadamente fríos o húmedos, conlleva a diversas enfermedades. Actualmente, el establecimiento penal de Challapalca no cuenta con los servicios de agua potable, energía eléctrica y comunicaciones en forma permanente. Además, están los problemas de filtración de agua en los techos y paredes, el frío y la humedad producida por las filtraciones que afectan la salud de los internos. Todos estos factores aunados al inclemente clima de la zona inciden de manera determinante en la vulneración de los derechos humanos de los internos del establecimiento penitenciario de Challapalca.

En el caso del establecimiento penitenciario de Challapalca, se observan las afectaciones al derecho a la salud, no solo física también psicológica, como vulneraciones al derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad personal. De ahí la importancia del derecho a la salud, el cual vincula las condiciones básicas de dignidad que deberían tener todos los internos.

En cuanto a las obligaciones que deben ser cumplidas por el Estado, constantemente, la Corte ha señalado que, “de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, párr. 111; y Caso Díaz Peña Vs. Venezuela, párr. 137).

Si bien la Convención Americana no hace mención expresa de todas las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad, ya que sólo dispone que toda persona tiene derecho a que se le respete su vida y su integridad personal y que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La Corte IDH ha ido incorporando, a través de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los principales

estándares sobre condiciones carcelarias, como son el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, y el deber de prevención que el Estado debe garantizar a favor de las personas privadas de la libertad.

Consiguientemente, en diversos casos, “la Corte ha afirmado reiteradamente que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos” (Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, párr. 144; Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, párr. 39; y, Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, párr. 166). “En virtud de ello, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio” (Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, párr. 144; y Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, párr. 39).

Es así que, en base protección de los derechos y las obligaciones establecidas para los Estados, como el garantizar una vida digna la Corte ha establecido:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”. (Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 162).

En relación a personas privadas de libertad y obligaciones estatales, la Corte ya se ha pronunciado con respecto a justificar condiciones extremas de reclusión en dificultades económicas, estableciendo que:

“(…) En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De

conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano” (Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, párr.85)

“Esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano” (Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 198).

Estos dos últimos pronunciamientos de la Corte, son de suma relevancia para el tema analizado en el presente artículo, ya que así el derecho a la salud sea un derecho social de segunda generación, su vinculación con el derecho a la vida y la integridad personal, trae consigo estándares mínimos que deben ser acatados en cuanto a condiciones de reclusión, sin justificación de materia económica.

Por último en cuanto a la obligación de los Estados de garantizar y respetar los derechos humanos, es conveniente rescatar que de lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se derivan dos obligaciones generales de los estados: la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos. El respetar, como el no violar directa ni indirectamente mediante acciones u omisiones los derechos reconocidos por la convención; y, el garantizar, como el asegurar que las personas tengan el libre y pleno ejercicio de sus derechos humanos.

Es así que, la Corte en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras se pronunció de la siguiente manera:

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166).

Bajo esta misma línea, “en los supuestos de las personas que han sido privadas de su libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia” (Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 198). “Lo anterior como resultado de la relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al privado de la libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna (Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párr. 152).

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien el Código de Ejecución Penal y su Reglamento regulan las normas básicas de las condiciones de reclusión de los

internos, entre derechos y deberes, de conformidad con la Declaración Universal de los derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las normas y principios de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, estas disposiciones contenidas en la normativa nacional no se vienen cumpliendo. Observamos la grave situación de los centros penitenciarios en nuestro país que ha durado muchos años sin que se realicen acciones concretas para subsanar las deficiencias. La gravedad de esta situación implica la vulneración de Derechos Humanos de los internos, es así que, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar la protección de estos derechos.

SEGUNDO.- En otro punto, el Estado ha venido incumpliendo disposiciones de Derecho Internacional, ya que conociendo la gravedad de las condiciones de reclusión incluyendo las disposiciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de pronunciamientos de Organismos Internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional exponiendo las condiciones de reclusión, ha pasado más de una década y no se ha hecho nada al respecto.

TERCERO.- Es así que, la obligación de Estado, debe observada en conjunto con las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, y por ende no basta con que el Estado se abstengan de incurrir en una violación de estos derechos, sino que es necesaria la adopción de medidas positivas de protección.

VII. RECOMENDACIONES

PRIMERA.- El cierre del establecimiento penitenciario de Challapalca y el debido traslado de los internos a otros establecimientos donde se garantice la protección de sus derechos. Y las consiguientes acciones que garanticen el cumplimiento de las normas mínimas de protección de los derechos del interno.

SEGUNDA.- Centros Penitenciarios basados en la dignidad, protección de la integridad y derechos de las personas, en la garantía de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los internos, con las

infraestructuras, equipamientos y personal necesarios, y en la actuación interinstitucional coordinada para la atención a la diversidad de problemáticas que afectan a los internos.

TERCERA.- Para esto la creación de un órgano que tenga la jurisdicción de vigilancia y supervisión en materia de ejecución penal en relación con las normas mínimas de tratamiento y condiciones dignas de reclusión, establecidos en sendos instrumentos internacionales. El cual se oriente a vigilar el cumplimiento e implementación de las disposiciones internacionales y nacionales sobre la materia, el cual es importante para un cambio sustancial en la realidad penitenciaria.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Jurisprudencia Nacional

Sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente 1429-2002-HC/TC.

Jurisprudencia de la Corte IDH

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Serie B no.53

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso de la Cárcel de Urso Branco*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002, y Resolución de 29 de agosto de 2002.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Párr. 124

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

Corte IDH. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo, Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C.

Corte IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Vélez Looor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 198.

Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226.

Jurisprudencia Europea

TEDH, *Kudla v. Polonia*, No. 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, Reports 2000 XI, párr. 94.

Informes de la CIDH

CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humano en el Perú. OEA/Ser.L/V/II.106. 2 de junio de 2000.

CIDH. Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, Republica del Perú. OEA/Ser.L/V/II.118. 9 de octubre de 2003.

Doctrina

Ávila, J. (2011). *El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo: Problemas, orientaciones, retos y perspectivas*. Revista electrónica. Año 1 N°1. CEDP-USMP. Recuperado de: http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_der echo_penitenciario/revista/jose_avila_herrer a.pdf

Cobo, S. Derecho de Ejecución de la Pena. Capítulo 16. Enero 2014. Recuperado de: Derecho de la PUCP.

<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2016.%20MANUAL%20Reforma%20Enero2014.pdf>

Courtis, Chr. (2008). *Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales: la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del artículo 26 de la convención americana sobre Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM. pp.361 – 438.

Coyle, A. (2002). *La administración penitenciaria en el contexto de los Derechos Humanos*. Londres, Reino Unido: International Centre for Prison Studies.

Defensoría del Pueblo (2000). *Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad/1998 – 1999*. Lima, Perú: ACNI.

Defensoría del Pueblo (2003). *Informe sobre el establecimiento penitenciario de régimen cerrado especial de Challapalca*, Informe Defensorial N°73.

Defensoría del Pueblo. (2011). *El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas*. Programa de asuntos penales y penitenciarios adjuntía para los Derechos Humanos y las personas con discapacidad, Informe Defensorial N° 154-2011/DP, pp. 26-2.

Gonzales, J.M. (2008). *Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales: la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. ¿Son vinculantes los dictámenes del comité de derechos humanos de las naciones unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso*. México: Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM. pp. 105-135.

Martínez, J. (2006). *El derecho a la salud: un derecho social esencial. Derechos y libertades: revista de filosofía del derecho y Derechos Humanos*. Número 14. pp. 132-134. Recuperado de: <https://www.dykinson.com/cart/download/numeros/4/>

Solis, A. (2008). *Política Penal y Política Penitenciaria*. Lima: Departamento Académico de

MANIFESTACIONES DE INSTITUCIONES MAQUIAVÉLICAS DEL DERECHO PENAL A LA LUZ DEL DELITO DE CONSPIRACION EN EL TRAFICO

MANIFESTATIONS OF MAQUIAVELIC INSTITUTIONS OF CRIMINAL LAW IN THE LIGHT OF THE CRIME OF CONSPIRACY IN ILLICIT DRUG TRAFFICKING

Carlos Augusto Bellodas Ticona

“Una conducta resulta razonable penar, empero un pensamiento no resulta ni razonable ni penable”

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. CONSPIRACIÓN.
3. DERECHO COMPARADO.
4. ITER CRIMINIS Y LA CONSPIRACIÓN.
5. CONSPIRACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.
6. PRINCIPALES TENDENCIAS MAQUIAVÉLICAS DEL DERECHO PENAL MODERNO
7. CONSPIRACIÓN DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EXPRESIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS MAQUIAVÉLICAS DEL DERECHO PENAL.
8. CONCLUSIONES.
9. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el presente artículo abordaremos una de las tantas figuras delictivas referidas al Tráfico Ilícito de Drogas, en concreto, lo referente a la Conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas; primeramente procederemos una aproximación al término de Conspiración, para subsecuentemente hacer un contraste y estudio del presente tipo penal conforme al derecho comparado y derecho supranacional; asimismo, un breve recuento de diversas figuras jurídicas maquiavélicas del Derecho Penal moderno, que a nuestro criterio no son compatibles con un Estado Constitucional de Derecho, empero han ido legitimándose en nuestra normativa interna, para finalmente llevar a contrastar la Conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas como una clara expresión de instituciones que hoy por hoy en nuestra realidad jurídica se vienen legitimando, es decir, de una manifiesta expresión de un Derecho Penal del Enemigo, un Derecho Penal de Tercera Velocidad e instituciones similares, análisis y crítica dirigidas en torno a una regresión a un Derecho Penal de Autor, cuyos lineamientos son de tiempos anacrónicos, empero, el legislador optó por preverla como un hecho punible.

PALABRAS CLAVES

Conspiración / Tráfico Ilícito de Drogas / Derecho Penal de Autor / Derecho Penal de Acto / Derecho Penal del Enemigo / Derecho Penal de Tercera Velocidad / Nuevo Derecho Penal Autoritario

ABSTRACT

In this article we will deal with one of the many criminal figures related to Illicit Drug Trafficking, specifically, regarding the Conspiracy in Illicit Drug Trafficking; first we will proceed an approximation to the term of Conspiracy, to subsequently make a contrast and study of the present criminal type according to comparative law and supranational law; likewise, a brief account of various Machiavellian juridical figures of modern Criminal Law, which in our opinion are not compatible with a Constitutional State of Law, however they have been legitimized in our internal regulations, to finally lead to contrast the Conspiracy in the Illicit Trafficking of Drugs as a clear expression of institutions that today in our legal reality have been legitimized, that is to say, of a manifest expression of a Criminal Law of the Enemy, a Criminal Law of Third Speed and similar institutions, analysis and criticism directed around a regression to a Criminal Law of Author, whose guidelines are of anachronistic times, however, the legislator opted to anticipate it as a punishable fact. Content: on of the rights of these inmates is analyzed.

KEY WORDS

Conspiracy / Illicit Trafficking in Drugs / Criminal Law of Author / Criminal Law of Act / Penal Law of the Enemy / Criminal Law of Third Speed / New Criminal Law Authoritarian

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal resulta ser el último medio de control social² que se utilizará a fin de sancionar “conductas” realizadas por el hombre; en efecto, en la medida que una persona realice una conducta en tanto ponga en peligro o lesione un bien jurídico tutelado penalmente³, este medio se activa y conlleva como lógica consecuencia la represión de dicho accionar por parte del Estado en virtud de su *ius puniendi*; es ese sentido advertimos una primera aproximación a un primer término, denominado Derecho Penal de Acto⁴, es decir un Derecho Penal destinado a perseguir e imponer una sanción a aquellas personas que con su accionar (u omisión) –pero una exteriorización de su conducta en el mundo fenomenológico- alteran el orden social, estrictamente, al lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos; nuestro Derecho Penal Peruano, cuenta con diversas figuras delictivas, tales como la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas que manifiesta un sobre adelantamiento de las barreras de punibilidad, es decir antelar la punición de conductas – es más, resultan en algunos casos meros pensamientos – antes de una clara y evidente lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; pues bien en este artículo, nos avocaremos a un análisis de la problemática de la Conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas, que *a priori* señalamos que resulta ser una clara expresión de un Derecho Penal del Enemigo e instituciones afines, en cuyas líneas posteriores procederemos a explicar y sentar los lineamientos de nuestra postura.

II. CONSPIRACIÓN

Para definir y realizar una primera aproximación al término de conspiración el Diccionario de Real Academia de la Lengua Española⁵ la definió como, la “acción de conspirar”, para tal efecto, el mismo diccionario nos consigna que conspirar consta de 04 acepciones⁶, sin embargo para efectos del presente acuñamos las siguientes: “1. Dicho de varias personas: Unirse contra su superior o soberano. 2. Dicho de varias personas: Unirse contra un particular para hacerle daño. 3. Dicho de dos o más cosas: Concurrir a un mismo fin.”; ahora bien, acercándonos a una definición jurídica, el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales⁷ lo definió como, “la conspiración para la rebelión o la sedición configura delito”, *a priori*, se advierte que conspiración es aquella unión de pensamientos para atentar contra un soberano⁸; sin embargo, aún no abordamos un concepto que nos de mayores luces; el Diccionario Jurídico Elemental⁹ lo define como “la conjuración o confabulación de varias personas contra alguno, con el objeto de perderle o causarle daño”.

En nuestro ámbito nacional, Jorge Pérez López¹⁰, nos indicó que la conspiración es cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito (...). Combinación, confederación entre dos o más personas con el propósito de cometer, por sus esfuerzos conjuntos algún acto ilegal o criminal”; mientras que en el ámbito extranjero, el

² *Ultima ratio* del Derecho Penal, característica intrínseca de un Derecho Penal, en el entendido, que solo entra a tallar cuando los demás medios de control social –sea formales o informales- no han podido solucionar el problema, es considerado por muchos como el más violentos de los mecanismos que posee un estado, debido a que por intermedio de su *ius puniendi* sanciona a quien infringe sus disposiciones con restricciones de derechos, tales como la libertad. Cfr. VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grigley. 2013. p. 93.

³ En virtud al Principio de Lesividad previsto en el Título Preliminar del Código Penal Peruano.

Artículo IV.- Principio de Lesividad

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley

“Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.”

⁴ Denominado también Derecho Penal de Hecho, Derecho Penal de Conducta.

⁵ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en < <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=conspiraci%C3%B3n> > [Consulta el 06 de junio del 2018]

⁶ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en < <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=AQt8qH1> > [Consulta el 06 de junio del 2018]

⁷ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, disponible en < https://conf.funog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf > [Consulta el 06 de junio del 2018]

⁸ Conforme a dicho razonamiento, la legislación holandesa junto con la francesa, castigan únicamente cuando se realizan conductas tendientes a atentar contra un Gobierno o contra el Estado, debido a que ponen en peligro la seguridad de un estado, de modo que resulta ser idóneo intervenir antes que se concreten dichas conductas. En extenso, POLITOF, Sergio. *La Conspiración para cometer delitos Previsto en la Ley sobre Tráficos de Estupefacientes*. Revista Chilena de Derecho. 1997. Vol. 24, pp. 448 y ss. Disponible en < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649933.pdf> > [Consultado el 06 de junio del 2018]

⁹ Diccionario Jurídico Elemental, disponible en < <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf> > [Consulta el 06 de junio del 2018]

¹⁰ PEREZ LOPEZ, Jorge. *Actos Preparatorios, Tentativa y Consumación del Delito*. Lima: Gaceta Juridica. 2017. p. 54.

connotado maestro Claus Roxin¹¹, quien haciendo un análisis del Código Penal Alemán, la define como el acuerdo o unión de voluntades de al menos dos personas para la comisión conjunta (en coautoría) de un delito grave determinado en lo sustancial en sus rasgos básicos, un elemento trascendental que considera el profesor Roxin¹², es referido a la seriedad del acuerdo de voluntades; mientras que su compatriota y connotado profesor Jescheck¹³, lo denomina como acuerdo para cometer un delito grave, que se presenta cuando menos con dos personas resuelven un plan delictivo común.

Sentando una postura, podemos señalar que conspiración resulta ser la unión de pensamientos de más de dos personas, destinadas a planificar la realización de un evento delictivo, es decir un acuerdo de voluntades que posean una entidad suficiente para perpetrar un hecho delictivo, empero lo resaltante e importante es que estos solos son dichos, pensamientos, ideas referidos al modo, forma de ejecución, procedimientos de como poder perpetrar un delito determinado.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Resulta pertinente, antes de continuar a realizar un análisis y crítica de la previsión legal en nuestra normativa interna de la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas hacer un estudio respecto a cómo el derecho comparado ha previsto en sus códigos penales la figura de conspiración, y si –al igual que el nuestro– resulta punible dicha figura.

✓ **Código Penal Chileno.**

El cuerpo sustantivo penal chileno a comparación del nuestro hace atinencia en su parte general lo referido a cuestiones preliminares respecto a que debemos entender

cuando hacemos mención a “conspiración”, para tal efecto, en su artículo N° 08 dispuso lo siguiente:

*“Artículo. 8° La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente. La conspiración **existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.** La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas.”* (negrita y subrayado nuestro).

La institución jurídica en comentario se encuentra expresamente en cierto tipo penales, de manera que conforme al estricto principio de legalidad, solo determinados delitos en las cuales expresamente la figura jurídica de conspiración, tales como la conspiración contra el estado, previsto en el artículo 106¹⁴ del mismo cuerpo normativo.

Respecto a la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas, Chile cuenta con leyes penales diferentes a su Código Penal, tal como la Ley 20000¹⁵, es aquella que conceptualiza cuales son los delitos y sus respectivas penas referidos al Tráfico Ilícito de Drogas, la cual se prevén diversos tipos penales en torno al Tráfico de drogas; siendo resaltante el artículo 17 de la citada ley, que añade, “La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado.”; pues bien, como se resalta en la normativa chilena también se encuentra penado la conspiración para todos los delitos en torno al Tráfico Ilícito de Drogas, sin embargo, cabe hacer la siguiente interrogante, ¿Cuál habrá sido la ratio a fin que el legislador chileno disponga la penalización de dicha “conducta”? Sergio Politoff¹⁶, quien

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Especiales Formas de aparición del delito. Traducción de Diego Lunzon Peña; Jose Paredes Castañón, Miguez Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas. Tomo II. 2003. pp. 400 – 401.*

¹² *Ibidem.*, pp. 401-403.

¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Lima: Instituto Pacífico. 1996 vol. II. p. 1052*

¹⁴ **Código Penal Chileno**

Artículo

Todo el que dentro del territorio de la República conspirare contra su seguridad exterior para inducir a una potencia extranjera a hacer la guerra a Chile, será castigado por presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. Si se han seguido hostilidades bélicas, la pena podrá elevarse hasta el presidio perpetuo calificado. Las prescripciones de este artículo se aplican a los chilenos, aun cuando la conspiración haya tenido lugar fuera del territorio de la República.

¹⁵ Ley N° 20.000. Ley que sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de estupefacientes y Sustancias Sicotropica, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005.

¹⁶ Politoff, Sergio. *Op. Cit. pp. 453 y ss.*

comentando la antigua Ley de Tráfico de drogas, la ley 19.366, mencionaba que uno de los fundamentos de dicha ley era la colaboración internacional que posibilite la extradición, en especial con los países de derecho *Common Law*, sin embargo, ello desde una perspectiva política criminal y desde los principios del Derecho Penal, no resulta ser fundamento valedero a fin de una injerencia prematura del legislador en la esfera privada de una persona; finalmente, cabe señalar que la pena que le espera a un conspirador, resulta ser disminuida en un grado, esto cuanto menos es un acierto en la citada ley.

✓ Código Penal Alemán

El antiquísimo Código Penal Alemán, prevé en su Parte General la conspiración de la siguiente forma:

§ 30. *Tentativa de participación*

(1) *Quien intente determinar a otro a cometer un crimen o instigarle a ello, será castigado conforme al precepto sobre tentativa de crimen. Sin embargo, se debe atenuar la pena según el § 49, inciso 1. El § 23 inciso 3 rige en lo pertinente.*

(2) *Del mismo modo será castigado, quien conspire o se concierte con otro, para cometer un delito grave o para inducir a hacerlo”*

La figura de Conspiración se encuentra –al igual que en Chile- en su Parte General, esta forma de cometer delitos se encuentra reservada entonces solo para aquellos casos en que conste acuerdos de voluntades para cometer solo delitos graves.

✓ Código Penal Español.

Este cuerpo normativo dispuso la figura de conspiración en su Parte General al igual que los dos cuerpos normativos precedentes, conforme a su artículo 17°, concibe como conspiración:

“1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la

ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley.

Puniendo delitos con dicha institución jurídica tales como el homicidio, robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, secuestros, entre otros; siempre con penas disminuidas en torno a un delito consumado.

✓ Código Penal Boliviano.

Este cuerpo normativo hace mención en su artículo 126° que Conspiración, es cuando “(...) *El que tomare parte en una conspiración de tres (3) o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será sancionado con la pena del delito que se trataba de perpetrar, disminuida en una mitad*”; es decir, conspirar en delitos de rebelión y sedición, previsto en los artículos 125° y 126° respectivamente del código acotado¹⁷.

Lo resaltante de este código que solo se sanciona la conspiración en aquellos acuerdos de voluntades destinados a poner en peligro el orden del gobierno, y que su punición resulta ser disminuida en una mitad, resultando ser lógica dicha disminución de pena, por cuanto no se ha materializado actos algunos; cuestión importante es que no se sanciona la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas.

Advertimos una primera observación, de las legislaciones extranjeras, las tres primeras toman en consideración a la Conspiración en su Parte General de su Código Penal, que a nuestro criterio resulta ser lo más saludable, por cuanto es en dicho apartado donde se analizan características comunes de todos los delitos desarrollados en la parte especial, tales como la participación, autoría, concurso de delitos, entre otras; en virtud a lo esgrimido, a nuestro entender la única razón para que el legislador no haya previsto en la parte general tal institución sería que esta figura no es muy usual ni común en todos los delitos,

¹⁷ Código Penal Boliviano

Artículo 125. (DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE REBELIÓN Y SEDICIÓN)

En caso de que los rebeldes o sediciosos se sometieren al primer requerimiento de la autoridad pública, sin haber causado otro daño que la perturbación momentánea del orden, sólo serán sancionados los promotores o directores, a quienes se les aplicará la mitad de la pena señalada para el delito.

a lo sumo aparecen en 3 tipos penales¹⁸, pensar de modo contrario hubiese sido un desacierto por parte de los padres de la patria.

Finalmente, es importante señalar la normativa supranacional, el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas Ginebra¹⁹ de 1936, es el primer cuerpo normativo donde se reconoce la conspiración en el tráfico ilícito de Drogas, es en su artículo 2, literal c) que señala: “*La confabulación para cometer uno de los delitos citados anteriormente*”, delitos en torno al tráfico de estupefacientes, dicho convenio es la primera aproximación a la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas; por otro lado, en el año 1961, se promulgo la Convención Única sobre Estupefacientes²⁰, que es el instrumento internacional, que ha venido erigiéndose como uno de los principales normas supranacionales en torno al Tráfico Ilícito de Drogas, en cuyo artículo 36, referido a las “*Disposiciones penales*”, constriñe a las partes a adoptar las medidas necesarias a fin que se consideren como delitos el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, entre otras; asimismo, en su inciso 2), literal a), apartado 2 estableció que “*La participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos delitos, así como la tentativa*

de cometerlos, los actos preparatorios y operaciones financieras, relativos a los delitos de que trata este artículo, se considerarán como delitos, tal como se dispone en el inciso 1²¹”, pues bien, se estipula nuevamente un marco internacional que penaliza la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas, sumado a los tratados nombrados, se encuentra el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas²², cuya redacción es similar a la convención precedente, y finalmente la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, convenio cuyo propósito es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional, y cuyo artículo 3, referido a los “*Delitos y sanciones*”, en la que dispuso que “*cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente*”, dentro de las cuales nuevamente observamos que se pena la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas, en su literal b), apartado iv) lo siguiente “*iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo*

¹⁸ En nuestra Normativa penal se prevé la figura de Conspiración en los siguientes tipos penales:

Artículo 108°-D.- La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años:

1. Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato.
2. Quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, si las conductas antes descritas se realizan con la intervención de un menor de edad u otro inimputable

Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas

(...) El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

Artículo 349.- Conspiración para una rebelión, sedición o motín

Conspiración para una rebelión, sedición o motín Artículo 349°.- El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

¹⁹ Celebrado el 26 de junio de 1936.

²⁰ ENMENDADA POR EL PROTOCOLO DE 1972 DE MODIFICACIÓN DE LA CONVENCION ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES

²¹ “I) Cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto;”

²² **Artículo 22. Disposiciones penales**

1. a) A reserva de lo dispuesto en su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio y dispondrá lo necesario para que los delitos graves sean sancionados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

b) No obstante, cuando las personas que hagan uso indebido de sustancias sicotrópicas hayan cometido esos delitos, las Partes podrán, en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o, además de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 20.

2. A reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva, el sistema jurídico y la legislación nacional de cada Parte:

a) i) Si se ha cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1, cada uno de esos actos será considerado como un delito distinto;

ii) *La participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos actos, así como la tentativa de cometerlos, los actos preparatorios y operaciones financieras relativos a los mismos, se considerarán como delitos, tal como se dispone en el párrafo 1;*

iii) Las sentencias condenatorias pronunciadas en el extranjero por esos delitos serán computadas para determinar la reincidencia; y

iv) Los referidos delitos graves cometidos tanto por nacionales como por extranjeros serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte en la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado. (cursiva nuestro)

dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.”; en síntesis, en el marco internacional desde 1936, la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas tiene asidero normativo, constrañendo a las partes que en su normativa interna lo prevean como delito; sin embargo, es importante resaltar que la sola existencia de un Convenio entre diversos países que se obligan a penar la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas es la única razón para dicha punición, a nuestro criterio debe tenerse en consideración también al momento de prever o no en su normativa interna los preceptos legales antes referido, los principios fundantes de su Derecho Penal y asimismo ha de tenerse en cuenta la política criminal que adoptara cada estado, pues el solo hecho que se constraña con los convenios citados no son los únicos fundamentos para tipificar como delito la conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas en la normativa interna.

IV. ITER CRIMINIS Y LA CONSPIRACIÓN

Se entiende como el *iter criminis* al proceso o momentos cronológicos, históricos que conducen a la comisión de un delito, es decir, el camino criminal, conducto criminal, dividido en dos aristas, por un lado la fase interna, aquella desarrollada en la mente o psiquis del autor, cuyo matiz es netamente subjetivo, denominada Fase Interna, está comprende las siguientes etapas: **a)** ideación, en esta primera etapa el sujeto se imagina la comisión de un delito; **b)** deliberación, en esta etapa el sujeto delibera o sopesa haciendo un análisis de costo y beneficio para realizar el delito; y **c)** decisión criminal, la última etapa de la primera fase, en esta el sujeto luego de haber realizado un análisis considera que cometer el delito tiene más beneficios y decide subjetivamente –es decir en su interior– realizar el delito, fase que a todas luces resulta ser impune a virtud al principio²³ “*cogitationis poenam nemo patitur*”, cuya traducción al español es “no es punible el pensamiento”, toda vez que dicha fase interna, al desarrollarse dentro del autor no manifiesta una lesión ni peligro a un bien jurídico protegido, máxime

que al Derecho Penal no le interesan los *cogitations*, porque es su esfera privada del sujeto²⁴; mientras que la segunda es la fase externa, la cual es una exteriorización de lo ideado, deliberado y pensando por el criminal, manifestándolo en el mundo exterior, comprende las siguientes: **a)** Los actos preparatorios, en esta etapa el sujeto emprende su plan crimina, buscando u los medios que le sean posibles para cometer el delito pensado, que por regla general son impunes, por cuanto son conductas equívocas, que no se tiene certeza que podrán vulnerar tal cual algún bien jurídico, empero hay excepciones, el legislador en algunas situaciones opto por penalizar actos preparatorios por razones estrictas de política criminal, que considero adecuado anticiparse a una lesión del bien jurídico, en torno a esta etapa se puede sub- dividir²⁵ en Conspiración, Proposición y Provocación, cabe señalar que respecto mucho se ha criticado la legitimidad de penalizar actos preparatorios, Zaffaroni²⁶ haciendo un análisis del Código Penal Argentino, señala como dudosa la constitucionalidad de algunas figuras preparatorias punibles; **b)** tentativa –sea acabada o inacabada–, son aquellos actos que dan inicio a la actividad ilícita pero que no llega a la consumación, sea por factores voluntarios o involuntarios; **c)** consumación, es la realización del tipo penal con todos sus elementos, y **d)** agotamiento (denominada consumación material), cuando el sujeto al margen de haber realizado todos los elementos que el tipo penal exige, logra una determinada finalidad.

Pues bien, la conspiración tiene una naturaleza jurídica de ser una forma de pensamiento manifestado, la cual está comprendida en el ámbito de los actos preparatorios, por cuanto surge en una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, quedando ubicada entre la ideación impune y la tentativa; ahora bien, establecido que resulta ser una manifestación de acto preparatoria, resulta traer a coto la siguiente pregunta, ¿Es razonable penar, cuando Pedro y Juan, conversan respecto a una posible comisión de delito de tráfico, refieren ambos que lo promoverán en enero del 2018, la comercialización de marihuana, por medio del taxi de Pedro, quien lo conducirá y

²³ Principio acuñado por el Ulpiano, en el derecho Romano.

²⁴ Jakobs señala que un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común. JAKOBS, Gunter, Op Cit. 1997. p 297.

²⁵ LOPEZ, Jorge. Op. Cit. pp. 53 y ss.

²⁶ Véase al respecto ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar. 2011, p. 639.

Juan será quien entregue y cobre por la venta de dichas drogas?, al respecto, la pregunta citada será respondida en el desenvolvimiento ulterior del presente artículo.

V. CONSPIRACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

La descripción típica de la figura es la siguiente:

“Artículo 296°.- Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1), 2) y 4).

El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

El que introduce al país, produce, acopie, provee, comercialice o transporte materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento, y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa (negrita nuestra)

La Corte Suprema de Justicia de la Republica²⁷, ha señalado que los actos de conspiración, *“constituyen una forma de coautoría anticipada por la que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven realizarlos –en este caso para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas-, por lo que sólo tendrán esa condición los que piensan intervenir como autores en fase ejecutiva del referido delito y reúnen las condiciones requeridas para ello; que, por consiguiente, como son formas de participación intentada en el delito o formas preparatorias punibles de la participación”*

El profesor Peña Cabrera²⁸, definió a la Conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas *“cuando dos o más personas conciertan promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas”*; ahora bien, al margen de cuestiones teóricas acuñadas por uno u otro autor, cabe resaltar la importancia o no que tiene penalizar estos actos preparatorios de cara a un Estado Constitucional de Derecho, que busca una protección a la Salud Pública, empero ello no debe coactar los pensamientos o ideas exteriorizados con palabras entre personas en torno al tráfico ilícito de drogas, que de ningún modo ponen de manifiesto algún peligro o lesión al bien jurídico anotado, por tanto, entendemos que dicho tipo penal no guarda consonancia con el principio de lesividad ni mucho menos en salvaguarda de un Derecho Penal de Mínima Intervención.

VI. PRINCIPALES TENDENCIAS MAQUIAVÉLICAS DEL DERECHO PENAL MODERNO

a. Derecho Penal del Enemigo

En mayo de 1985, en la ciudad Alemana de Frankfurt, se desarrolló un congreso de penalistas alemanes, el profesor Günter Jakobs²⁹, presenta su construcción teórica del Derecho Penal, quien realizando un análisis tanto a la parte general como a la parte especial de su código considerada la existencia de dos Derecho Penales que coexisten³⁰; por un lado un derecho

²⁷ Recurso Nulidad N°2350-2009, 10 de marzo del 2010, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

²⁸ PEÑA CABRERA, Alonso. Derecho Penal - Parte Especial, Lima: Idemsa. 2013, Tomo IV, p. 92

²⁹ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Jakobs, Günther*, "Estudios de Derecho Penal", Madrid: Civitas. 1997, pp. 293 a 324

³⁰ Manifiesta Jakobs, que son dos polos o tendencias de la regulación del Derecho Penal. Por un lado, el trato con el ciudadano, al que se espera hasta que exteriorice un hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad; mientras que por otro lado el

Penal de ciudadanos, que es aquel que ocasionalmente ha infringido el derecho, quien puede seguir conviviendo en sociedad, por cuanto no representa un grave riesgo para la sociedad, mientras su contrapartida, el Derecho Penal del Enemigo³¹, que contrapone el termino de ciudadano por el de enemigo, siendo aquella persona que ha se ha apartado del Derecho y negó la vigencia de la norma, y por un tiempo duradero no ocasiona, ni esporádico, no garantiza una seguridad a la sociedad, sino por el contrario es un peligro latente para ella.

Las principales características³² son las siguientes:

- ✓ Se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual- retrospectiva (punto de referencia: hecho cometido).
- ✓ Las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada.
- ✓ Determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas.

b. Derecho Penal de Tercera Velocidad

El profesor español Jesus-Maria Silva Sanchez, asegura que el Derecho Penal Moderno, es decir un derecho Penal

propio de las sociedades posindustriales ha sufrido un cambio, una expansión del mismo, que obedece al surgimiento de *nuevos bienes jurídicos*³³ que se pretende proteger que muchas veces ello responde al clamor social³⁴ de una ampliación de protección penal que ponga fin –al menos parcialmente- la latente sensación inseguridad, que muchas veces resulta ser contraproducente a un Derecho Penal Mínimo³⁵, un derecho penal de *ultima ratio* se convierte manifiestamente en un Derecho Penal de primera ratio; el profesor citado elaboro su tesis de un derecho de tres velocidades³⁶, la primera velocidad para un Derecho Penal de Carcel, en el cual se mantienen los principios políticos-criminales clásicos, reglas de imputación y principios procesales, la segunda velocidad, para aquellos casos que la cárcel no es usada, sino se utiliza penas privativas de derecho o penas pecuniarias, cas principios y reglas se flexibilizarían proporcionadamente dada su menor intensidad de sanción, para finalmente un Derecho Penal de Tercera Velocidad, caracterizado por un Derecho Penal de Cárcel, que concurren una amplia relativización de garantías políticos criminales, reglas de imputación y criterios procesales., cuyo derecho penal acepta su existencia en amplia medida en el ámbito socio-económico, que guarda estrecha relación con el Derecho Penal de Enemigos pregonado por Jakobs.

c. Nuevo Derecho Penal Autoritario:

Líneas arriba se abordó (supra 6.1.) el tema referido al Derecho Penal del Enemigo, el catedrático español Muñoz Conde, en su momento también esbozo

trato con el enemigo que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. En *Jakobs, Günther; Cancio Melia, Manuel*. "Derecho Penal del Enemigo", Madrid: Civitas. 1997, pp. 42 - 43.

³¹ Al margen que su *nomen iuris* "Derecho Penal del Enemigo" sea una contradicción en sus términos, tal como lo profesa Cancio Melia, véase al respecto CANCIO MELIA, Manuel. Seguridad ciudadana y Derecho Penal del Enemigo. En *Gaspar, Angel; Martine, Raul* "Estudios de Política Criminal y Derecho Penal". Lima: Gaceta Jurídica. Tomo I. 2015, pp. 130

³² CANCIO MELIA, Manuel. Derecho Penal de Enemigo. En *Jakobs, Günther, Cancio Melia, Manuel*. Op. Cit. 79 – 81

³³ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. La expansión del Derecho Penal. Madrid: Civitas. 2001. p. 25

³⁴ Véase al respecto Ibidem. pp. 32 – 42.

³⁵ Derecho que pretende proteger los derechos fundamentales de las personas, mientras que su principal antagonista es un Derecho Penal Máximo, que se caracteriza por ser ilimitado y excesivo, cuya severidad es un pilar fundamental y su *ius puniendi* resulta totalmente descontrolado, véase al respecto en FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. En Prevención y Teoría de la Pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur. 1995. Cuyo antagonista es un Derecho Penal Máximo.

³⁶ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. Op. Cit. pp. 161 y ss.

ideas en referencia al tema, bajo su propia acepción; considera que el Derecho Penal de por sí es autoritario, es más, añade que es la rama más autoritaria del Ordenamiento Jurídico, y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social, cuya característica especial es la de ser un sistema represivo, cuya instrumento principal es la violencia, tanto de las cuestiones que se ocupa (delitos) como en la forma como los pretende solucionar³⁷, concibiéndolo como un Nuevo Derecho Penal Autoritario, quien también critica que esta forma del Derecho Penal se ha colado por la puerta falsa de un Ordenamiento Jurídico, que ha vulnerado derechos humanos fundamentales que era barreras del *ius puniendi*, motivo por el cual si bien es inevitable opta por denunciar este Derecho Penal, calificando como una situación urgente y necesaria³⁸; este sistema se encuentra caracterizado por anteponer el valor de seguridad frente a cualquier otro valor, tales como la libertad; por otro lado asume que el Derecho Penal vive en una contradicción íntima, que inherente a su propia naturaleza; por un lado busca la máxima eficacia en la prevención y castigo de los delitos; por otro, pretende llevar a cabo dicha tarea respetando, al mismo tiempo, los derechos fundamentales y las garantías del imputado, que en cualquier momento se tensará y consecuentemente romperá en favor del primero³⁹, resulta dicha cuestión una materia contraproducente del Derecho Penal, que conforme al criterio del connotado jurista se sopesa mucho más el primero que el segundo, de manera que se evidencia un autoritarismo expresado en la criminalización de conductas antelando la vulneración de un bien jurídico, quien también advierte la presencia de derecho penal

Autoritario haciendo mención a la coyuntura posterior a los atentados del 11 de setiembre del 2001 en Estados Unidos y la política criminal Neoyorquina tomada en los años 90 denominada tolerancia cero, política pugnada por su alcalde como “Ley y Orden”⁴⁰.

d. Derecho Penal de Autor:

El Derecho Penal ha sufrido diversas mutaciones⁴¹ con el devenir del tiempo, en tiempos pretéritos se concebía que sancionaba al autor por su condición de tal, es decir por sus características propias e inherentes del mismo, no importándole si ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos, sino con su condición de tal se le reprimía a fin de evitar que en momentos ulteriores pretenda cometer una acción delictiva, es decir era altamente preventiva y antelada su actuación; mientras que su antagonista es el Derecho Penal de acto, aquel destinado a solo sancionar en la medida que se lesione o ponga en riesgo un bien jurídico.⁴²

Ahora bien, una vez ya esbozado preliminarmente ideas principales en tórnos a las diversas concepciones del Derecho Penal, así como haber identificado y descrito sus características, resulta de mayor trascendencia tal como en su momento lo señaló el profesor Muñoz Conde⁴³, realizar un análisis de la compatibilidad de dichas construcciones con el marco de un estado Constitucional de Derecho, ya que en palabras del profesor citado “*una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos y otra cosa es pensar las consecuencias de las que ella se puedan derivar*”⁴⁴, en concreto, en el apartado siguiente realizaremos un análisis en torno a la Conspiración de Tráfico Ilícito de drogas y una examen si resulta compatible a un Estado Constitucional de Derecho.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo Derecho penal autoritario. *Nuevo Foro Penal*, 2003 n. 66, p. 13, Disponible en: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3820>>. [Consulta el 07 de junio del 2018]

³⁸ *Ibidem.*, p. 14.

³⁹ *Ibidem.*, pp. 19 -20.

⁴⁰ Al respecto, véase en extenso en *Ibidem.*, pp 20 – 24 y 32-39 respectivamente.

⁴¹ Véase en extenso la historia de esta figura en el libro GÓMEZ MARTÍN, Víctor., *El Derecho penal de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.

⁴² Cfr. VILLAVICENCIO, Felipe, Op. Cit. p. 10; ZAFFARONI, Eugenio. Op Cit. pp. 49-51.

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 28.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 29.

VII. CONSPIRACIÓN DE TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS EXPRESIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS MAQUIAVÉLICAS DEL DERECHO PENAL.

Una vez internalizado las diversas concepciones de instituciones maquiavélicas del Derecho Penal, corresponde hacer un análisis de la compatibilidad de la Conspiración en el Tráfico Ilícito de drogas, pues del análisis del tipo penal citado se advierte palmariamente dos características principales del Derecho Penal de Enemigo, en adelantamiento de las barreras de punibilidad, debido a que se está penando meras confabulaciones entre personas que no han hechos más que maquinar o reunir ciertas ideas con fines de tráfico, empero no pusieron en ejecución ninguno de esos actos, resultando ser un despropósito total, coincidiendo con Peña Cabrera⁴⁵ que refiere, que resultaba suficiente la punición de los actos preparatorios previsto en los artículos 296-A, por cuanto se está penalizando la sola confabulaciones entre dos o más personas, así como la desproporcionalidad de la pena, cuya pena oscila de 05 a 10 años, si bien se penaliza meras ideas, por lo menos hubiese resultado lógico una pena conminada mucho más baja, no una pena que conforme a nuestro ordenamiento procesal *a priori* sería de carácter efectiva, es pues, que a todas luces encontramos una manifestación de dicha institución⁴⁶ en nuestro sistema penal; engarzando lo esgrimido líneas arriba, acabe agregar que resulta ser una expresión clara también de una Expansión del Derecho Penal, propio de un Derecho Penal de Tercera Velocidad; finalmente corresponde señalar que, a nuestro criterio resulta que punir esta conducta, vulnera, conculca, menoscaba, el principio "*cogitationis poenam nemo patitur*"; motivo por el cual se colige que nos encontramos ante un Derecho Penal de Autor, que es un derecho penal que busca neutralizar a un enemigo, mas no a un ciudadano como diría Gunter Jakobs; y si bien hoy por hoy si nos preguntamos, ¿es posible legitimar un derecho

penal del enemigo o un derecho de tercera velocidad? La respuesta está dada, está legitimado dicho derecho⁴⁷, sin embargo, cabe hacer mención que ello puede o mejor dicho está dando pie a que el Derecho Penal intervenga muy anteladamente, llegando a extremos de punir ideas comunes que si bien englobarían ciertas maquinaciones tendientes a la comisión de actos de tráfico de droga en si no conllevan a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, debido que solo se concretan para la comisión de un delito, distinto resulta ser su comisión, para cuyos baremos escapan de esta figura delictiva; pues si bien con el uso del derecho Penal puede a priori señalarse un posible alto a la inseguridad que presenta un *enemigo*, sin embargo se está olvidando la *última ratio* del Derecho Penal, convirtiéndolo como derecho de *primera ratio*, no es la mejor forma de prevenir conductas y crear un aire de seguridad en la sociedad, cuestiones como mejorar la distribución de la riqueza peruana, obras para con la sociedad, mejora en el mercado laboral, son algunas de las medidas que pueden coadyuvar a una mejora de la sociedad; por lo que colegimos que no guarda consonancia con Estado Constitucional de Derecho, y mucho menos resulta ser razonable la punición de dichos tipos penales.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La conspiración resulta ser una forma de actos preparatorios destinados a maquinar, conjurar pensamientos entre dos o más personas que conjuran la comisión de un determinado delito, sin embargo, esta pertenece a la esfera privada del sujeto.

SEGUNDA.- En el ámbito supranacional por medio de diversos convenios se obligó a penalizar la conspiración en el Tráfico Ilícito de drogas, sin embargo, para optar por dichas criminalizaciones debe de considerarse los principios del derecho penal y se dichas figuras guardan consonancia con un estado constitucional de derecho.

⁴⁵ Peña Cabrera, Alonso. Op Cit. p. 91.

⁴⁶ Sin perjuicio de hacer mención que otras instituciones denotan una evidente expresión del Derecho Penal Maquiavélico Moderno, tales como las instituciones de reincidencia, habitualidad, proceso inmediato, entre otras.

⁴⁷ Muñoz Conde señala que con reformas y recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, con la violación de las garantías básicas del Estado de Derecho, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el "enemigo", pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse, sin darnos cuenta, un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras quien acuña la frase, la "*forma más grave de terrorismo es el terrorismo del Estado*", en esencia, no le falta razón, por cuanto, por medio de la utilización indiscriminada de las leyes el estado puede dominar como quisiese su *ius puniendi*. Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. p. 31.

TERCERA.- El delito de Conspiración en el tráfico ilícito de Drogas es una clara expresión de un Derecho Penal Maquiavélico moderno, que a todas luces conculca muchos principios del Derecho Penal.

CUARTA.- La esencia del derecho Penal es ser de ultima ratio mas no de primera ratio a fin de criminalizar meros pensamientos, el estado no debe buscar calmar el clamor social, sino debe buscar políticas de estado que brinde mayor seguridad a su con ciudadanía.

QUINTA.- El delito de conspiración en el Tráfico Ilícito de Drogas es una clara muestra que en nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta y legitima un Derecho Penal del Enemigo, o Derecho Penal de Tercera Velocidad, según la acepción político criminal que profesen.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

CANCIO MELIA, Manuel. Seguridad ciudadana y Derecho Penal del Enemigo. En *Gaspar, Angel; Martine, Raul* "Estudios de Política Criminal y Derecho Penal". Lima: Gaceta Juridica. Tomo I. 2015.

Diccionario Jurídico Elemental. Disponible en <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Jakobs, Günther*, "Estudios de Derecho Penal", Madrid: Civitas. 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. En *Jakobs, Günther; Cancio Melia, Manuel*. "Derecho Penal del Enemigo", Madrid: Civitas. 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Berlin: Instituto Pacífico. 1996 vol. II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo Derecho penal autoritario. Nuevo Foro Penal, 2003 n. 66, p. 13, Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3820>.

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3820>.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Disponible en <https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf>.

PEREZ LOPEZ, Jorge. *Actos Preparatorios, Tentativa y Consumación del Delito*. Lima: Gaceta Jurídica. 2017.

POLITOF, Sergio. *La Conspiración para cometer delitos Previsto en la Ley sobre Tráficos de Estupefacientes*. Revista Chilena de Derecho. 1997. Vol. 24. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649933.pdf>.

PEÑA CABRERA, Alonso. Derecho Penal - Parte Especial, Lima: Idemsa. 2013, Tomo IV,

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Especiales Formas de aparición del delito. Traducción de Diego Lunzon Peña; Jose Paredes Castañon, Miguez Diaz y Garcia Conledo; Javier de Vicente Remesal*, Madrid: Civitas. Tomo II. 2003.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. La expansión del Derecho Penal. Madrid: Civitas. 2001.

VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grigley. 2013

ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar. 2011,

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD: ¿REBAJA INCLUYENTE O EXCLUYENTE?

MANIFESTATIONS OF MAQUIAVELIC INSTITUTIONS OF CRIMINAL LAW IN THE LIGHT OF THE CRIME OF CONSPIRACY IN ILLICIT DRUG TRAFFICKING

Judith Beatriz
Huallpa Quispe

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.
- III. FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD.
- IV. ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO – PRINCIPIO DE IGUALDAD?
- V. EL CONTROL DIFUSO.
- VI. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD
- VII. CONCLUSIONES.
- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo versa sobre la responsabilidad restringida por edad, regulada en el artículo 22 del Código Penal peruano, la cual prohíbe la aplicación de su atenuación a ciertos delitos. Por ello, la autora acude a fundamentos doctrinales, así como jurisprudenciales de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional peruano para, por un lado, identificar y comprender su origen y, por otro, hacer un análisis jurisprudencial debido a los disímiles pronunciamientos de las Salas Penales y Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia. Cabe precisar que, se desarrolla el principio - derecho de igualdad y el Control Difuso como fundamentos jurídicos para la inaplicación del referido artículo.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad Restringida por edad / Determinación de la pena / Responsabilidad disminuida / Derecho a la Igualdad / Control Difuso

ABSTRACT

The following work relates about the restricted responsibility by age, which is regulated on the 22nd article of the Peruvian Criminal Code, the one that prohibits the application of its mitigation to certain crimes. Therefore, the author based this work on doctrinal foundations and jurisprudence of the Peruvian Supreme Court and the Peruvian Constitutional Tribunal so that, on the one hand, can identify and understand its origin and, on the other, make a jurisprudential analysis due to the dissimilar pronouncements of the Criminal and Constitutional Chambers of the Supreme Court of Justice. It's necessary to make a highlight on the fact that the principle-right to equality is developed, in addition with the Diffuse Control, as legal funds for the non-application of the aforementioned article.

KEY WORDS

Restricted responsibility by age / Determination of the punishment / Diminished responsibility / Right to equality / Diffuse Control.

I. INTRODUCCIÓN:

En el artículo 22° del Código Penal peruano se encuentra regulada la responsabilidad restringida por la edad, dicho artículo establece que el Juez podrá reducir la pena cuando la edad del autor oscile entre los dieciocho años de edad y los veintiún años de edad o si la edad del agente es mayor a los sesenta y cinco años al momento de realizar la conducta delictiva. Ello en razón a que las personas que se encuentran dentro del rango de edad señalado, no han alcanzado la totalidad de su madurez psíquica y física, por lo que su capacidad de imputabilidad se ve disminuida y, por ende, la pena a imponérselos deba ser reducida. Sin embargo, al referido dispositivo legal se le han agregado modificaciones, de tal manera que, en la regulación actual su aplicación se encuentre supeditada solo a determinados delitos.

En tal sentido, se analizará si tales excepciones a la regla de disminución de la responsabilidad penal por la edad del agente que cometió el hecho ilícito resultan constitucionalmente admisibles, o si constituirían una discriminación y por ende inconstitucional, con lo cual se requeriría su modificación o derogatoria, ello en razón a los existentes disímiles pronunciamientos de la Corte Suprema que presentan en sus ejecutorias y Acuerdos Plenarios, en los cuales se la califica como inconstitucional.

Por lo dicho, a lo largo del presente artículo nos dedicaremos a desarrollar y analizar brevemente algunos aspectos importantes de la responsabilidad restringida por edad. Comenzaremos describiendo cuál ha sido su origen y evolución en el Código Penal¹ peruano y, realizaremos una comparación entre el artículo 22 del CP peruano y el artículo 55 numeral 9 del CP colombiano; asimismo, analizaremos la fundamentación doctrinaria de la responsabilidad restringida por edad y la del principio - derecho de igualdad; así también, haremos un análisis jurisprudencial de los supuestos que refieren nuestro tema de investigación y finalmente enfatizaremos en modo de conclusiones los principales problemas por los que se atraviesa su aplicación en la praxis y nuestra posición al respecto. Ergo, el objetivo es el de servir de discusión para una futura y auténtica reforma penal.

II. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

En principio el artículo 22 del Código Penal de 1991 estableció expresamente, lo siguiente: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”.

[La disposición citada anteriormente, no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido. Empero, en el transcurrir del tiempo se realizaron cuatro reformas al referido artículo penal. De tal manera que los cambios legislativos fueron los siguientes:

- Ley N° 27024, publicada el 2.12.1998: En la cual se agregó al artículo 22 del Código Penal un segundo párrafo: “*Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*”.
- Ley N° 29439, publicada el 19.11.2009: En el primer párrafo se añade lo siguiente: “[...], salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo”.
- Ley N° 30076, publicada el 19.8.2013: Se anexa al segundo párrafo otros delitos excluidos los de “*homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado y apología*”.
- Decreto Legislativo N° 1181, publicada el 27.7.2015: En el segundo párrafo aumentó como delitos excluidos los de “*criminalidad organizada, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, genocidio, desaparición forzada y tortura*”.

¹ En adelante se usarán las siglas CP.

Como puede apreciarse, esta norma ya modificada actualmente se prescribe de la siguiente manera:

Artículo 22°.- Responsabilidad restringida por la edad: Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111°, tercer párrafo, y 124°, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

De otro lado, como lo menciona James Reátegui, podemos referir que la edad del imputado en tanto que ella hubiera influido en la conducta punible no es ajena a nuestra legislación, es menester mencionar que “la misma aunque con ligeros cambios se encuentra prevista en el Código Penal colombiano en su artículo 55, numeral 9, sobre Circunstancias de menor punibilidad, indicando lo siguiente: Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 9) Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”.²

Como se puede ver, la edad es un factor importante para definir la responsabilidad penal

de una persona, esta afirmación es fundamento para la atenuación de la pena en el Código Penal peruano y en el colombiano, sin embargo en este último no se hace una exclusión de tal atenuación por razón del delito cometido. Ello nos permite declarar que, en nuestra legislación penal peruana la edad se presenta como una circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal del autor, pero que dicha atenuación no puede ser aplicada a determinados delitos, tal aseveración nos deja más bien una percepción de una aplicación de un derecho penal del enemigo no resocializante, cada vez más lejos de la compleja determinación judicial de la pena en cumplimiento con sus fines y a las exigencias propias de los principios que rigen la legislación penal peruana, hallándose firmemente representado en la rigurosidad de la aplicación de la pena como mero mecanismo punitivo y, en consecuencia, coadyuvando a trazar una línea punitiva del Estado en aumento.

III. FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD

La doctrina autorizada hace alusión que el artículo 22 del Código Penal se erige en la culpabilidad. Ergo, para definir la responsabilidad restringida por edad, es menester precisar previamente sobre la imputabilidad, para tales efectos Muñoz Conde precisa “al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad”³. De otro lado, Bacigalupo agrega que “la capacidad de motivarse por el cumplimiento del Derecho determina que la realización del ilícito sea reprochable y esa capacidad depende de que el autor haya podido comprender el Derecho, comportarse de acuerdo con esa comprensión y haya podido conocer el Derecho”⁴. Además, el jurista argentino Eugenio Zaffaroni especifica que “el reproche debe ser de naturaleza jurídica y no ética”⁵.

Como puede apreciarse, bajo estos criterios, la culpabilidad, que está asociada al principio nulla poena sine culpa, se basa en que

² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Manual de Derecho Penal Parte General, 1° ed, Instituto Pacífico, Lima, 2014. pág. 1361.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. 3° ed, Temis, Bogotá, 2012, pág. 129.

⁴ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte general. 3ª reimpression, Temis, Bogotá, 1996, p. 147.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio R. Derecho Penal. Parte general. 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 653.

el autor de la infracción penal tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para que sus actos sean imputables, dicho en otras palabras, solo aquel sujeto que goce de tales facultades mínimas posee capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

En tanto, ya profundizando en la fundamentación doctrinaria sobre la responsabilidad restringida por edad, el profesor Iván Meini realiza una división de cinco etapas con respecto al tratamiento que la legislación penal peruana concede a la responsabilidad penal por razón de la edad: “(i) menores de catorce años, (ii) adolescentes entre de catorce y dieciocho años; (iii) mayores entre dieciocho y veintiún años; (iv) mayores entre veintiún y sesenta y cinco años, y (v) mayores de sesenta y cinco años”⁶. Es precisamente sobre los puntos (iii) y (iv) al que haremos mención ampliamente.

Según refiere, el citado profesor, con respecto a los mayores de dieciocho y menores de veintiún años “La persona que se ubica entre este margen de edades (semiadulto) posee plena responsabilidad penal y se aplican las reglas del CP. Sin embargo, dado que en algunos casos quien tiene más de dieciocho y menos de veintiún años puede no haber completado su desarrollo mental y psíquico, se demuestra en el proceso, se le puede reducir prudencialmente la pena de conformidad con el artículo 22 del CP”⁷. Y, en correspondencia a los mayores de sesenta y cinco años, Meini sostiene que “Estos pueden beneficiarse con la atenuación de la pena. Así como la capacidad penal se desarrolla hasta alcanzar una capacidad de comprensión y de adecuación de los actos a dicha comprensión, también, con el natural desgaste de las facultades mentales que irremediamente genera el paso del tiempo, se deteriora y pierde”⁸. Así pues, tenemos que tanto el desarrollo o desgaste mental y síquico del agente que comete el injusto, fundamentan la razón de ser de la responsabilidad restringida por edad en la legislación penal peruana.

Con igual criterio, Villavicencio Terreros menciona que, “(...) en la responsabilidad disminuida el sujeto es aun

capaz de evitar la comisión de delitos. Lo que se encuentra disminuida es la capacidad de autocontrolarse, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo el comportarse de acuerdo a una norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que debe compensarse su menor capacidad de control. En efecto, nuestro legislador, por razones de seguridad jurídica, no solo fijó en 18 años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad, sino que además como un concepto específico, estableció que cuando el agente tenga más de 18 años y menos de 21 años de edad, o más de 65 años de edad, al momento de realizar la infracción -el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión- corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual -según línea jurisprudencial uniforme opera del mínimo legal hacia abajo”⁹. Así pues, tenemos que el autor mencionado alude a la existencia de una disminución de la capacidad de autocontrolarse por motivo de la edad del agente lo que genera una responsabilidad disminuida y, en consecuencia, no pueda imponérsele la misma sanción a aquellos cuyas edades fluctúen entre las establecidas en el artículo 22 del Código Penal peruano.

Al hilo de tales ideas, José Hurtado puntualiza “el fundamento de esa configuración jurídica estriba, hasta cierto punto, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar plenamente, pues su proceso de madurez no ha terminado; y, además, en que la edad avanzada del agente expresa un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada”¹⁰.

En consecuencia, se puede extraer doctrinariamente que el sujeto que se encuentra amparado por el artículo 22 del Código Penal peruano, es penalmente imputable por los delitos que realiza, sin embargo es debido a que se encuentra en una etapa de desarrollo o

⁶ MEINI MENDEZ, Iván. Lecciones de derecho penal - parte general. Teoría jurídica del delito. 1° ed, Fondo Editorial PUCP. Lima. 2014. pág. 142.

⁷ MEINI MENDEZ: Ob. Cit. pág. 147.

⁸ Íbidem. pág. 147.

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal Parte General, 6° ed., Grijley, Lima, 2006, pág. 606-609.

¹⁰ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal Parte General. Lima. 2011. pág. 619.

decaimiento de sus facultades por razón de su edad, que se le confiere una menor capacidad de culpabilidad y, por ende, una pena atenuada. De ahí que, lo versado expresamente en el artículo mencionado, nos parezca contradictoria con los argumentos doctrinarios, ya que la norma penal excluye de su aplicabilidad a determinados delitos, evidenciando que el sujeto solo tendrá menor capacidad de imputabilidad en función al delito cometa, es decir, lo que en realidad se califica no es la edad del sujeto sino la gravedad del delito. Tal cuestión termina constituyéndose como una vulneración a los principios y derechos constitucionales y penales, porque se estaría dando un trato discriminatorio a las personas que se encuentran en el rango de edad señalado por la norma penal en cuestión.

IV. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO – DERECHO DE IGUALDAD?

En este apartado es atinente definir a la igualdad como un principio-derecho reconocido y garantizado a erga omnes por la Constitución Política peruana vigente, establecida expresamente en su articulado 2, numeral 2. En tal sentido, resulta de imperiosa necesidad reflexionar ampliamente sobre el referido principio – derecho. Así pues, García Toma resalta que “la igualdad es un principio–derecho que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia (...). Sin embargo, es incuestionable que cada persona tiene su propia realidad físico–psíquica–intelectual–social (...). La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad”¹¹. En efecto, como sostuvo Nogueira Alcalá “el derecho a la igualdad puede ser considerado desde diversas perspectivas, la más básica de ellas, que se encuentra inscrita en todo el derecho constitucional occidental, es la igual dignidad de todas las personas, la cual es independiente de su edad, capacidad intelectual o estado de conciencia, dignidad que es difícilmente

definible en abstracto”¹². Finalmente es Marcial Rubio Correa quien agrega de manera inequívoca que “la igualdad no consiste solo en tratar a todos de manera igual. El verdadero concepto de igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”¹³. Por ello, resulta relevante precisar lo mencionado por Rubio Llorente “en el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas”¹⁴.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha señalado en el fundamento 9 de la sentencia del Expediente N° 0606-2004-AA/TC: “(...) el artículo 2°, inciso 2 de nuestra Constitución consagra, a su vez, el principio de igualdad y el derecho a la igualdad. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele”¹⁵. Sin embargo, a través del fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 02861-2010-PA/TC, se detalla “Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se estará frente a una discriminación y, por tanto, ante una

¹¹ GARCÍA TOMA, Víctor. El derecho a la igualdad. Academia de la Magistratura Revista Institucional N° 8. Lima.

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. Ius et Praxis [en línea] 1997, 2 [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720216>> ISSN 0717-2877

¹³ RUBIO, Marcial. EGUIGUREN, Francisco. BERNALES, Enrique. 1° ed Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2011, pág. 146.

¹⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales. Ariel, Madrid, 1995. pág. 110-111.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0606-2004-AA/TC del 28 de junio de 2004, fundamento 9.

desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”¹⁶.

Como puede apreciarse, estos autores y según lo precisado en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, se esgrimen argumentos con buen criterio y a fin de cumplir de manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Constitución peruana y diversos Tratados Internacionales sosteniendo que este principio – derecho no es absoluto sino relativo, de modo tal que, la igualdad al tener basamento en la dignidad de la persona debe contemplarse en razón a las relaciones o situaciones indiferenciadas, es decir, cobra importancia la cuestión que no todo tratamiento desigual debe ser considerado como discriminatorio siempre y cuando tal diferenciación se erija en causas objetivas y formales. Ahora bien, conviene examinar y evidenciar si el artículo 22 del Código Penal, que regula la responsabilidad restringida por la edad, genera impactos discriminatorios con respecto a su aplicación.

V. EL CONTROL DIFUSO

El principio de la supremacía constitucional, implica que el resto de normas legales no puedan vulnerar lo establecido expresamente en la Carta Fundamental, caso contrario, nos encontramos ante un supuesto caso de inconstitucionalidad. En este orden de ideas, “el ordenamiento jurídico peruano tiene un sistema de control constitucional dual; así, mediante el Tribunal Constitucional se consagra el modelo de control concentrado que consiste en la expulsión de una ley del marco jurídico general por contravenir la norma suprema del Estado; en tanto que a través del control difuso, recogido por el artículo 138° de nuestra Constitución Política de 1993, se faculta a los jueces a inaplicar -no invalidar- una ley para el caso concreto cuando esta resulta contraria a los parámetros establecidos por la norma fundamental. Respecto a este último sistema de control -cuyos orígenes pueden remontarse a los casos *Bonham (1610)* y *Marbury vs Madison (1803)*-, conforme se ha señalado, la facultad

primaria establecida por la Constitución peruana se encuentra direccionada al Poder Judicial, en tanto son los jueces quienes, en un caso particular de resolución de conflictos, vislumbran la existencia de una ley determinante para la causa, advirtiendo su inconstitucionalidad y procediendo a su inaplicación únicamente para dicho caso”¹⁷.

En ese sentido, Jimenez Campo resalta que “el control constitucional de la ley tienen como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional -función de valoración-”¹⁸. Por otro lado, es pertinente señalar lo precisado por el profesor Cesar Landa quien explica que “la jurisdicción constitucional tiene como regla última declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, siempre que estas violen material o formalmente de manera grave la Constitución in toto. Lo que supone que el Tribunal Constitucional desarrolle el control de constitucionalidad de las normas incoadas, pero considerando la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas democráticamente. Esto supone que para declarar la nulidad de una ley, basta que se haya aprobado abiertamente en contra de la Constitución y de los principios democráticos que ella contempla”¹⁹.

Precisado lo anterior, podemos concluir que los Jueces Supremos han considerado al Control Difuso como remedio solucionador de la incompatibilidad del artículo 22 del Código Penal y el artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política, referido al principio – derecho de igualdad, de tal forma que no se eliminaría el dispositivo penal, sino que tal inaplicación de la ley sería válida para el caso en concreto basándose en criterios como la gravedad de los delitos cometidos y la influencia de la edad al momento de la comisión del hecho, es decir, se estaría atendiendo a criterios no relacionados con la capacidad de culpabilidad del sujeto, pues la gravedad de los delitos está referida a la antijuricidad. Por ello se hace necesario un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 02861-2010-PA/TC del 9 de noviembre del 2011, fundamento 5.

¹⁷ FIGUEROA MEZA, Mosi. Control Difuso Administrativo Peruano. Lima: Escuela de Posgrado Maestría en Derecho Constitucional PUCP. 2014. pág. 5.

¹⁸ JIMENEZ CAMPO, Javier. ¿Qué hacer con la ley inconstitucional? Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Pág. 24.

¹⁹ LANDA ARROYO, César. Acción de inconstitucionalidad. Extraído de Derecho Constitucional General. FERRERO COSTA, Raúl. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima. 2014. pág. 500.

inconstitucionalidad del referido dispositivo penal, sin deslegitimar las funciones de la jurisdicción constitucional que tiene como última regla declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, sin embargo los disímiles pronunciamientos de las diferentes salas de la Corte Suprema

VI. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD

Existen diversos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la prohibición de aplicar la responsabilidad restringida por edad a ciertos delitos, establecidos en el artículo 22 de nuestro Código Penal. Así, tenemos:

1. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116²⁰

La presente sentencia se pronuncia al respecto de los casos de delitos de violación de la libertad sexual estableciendo si se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, puesto que el segundo párrafo del artículo 22 del Código colisiona con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley, asimismo, se afirma que los jueces penales no pueden precisar la legitimidad de la norma en cuestión, puesto que escapa de sus atribuciones, sin embargo puede pronunciarse por medio del control difuso cuando consideren que dicha norma introduce un trato desigual y desproporcionado. De esta manera, el Acuerdo Plenario en su fundamento 11 detalla:

“El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la

Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (...). Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo”.

2. Acuerdo Plenario 4-2016 /CIJ-116²¹

Este Acuerdo Plenario abordó el tema de las restricciones legales en materia de imputabilidad relativa y confesión sincera, dicho Acuerdo contrasta con el anterior. Así, la posición asumida por el Pleno precisa que existe una discriminación no autorizada constitucionalmente en el artículo 22 del Código Penal, la Corte Suprema basa su razonamiento en que si la edad del agente se fundamenta en la capacidad de culpabilidad, entonces no es posible plantear excepciones a la regla, como sería uno centrado en la gravedad de los delitos, pues este es un factor que incide en la antijuricidad de la conducta. En su fundamento 14 menciona lo siguiente:

“La Ley [artículo 22 del Código Penal] incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. (...) La antijuricidad penal se refiere a las conductas que son contrarias a las normas que rigen el Derecho Penal –típicas y no amparadas en una causa de justificación–, mientras que la culpabilidad se circunscribe al sujeto que comete esa conducta, respecto del que debe afirmarse que actuó pese a estar motivado por la norma que le impelía a adoptar un comportamiento distinto. Una atiende al hecho cometido –a su gravedad o entidad– y la otra a las circunstancias personales del sujeto. Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia,

²⁰ Publicado en el diario El Peruano el 18 de julio del 2008, cuyo asunto fue la aplicación del artículo 173.3 del Código Penal.

²¹ Esgrimido en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, publicado en el diario El Peruano el 17 de octubre del 2017.

relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación.

El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. (...) Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas”.

3. Consulta N° 13848-2016, Huaura²²

Es importante destacar, la consulta dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, la cual menciona que el artículo 22 del Código Penal no es inconstitucional sustentando su posición en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, los mismos que se encuentran contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, no colisiona con el derecho de igualdad. Empero, se declara la inaplicación en el caso concreto regulado en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal mediante control difuso, por su incompatibilidad con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú. En su fundamento sexto y octavo textualmente señala:

“La norma penal que modificó el artículo 22 del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional pues como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de

edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos debido a la extrema gravedad del ilícito penal o la naturaleza del bien jurídico que protegen, por lo que no es de aplicación la atenuación de la responsabilidad penal”.

“En tal sentido, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida no se afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado; es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido, por esta misma razón resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal por razón de la edad del agente”.

4. Casación N° 335-2015-Del Santa²³

En la sentencia los magistrados supremos concluyen que, en casos de delitos contra la libertad sexual, la pena podrá ser atenuada, pues la prohibición de su reducción por responsabilidad restringida resulta inconstitucional. Para admitir la inaplicación de la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, esta sentencia en su fundamento trigésimo noveno desarrolla el test de proporcionalidad, precisándose de la siguiente manera:

I. Examen de idoneidad.- (...) la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la

²² Dictada por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fecha 4 de junio de 2015.

²³ Emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha 1 de junio del 2016, se estableció doctrina jurisprudencial vinculante respecto del delito contra la libertad sexual cometido por personas mayores de 18 y menores de 21 años.

instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

II. Examen de necesidad.- Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: i) Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y ii) Si tales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad.

III. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.- La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto²⁴.

Es en este contexto que, en su considerando cuadragésimo primero se señala que en el caso concreto es adecuada, proporcional y esencialmente igualitaria la aplicación del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, a todo agente de dieciocho a veintiún años de edad que cometa delito de violación sexual. Asimismo, en su fundamento cuadragésimo tercero precisa que para fijar tal atenuación se deberá evaluar cuatro criterios: a. La ausencia de amenaza o violencia para acceder al acto sexual; b. La proximidad de la edad del sujeto pasivo a los 14 años; c. La afectación psicológica mínima de la víctima; d. La diferencia etárea entre sujeto activo y pasivo.

5. Casación 336-2016, Cajamarca²⁵

Los argumentos esgrimidos en la casación se erigen en la inaplicación vía control difuso de la prohibición contenida en el artículo 22° en casos sobre delitos sexuales a menores de edad, así pues, la aplicación de dicho control es compatible con la Constitución siempre que se vulnere el principio-derecho de igualdad garantizado en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú. Para tal efecto, en sus considerandos 6.7 y 6.12 señalan:

“Este Tribunal Supremo advierte la incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, a fin de cautelar la garantía constitucional de igualdad ante la ley, (...), además, que resulta válido recurrir en el caso concreto a la responsabilidad restringida –conforme el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal– para dosificar la pena”. “(...) que para efectos de graduar la pena no se valoró la categoría de la responsabilidad restringida, pues el encausado al momento de los hechos, contaba con 19 años y 7 meses, conforme se aprecia de la copia de su documento nacional de identidad –fojas veinte– advirtiéndose un supuesto de responsabilidad restringida regulado por el artículo 22 del código sustantivo, circunstancia privilegiada que el Tribunal Supremo aplica a favor del encausado (...) y lo conduce a que reduzca prudencialmente la pena (...)”.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La responsabilidad restringida por edad tiene basamento en la categoría de culpabilidad, la cual detenta como fundamento la plenitud del desarrollo psíquico y físico de la persona, así como el grado de incidencia de su edad cronológica al momento de cometer el hecho ilícito, es así que a los agentes mayores de dieciocho y menores de veintiún años de edad o mayores a los sesenta y cinco años, se les considera con una capacidad de culpabilidad disminuida y, por tanto, la pena podrá ser atenuada. Sin embargo, las modificaciones

²⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pág. 72.

²⁵ Emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el 14 de junio del 2017, en audiencia el recurso de casación planteado por la defensa técnica del sentenciado Yeyson Alexander Cabrera Ocas contra la sentencia de fecha 16.03.2016.

vertidas al artículo 22 del Código Penal son muestras inexorables que someten la aplicación de la regla a la gravedad de determinados delitos, atendiendo meramente a la antijuricidad de la conducta.

SEGUNDA.- Con respecto a la contradicción entre el principio - derecho de igualdad ante la ley y la prohibición contenida en el artículo 22 del Código Penal, la doctrina menciona que no todo trato desigual constituye como discriminatorio siempre y cuando se erija en causas objetivas y formales. Ahora bien, basándonos en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales formulados a lo largo del presente artículo es necesario preguntarnos ¿resulta el control difuso medida suficiente para contrarrestar efectos discriminatorios del artículo 22 del Código Penal? Desde luego no, porque el articulado mencionado delimita una discriminación no justificada constitucionalmente, pues se subordina su aplicación por causas ajenas a su categoría.

TERCERA.- Así pues, las salas supremas penales y de derecho constitucional han aprehendido una línea jurisprudencial bastante sinuosa concretadas en sus disímiles pronunciamientos, en cuyos varios casos se basan en inaplicar la prohibición establecida por el artículo 22 del Código Penal vía Control difuso, puesto que consideran que contraviene principios constitucionales y penales; en ese sentido, de los argumentos esgrimidos en el presente, consideramos necesario un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en aras de determinar su inconstitucionalidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2008) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BACIGALUPO, E. (1996) *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- BALLESTEROS, M. R. (2011). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificie Universidad Católica del Perú.
- FIGUEROA, M. (2014) *Control Difuso Administrativo Peruano*. Lima: Escuela de Posgrado Maestría en Derecho Constitucional PUCP.

GARCÍA, V. *El derecho a la igualdad*. Lima: Academia de la Magistratura Revista Institucional N° 8.

HURTADO, José. (2011) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima.

JIMENEZ, J. (1997) *¿Qué hacer con la ley inconstitucional?* Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Landa, C. *Acción de inconstitucionalidad*. Extraído de Derecho Constitucional General. Ferrero, R. (2014) Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.

MEINI, I. (2014) *Lecciones de derecho penal - parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

MUÑOZ, F. (2012) *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.

NOGUEIRA, H. (1997) *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional*. Ius et Praxis. Consultado el: 18 de agosto de 2018. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720216>

REÁTEGUI, J. (2014) *Manual de Derecho Penal Parte General*, Lima: Instituto Pacífico.

RUBIO, F. (1995) *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Madrid: Ariel.

VILLAVICENCIO, F. (2006), *Derecho Penal Parte General*, Lima: Grijley.

ZAFFARONI, E. (2002) *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

JURISPRUDENCIA:

Acuerdo Plenario 4-2016 /CIJ-116. Diario oficial El Peruano, Lima, 17 de octubre de 2017.

Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116. Diario oficial El Peruano, Lima, el 18 de julio del 2008.

Casación 336-2016, Cajamarca Suprema, el 14 de junio de 2017.

Casación N° 335-2015-Del Santa, de fecha 1 de junio de 2016.

Consulta N° 13848-2016, Huaura, de fecha 4 de junio de 2015.

STC Expediente N° 02861-2010-PA/TC del 9 de noviembre del 2011.

STC Expediente N° 0606-2004-AA/TC del 28 de junio de 2004.

INSTRUMENTOS DE LA AUTORIA MEDIATA COMO AGRAVANTE E IMPUTACION OBJETIVA EN EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS

INSTRUMENTS OF THE MEDIATE AUTHORITY AS AGGRESSIVE AND OBJECTIVE IMPUTATION IN ILLICIT DRUG TRAFFICKING

Edson Apolinario
Callo Juanito

SUMARIO

- I. - CUESTIONES PRELIMINARES,
- II. - AUTORÍA MEDIATA Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO,
- III. - AUTORÍA MEDIATA EN SENTIDO ESTRICTO,
- IV. - LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA,
- V. - CUALIDADES QUE DEBEN DE CUMPLIR LOS INSTRUMENTOS MATERIALES PARA SER CONSIDERADOS COMO TAL,
- VI. - AUTORÍA MEDIATA Y TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL DERECHO COMPARADO,
- VII. - CRÍTICA AL INCISO 5 DEL ARTÍCULO 297 DEL CÓDIGO PENAL,
- VIII. - CONCLUSIONES,
- IX. - RECOMENDACIÓN ÚNICA,
- X. - BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre los instrumentos de la autoría mediata en el tráfico ilícito de drogas teniendo como estandarte que la autoría mediata así como la autoría directa o de propia mano y la coautoría, son formas de realizarse un delito, los cuales pueden ser observadas desde diferentes enfoques, pero siempre con la idea central que es la realización de una conducta prohibida "a través de otro" por el ordenamiento jurídico destinada a proteger bienes jurídicos de relevancia y necesarios para una vida de paz social en justicia. Pero también analizaremos a fondo cuales serían los instrumentos o medios y los requisitos que estos deben de cumplir para que encaje en la agravante correspondiente. Asimismo, veremos cómo es la tratativa del tráfico ilícito de drogas en países como España, Chile y Perú. Ya para finalizar se realizará una crítica y su respectiva forma de solución a la autoría mediata como incorrecta forma de imputación objetiva.

PALABRAS CLAVES

Autoría mediata, instrumentos, acción indirecta, hombre de atrás, ejecutor inmediato, tráfico ilícito de drogas, imputación objetiva.

ABSTRACT

The objective of this article is to reflect on the instruments of mediate authorship in illicit drug trafficking, having as a standard that mediate authorship, as well as direct or own authorship and co-authorship, are ways of committing a crime, which can be observed from different approaches, but always with the central idea that is the conduct of a behavior prohibited "through another" by the legal system designed to protect legal interests of relevance and necessary for a life of social peace in justice. But we will also analyze in depth what would be the instruments or means and the requirements that these must fulfill to fit the corresponding aggravating circumstance. Also, we will see how it is the trafficking of illicit drug trafficking in countries such as Spain, Chile and Peru. Finally, a critique and its respective form of solution to mediate authorship will be made as an incorrect form of objective imputation

KEY WORDS

Mediated authorship, instruments, indirect action, man behind, immediate executor, illicit drug trafficking, objective imputation.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Es hora de poner las cartas sobre la mesa, hacer de estas ulteriores afirmaciones una forma de reunir una comunidad de información sobre la autoría mediata y sus diferentes formas de realización “a través de”. Este último término dotado de gran significado para la puesta en sanción de un autor que tiene el dominio del hecho y se vale de otro u otros para concretar lo ilícito previsto en el código penal, mas concretamente lo establecido en el artículo 297 inc. 5 del código sustantivo penal. Es menester recordar que, a largo de la dogmática penal, sendos autores escribieron primero sobre la autoría en *strictu sensu* centrando prácticamente toda su atención en lo que es el autor de adelante, cerrando toda posibilidad la realización de un hecho ilícito por un hombre de atrás, es decir no se permitía comprender que otra persona que no sea la que realice el ilícito seas el culpable. Pero esto no fue hasta que dogmáticos alemanes como Claus Roxin, Hans Welzel entre otros crean figuras penales como la autoría mediata. Esto último lo recalco en razón a que así fue el inicio de la creación de esta figura penal.

Si nos damos cuenta sobre cómo es definido el instrumento por la Real Academia Española, nos daremos cuenta que proviene del latín *instrumentum* y en su primera acepción la define como “ Objeto fabricado, relativamente sencillo, con el que se puede realizar una actividad”² esta primera acepción nada se acerca al tema de análisis. Es así que en la segunda acepción nos dice “m. Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin. La literatura es un instrumento para cambiar el mundo”³ claramente nos damos cuenta que aquí sí habría una referencia dirigida al uso de otro objeto para lograr un fin, traemos esto a colación en la medida que si sabemos que es un instrumento sabremos entender como ello se vincula con la autoría mediata que por cierto a dicho instrumento, juristas como Hurtado pozo, Villavicencio terreros nos dicen que “ el termino instrumento cambio a denominarse persona interpuesta o intermediario material y ello gracias a la influencia de la teoría del dominio del hecho”⁴.

II. AUTORÍA MEDIATA Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Existen varias teorías respecto a la determinación de las contribuciones del autor y los partícipes, es así que la doctrina ha dado lugar a tres teorías, la teoría subjetiva; la teoría objetiva que se divide en material subjetiva y formal objetiva; teoría del dominio del hecho. Hablar de cada una de ellas sería objeto de otro artículo, pero podemos hacernos una idea de lo que indica cada teoría. En la primera teoría aborda un aspecto más cognoscitivo es decir se basa en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga. Si actúa con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe, será siempre partícipe. En la teoría objetiva se intenta delimitar la autoría dentro del marco de la tipicidad o de la conducta apelando a puros criterios objetivos. Al respecto de estas teorías Eugenio Raúl Zaffaroni hace una diferencia en cuanto a la búsqueda de la verdad y nos dice que “ Si bien en la teoría subjetiva permanece un fondo de verdad dado por la insuficiencia de los criterios objetivos también en las teorías objetivas hay un fondo de verdad, en la medida en que el planteamiento del problema se hace dentro de la teoría de la tipicidad y vinculado a la estructura del tipo”⁵ recordemos que solo los hechos materiales que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos pueden ser sancionados y todo aquellos pensamientos que no tienen un resultado en el mundo real, no serán sancionados. Esto último nos recuerda a lo que conocemos como *iter criminis* que no es otra cosa que el camino del delito compuesto por dos fases: la fase interna compuesto por la ideación, deliberación y decisión; y la fase externa compuesta por los actos preparatorios, la tentativa y la consumación.

La tercera teoría denominada “teoría del dominio del hecho” nos dice Javier Villa Stein citando a Mir Puig que la expresión “dominio del hecho” se la debemos a Hegler quien en 1915 en su monografía sobre “ los elementos del delito” trata el asunto⁶. Asimismo siguiendo al autor citado nos dice que

² Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.ª ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

³ Ibidem

⁴ Hurtado pozo, José. “Manual del derecho penal parte general” tomo I y II. Idemsa. Perú. Pág.528.

⁵ ZAFARRONI Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Edit. Ediar Bs.As.-Argentina, 1982, pág. 303.

⁶ Villa Stein, Javier. “Derecho penal parte general”. Edit. Ara editores. Perú. Pág. 372

Posteriormente la formulación acabada da la Lobe en 1933 cuando menciona la importancia del *animus domini* comentando una jurisprudencia del tribunal alemán⁷. Ahora sabemos que el divulgador más importante del concepto lo fue Hans Welzel cuando decía que autor de los delitos dolosos es quien domina finalmente la realización del hecho, es decir da mayor énfasis a acciones que son guiadas teniendo como núcleo el elemento volitivo del dolo. Esta teoría del dominio del hecho se basa en la “combinación entre lo objetivo y lo subjetivo pues contiene la exigencia subjetiva del control final psicológica del hecho, lo mismo que el manejo objetivo del mismo por estar en manos del autor el curso del acontecimiento típico”⁸.

ahora si es que hablamos del mas importante sistematizador de lo relacionado a la teoría del dominio del hecho y que además es contemporáneo, tenemos que referirnos a Claus Roxin quien en su obra “Autoría y dominio del hecho en derecho penal” nos habla de tres supuestos que importan tres formas de resolver un problema de autoría. La primera se refiere al autor de propia mano o directa, la segunda al tema en cuestión y que es materia de artículo, nos referimos a la autoría mediata o como otros autores lo denominan autor de atrás, la tercera relacionada al dominio funcional para explicar la coautoría. Una vez clara el origen y sus respectivas formas de intervención del autor, explicaremos cual es esa vinculación o como se da ello para ejecutar o llevar al plano de la realización el delito de tráfico ilícito de drogas. es así que cuando hablamos del uso de un instrumento más propiamente dicho persona interpuesta o intermediario material nos referimos a que dicho uso se debe darse teniendo el dominio, la dirección de la voluntad de la persona interpuesta. Ya sea a través de sus tres formas como de la autoría mediata por coacción, autoría mediata por error y la autoría mediata con intermediarios responsables (tema que más adelante será desarrollado) ya sea de menores de edad o de inimputables como modo de ejecución y venta ilegal de drogas. Al respecto el Dr. Víctor Prado Saldarriaga indica “el agravante exige que el agente utilice a una persona que no posea la facultad de comprender

el carácter delictuoso de su acto o pueda determinarse según esta comprensión; o, también, a un menor de edad”⁹ agrega también diciendo que “La condición de inimputable o la minoría de edad del intermediario material deben ser conocidas por el autor mediato, pues si este las ignora no podrá darse el agravante”¹⁰.

III. AUTORÍA MEDIATA EN SENTIDO ESTRICTU.

Sin duda la autoría mediata se caracteriza por la realización del tipo a través de otro sujeto al cual lo instrumentaliza y hace que no se le pueda imputar como autor el hecho que materialmente ejecuta por la falta de una decisión autónoma o de libertad generando así plena responsabilidad al sujeto de atrás. El autor mediato se vale de su posición, estatus para lograr que el instrumento humano o autor inmediato realice lo planeado por el autor mediato, tal es el caso que hasta en ocasiones este provoca un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante. Pero como lo dijo Claus Roxin citado por Villa Stein “la autoría mediata está basada en una razón objetiva independientemente de todas las construcciones, es decir que no constituye un mero supuesto organizante de inducción, sino que falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la facultad rectora”¹¹. De lo expuesto por Claus Roxin advertimos que cuando se refiere a una razón objetiva se refiere al motivo que origina la ideación de un ilícito y para llevar a cabo al plano de la realización se servirá de un instrumento humano, el cual será guiado o dominado por una facultad rectora.

En el caso de autoría mediata en aparatos organizados de poder se entiende que el hombre de atrás tiene tal dominio de la realización del hecho hasta tener la capacidad de abortar en cualquier momento la ejecución del hecho o cómo podemos decir en otras palabras es el titiritero y la persona que realiza el hecho es el títere. Es así que tenemos lo que expresa el Prof. Aldunaque Esquivel, Enrique Eduardo “ autor mediato es quien actúa la palanca del poder y da las ordenes, domina el

⁷ Stein, *op. cit.* Pág. 2

⁸ Ibidem

⁹ Prado Saldarriaga, Víctor. “tráfico ilícito de drogas y conductas conexas”. Artículo. Perú. Pág. 16

¹⁰ Ibidem

¹¹ Villa Stein, Javier. “Derecho penal parte general”. Edit. Ara editores. Perú. Pág. 377

suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro intercambiablemente realice la acción, y precisamente, aquí se manifiesta el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, puede cambiar los ejecutores de discreción, es la fungibilidad de los ejecutores, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, si bien los ejecutores son responsables como autores, porque son autores dolosos, son empero, personajes anónimos para el que está detrás”¹². Una vez analizado lo que es la autoría mediata en sentido strictu desde diferentes frentes, corresponde abordar el tema de fondo el cual también se le podrá denominar instrumento humano, intermediario material, persona interpuesta, ejecutor inmediato o ejecutor material.

IV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA

Como bien se dijo, los instrumentos humanos intervienen en la realización de un ilícito penal, estos actúan con un mínimo de conciencia o en algunos casos con conciencia nula. Además, tenemos claro que la estructura misma de la autoría mediata nos requiere de la intervención de dos personas como mínimo. Pero ¿de qué manera entonces imputaríamos una responsabilidad penal al autor de atrás? ¿Hay alguna causa de justificación para el autor que no interviene en la realización del hecho pero que tiene pleno dominio de la realización? Al respecto Villa Stein nos dice que “En todo delito de resultado se requiere, como primer nivel de análisis, que se verifique un nexo de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y la producción del resultado”¹³ es decir para tipificar una conducta a un tipo legal es necesario comprobar la relación existente entre la acción o conducta y el resultado típico, esta comprobación del nexo causal entre la acción y el resultado típico se le suele denominar juicio valorativo o juicio normativo de la imputación objetiva. Como vemos para llegar a este juicio valorativo tenemos dos momentos, el primero referido a la verificación de la causalidad natural y el segundo momento referido a la comprobación del vínculo jurídico entre la acción y el resultado. A esto último es lo que algunos autores lo denominan “juicio normativo de la imputación objetiva” agregar también que

son variadas las respuestas que existen para el estudio y la determinación de la relación de la causalidad entre una conducta típica y el resultado por ejemplo tenemos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia típica planteada por Edmundo Mezger.

Asimismo, tenemos claro que quien domina la voluntad del instrumento humano es el autor mediato donde actúa teniendo claramente el conocimiento y la voluntad como si este último realizara directamente la acción delictiva, conducta que aunada a una buena dirección y ejecución se logra un resultado, resultado que es querido justamente para una imputación objetiva. Y decimos ello en razón de que estamos regidos por la teoría dominante donde se sanciona lo realmente querido por una persona, es decir a una teoría del dominio de hecho. Habrá otra figura que no sea autoría mediata cuando el sujeto material del delito tiene pleno conocimiento, es decir que no está dominado por la voluntad del sujeto de atrás o que tal dominio que cree poseer no está del todo cierto, en estos casos la imputación objetiva al autor de atrás sufriría un gran cambio en razón a que la autoría mediata se admite solo a casos en que el autor de adelante obra sin conocimiento y voluntad, es decir actúa de manera no dolosa y quien sí actúa es el hombre de atrás. En seguida veremos qué características deben de tener las personas interpuestas para que se configure la autoría mediata.

V. CUALIDADES QUE DEBEN DE CUMPLIR LOS INSTRUMENTOS MATERIALES PARA SER CONSIDERADOS COMO TAL.

Mucho se ha dicho respecto a qué condiciones o requisitos se debe de cumplir para que en la imputación objetiva del fiscal resista un proceso con su postre que es una sanción penal. Y lo más propio para detallar los requisitos es irnos a la fuente de lo que es materia de análisis. Es así que debemos remitirnos al artículo 23 que lleva el nomen iuris “Autoría, autoría mediata y coautoría. A grandes rasgos se observa del tipo penal tres formas de realización del hecho punible, a propia mano; por medio de otro y en forma conjunta. A continuación, solo nos centraremos en el segundo supuesto, es decir,

¹² ALDUNAQUE ESQUIVEL, Enrique Eduardo, “Autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder” Chile.

¹³ Villa Stein, Javier. “Derecho penal parte general”. Edit. Ara editores. Perú. Pág. 297

realizar la ejecución de un hecho ilícito a través de otra persona, utilizarlo para que sea ella quien de manera material cumpla con lo mandado y querido por el autor de atrás. Ahora es propicio de acuerdo a la consonancia que se sigue remitirnos a lo que se acordó en el recurso de nulidad N° 211-2015¹⁴ referente al autor mediato “aquella persona que utiliza o se aprovecha de la actuación de otra persona (intermediario) para concretar sus objetivos delictivos. Y en el fundamento decimo desarrolla las modalidades de la autoría mediata a) autoría mediata por coacción, b) autoría mediata por error y autoría mediata con intermediarios responsables. Lo que importa analizar para el presente caso es las dos primeras. Puesto que la tercera forma se da como bien se dijo en aparatos organizados de poder que tiene como presupuestos y requisitos funcionales “1. Que exista un poder de mando 2. La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico 3. La fungibilidad del autor inmediato y 4. La elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho”¹⁵

Por coacción entendamos el uso de la violencia o la amenaza para obligar al instrumento a que ejecute la acción igual ocurre con el segundo que es el autor mediato quien le hace caer en error (de tipo o de prohibición) al ejecutor. ¿Pero hasta qué punto se consideraría autor mediato o autor de atrás? ¿Hay algunos requisitos que tiene que cumplir la persona de adelante para que se le sancione al autor de atrás? Estas cuestiones la resolveremos de acuerdo a la doctrina Española, Chilena y Perú. Es menester aclarar que la dogmática peruana en relación a la autoría mediata no es muy abundante y solo se tiene como primeros antecedentes las sentencias realizadas a Abimael Guzmán Reynoso en el año dos mil seis y la segunda y quizá en la que más profundizaron el tema de la autoría mediata, proceso llevado a cabo al ex presidente del Perú Alberto Fujimori Fujimori sentencia dictado el siete de abril del dos mil nueve. En lo referente a las cualidades que deben de cumplir los instrumentos materiales estos serían:

5.1.- Actuación del ejecutor sin dolo. Como se dijo en líneas precedentes quizá este requisito o forma de actuación del instrumento se requiere que su actuación no sea dolosa, es decir que el

ejecutor debe actuar obrando con error de tipo o de prohibición como medio para alcanzar el fin propuesto, es decir que la conexión entre la conducta del sujeto de atrás y la del sujeto de adelante se debe al abuso del desconocimiento o la ignorancia que versa el ejecutor por ejemplo que una persona A le diga a otra persona B que queme un bien, asegurándole que dicho bien es de A. la persona B realiza la acción cometiendo un daño a C quien es el verdadero dueño, u otro ejemplo sería el que atraviesa la frontera transportando droga en su coche sin saberlo y por último el mensajero que entrega el paquete de bomba. Pueden surgir muchos ejemplos, pero lo que en realidad importa para que se de este instrumento o requisito es que el ejecutor actúe sin dolo, quien actúa con dolo es al autor mediato quien estará pendiente de la realización del hecho ilícito. Según la doctrina, en estos casos, en los que el instrumento actúa sin dolo ni culpa puede sentarse una regla general según Márquez Cárdenas citando a Claus Roxin “cualquiera que en conocimiento de la situación de error en que se encuentre un instrumento que actúe sin dolo ni culpa, siente una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato”¹⁶

5.2.- concurrencia de una causa de justificación. Las causas de justificación las podemos encontrar en el artículo 20 del código penal, es así que podemos citar como, por ejemplo, la minoría de edad (menor de 18 años), los que padezcan de anomalías psíquicas, las que se se realice en el ejercicio de su profesión o cargo, etc. Y para el caso en concreto podemos citar como ejemplo a aquel mensajero que realiza labores de entrega y que en virtud de la confianza y de su oficio el hombre de atrás le indica que lleve un paquete a otra ciudad, pero dicho paquete contiene droga.

5.3.- Instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal. - que plantean los casos en que alguien se sirve de otro para la comisión de un delito, es así que la doctrina dominante plantea tres circunstancias a) cuando el instrumento otra inimputablemente, el otro b) cuando el el intermediario actúa por un miedo insuperable y el ultimo cuando el sujeto de atrás hace caer al instrumento por medio de un error invencible de prohibición.

¹⁴ Recurso de nulidad N° 211-2015. Diecisiete de abril del dos mil diecisiete. Interviene como ponente Cesar Hinostroza Pariachi.

¹⁵ Fundamento N° 727 Caso Alberto Fujimori Fujimori. Sentencia dictada el 9 de abril 2009.

¹⁶ Márquez Cárdenas, Alvaro Enrique. Autoría mediata en derecho penal formas de instrumentalización. España. Pág. 4

Ahora bien, la problemática especial constituyen a) el instrumento que actúa dentro de un aparato organizado de poder b) en los delitos de propia mano, los que la doctrina alemana no admite autoría mediata, pues requieren de una realización personal (por ejemplo actos contrarios al pudor) y c) en delitos especiales¹⁷

En suma, estas características son las que en la praxis de la jurisprudencia podemos encontrar. Pero ahora corresponde llevarlas al plano de promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas tóxicas, elementos descriptivos que se encuentran previstos en el artículo 296 del código sustantivo de la materia, es así que no todas las características mencionadas líneas arriba se llevan a cabo en el tráfico ilícito de drogas. A continuación, tomaremos como referencia lo que establece el código penal en el inciso 5. El cual textualmente nos dice en el artículo 297 inciso 5 “el agente vende drogas a menores de edad o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable.

Cuando se dice que el agente vende drogas a menores de edad, aquí a grandes rasgos no divisamos ninguna intervención de un instrumento, aquí solo se da la autoría en sentido estricto, es decir el agente quiere vender la droga, la sanción se agrava porque es un menor de edad quien es el sujeto pasivo. Quizá corresponde hacernos una pregunta. ¿Porque compraría un menor de edad droga? Recordemos que no hay venta de drogas si no hay un comprador, en la misma línea entonces haciendo un análisis lógico, podemos concluir que un menor de edad también puede ser consciente de lo que compra y sabe que su actuación es ilícita, con lo que a nuestro criterio no debería considerarse como un agravante sino más bien como un criterio a la hora de la determinación de la pena.

Cuando el legislador hace referencia al uso de menores de edad para la venta, deja cerrado cualquier duda que se pueda referir al suministro, favorecimiento, etc. Es propicio aclarar con lo que se refiere el Dr. Enrique Martínez Reguera al decir que “en la utilización de menores el autor mediato no provoca un estado de inimputabilidad o alteración psíquica,

sino se vale de ellos a razón de su ignorancia o conciencia de la realidad plena”¹⁸. Y remitiéndonos al código del niño y del adolescente con ley 27337 en el artículo uno del título preliminar nos dice que son niños los menores de doce años y son adolescentes los mayores de doce años hasta los dieciocho años. Esto último solo para aclarar el ámbito. Entonces la situación sería la siguiente: será considerado a título de autor mediato a aquella persona que tiene el dominio del hecho, más concretamente de la voluntad de un menor de edad para que este realice la venta de drogas ilícitas, usando como medio la coacción que puede darse cuando el agente amenaza al menor que si no lo hace la venta podría causarle un mal peor, por la violencia considerada como aquella fuerza física que recaería en el menor de no realizar la venta. Pero también puede ser que el sujeto de atrás haga caer en error de tipo o de prohibición aprovechándose de su ignorancia o desconocimiento del ilícito. En estos dos supuestos que se dan en menores de edad el sujeto tiene una vinculación de modo vertical con el sujeto instrumento. Y respecto a la sanción penal correspondería realizar una imputación a título de autor mediato con su respectiva pena, en cuanto al menor de edad se valorará cuanta voluntad o libertad tenía para la ejecución del ilícito. Como nota aparte debemos de recordar que se hablara de autoría mediata cuando el instrumento esta bajo el dominio de su voluntad y no tiene ninguna otra opción para no realizar el ilícito, es decir este instrumento que necesariamente tiene que ser un humano no debe de actuar con el elemento volitivo doloso al contrario actúa con una causa de justificación o de inimputabilidad, en este caso por minoría de edad; contrario sensu si el instrumento actúa con ese elemento volitivo pero de carácter doloso, la intervención del sujeto de atrás ya no sería considerado como autor mediato sino hablaríamos de otra forma de participación como la instigación o la inducción.

Asimismo en una reciente investigación llevada a cabo por las Naciones Unidas se tiene que el 48 % de los infractores adolescentes habrían probado cocaína en su vida; en Colombia el 38 % de los infractores han consumido cocaína y en Perú la data nos dice que el 22 % de los infractores han consumido o probado cocaína, es decir uno de

¹⁷ REATEGUI SANCHEZ. James. “Autoría y participación en el delito”. Pág. 58. Lima. Perú

¹⁸ MARTINEZ REGUERA, Enrique. “Formas de actuación con menores víctimas” pág. 178. España.

cuatro ha probado una vez cocaína¹⁹ Esto último traemos a colación a razón de que nos da a entender que no siempre los menores de edad van a actuar con desconocimiento a las normas y más aún si saben que lo que consumen o venden es ilícito. Ahora nos toca hablar del tercer elemento agravante del artículo 297 inciso 5. El cual se refiere al uso de los inimputables para la venta de drogas ilícitas. A prima facie nos damos cuenta que Las causas de inimputabilidad que señala nuestro código penal en su artículo 20 son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, la alteración de la percepción. Se basa en un criterio mixto (biológicamente normativo), no sólo es necesaria la presencia de una anomalía psíquica, sino que esta incapacidad del sujeto de comprender la antijuricidad de su acción y de comportarse de acuerdo a la misma.

VI. AUTORÍA MEDIATA Y TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL DERECHO COMPARADO

Los delitos de tráfico ilícito de drogas en la actualidad han tomado posición a tal punto que los estados han tenido que dotar de mayor protección al bien jurídico tutelado, nos referimos a la “ salud pública” y cuando el estado intervine para cautelar algo que desde su óptica considera obligatorio para vivir en una sociedad con paz social en justicia utiliza lo que se llama la “ política criminal” que no es otra cosa de una forma de instrumentalizar las normas para buscar un fin el cual es dotar de protección al poder constituido es decir el pueblo. Aunque para ello tenga que adelantar las barreras de punición, es así que en el delito de tráfico ilícito de drogas no es frecuente caer en tentativa puesto que ya hay una represión desde el cultivo hasta el consumo. Y para tratar de erradicar esto, varios países de Sudamérica y Europa han establecido dentro de su marco normativo penal o leyes especiales la sanción de la producción, comercialización y consumo de las drogas ilícitas, en España el tipo penal lo podemos encontrar en el artículo 368 “ *Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga*

objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370” como podemos observar también se esta sancionando desde sus inicios y su sanción penal está regulada de acuerdo a la cantidad en posesión.

Pero ahora veamos cómo esta guiado sus agravantes cuando se trata de autoría mediata, es así que en el artículo 369, numeral 1 e inciso 4a del mismo cuerpo legal tenemos que 1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: “4.ª *Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación”* se advierte que no solo excluyen de responsabilidad a menores de edad y a disminuidos psíquicos sino también a aquellas personas que están siendo sometidas a rehabilitación contrario sensu en nuestro ordenamiento jurídico más concretamente el inciso 5 del 297 no protege a los que estén en proceso de recuperación.

En cuanto a la tratativa de este delito en Chile nos damos cuenta que está ubicado en una ley especial exactamente en la ley 20000 ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Y en su artículo dos establece “*Artículo 2º.- La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades*

¹⁹ ONU. “LA RELACION DROGA Y DELITO EN ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY”. 2010.

tributarias mensuales. Como vemos es una constante que en este delito se busque cubrir la mayor cantidad de acciones y sancionarlos no dejando espacio para la tentativa, como nota aparte notamos que la sanción penal se da de diferente forma, es decir usan el termino presidio proveniente de prisión en diferentes grados (presidio mayor calificado, presidio perpetuo, reclusión perpetua, reclusión perpetua, presidio mayor, reclusión mayor, entre otros). En cuanto a la agravante vinculada a la autoría mediata tenemos en esta legislación artículo 19 numeral 1 inciso “c) *si se suministró, indujo o facilito el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas*”. Es de notar que hay una semejanza con la agravante de nuestro ordenamiento en razón a que ambos no tutelan a personas que están en proceso de rehabilitación.

VII. CRITICA AL INCISO 5 DEL ARTÍCULO 297 DEL CÓDIGO PENAL.

Si bien este inciso prevé que se sancionara con agravante la venta de drogas a menores de edad, así como el uso de menores de edad y los inimputables también para la venta. Respecto al primero advertimos que no hay una aplicación de autoría mediata para su ejecución, pero los segundos dos elementos advertimos que si habría en base a los argumentos expuestos líneas precedentes. La crítica va dirigido exactamente al uso de menores e inimputables para la venta de drogas en razón a que como vimos en el transcurso de la presente investigación, no todos los menores de edad no están en facultad de darse cuenta que su actuar constituye un acto ilícito. La siguiente crítica va dirigido a que se debería de implementar ampliar el radio de protección e incluir también a las personas que están en proceso de recuperación y rehabilitación tal como lo demuestra la legislación de España conjuntamente.

Asimismo, agregar que para que se de este agravante el sujeto de atrás debe de valerse de una persona que no tenga la facultad de conocer el carácter delictuoso de su acto. Por otro lado, no olvidemos que a la hora de realizar la imputación objetiva en casos de autoría mediata se debe valorar con requisito sine qua

non el elemento volitivo del instrumento o ejecutor físico corporal del ilícito con su respectiva falta de dolosidad, ya que si hay dolosidad niquera debemos de hablar de autoría mediata sino de instigación o inducción.

VIII. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La autoría tiene tres modalidades, los cuales son la autoría en estrictu sensu, la autoría mediata y la coautoría. De los cuales la autoría mediata se divide en autoría mediata por coacción, autoría mediata por error de tipo o error de prohibición y la autoría mediata con intermediarios responsables.

SEGUNDA.- El autor mediato actúa con dolosidad y para su ejecución del ilícito penal se vale de otra persona el cual actúa o deberá actuar sin el elemento volitivo del dolo.

TERCERA.- En el inciso 5 se requiere como agravante que el instrumento o persona interpuesta no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto. Asimismo, se requiere como agravante que el autor mediato venda a un menor de edad o que use a un inimputable.

CUARTA.- Autor mediato es quien actúa la palanca del poder y da las ordenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro intercambiablemente realice la acción, y precisamente, aquí se manifiesta el poder que maneja en una organización el hombre de atrás, puede cambiar los ejecutores de discreción, es la fungibilidad de los ejecutores, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, si bien los ejecutores son responsables como autores, porque son autores dolosos, son empero, personajes anónimos para el que está detrás.

QUINTA.- El instrumento en la autoría mediata no se equipará a una cosa inanimada de modo que aquella resultará imposible si el que actúe adelante no realiza una acción en sentido jurídico-penal. De lo contrario estaríamos ante una autoría directa. Tampoco es posible allí donde el ejecutor se instrumentaliza voluntariamente, provocando situaciones de justificación o exculpación, para luego cometer por si misma un delito.

IX. RECOMENDACIÓN ÚNICA.

Desde nuestra humilde tribuna consideramos que habría que realizar una modificación al inciso 5 el cual en estos momentos está previsto de la siguiente forma “el agente vende drogas a menores de edad, o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable” esto se debería cambiar a “el agente vende drogas a menores de edad o usa a disminuidos psíquicos o a personas que están en proceso de rehabilitación” esto sería quizá el aporte para un mayor y mejor cobertura en cuanto a las personas que serán sujeto de uso por los autores mediatos y así mejorar el sentido de la norma .

X. BIBLIOGRAFÍA.

- ALDUNAQUE ESQUIVEL, Enrique Eduardo, “Autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder” Chile.
- HURTADO POZO, José. “Manual del derecho penal parte general” tomo I y II. Idemsa. Perú. Pag.528.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Alvaro Enrique. Autoría mediata en derecho penal formas de instrumentalización. España. Pág. 4
- MARTINEZ REGUERA, Enrique. “*Formas de actuación con menores víctimas*” pág. 178. España.
- ONU. “*LA RELACION DROGA Y DELITO EN ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY*”. 2010.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “tráfico ilícito de drogas y conductas conexas”. Artículo. Perú. Pág. 16
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014). Diccionario de la lengua española (23.^a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.
- REATEGUI SANCHEZ. James. “*Autoría y participación en el delito*”. Pág. 58. Lima. Perú
- Recurso de nulidad N° 211-2015. Diecisiete de abril del dos mil diecisiete. Interviene como ponente Cesar Hinostroza Pariachi.
- VILLA STEIN, Javier. “Derecho penal parte general”. Edit. Ara editores. Perú. Pág. 372

LA INHABILITACIÓN PERPETUA EN LA LEGISLACION PERUANA

THE PERPETUAL DISAPPEARANCE IN PERUVIAN LEGISLATION

**Nilson Vladimir
Quispe Callalla**

SUMARIO

- I.- INTRODUCCIÓN. -
- II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. -
- III. UBICACIÓN DEL PROBLEMA. -
- IV. ¿CONTRAVENCIÓN A NORMAS INTERNACIONALES? -
- V. ¿INHABILITACIÓN PERPETUA? -
- VI. ¿CONTRADICCIÓN EN LA LEY PENAL? -
- VII. LA FINALIDAD DE LA PENA. -
- VIII. PREVENCIÓN DE DELITOS. -
- IX. DERECHOS AL TRABAJO Y A LA REHABILITACIÓN. -
- X. LA REVISIÓN IMPLICA REHABILITACIÓN. -
- XI. ¿DERECHOS ABSOLUTOS? -
- XII. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El presente artículo comprende un análisis minucioso respecto a la incorporación de la figura de la inhabilitación perpetua. Es por ello, que primero comenzaremos con la ubicación del artículo en cuestión, donde se encuentra la problemática central y también su relación con otras normas de la misma índole, luego se analizará las correspondientes jurisprudencias nacionales que referencian a esta problemática, también se hará mención de las normas internacionales, así como también las concepciones de algunos autores con respecto a algunos temas importantes afín de poder comprender la finalidad de este artículo. Por último, se plantean algunas conclusiones y

PALABRAS CLAVES

Inhabilitación perpetua, Revisión temporal, Derecho penal. CP, Derecho a libertad de trabajo, Derecho a la Rehabilitación.

ABSTRACT

The present article includes a detailed analysis regarding the incorporation of the figure of perpetual disqualification. That is why, first we will start with the location of the article in question, where the central problem is and also its relationship with other norms of the same nature, then we will analyze the corresponding national jurisprudence that refer to this problem, we will also mention of international standards, as well as the views of some authors with respect to some important issues in order to understand the purpose of this article. Finally, some conclusions and recommendations that were reached in the article are presented.

KEY WORDS

Perpetual disability, temporary review, criminal law. CP, Right to freedom of work, Right to Rehabilitation.

I. INTRODUCCIÓN:

El código penal de 1991 a lo largo del tiempo ha presentado varias modificaciones, debido a que en nuestra sociedad los problemas son el pan de cada día, tanto es así que el mismo gobierno no le es ajeno a esta rutina, como veremos a continuación en la siguiente modificatoria.

Toda esta situación nace a partir de la iniciativa del proyecto de ley N°118/2016-CR, presentado por algunos integrantes del poder legislativo, el cual, luego es aprobado para ser debatido en el pleno del congreso, y posteriormente ser aprobada y promulgada bajo decreto legislativo N.º 1243 el 22 de octubre de 2016, que modifica el código penal y código de ejecución penal, a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena, de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados.¹

Ya más adelante bajo decreto legislativo N.º 1367, se amplía los alcances de los decretos legislativos 1243 y 1295.²

Para los efectos del presente artículo solo analizaremos como muy bien se señaló líneas arriba, la figura de la inhabilitación perpetua, ya que es esta, la que ha generado una gran controversia en el Perú.

Debemos mencionar, que la figura de la inhabilitación ah estado vigente antes de la modificatoria, esto lo demuestra el Acuerdo Plenario N.º 2-2008, del Poder Judicial, donde se señala que la pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, distinción, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.³

De esta manera, en el transcurso del artículo mostraremos las implicancias que se generan al tocar un tema tan controvertido como es el de la inhabilitación perpetua.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

La incorporación de la inhabilitación perpetua en nuestro ordenamiento jurídico se genera a partir de un proceso de ilicitudes reiteradas en nuestra sociedad. La problemática que surge, si uno se pone a pensar, es ¿esta medida no genera una especie de vulneración a los derechos fundamentales?, estamos de acuerdo que el Perú está pasando por una grave crisis política, pero ¿es adecuado implementar tal medida extrema?, hay que mencionar que esta medida de inhabilitación, es perpetua o permanente, quiere decir que es una sanción que se asignara a determinadas personas por el resto de su vida, de acuerdo con el termino mencionado.

III. UBICACIÓN DEL PROBLEMA: ARTÍCULO 38. DURACIÓN DE LA INHABILITACIÓN PRINCIPAL

Debemos dirigirnos al código penal de 1991, pero más específicamente en su Art. 38, donde palpablemente se expresa esta incorporación.

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36.

*La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. **En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.***

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.

¹ Decreto Legislativo N.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016.

² Decreto Legislativo N.º 1367, publicado el 29 de julio de 2018.

³ Acuerdo Plenario N.º 2-2008-CJ-116, Fj.6.

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

La incorporación de la figura de la inhabilitación perpetua en este tipo penal, hay que entenderla de la forma más práctica y sencilla, en este sentido, los sujetos ya sean autoridades o particulares, dependiendo de lo que determine o describa cada tipo penal en particular, bajo esta misma línea, si estos cometen lo descrito por la norma jurídica, supongamos el cohecho activo, malversación de fondos u otros, y cumplidos los requisitos mencionados para su agravación, como lo descrito líneas arriba, tendríamos que decir que, no solo existirá una pena por el tipo penal cometido, sino que también se le adicionará una pena de inhabilitación perpetua, por ello podemos comprender, que cuando el penado o condenado haya cumplido con la pena o sentencia condenatoria, por haber cometido el hecho punible o contravenido la norma jurídica, se entiende en primer lugar, que esta persona no recuperará del todo sus derechos fundamentales, y en segundo lugar, aun quedaría vigente la pena de inhabilitación perpetua.

Si bien este Art. 38 ha sido centro de varias modificaciones, no debemos omitir por nada, el sentido del contenido del tipo penal, es decir, que el estado al trata de buscar las mejores soluciones ante esta problemática social, finalmente tuvo que recurrir a esta inhabilitación perpetua, desde una primera perspectiva, esta medida se concreta con la idea de desmotivar a aquellas malas prácticas que de poco a poco están degradando a nuestra nación.

IV. ¿CONTRAVENCIÓN A NORMAS INTERNACIONALES?

El análisis que debemos hacer ahora, es de carácter normativo, por ello, para una mejor visión de la problemática debemos comprender cual es la posición de las normas internacionales con respecto a este caso en concreto. Se puede determinar hasta el momento que existe una afectación a derechos constitucionales; como el derecho al trabajo y al derecho a la rehabilitación. La postura en contra de tal medida de inhabilitación, entiende que son derechos que por su misma calidad y contenido, no pueden ser transgredidos, mientras tanto la otra posición asume la idea que tal medida es la mejor solución respecto a este problema, por ende, para poder comprender mejor tal situación, necesitamos recurrir a la normatividad internacional, ya que ésta fundamenta a nuestra constitución política, para luego posiblemente fundamentar o reforzar la relevancia total de ambos derechos fundamentales si fuera el caso.

En primer lugar, debemos citar, a la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, donde en su Art.5, dice lo siguiente; nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴, de la misma forma debemos mencionar a la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, donde en su Art. 5, expresa que todo ser humano tiene derecho a la integridad personal.⁵

Ambas normativas evidentemente expresan su total repudio a una pena o trato degradante, pero también por un lado esta normativa serviría de justificación para mencionar que, realmente sí se afectan derechos fundamentales.

Tras mencionar ambas normativas, debemos alegar que es razonable, que nadie, es decir, ningún ser humano merece una pena o trato degradante en ninguna de las circunstancias por más que haya cometido el peor de los delitos. Vivimos en un estado de derecho, donde cada ser humano merece el respeto debido a sus derechos, ya que estos pertenecen o vienen adherentes a la propia naturaleza de este. Vivir en un estado de derecho, no implica que la sociedad haga

⁴ Declaración universal de los derechos humanos: Artículo 5.

⁵ Convención americana sobre derechos humanos: Artículo 5.

justicia con sus propias manos, si llegáramos a tal situación, definitivamente habrá fracasado el estado, pero si no hemos llegado hasta tal situación, es porque el estado por medio de su aparato estatal hace todo lo posible para satisfacer las necesidades públicas, en este caso por medio del poder judicial, se busca la verdad y la justicia, evitando, por ende, la violencia social.

V. ¿INHABILITACIÓN PERPETUA?

La expresión perpetua, entendido de manera general hace referencia específicamente dentro del contexto jurídico, que se prohíbe al condenado por haber cometido tal hecho punible y su correlativa agravante, volver a ocupar un cargo o un puesto de trabajo determinado de manera permanente. Sin embargo, ¿Es posible su aplicación en un estado de derecho en el que vivimos?, A primera vista pareciera que no, ya que se estaría vulnerando varios derechos fundamentales, entre ellos tenemos, el derecho al trabajo y el derecho a la rehabilitación de acuerdo con el Art. 2, inc.15⁶ y Art.139, inc.22.⁷

Si uno se pone a analizar hasta este momento, por lógica expresaría, que es totalmente inconstitucional tal medida, y por ende el Tribunal Constitucional tendría que declarar su inconstitucionalidad inmediatamente por medio del control concentrado. La cuestión ahora es que actualmente esta terminología está plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que origina una errónea comprensión del significado, generalmente en la sociedad.

Por ello, para no generar más confusión y luego entrar en debate, debemos tomar como referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional donde declaró que “la cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal” y estableció la obligación de los jueces de “revisar las sentencias condenatorias” de cadena perpetua.

Bajo esa misma comprensión, para que la figura de la inhabilitación perpetua no sea inconstitucional, tendría que realizarse una

revisión en un determinado tiempo, como muy bien señala el Tribunal constitucional en el caso de la cadena perpetua, por ende, para no caer en el error de la inconstitucionalidad, se menciona en el Capítulo Sexto al Título II del Código de Ejecución Penal, que la sentencia de la inhabilitación perpetua, tendrá una revisión ya sea de oficio o a petición de parte, por el órgano jurisdiccional que impuso la condena, siempre y cuando el condenado haya cumplido 20 años de pena de inhabilitación. Lo mencionado anteriormente solo hace referencia a una revisión, pero para que el condenado por tal medida sea considerado rehabilitado, tendrá que cumplir una serie de requisitos establecidos en la norma anteriormente mencionada.

- Verificación de que no se cuenta con antecedentes penales durante el tiempo de inhabilitación.
- Verificación de que no se tenga proceso pendiente a nivel nacional.
- Verificación de que no se encuentre registrado en el Registro Nacional de Deudores de Reparaciones Civiles REDERECI.

VI. ¿CONTRADICCIÓN EN LA LEY PENAL?

Uno de los problemas que surgía anteriormente, era sobre la supuesta contradicción que existía en el código penal, si bien esta norma expresa la imposición de una pena de inhabilitación perpetua, también a la vez, menciona la existencia de un medio por el cual la persona puede recuperar sus derechos en todo su esplendor, ese conocimiento general es el que maneja la mayoría de personas, pero aquello no es así, ya que para no caer nuevamente en el error de la incongruencia, el legislador agrega a la norma, la famosa excepción para determinados casos, como mostraremos a continuación.

En este sentido, debemos tener en conocimiento que el Art.69-Rehabilitación automática, expresa textualmente lo siguientes efectos:

1. *Se Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó.*

⁶ Constitución política del Perú de 1993: Artículo 2, inciso 15: “A trabajar libremente, con sujeción a la ley.”

⁷ Constitución política del Perú de 1993: Artículo 139, inciso 22: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”

2. *La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.*

La contradicción hasta este momento es evidente, ya que ¿No se supone que, cumplida la pena, se debe restituir los derechos suspendidos y borrar completamente todos los antecedentes?, bajo ese mismo entendimiento esta restitución implicaría que se borre correlativamente también la inhabilitación perpetua.

Sin embargo, estamos equivocados al dar tal afirmación, debido a que nuestra legislación a precavido tal situación, ya que si continuamos leyendo el Art. 69, nos percataremos líneas abajo, que la rehabilitación automática no operará cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública o los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo. En cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.

A través de estas medidas, nuevamente se evita caer en el equívoco de que existe incongruencia en la ley penal, por ende, queda descartado tal hipótesis.

VII. LA FINALIDAD DE LA PENA

Los fines de la pena a lo largo de la historia, ha tenido una gran gama de concepciones, por ello, debemos mencionar cual es el parecer de nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestra carta magna de 1993, se prevé en su inciso 22 del artículo 139, que el régimen penitenciario tiene por objeto, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad,⁸ de la misma forma en el título preliminar Art. IX del código penal se menciona que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

El Maximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional ha expresado en el EXP. N.º 803-2003-HC/TC, lo

siguiente; con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.⁹

Las posiciones son diversas frente a esta problemática, cada uno de nosotros podría afirmar que tal medida de inhabilitación perpetua, pareciera que es un exceso, que debería buscarse otras medidas alternativas para dar solución a tal situación, y por último que tal pena ya pareciera que se realiza con una finalidad disuasiva y restrictiva.

Lógicamente esa sería la posición de todos, es más, podemos agregar que el estado, al no poder encontrar una solución al problema, únicamente atinó a implementar tal medida con la finalidad de satisfacer las expectativas de los ciudadanos. Hoy en día no podemos descartar ninguna hipótesis con respecto a la crisis por la cual atravesamos.

Tanto es así que cuando surgió tal incorporación, una cantidad prudencial de penalistas, políticos y entre otros, expresaron la misma idea, de que la pena de inhabilitación perpetua, no se aplica con un fin resocializador o rehabilitador, sino más bien como uno disuasivo, tratando de eliminar a los malos elementos de la sociedad.

Lo que debemos entender con respecto a la pena, es que, bajo los mismos lineamientos de la normatividad interna y externa, la pena tiene y debe buscar la prevención y la rehabilitación total de aquellos seres humanos que cometieron hechos delictivos, pero para concretizar o lograr tal objetivo se debe implementar y promover en todos los centros penitenciarios, los mecanismos adecuados para lograr dicho fin resocializador.

VIII. PREVENCIÓN DE DELITOS

En un estado de derecho en el que vivimos, se trata de garantizar los derechos fundamentales, fomentando un trato igualitario para todos los

⁸ Constitución política del Perú de 1993: Artículo 139, inciso, 22.

⁹ STC Exp. N.º 803-2003-HC/TC, F.9

ciudadanos, de acuerdo a los principios existentes, que, como criterios de valor, coadyuvan a resolver un determinado tema.

Queda por ende descartado, la idea de que la pena tiene fines de disuasión, sino el fin que persigue, es el de la prevención y la rehabilitación, sirviendo como medio idóneo para satisfacer las expectativas sociales.

Esta finalidad preventiva, la cual busca prevenir que aquellas malas conductas en una determinada posición o situación puedan volver a ser usadas para seguir afectando al estado, es la que debe fomentarse y reforzarse por medio de políticas criminales idóneas, que ayuden a la solución de criminalidad.

La prevención de los delitos, aparte de estar configurado en nuestro ordenamiento jurídico, también lo podemos encontrar en las diferentes convenciones, al cual el Perú es adherente. Si bien el Perú debe luchar contra la criminalidad en sus diversas modalidades, de acuerdo con lo establecido por la normativa interna, empero esta lucha no solo es promovida a nivel interno, ya que también las diferentes convenciones internacionales otorgan de alguna manera la venia a los diversos países parte, para que creen mecanismos o medios suficientes, y que estos ayuden a la reducción de la criminalidad.

Todo ello, en concordancia con la CONVENCIÓN EN CONTRA DE LA CORRUPCIÓN, la cual en la parte del preámbulo hace énfasis en que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, y por ende, los estados miembros tienen la facultad de hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.¹⁰

Evidentemente se da énfasis en la creación de normas y mecanismos orientados a asegurar la prevención de la corrupción, para que de este modo se pueda mantener la confianza en la integridad de los funcionarios públicos, habilitando al estado peruano para poder crear y utilizar cualquier tipo de mecanismo que coadyuve a la prevención de la

corrupción, claro está, siempre y cuando respetando los parámetros del ordenamiento jurídico, es decir garantizando también los derechos fundamentales de las personas.

Es una clara muestra, de que a nivel internacional, estos organismos también se preocupan en algún sentido por las problemáticas que surgen en los estados, y como organismos internacionales tratan de aportar ideas o medidas que se deben de tomar para prevenir los delitos.

Debemos hacer mención de otra convención, que de la misma manera da la venia a los estados miembros, para que estos, por medio de su aparato estatal, luchen contra la corrupción. Esta convención a diferencia de la anterior, en su introito amplía más, con respecto a cuál es la posición y que medidas debe tomar los estados en relación a la problemática, por ello, la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, muestran su preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. Sin embargo, esta convención no solo muestra la preocupación por la corrupción y delitos contra la administración pública, sino que también, según su contenido, muestra una cierta preocupación por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero.¹¹

Como nos podemos dar cuenta, esta convención expresa una preocupación total con respecto al germen de la corrupción, pero no solo es aquello, sino que también la preocupación va dirigida a los vínculos o temas relacionados con esta misma corrupción, como muy bien se señala líneas arriba.

No todo debe quedar en mera preocupación, ya que no serviría de nada preocuparse o hablar de problemas graves, si no hay propuestas que ayuden a dar soluciones al mal endémico por el cual atraviesa nuestra sociedad.

¹⁰ Convención interamericana en contra de la corrupción: Preámbulo.

¹¹ Convención de las naciones unidas contra la corrupción: Preámbulo

Es así, que esta convención en su **CAPÍTULO II PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY**, artículo 7, numeral 30; señala, que cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:

- Ejercer cargos públicos.
- Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.¹²

Es claro que esta convención, otorga la aprobación a los estados parte, la posibilidad de inhabilitar a estas personas en sus determinados cargos como señala tal normativa, cuando estos cometan delitos graves y totalmente reprochables por la sociedad. Esta norma en un principio sirve de justificación para que el estado tome cualquier mecanismo frente a esta problemática, incluso la medida de la inhabilitación perpetua, pero esto no implica, que el estado pueda utilizar su poder punitivo al extremo frente a cualquier delito, esto no es así, ya que también de velarse por los derechos fundamentales de cada persona.

Párrafos arriba, se mencionó únicamente a la prevención de los delitos contra la corrupción, por ello tampoco bajos a dejar de lado a otra convención que también muestra la misma posición, facultando al estado utilizar su poder estatal, para crear medios que coadyuven a la solución del problema.

Es así, que la **CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS**, muestra su total preocupación por este problema, donde en su preámbulo se señala que, la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del

mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable para la sociedad. En este mismo preámbulo también se expresa, que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados, y que, para ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional.¹³

Nuevamente se hace énfasis en la prevención de estos delitos, que degradan a la sociedad, también podríamos incluir dentro de esta categoría de delitos, a la minería ilegal, lavado de activos, entre otros. Son varias las convenciones que muestran claramente su preocupación por tales situaciones negativas, la medida de la inhabilitación perpetua para estos determinados casos que señala el Art. 38, bajo esa misma comprensión, se puede deducir que el estado atribuye esta medida extrema a determinados casos, ya que encuentra en ellos una situación de peligro que podría perjudicar más gravemente a la propia sociedad.

IX. DERECHO AL TRABAJO Y A LA REHABILITACION

Para un mejor entendimiento del sentido del derecho al trabajo, daremos la siguiente aproximación.

El derecho a la libertad de trabajo consiste en la posibilidad de cada persona de elegir el trabajo que mejor prefiera, de manera que con lo que obtenga por dicho trabajo pueda satisfacer sus necesidades de vida y las de aquellos que del trabajador dependen, y lograr paralelamente su realización humana¹⁴.

Si bien es un derecho que todos tenemos, y por ende están reconocidos y garantizados en el ordenamiento jurídico interno y externo, esto no implica que todos podamos ejercerlo en la realidad, ya que dependerá su ejercicio de la legislación interna de cada país.

Para fundamentar más aún la relevancia de este derecho, debemos mencionar a la **DECLARACION AMERICANA DE LOS**

¹² *Ibidem*, Capítulo II, Artículo 7, numeral 30.

¹³ Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Preámbulo.

¹⁴ RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELÍ, F., & BERNALES BALLESTEROS, E. (2011). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial.

DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE en su Art. XIV, donde se ha consignado lo siguiente; Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.¹⁵ Lo que se agrega con esta normativa internacional, es que aparte de tener el derecho a acceder a un puesto de trabajo de acuerdo con la legislación interna, también tenemos el derecho a trabajar en condiciones dignas, donde se nos respete por el trabajo que realizamos, y por supuesto su correlativa remuneración, ya que justifica nuestro desempeño.

Tampoco debemos de excluir en el presente artículo, al PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, donde en su parte III del Art. 6 se señala que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.¹⁶

Se da énfasis en el párrafo anterior, que el estado debe de reconocer este derecho, y no solo eso, sino que también debe promoverlo.

De la misma forma a nivel internacional, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, menciona que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.¹⁷

Todo lo señalado hasta el momento sirven de justificación o de argumentación, respecto a que la inhabilitación perpetua evidentemente lesiona ambos derechos, por ello, los que estamos a favor de tal medida no tendríamos manera de contrarrestar tal argumentación.

X. LA REVISIÓN IMPLICA REHABILITACIÓN

Al igual que en la imposición de la cadena perpetua en determinados delitos y su correspondiente revisión por el órgano competente, de la misma forma se debe actuar en el caso de la inhabilitación perpetua, respecto a la revisión. La única variante es que en este último caso la revisión se realiza después de cumplido los 20 años de inhabilitación.

Este derecho a la rehabilitación y del trabajo, de acuerdo con el texto normativo, vendría a ser restringido o delimitado por lo menos 20 años, ya que es el tiempo, cuando se realiza la revisión, claro está, sin olvidar los requisitos para que el condenado sea considerado rehabilitado.

Los requisitos para la rehabilitación, ya señalados párrafos arriba, muestran que no presentan dificultades para cumplirse, es decir, se pueden cumplir fácilmente a toda cabalidad, pero en el caso de que no se cumpla tales requisitos, nuevamente se revisara cada año a petición de parte, por ende, es más seguro que se logre la rehabilitación.

Si nos ponemos a pensar, esta medida de la inhabilitación perpetua está por demás, ya que está asegurado en un 99.9% que toda persona condenada por tal pena saldrá supuestamente rehabilitada cumplidos los 20 años de inhabilitación. Mas idóneo hubiera sido el incremento de tal pena hasta los 20 años, si esa era la idea del estado al crear tal medida con la finalidad de que se eviten más delitos de esa índole.

Sin embargo, ahora la cuestión es otra, si bien ya se determinó que esta pena, está sometida a una revisión o varias revisiones en caso de no lograrse la rehabilitación, por ello, no debemos descartar la otra problemática vinculada a nuestro problema planteado, la cual vendría a ser, el exceso de prohibición o exceso de inhabilitación. El sentido, que deja entrever la inhabilitación perpetua, nos induce a pensar que el estado busca resolver cuestiones criminales, utilizando como mecanismo el incremento de la pena, medida que no es la mejor vía para resolver situaciones criminales, ya que como se señaló, la pena debe buscar la prevención y la rehabilitación, si bien es imposible evitar que se cometan delitos en la sociedad, la pena debe actuar en concordancia

¹⁵ Declaración americana de los derechos y deberes del hombre: Artículo XIV.

¹⁶ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: Parte III, Artículo 6.

¹⁷ Pacto internacional de derechos civiles y políticos: Parte III, Artículo 10.

con las políticas de prevención del estado, para hacer más eficiente y más eficaz en la búsqueda de la reducción de la criminalidad.

XI. ¿DERECHOS ABSOLUTOS?

A lo largo del presente artículo, se han dado a conocer las diversas posiciones que toman, tanto nuestro ordenamiento jurídico como también el derecho internacional.

Uno de los principales problemas que tocamos en un primer momento, fue acerca de que la inhabilitación perpetua afecta a dos derechos fundamentales, el derecho al trabajo y el derecho a la rehabilitación. Si uno se pregunta, diría, ¿en qué medida se afectan ambos derechos?, como también ¿será posible su restricción total?, son preguntas que debemos analizar punto por punto en esta parte del artículo.

Todos nosotros tenemos derechos fundamentales, que se encuentran intrínsecos en nuestra propia naturaleza. Los seres humanos, por tener esa calidad son los únicos que pueden gozar de tales derechos y sus correlativos deberes. Los derechos fundamentales en cuestión, como al trabajo y a la rehabilitación, gozan de un lugar relevante en nuestro ordenamiento jurídico, como es en el caso de la constitución de 1993, donde el contenido de ambos se encuentra reconocido y garantizado constitucionalmente, es decir, ambos derechos deben ser protegidos en la sociedad de acuerdo a las normas que desarrollan la constitución y también las interpretaciones que hace el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional. Pero como hemos visto, no solo existe reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico interno, sino que el mismo derecho internacional, a través de las diversas convenciones, tratados y pactos, expresan su reconocimiento y protección.

Todo indicaría que es imposible que un derecho fundamental sea restringido prudencialmente y menos aún en su totalidad, es decir tendríamos que afirmar que tales derechos, gozan de una solidez total, por ende, serían considerados como derechos impenetrables, sin ninguna restricción alguna.

Al afirmar que son derechos impenetrables, ¿no caeríamos en el error ante

esta afirmación?, ya que, en nuestra realidad, se observa frecuentemente, que cuando se comete un delito, y se atribuye su correspondiente sentencia condenatoria, lo que sucede inmediatamente es que se le restringe el derecho a la libertad al sujeto que cometió el hecho punible, por ende, ya de por sí, se restringe este derecho.

De la misma forma sucede, cuando dos personas propugnan ante los tribunales, por el reconocimiento de sus derechos, supongamos el derecho a la libertad de información frente al derecho a la intimidad, son dos derechos que colisionan, pero finalmente sobre el caso hipotético se reconoce el derecho a la libertad de información.

De esta manera, en los dos ejemplos señalados, ¿no se afectan de todas maneras aquellos derechos fundamentales?, la incongruencia a primera vista es evidente, por ello, para comprender en que consiste esta temática, citaremos al profesor Luis Castillo Córdova,¹⁸ quien argumenta la manera correcta como deben entenderse a los derechos fundamentales.

Él menciona, que si bien todo derecho fundamental debe ser reconocido y protegido, esto no implica que jamás entren en tensión, es decir, los derechos fundamentales pueden entrar en aparente conflicto, debido al ejercicio erróneo que realizan determinadas personas, pero jamás los derechos constitucionales pueden encontrarse en una situación de incongruencia, ya que lo que genera que entren en aparente conflicto, es el mal uso de algunas personas que tratan de hacer prevalecer equívocamente su derecho por encima del otro. Ahora, para poder determinar cuál derecho es utilizado correctamente, se tendrá que analizar sobre el caso en concreto. Es así, que cuando se emita una resolución y ésta no sea favorable a mi persona, será porque se delimitó o reguló el ejercicio de mi derecho, debido a que hice un mal uso con respecto a él.

Bajo esta misma comprensión, con respecto al primer y segundo ejemplo, lo que se hace es delimitar el ejercicio del derecho en cuestión, ya sea por que merece ser sancionado o por que se le dio un mal uso.

¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, L. (2005). *Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores.

Los derechos consagrados en nuestra constitución pueden ser susceptibles de delimitaciones en su ejercicio, pero no podemos afirmar que los derechos se restringen, entran en conflicto o puedan estar dentro de un ámbito de incongruencias.

De esta misma forma, guiándonos del mismo pensamiento del jurista Gustavo Zagrebelsky,¹⁹ los derechos a la rehabilitación y al trabajo, no pueden ser considerados como derechos absolutos, ya que al igual que otros derechos, estos también tienden a ser susceptibles de regulación o delimitación en su ejercicio. Esto quiere decir, que los derechos fundamentales no tienen la calidad de ser derechos impenetrables, si bien estos derechos deben ser respetados y protegidos, esto no implica que tengan una solidez total, por ende, pueden y deben ser relativizados adecuadamente en su ejercicio, analizando caso por caso para una mejor resolución con respecto a la postura a tomar.

Por ello, toda vez que se quiera resolver una situación de esta índole, se tendrá que recurrir al análisis minucioso sobre el caso en concreto, para así tomar la mejor decisión posible, ya que, si no fuera así, cometeríamos el error de sancionar erróneamente a una persona que no merecía determinada sanción.

Los supuestos derechos afectados, como el derecho al trabajo y el derecho a la rehabilitación, no implica que su afectación sea en su totalidad, ya que la proporción de daño sufrido será mínimamente, tanto así, que no tendrá consecuencias negativas en el desenvolvimiento diario del sujeto sancionado en la sociedad.

XII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El término, inhabilitación perpetua, genera mucha confusión en la sociedad, por ello, aducir que es inconstitucional tal medida sería un equívoco, como ya se señaló en el presente artículo. A pesar de este lamentablemente error, se debe entender el término, como una inhabilitación con su correlativa revisión.

SEGUNDA.- La finalidad de la inhabilitación perpetua no debe ser considerada con un fin restrictivo, sino que debemos seguir el mismo parecer de la constitución y demás normas,

donde la pena tiene la finalidad de la prevención y rehabilitación de la persona en la sociedad, evitando así, que futuros casos similares se repitan.

TERCERA.- De acuerdo con la teoría de la ductilidad del derecho, se puede regular o limitar en su ejercicio a determinados derechos, pero claro está, todo ello se realizará con la condición de que se analice minuciosamente sobre el caso en concreto para poder finalmente optar por una postura.

CUARTA.- El derecho a la rehabilitación, por más que sea un derecho fundamental puede ser relativizado o regulado en última ratio, es decir, se puede aplicar tal medida cuando hayan fracasado otros mecanismos de regulación.

QUINTA.- El derecho al trabajo, si bien para algunos podría ser afectado o perjudicado en un primer momento, nosotros debemos descartar tal pensamiento, ya que el daño producido en su ejercicio es mínimo, y además hay que tener en conocimiento que solo se restringe a acceder a un determinado cargo o puesto de trabajo, lo que implica que no se restringe totalmente el derecho al trabajo, por ello, la persona sancionada con un pena de inhabilitación perpetua podrá tranquilamente acceder a un puesto de trabajo que no sea el que se le fue inhabilitado.

SEXTA.- La inhabilitación perpetua, en nuestro sistema nacional carece de eficacia, ya que, si bien tal medida extrema tiene la finalidad de que no se vuelva a cometer nuevos hechos delictivos, esto no implica que los tribunales ante este tipo de casos resuelvan de la mejor manera.

BIBLIOGRAFÍA

- Castillo Córdova, L. (2005). *Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praelí, F., & Bernalles Ballesteros, E. (2011). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial.
- zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. (Décima ed.). Madrid: Editorial Trotta.

¹⁹ ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. (Décima ed.). Madrid: Editorial Trotta

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rector

Dr. ADILIO AUGUSTO PORTELLA VALVERDE

Vicerrector Académico

Dr. JORGE LUIS LOZANO CERVERA.

Vicerrector De Investigación

Phd. HECTOR RODRIGUEZ PAPUICO.

Decano De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Empresariales

Mgr. GERONIMO VICTOR DAMIAN LOPEZ.

Secretario Académico De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Empresariales

Mgr. MIGUEL FRANSISCO TORRES REBAZA.

Director De La Escuela Profesional De Derecho y Ciencias Políticas

Mgr. LUIS ALBERTO VALDIVIA SALAZAR.

Departamento Académico De Derecho

Mgr. ISABEL RODRIGUEZ MONZON.

INFORMACION PARA LA PRESENTACION DE ARTICULOS

I. **Objetivos de la revista Derecho Critico**

La revista DERECHO CRITICO de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Tacna, Peru. En la que se publican articulo inéditos, previa evaluación del Comité Editorial de la revista, que evalua su originalidad, calidad y contenido de los artículos.

II. **Formalidad de los artículos**

a. **Normas Generales**

Todos los artículos presentados en la Revista DERECHO CRÍTICO deben encontrarse escrito en idioma español y debe tratar temas únicamente jurídicos y/o temas vinculados íntimamente al Derechos, como son los estudios interdisciplinarios.

b. **Características de fondo en los artículos**

Los artículos deberán contener como características mínimas para su publicación:

- Título en español e inglés.
- Nombre del autor o autores, deberá incluirse una nota que determine la filiación institucional, ciudad y país, profesión, grados académicos y toda la información que se considera pertinente.
- Resumen donde se mencionen las ideas más importantes de la investigación, que no deberá exceder las 300 palabras.
- El contenido deberá realizarse de forma ordenada y enumerada según corresponda en títulos y subtítulos.

c. **Características de forma en los artículos**

- El texto de los artículos no podrá ser menor a 10 paginas, ni superior a las 30 páginas, a espacio simple, en letra Times New Roman 12, en formato A4, en márgenes 2.5 cm en los cuatro lados.
- Las notas pie de página se realizaran a espacio simple, en letra Times New Roman 10.

d. **Referencias Bibliográficas**

- Las citas referencias se podrán realizar en Estilo APA o en cita pie de página, como lo considere pertinente el autor, teniendo muy en claro que la calidad de citas debe ser optima, según el grado de exigencia de la presente revista.



UNIVERSIDAD NACIONAL
JORGE BASADRE GROHMANN