

DIRECTORES:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

**LA LEY, DOCTRINA Y
JURISPRUDENCIA
PUESTA A DEBATE:
DERECHO Y REALIDAD SOCIAL
EN EL SIGLO XXI**

COORDINADORES:

Juan de Dios Atarama Macha
Leslie Milena Málaga Mujica



Amachaq
Escuela Jurídica

DIRECTORES:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

**LA LEY, DOCTRINA Y
JURISPRUDENCIA
PUESTA A DEBATE:
DERECHO Y REALIDAD SOCIAL
EN EL SIGLO XXI**

COORDINADORES:

Juan de Dios Atarama Macha
Leslie Milena Málaga Mujica

“LA LEY, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

PUESTA A DEBATE: DERECHO Y REALIDAD SOCIAL EN EL SIGLO XXI”

AUTORES:

Esta es una obra colectiva

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Atarama Macha, Juan de Dios
Málaga Mujica, Leslie Milena

COLABORADORES:

Alarcón Huamán, Katherine Miluska
Anchahua Flores, Valery Rousse
Bacilio Vega, Ana Lucía
Barreto Lingan, Diego Jesús
Begazo Asencio, Jean Piero
Bonifacio Fasabi, Lucero Nicole
Canchari Choque, Fátima Lucero
Contreras Torres, Oscar Eloy
Delgado Peña, María Elizabeth
García Mejía, Aissa Margiory
Maldonado Barrial, Issair Daniel
Montoya Saccsara, Marian Lucia
Muñoz Ruiz, Nrsimha Martha Yasoda
Pinchi Quinto, Marco Antonio
Porras Torres, Richard
Ramírez Cosme, Alexis Gustavo
Ramos Andía, Yoselyn
Rojas Sosa, Piero Edwin
Salas Casafranca, María Alexandra
Salguero Julca, Lucía Yolanda

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

Lima – Perú

PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – OCTUBRE 2022

LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:

<http://editorialamachaq.com/libro-pre-ley>

ISBN: 978-612-48692-5-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N° 2024-13091



La ley, doctrina y jurisprudencia puesta a debate:

Derecho y realidad social en el siglo XXI

Amachaq Escuela Jurídica

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/libro-pre-ley>

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com

El Libro "La ley, doctrina y jurisprudencia puesta a debate: Derecho y realidad social en el siglo XXI" de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/libro-pre-ley>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES.....	11
PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES.....	14

I. DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO PARLAMENTARIO, DERECHO ELECTORAL Y DERECHOS HUMANOS

a) *Ponencias*

- **Posibilidad de investigación al presidente de la república a partir de la Constitución de 1993**
Erick Urbina Lovón..... 23
- **Derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables: avances y retos pendientes**
Karen Maribel Rebaza Vilchez35
- **Los derechos de las personas trans: la invisibilizada realidad histórica y novedosa problemática**
Maria Paz Fernández-Rivera González49
- **¿La subsidiariedad del proceso de amparo debe desaparecer?**
Lucas Ghersi Murillo63

- **Las exigencias de justicia material y la solución de los problemas jurídicos y políticos**
Luis Castillo Córdova69

b) Mesas de diálogo

- **Aciertos y desaciertos del proyecto de ley que propone la vuelta a la bicameralidad**
Juan de Dios Atarama Macha
Ingrid Brighit Verastegui Zuñiga
Diego Álvaro Díaz Morales
Germán Gonzalo Quirhuayo Chumbe87

II. CIENCIAS PENALES

a) Ponencias

- **La reforma procesal penal: algunas reflexiones sobre el proceso de su implementación a 15 años de su vigencia**
Dalmiro Huachaca Sánchez117
- **Una revisión y análisis a la prueba del dolo en el proceso penal**
José Alonso Almanza Macedo123

b) Mesas de diálogo

- **Delito de trata de personas: problemáticas en torno al consentimiento y responsabilidad penal**
Ninoschka Morales Lucho
Melanie Ashly Navarrete Mendoza135

- **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis desde la perspectiva del derecho comparado**
Nicole Alexandra Díaz Coronel
Renzo Vásquez Villacorta153

III. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

a. Ponencias

- **Valoración de la prueba con enfoque diferencial en la reparación integral por ruptura del vínculo matrimonial o marital por violencias basadas en género: el caso colombiano en clave del derecho convencional**
Catalina Del Pilar Cardozo Arango175

b. Mesas de diálogo

- **Análisis crítico y jurisprudencial en torno al sujeto activo del tipo penal de feminicidio**
Victoria Natividad Solís Peña
Nicole Xiomara Torres Flores
Nathaly Ximena Baldeon Lopez189

IV. DERECHO AMBIENTAL

a. Ponencias

- **La necesidad de una intervención eficaz de los Gobiernos regionales para la sostenibilidad de los recursos forestales**
Denis Omar Córdova Chacón213

V. DERECHO PRIVADO

a. Ponencias

- **El diálogo entre el legislador, la doctrina y la jurisprudencia frente a las exigencias de los contextos sociales: la perspectiva italiana**
Mauro Grondona225
- **Responsabilidad de los propietarios y poseedores de canes**
Beatriz Franciskovic Ingunza241

b. Mesas de diálogo

- **Análisis El mejor derecho de propiedad dentro del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil sometido a análisis**
Clotilde Cristina Vigil de Quiroz
Jorge Alberto Beltrán Pacheco
Mayra Alejandra Huaccha Galarza253

VI. DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL

a. Ponencias

- **La empresa en el escenario legislativo actual: Análisis jurídico empresarial de la problemática organizativa de la Micro, Pequeña y Mediana empresa**
César Eusebio Ramos Padilla273

**VII. DERECHO LABORAL, PROCESAL LABORAL Y
PROMOCIÓN DEL EMPLEO**

a. Ponencias

- **Tercerización laboral: crítica y análisis ante su reforma. A propósito del anteproyecto del Código del Trabajo**
Ricardo Corrales Melgarejo..... 287

- **Efectos de las últimas medidas laborales**
Leopoldo Gamarra Vilchez299

- **La inviolabilidad de comunicaciones en las relaciones laborales según la jurisprudencia**
Jessica Pizarro Delgado307

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES

Las ciencias jurídicas han experimentado, con el pasar de los años, el surgimiento y avance de problemáticas que han supuesto retos para la doctrina, jurisprudencia y la normativa vigente en nuestra sociedad. En nuestro país aún persisten ciertos territorios no explorados de manera adecuada, en los que se soslayan las diversas características de la sociedad que obligan a su estudio y que representan en la interculturalidad –en sentido jurídico– un tópico interesante de abordar.

Bajo este panorama, desde la dirección de AMACHAQ, se propuso llevar adelante el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, con el objetivo de evaluar, junto con académicos del Derecho y profesionales de las más diversas materias, temáticas actuales, y que, de cara a la realidad social, nos interpelan.

Nuestra institución mantiene presente la consigna de propugnar un análisis crítico del Derecho, por ende, nos es grato presentar el producto de un exhaustivo esfuerzo, fundado en la motivación de otorgar a la comunidad jurídica una serie de excelentes y prolijos trabajos académicos realizados por cada uno de los prestigiosos especialistas de las materias *sub examine*. Los académicos,

investigadores y catedráticos que aceptaron ser parte de este Congreso y sin quienes no hubiese sido posible su concreción.

En tal sentido, se recopilan trabajos académicos que tienen que ver con los temas concernientes a las diversas ramas del derecho, las cuales se han organizado para que el lector pueda encontrar artículos académicos relacionados con el Derecho Constitucional, Derecho Parlamentario, Derecho Electoral y Derechos Humanos. Tópicos relevantes para las Ciencias Penales, en boga, que tratan las problemáticas de grupos vulnerados y que han sido recopilados en el área de Violencia contra la mujer; así también, temas de Derecho Ambiental y asuntos de Derecho Privado, Comercial y Derecho Laboral.

Esperamos que la lectura de este trabajo académico, que ha sido impulsada por estudiantes y egresados sanmarquinos que conforman AMACHAQ Escuela Jurídica, contribuya al estudio de cada uno de nuestros lectores y que los contenidos vertidos aporten significativamente a la divulgación del conocimiento jurídico en sus distintas ramas y, de esta manera, aperturen un espacio de debate, reflexión, análisis, crítica del estado actual de las cosas y los retos que debe afrontar el estudio jurídico; asuntos que se han tratado en este libro.

También, no podemos dejar de agradecer a todos los miembros colaboradores y coordinadores de área de nuestra institución; pues esta obra también es resultado de la dedicación y tiempo de cada uno de ellos, quienes conforman la esencia de AMACHAQ y aquella motivación de todo estudiante y académico del derecho, de fomentar el análisis y reflexión de temas de vanguardia, así como su difusión con toda la comunidad jurídica.

Finalmente, reiteramos nuestro compromiso de continuar con la producción y difusión de trabajos académicos de calidad que mantengan actualizados a la comunidad jurídica en pro de un mejor entendimiento de la realidad social y jurídica, de una mejor aplicación de las leyes, así como de las reformas normativas correspondientes que le hacen tanta falta a nuestro país.

Desde AMACHAQ Escuela Jurídica, nos comprometemos y reafirmamos el compromiso de seguir contribuyendo con la comunidad jurídica en la búsqueda e incentivo de portales que ayuden a poder extender el conocimiento, y cultivar el mismo sin parámetro alguno.

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

El derecho no es estático, sino que se va desarrollando y actualizando constantemente; ello, debido a que no se puede oponer el derecho con la sociedad, que *—per se—* ya es voluble. En esa línea, el derecho tiene como función el ordenamiento, control y dirección de los elementos fácticos que se suscitan en el devenir social de las interacciones entre los individuos que la componen y tiene como objeto la conducta humana, la cual se halla impregnada de valores y se encuentra descrita y regulada por las normas.

Al ser esta sumamente cambiante, resulta menester examinar la forma en la que el derecho ha debido superarse y actualizarse para estar al corriente con los nuevos fenómenos que han revolucionado los saberes clásicos que se encontraban asentados en el derecho.

Bajo esta línea, el presente producto contiene tratamientos y propuestas que llevan como consigna replantear los escenarios jurídicos vigentes y generar nuevas propuestas y perspectivas acordes a nuestra realidad peruana. Ello, teniendo presente que la mirada a través de la cual debe analizarse la realidad social no debe ser solo capitalina y centralista, sino que debe considerar una mirada múltiple, jurídica; sin soslayar las bases dogmáticas, doctrinales y

jurisprudenciales —tanto nacionales como internacionales— que los tópicos expuestos suponen y conllevan.

Por consiguiente, desde la dirección y coordinación de AMACHAQ Escuela Jurídica tenemos el agrado de presentarles el producto académico realizado en el marco del Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, el cual se llevó a cabo desde el 01 hasta el 03 de julio y tuvo como consigna el estudio y análisis crítico de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, de manera que estas fuentes contribuyan al desarrollo del derecho y fomenten el debate académico.

Por este motivo, la presente obra ostenta diversos artículos de las principales áreas del derecho, las cuales se han organizado de la siguiente manera:

En primera instancia, en materia de **Derecho Constitucional, Derecho Parlamentario, Derecho Electoral y Derechos Humanos**, se ha logrado la recopilación de artículos sobre temas en boga, como la evaluación de la posibilidad o no de aperturar una investigación en contra del máximo mandatario del país; no solo desde el aspecto histórico constitucional, sino también desde la jurisprudencia nacional e internacional que existe al respecto. Desde el área de Derechos Humanos, hemos logrado la visibilización de las vulneraciones sistemáticas de las que han sido víctimas las poblaciones invisibilizadas a lo largo del devenir de la sociedad; tales como las personas trans, quienes se encuentran relegadas al ostracismo de una tratativa que no las incluye como tales y cuya problemática supone retos que aún se mantienen pendientes. Adicionalmente, en cuanto al Derecho Parlamentario, se desarrolla la viabilidad de la reciente propuesta de retorno a la Bicameralidad en el Congreso de la República, tópico que ha generado la puesta en debate sobre los aciertos y desaciertos que puede generar volver a esta forma parlamentaria.

Respecto a las **Ciencias Penales**, se ha tomado abordaje de temas concernientes al derecho penal material, mediante el abordaje de tópicos innovadores y acordes a los nuevos fenómenos que se suscitan en la realidad; así, se estudia la aparición de las denominadas sectas como problemática del derecho penal, en tanto que el acontecimiento de delitos que estas agrupaciones han cometido ha supuesto un reto

para las estructuras clásicas de la teoría del delito. En materia procesal, se realiza una revisión de la probanza del dolo en el proceso penal desde una postura normativista. También, se llevan a cabo algunas reflexiones en torno a la reforma procesal penal, enfatizando en sus consecuencias y avances, así como el surgimiento de nuevos problemas o limitaciones. Para finalizar con esta rama del derecho, se pone a debate dos asuntos sumamente importantes e interesantes: el delito de trata de personas como nueva forma de esclavitud, en el cual se analiza específicamente el problema del consentimiento de la víctima y la responsabilidad penal que este ilícito acarrea en estos casos; así como, temas de derecho penal económico, de la mano de la aún vigente disyuntiva de la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas; análisis que se realiza a través de la revisión de doctrina nacional e internacional.

Asimismo, la presente edición contiene interesantes reflexiones en torno a la **Violencia contra la mujer** y el papel del derecho frente a esta problemática socio-jurídica. En específico, se realiza un minucioso tratamiento del modelo colombiano a la luz del derecho convencional sobre la valoración de medios de prueba, en pos de la reparación por una ruptura cuya causal fue la violencia de género. Aunado a ello, y con un enfoque dialógico, se debate sobre la circunscripción del sujeto activo del feminicidio únicamente al sexo masculino.

Cerrando el macro bloque de escritos referidos al Derecho Público, resulta capital la mención al **Derecho Ambiental**; especialmente, al rol que cumplen los gobiernos regionales en el mantenimiento y cuidado de los recursos forestales. Además, se realizan ciertas propuestas de solución a las fallas a nivel institucional que dificultan un desenvolvimiento eficiente de las labores ambientales.

Por su parte, dentro de los tópicos relativos al **Derecho Privado**, se presentan importantes impresiones respecto a la relación entre el Derecho y el contexto en el cual se configura; así como, sobre el necesario diálogo entre el legislador, la doctrina y la jurisprudencia desde la experiencia italiana de cara a la globalización, entre otros escenarios contemporáneos. En adición, se hace una notable tratativa de la responsabilidad administrativa, penal y civil; tanto de propietarios como de poseedores de canes. Por otro lado, de forma mancomunada, se trabajó una serie de apuntes respecto al último

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, así como el desarrollo jurisprudencial del mejor derecho de propiedad.

En materia **comercial**, se evalúan los factores jurídicos y sociales que atraviesan a la creación y desenvolvimiento de las pequeñas y micro empresas; evidenciándose la necesidad de un cambio a nivel normativo y una promoción de la cultura asociativa por parte del Estado.

Finalmente, en materia de **Derecho Laboral**, autorizados ponentes despliegan sus conclusiones respecto a la tercerización, a la luz del anteproyecto del Código de Trabajo; los efectos de las últimas medidas laborales, los cuales fueron analizados desde una óptica jurídica y económica; y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en adición a ciertos casos controversiales o liminales que enriquecen el debate.

Finalmente, no es posible concluir este prólogo sin antes extender los más cálidos agradecimientos a los académicos, docentes, investigadores y profesores que vertieron sobre su público visualizador y oyente —ahora lector— reflexionados conocimientos relativos a las más diversas áreas del Derecho. Sin su participación y confianza, la cristalización de este proyecto no hubiera sido posible.

Desde la institución, deseamos al lector una feliz reflexión de la presente sistematización de textos y transcripciones; cuyos contenidos, impartidos en esta ocasión de manera escrita, no dejan de ser relevantes en la contemporaneidad. Bajo esta consigna, AMACHAQ mantiene su labor de difusión libre y gratuita del conocimiento para toda la comunidad jurídica.

Juan de Dios Atarama Macha
Leslie Milena Málaga Mujica

**I. DERECHO CONSTITUCIONAL,
DERECHOS HUMANOS,
DERECHO ELECTORAL Y
DERECHO PARLAMENTARIO**

a) Ponencias

Posibilidad de investigación al presidente de la república a partir de la Constitución de 1993*

Erick Urbina Lovón**

Universidad Católica de Santa María

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Antecedentes / 3. Desde la constitución de 1826 / 4. Responsabilidad jurídica del presidente de la república / 5. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Mediante el presente artículo se pretende promover el diálogo, ya que siempre es importante escuchar opiniones contrapuestas, particularmente el ámbito jurídico constitucional. Además, cabe resaltar que esta ponencia tiene como sustrato un artículo publicado en Gaceta Constitucional en el tomo 171 de marzo del año 2022.

Este artículo lo escribí junto con el abogado constitucionalista y adjunto a la docencia universitaria Christian Muñoz Cabrera. Con él escribimos este artículo que se titula “*La responsabilidad del presidente en la Constitución de 1993. ¿Puede ser investigado durante su mandato?*”.¹

El debate en torno a este tema aún no termina de zanjarse del todo puesto que aún hay posiciones encontradas, una de ellas, es la que sostiene el abogado del presidente Pedro Castillo. Esta posición se enfrenta a una mayoría que considera que sí se le puede investigar al presidente de la república durante su mandato.

En el presente no solo se mencionará el aspecto histórico constitucional, sino que también se abrevará de la jurisprudencia nacional e internacional que existe al respecto; ello en vistas de que el fiscal de la Nación Pablo

1 Cfr. Revista GACETA CONSTITUCIONAL, No 171, Marzo 2022, ISSN 1997-8812, pp. 195-211.
* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Doctorando en Derecho en la Universidad de Alicante (España).

Sánchez decidió cambiar el criterio de la fiscalía y ha iniciado una investigación fiscal contra el presidente de la república.

Una situación similar ha sucedido en sede parlamentaria en el seno de la Comisión de fiscalización que estaba encargada de investigar todos estos hechos por los cuales el presidente cambió de colaborador ha investigado.

2. Antecedentes

Para empezar, mencionaré que el sistema de gobierno de la Constitución de 1993 merece ser examinado no solo desde la naturaleza que tiene el jefe del estado en el país, sino también para ver cuáles pueden ser algunas complicaciones en torno a su figura, o con respecto a una investigación como la que se viene presentando.

Sobre este tema se han pronunciado muchos constitucionalistas, la mayoría de estos estudiosos están de acuerdo en que el Perú está conformado por un sistema en esencia presidencialista, el motivo principal sería que el pueblo elige a su jefe de gobierno y al mismo tiempo al jefe de estado de una manera directa.

Esta forma directa es típica de los gobiernos presidencialistas, a diferencia de los parlamentarismos, los cuales cuentan con un poder ejecutivo bicéfalo, es decir, existe un jefe de estado y un jefe de gobierno. Así también, en este último modelo, se elige al jefe de gobierno de manera indirecta ya que es el Parlamento quien termina nombrando al que será primer ministro o presidente cómo le llaman en algunos gobiernos, o canciller. Este último bastante común en Alemania.

El presidencialismo se fundamenta principalmente en la *Teoría de Separación de Poderes* del barón de Montesquieu. En cambio, el parlamentarismo es mucho más acorde con la teoría de separación de poderes que propuso años antes John Locke.

Estas dos tradiciones son las hegemónicas en Occidente y será Estados Unidos quien por excelencia implemente el presidencialismo. Así también, Inglaterra desarrolla el parlamentarismo de manera excepcional.

Ante ello, resulta ilustradora una anécdota de Alexis de Tocqueville, autor del célebre libro *La democracia en América*. Él fue un aristócrata que sobrevive a la Revolución Francesa y como todo burgués de ese tiempo, inicia de oficio la judicatura.

Con esa curiosidad de abogado, él observaba que, en los procesos sociales y políticos, cómo es que los norteamericanos se estaban organizando e inicia-

ban una vida republicana con éxito, a diferencia de lo que vivía en su patria, ya que no dejaban de matarse por tantas riñas.

Por ello él pide una autorización para viajar a los Estados Unidos para intentar averiguar qué era lo que ocurría allá, a propósito del posible triunfo del presidencialismo. Alexis quería ver cómo funcionaba la democracia en América, siendo este el título del libro que escribiría.

Lo que él logra entender es que los norteamericanos estaban simplemente obedeciendo a su paisano, Álvaro de Montesquieu, quien ya había publicado *El espíritu de las leyes*.

En este libro, Montesquieu proponía la siguiente separación de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Cosa distinta a lo que había escrito Locke, cuya separación era de ejecutivo, federativo y legislativo.

Tocqueville ve que esto funcionaba en América, tal vez no perfectamente, pero sin duda funcionaba mejor que en la Francia post revolucionaria.

En este sentido, Tocqueville plasmará en su libro la forma en que el presidencialismo se encuentra inspirado principalmente en la teoría de separación de poderes de Montesquieu.

García Trevijano, por ejemplo, realiza una crítica muy dura al régimen español. Él señala que en España nunca había existido una democracia, siendo esto una mentira rotunda, ya que nunca había funcionado de manera real. Esto porque los españoles se basaron más en Locke en lugar de Montesquieu, y por esa razón el modelo de parlamentarismo que contiene no se iguala a la separación de poderes del presidencialismo.

La relación del Poder Ejecutivo en los parlamentarismos suele ser mucho más directa. Esta relación es llamada fiduciaria.

En los presidencialismos no existe un primer poder del Estado, ni tampoco un segundo ni un tercero, sino que existen los tres poderes que tienen el mismo peso y la misma jerarquía teniendo cada una de ellas sus funciones.

Nosotros habíamos incorporado originalmente con el nacimiento de la República, el sistema presidencialista, inspirado en el modelo norteamericano. Luego de ello, también se va a incorporar de manera paulatina todos los mecanismos de control político que se desarrollan en los parlamentarismos.

En consideración de ello, el Perú es el único país que tiene incorporado todos los sistemas del parlamentarismo en un régimen presidencialista y por

esa razón, nuestro sistema es llamado Presidencialismo híbrido, Semipresidencialismo parlamentario o neo presidencialismo, este último llamado así por el doctor Hakansson en su reciente libro.

El término neo presidencialismo es un término que no es propio del doctor Hakansson, sino que es del constitucionalista Karl Loewenstein, quien en su célebre teoría de la constitución menciona lo siguiente:

“El Neo presidencialismo no prescinde en absoluto de un parlamento y de un gabinete formalmente independiente, sino que estas instituciones están estrictamente sometidas al jefe de estado en la jerarquía de la conformación del poder”.

Ello quiere decir que en un Neo presidencialismo existe formalmente una división de poderes; sin embargo, la figura del presidente es tan preponderante que termina incluyendo al resto de poderes y, por ende, ocasiona una unidad.

Es relevante traer a colación una cita del profesor Francisco Eguiguren Praeli, quien mencionó luego de publicada y entrada en vigencia de la constitución del año 1993, lo siguiente: *“En lugar de limitar el poder del presidente de la República, se estaba potenciando esta figura con respecto a la Constitución del 93”.*

3. Desde la Constitución de 1826

La Constitución más conservadora es la del año 1826. Es llamada conservadora porque esta reconocía a Simón Bolívar como presidente plenipotenciario y vitalicio, por ende, podría decirse que se convertía en un Napoleón Bonaparte en tierras Latinoamericanas.

La carta de 1828 es conocida como la madre de las constituciones; fue bautizada por el primer profesor de derecho constitucional que ha tenido el Perú, el doctor Manuel Vicente Villarán.

No olvidemos tampoco que será el profesor Manuel Vicente Villarán el encargado de un texto constitucional que se convertiría en la Constitución de 1930 que propiamente termina inspirando a la constitución del año 1933.

A lo largo de nuestras constituciones, como hemos venido comentando paulatinamente, todos los mecanismos de control político siguen la última incorporación a nuestro sistema de gobierno: esta vendría a ser la posibilidad de disolver el Parlamento.

Será en la Constitución de 1979 la que reconoce esta atribución al presidente de la República, después de que el Parlamento le haya negado por 3 veces la confianza. En cambio, esto es distinto en la Constitución de 1993, ya que no eran tres las veces que el Parlamento tendría que negarle el voto de confianza, sino dos.

El sistema peruano es un sistema híbrido, a pesar de que se hayan agregado muchas figuras del parlamentarismo con la intención de limitar el poder del Ejecutivo. Lo cierto es que ha terminado más bien fortaleciéndose.

La manera que el régimen de la responsabilidad del presidente de la República a lo largo de nuestra historia constitucional ha sido recogido en este análisis histórico, formulado a partir de las investigaciones que tanto el jurista Javier Valle Riestra, Francisco Eguiguren y el autor del presente, para conocer la forma en que se ha manejado la responsabilidad del presidente de la República respecto a sus responsabilidades políticas y jurídicas.

El primer antecedente es el *juicio de residencia*, denominado así ya que estaba previsto para todo aquel que haya ocupado un cargo como virrey en el Perú. Este se aplicaba de manera obligatoria a todos inmediatamente que dejaban el cargo de virrey y retornaban a España. A partir de la resolución de este juicio de residencia que se les aplicaba, los virreyes eran premiados o sancionados.

Usualmente, era para otorgarles algún título nobiliario, tierras o bienes por parte de la corona, entre otros.

Si se adopta una postura analítica, la Constitución de 1823 establece que el presidente es responsable por los actos de su administración. A dicha Carta magna se le consideró como una bastante liberal para la época. Ésta estuvo inspirada en la Constitución de Cádiz, que se podría denominar como constitución *sui generis*, por motivo de que nunca entró en vigencia, ya que Fernando VII la desconoció. El rechazo real sería un craso error, debido a que, al incitar las independencias de ultramar, el constitucionalismo de Cádiz será influyente en todo el constitucionalismo latinoamericano.

La Constitución del año 1826 (la llamada Constitución de Bolívar) regula una *irresponsabilidad* del mandatario. Lo que demandaba esta Constitución era proteger al presidente vitalicio y plenipotenciario, por ende, no podría asumir ninguna responsabilidad al igual que las monarquías absolutistas.

La figura de la censura nace dentro del parlamentarismo inglés, ya que en ese entonces se sostenía que el rey nunca se equivoca. No obstante, alguien debía responder en estas ocasiones: sería el primer ministro. Por ello, “per-

dían la cabeza” literalmente hablando, esto debido a que supuestamente el rey nunca se equivocaba.

Continuando con la Constitución de 1828 se establece que la responsabilidad del jefe de estado es posible y, además, se le puede acusar en el Congreso por delitos de: traición, atentados contra la seguridad pública, infracciones de la Constitución por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones que estuviera impuesta pena infamante.

Esta carta claramente es amplia al momento de encontrar responsabilidad en el mandatario. La Constitución actual es muy cerrada al respecto, ya que en el artículo 117 especifica solo algunos aspectos por los cuales se le puede acusar al presidente.

Después, la carta de 1839 restringe los supuestos de responsabilidad del presidente durante su mandato solamente a la comisión de atentados contra la unidad nacional en contra de la independencia. Es menester tener en cuenta que la Confederación Peruano-boliviana estuvo muy presente en esas fechas y ejerció una influencia muy directa.

Para el resto de actos de la administración del jefe de estado, la responsabilidad sería exigida solo finalizado su mandato. Con todo ello, la Constitución del 39 permite que se le pueda acusar y que asuma responsabilidad solo por atentados contra la unidad nacional; y el resto de actos que haya podido cometer el mandatario podrán ser sancionados e investigados cuando este deje de ser presidente.

La Constitución del año 1856, una carta bastante interesante y muy liberal para su época aumenta las siguientes causales: Celebrar pactos contra la independencia y la integridad nacional, atentar contra la forma de gobierno o impedir la reunión del Congreso o disolverlo.

Tras ella, las cartas de 1860 y 1920. Esta última será una Constitución de carácter fuerte inspirado directamente por la Constitución de Querétaro de 1917, que podría considerarse como la primera Constitución peruana que reconoce la existencia de comunidades nativas en el Perú. Ambas Constituciones mantienen el esquema de que el presidente no puede ser acusado durante su periodo salvo una lista taxativa de estos supuestos: Traición, atentado contra el gobierno o haber disuelto el Congreso impidiendo su reunión o haber suspendido sus funciones.

El anteproyecto de la Constitución de 1931 que fue elaborado por Vicente Villarán contempla la posibilidad de que el presidente sea acusado durante el transcurso de su mandato por la Comisión de Graves Delitos Comunes,

siempre y cuando esto sea aprobado por las dos cámaras del Parlamento reunido.

Es entonces que vemos que la Constitución es bastante liberal en ese aspecto, además de ser mucho más amplia a diferencia de lo que había pasado con la de 1860 y 1920. Sin embargo, este anteproyecto no llega a ver la luz a diferencia de la Constitución de 1933 que va a regir hasta 1968 luego del golpe de estado de Juan Velasco Alvarado.

La Constitución de 1933 no recoge el artículo que se había planteado en el anteproyecto de Villarán. En el caso de esta Constitución, se menciona al artículo 150, cuyo apartado se refiere a que el presidente será acusado durante su mandato solo por traición a la patria, por haber impedido las elecciones presidenciales o parlamentarias, o por haber disuelto el Congreso, así como también haber impedido su reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de elecciones, dado que en el año 1931 se crea esta entidad.

Por otro lado, la Constitución de 1979 —bastante lograda en la historia constitucional del Perú solo con excepción del capítulo económico—, en su artículo 210 menciona que el presidente es responsable por los actos de gobierno durante su cargo. Esta carta magna rememora nuevamente a las constituciones de 1860 y 1920 y podría decirse que toma el mismo contenido, es por ello que diría yo que tuvo una involución.

4. Responsabilidad jurídica del presidente de la república

A lo largo de nuestra historia constitucional se ha optado por eximir al presidente de la República de responsabilidad jurídica durante su mandato. Por ello es que la Constitución peruana de 1993 hace hincapié, en su artículo 117, a que al presidente no se le puede acusar por cualquier motivo, sino solo por las siguientes excepciones:

“El presidente de la República solo puede ser acusado durante su periodo por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales parlamentarias, regionales o municipales. Así como también disolver el Congreso salvo los casos previstos en el artículo 134, o impedir la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones u otros organismos del sistema electoral”.

Sin embargo, más allá del régimen de responsabilidad del presidente cabe la pregunta de si el presidente puede ser investigado, ya que una problemática es acusación y otra es la investigación.

Hasta el momento nuestra tradición ha sido renuente y no ha aceptado esa posibilidad de que el presidente pueda ser investigado, esto debido a que al verse frustrada la acusación, no se habría dado una situación como esta.

Asimismo, se ha configurado una suerte de involución en el marco histórico de nuestras Constituciones; no obstante, realizando interpretación literal, sistemática y teleológica, se puede concluir que el presidente sí puede ser investigado. Para explicar ello vamos a acudir en primer lugar a la jurisprudencia.

Es cierto que no dice literalmente que puede ser investigado pero lo que sí hace, y de manera reiterada el Tribunal Constitucional, es por ejemplo reconocer que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución.

En el Expediente N° 006- 2006 CCTC, el Tribunal Constitucional colocará a nivel de principio constitucional la proscripción de la corrupción. Al considerar a la propia lucha contra la corrupción con protección constitucional, permitirá que, en el año 2011, y más recientemente en el año 2019, el Tribunal Constitucional plantee el principio constitucional de lucha contra la corrupción en nuestro ordenamiento jurídico. Esto se traduce en que la lucha contra la corrupción tiene rango de principio constitucional. Es decir, el Estado no solo debe procurar sino también garantizar. Además, es el presidente de la República el llamado por la propia Constitución a cumplir con el ordenamiento jurídico, así como también liderar la lucha contra la corrupción, no solamente el nivel de las sentencias del TC, sino también acudiendo a los sistemas interamericanos y pactos internacionales que el Perú ha firmado.

Asimismo, existe una garantía para poder combatir la corrupción y a partir de ello implementarse todos los mecanismos que sean necesarios con la intención directa de proscribirla, perseguirla y combatirla. Para poder lograr todo ello se debe considerar la facultad de investigar al presidente; esta investigación debe ser adecuada y oportuna ya que no debería esperar el fin del mandato del gobernante para recién ejecutar las medidas de investigación o las medidas coercitivas necesarias.

Teniendo en cuenta el panorama internacional al respecto, se puede concluir que los sistemas presidencialistas y parlamentaristas no proscriben, sino todo lo contrario, fomentan la investigación. Por ejemplo, en el gobierno presidencialista por excelencia, los Estados Unidos, es posible que un presidente sea investigado por la fiscalía.

Todo ello es producto de una evolución del sistema constitucional de derecho, por ello, es que hoy día es totalmente aceptable y entendible que a un gobernante se le pueda investigar durante su mandato. Ello, realizando esta interpretación no solo literal, sino también teleológica y sistemática, a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional y del propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de distintos tratados que el sistema peruano ha firmado de lucha contra la corrupción.

Según mi punto de vista, el problema no se encuentra en sí se puede investigar o no al presidente, el problema radica en saber qué medidas restrictivas se le puede imponer al mandatario durante su investigación. Por ejemplo, que el mandatario pueda ser citado a grados fuerza, que se le impida la salida del territorio nacional, que se le intervenga sus comunicaciones, que se levante su secreto bancario, entre otros. Todo lo que a cualquier ciudadano se le puede aplicar con la intención de procurar una investigación.

En cuanto a si se puede o no investigar al presidente, me uno a las posturas de los constitucionalistas García Belaúnde y el de la doctora Marianela Ledesma; ambos consideran que al presidente se le puede investigar.

En cuanto a las medidas restrictivas aplicables al presidente durante la investigación, estas no deberían impedir el desarrollo óptimo de sus funciones como jefe de gobierno. Por ejemplo, no se le debe impedir su salida del territorio nacional; sin embargo, se sabe que él debe pedir permiso al Congreso de la República cada vez que quiera salir del país. Además, no se podría intervenir sus comunicaciones, dado que podría interferir con asuntos de inteligencia y de protección al Estado.

En cuanto al levantamiento del secreto bancario, considero que sí se le podría aplicar, debido a que no tiene ningún asidero en su función de jefe de estado o jefe de gobierno, todo ello abarcado desde la investigación en sede judicial.

En cuanto a la investigación en sede parlamentaria, tal y como he dicho anteriormente, el Parlamento ya lo ha investigado y el presidente se ha encontrado en el estatus de investigado.

Considero que siguiendo el mismo criterio que ha utilizado el fiscal de la Nación, el Parlamento sí puede investigar.

Existe un mandato constitucional expreso en el artículo 117 de la Constitución que prohíbe que se le acuse. Claramente se debe respetar, pero, en los últimos acontecimientos que hemos visto, desde los gobiernos del señor Fujimori hasta el señor Vizcarra (presidentes electos o por sucesión),

considero que se debería replantear la irresponsabilidad del presidente de Estado, además de ampliar las causales de acusación constitucional, ello a partir de una reforma constitucional, siguiendo los plazos y pasos previstos en el artículo 106 de la Constitución vigente.

Sobre la investigación en sede parlamentaria, existe una opinión consultiva que en su momento el Congreso le formuló a la Comisión de Constitución en torno a una posible investigación al presidente de ese entonces, el señor Pedro Pablo Kuczynski. Esta opinión sostenía que no se le puede investigar, pero solo es una opinión consultiva. Todo esto dentro del marco de la evolución constitucional, respetando principios constitucionales no solo peruanos, sino de todo el sistema occidental de lucha contra la corrupción. No solamente es permitir que se le investigue, sino aceptar todos los requerimientos para que la investigación sea prolija y rápida.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. En el art. 117 se prohíbe acusar y no investigar al presidente de la república, pero ¿aquella norma refiere también a la etapa preliminar preventiva?

En primer lugar, el artículo 117 no estaba pensado para el proceso penal, la cual se conforma por 3 fases: preventiva, preparatoria y acusatoria. En cambio, este artículo hace referencia a una acusación constitucional. Empero, existe una necesidad justificable de realizar una investigación en el fuero penal. Ello sin duda podría convenir más al presidente, ya que finalmente este fuero penal puede ser investigado con mayor rigor y de acuerdo con el derecho.

Ciertamente la facultad de investigar al presidente cuenta con componente político bastante grande. Además de ello, es importante recalcar que aquel que lo va a investigar es el fiscal de la Nación y los jueces que no solamente el proceso, sino que atenderán todo el trayecto de la investigación, son jueces supremos. Eso quiere decir que estamos hablando de la más alta judicatura, así que es perfectamente posible que se llegue hasta antes de la acusación.

5.2. ¿Cuál es el procedimiento que se sigue cuando el Parlamento decide investigar al presidente de la República y qué tan efectivo es desde su perspectiva?

El procedimiento es bastante largo, lo puede realizar de manera ordinaria la Comisión de Fiscalización y Contraloría que tiene el Parlamento. Esta comisión tiene facultades cuasi jurisdiccionales y se le puede encargar a

una comisión *ad hoc* para que investigue determinados hechos por un plazo determinado para que presente sus informes. Si es que las conclusiones de este informe recomiendan que se le acuse constitucionalmente, la decisión la tiene el pleno.

Si este decide acusar, deberá seguir el camino que corresponde a una acusación constitucional; es decir, deberá empezar por la Subcomisión de Acusación Constitucional, luego pasaría a la Comisión permanente y finalmente el pleno.

Para que proceda la acusación constitucional se requieren 66 votos, en cambio, para sancionar destituir o inhabilitar se requieren 87 votos.

Ahora bien, al caso del señor Castillo no se le puede acusar porque tiene el blindaje del artículo 117. En este caso, el pleno no puede acusar directamente, sino que tiene que esperar que culmine el mandato del presidente; ya que solo se acusa por lo previsto en las causales del artículo 117. Es por ello que nos encontramos en una suerte de “callejón sin salida”, el cual puede ser aperturado por otro mecanismo que tiene el Parlamento: la vacancia por incapacidad moral.

Un presidente que está siendo investigado como autor principal y que recaen sobre él testimonios que lo involucran directamente, debería causar una mayor preocupación en el Parlamento para aplicar los mecanismos constitucionales necesarios.

Una observación es que el presidente personifica a la Nación, este no solo debe ser honesto, sino que también debe parecerlo.

5.3. ¿Usted recomienda algún autor que haya estudiado sobre este tema constitucional?

Francisco Eguiguren Praeli ha escrito hace poco un texto, *Las relaciones entre el gobierno y el Congreso en el régimen político peruano*. También tenemos a Luis Castillo Córdova quien ha escrito sobre asuntos políticos en materia constitucional. Asimismo, el doctor Marcial Rubio correa escribió recientemente sobre el Parlamento y sus funciones en control político. Y por último tenemos al doctor Hakansson Nieto, quien también ha escrito mucho sobre la forma de gobierno en el Perú y sobre las acciones de control político.

Derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables: avances y retos pendientes*

Karen Maribel Rebaza Vilchez**
Universidad Femenina del Sagrado Corazón

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Sobre la vulnerabilidad / 3. Derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables / 3.1. Principio de equidad y justicia retributiva / 3.2. Los grupos vulnerables / 4. Jurisprudencia de la Corte IDH respecto a las poblaciones vulnerables / 4.1. Factores que obstaculizan la integración de las poblaciones vulnerables / 4.2. La doble fragilidad / 5. Avances y retos pendientes / 6. Conclusión / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo comparte algunas ideas en torno a los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables y —de manera particular— sobre los avances y retos respecto a la política nacional e internacional en la materia.

2. Sobre la vulnerabilidad

En primer lugar, debemos revisar el término **vulnerabilidad**, palabra que viene del latín “*vulnerabilis*”, que significa lesión. Si se busca dicha palabra en el Diccionario Oficial de la Lengua Española, se puede encontrar al adjetivo vulnerable como aquel sujeto que puede ser herido; es decir, que puede recibir una lesión física o inclusive una lesión moral.

Esta es la definición es la que se tomará en consideración para hacer referencia a la vulnerabilidad; sin embargo, es posible observar que esta susceptibilidad también puede surgir como condición, la cual va a ser dada

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Master en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres. Docente de los cursos Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Tratados de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Con experiencia laboral en la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Dirección de Derechos Fundamentales del Ministerio del Interior.

En primer lugar, debemos revisar el término vulnerabilidad, palabra que viene del latín “*vulnerabilis*”, que significa lesión. Si se busca dicha palabra en el Diccionario Oficial de la Lengua Española, se puede encontrar al adjetivo vulnerable como aquel sujeto que puede ser herido; es decir, que puede recibir una lesión física o inclusive una lesión moral.

Esta es la definición es la que se tomará en consideración para hacer referencia a la vulnerabilidad; sin embargo, es posible observar que esta susceptibilidad también puede surgir como condición, la cual va a ser dada por una combinación de contextos y fragilidades que van a afectar a los individuos, incluido el grado de recuperación de impacto producido por el hecho dañoso. En ese sentido, la vulnerabilidad va a depender de la condición de una persona en un determinado grupo, por lo que este término va a ser siempre relativo y además va a tratar de describir de forma clara respecto a lo que sucede con una persona cuando se encuentra ante una amenaza en particular.

Es por ello que esta condición que enmarca el contexto de fragilidad de este grupo de personas está asociada a dos cuestiones claras: Primero, se debe hablar de *Situaciones de jure*, es decir, cuando existe desigualdades ante la ley como por ejemplo entre extranjeros y nacionales; asimismo, también se va a encontrar vulnerabilidad asociada a las *Situaciones de facto*, las cuales refieren directamente a las desigualdades estructurales; estas, por supuesto, pueden tener consecuencias negativas y decisivas en relación con el acceso de los recursos públicos.

Es decir, la vulnerabilidad es una consecuencia del reconocimiento explícito de que en la práctica los derechos y obligaciones no se van a distribuir de igual manera con toda la población, aunque dicha repartición de los recursos del Estado se puede garantizar a través del acceso de los derechos de facto, esto sin duda va a depender de diversos favores como son los sociales, económicos, los que inclusive van a incluir cuestiones de género, origen étnico, de condición social, edad, entre otros.

Es en ese punto donde se explica este deber del Estado para adaptar su sistema a las particularidades específicas de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y tener una especial atención a aquellas franjas sociales que pueden ser más vulnerables.

3. Derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables

Antes de pasar a analizar de forma detenida aquellos grupos en condición de vulnerabilidad, conviene puntualizar que los derechos fundamentales ostentan dos facetas, las cuales interactúan entre sí con el objetivo de lo-

grar su implementación. En ese sentido, primero, resulta conveniente hacer referencia a la vigencia de estos derechos por medio de actividades de promoción y divulgación, y, en segundo lugar, se analizará la protección de estos derechos cuando ya existe una vulneración. El primer punto se halla relacionado con la vigencia de los derechos; mientras que el último, respecto a aquellos mecanismos de garantía en caso que dichos derechos no sean observados. Estos mecanismos parten –en primera instancia– del propio Poder Judicial.

Por consiguiente, en cualquiera de estas situaciones va a corresponder siempre al Estado asumir el papel de promotor de los Derechos Humanos, porque es este quien va a tener el objetivo principal de garantizar un proyecto de vida digna para todos sus ciudadanos y, en el defecto de que no se pueda brindar esa protección, quién debe asumir la responsabilidad; la cual, incluso, puede dirigirse al ámbito internacional por la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos; en aquellas situaciones en las que el Estado no ha sido capaz de garantizar los Derechos Humanos en su territorio.

Entonces, determinar cuáles son los derechos de las personas frente al poder del Estado, sin duda, ha implicado un desarrollo histórico muy complejo, marcado por luchas motivadas en la consecución de una mayor protección a aquellos derechos que son consideramos como inherentes a la calidad de personas; de esta manera, se busca la capacidad de obtener oportunidades para poder desarrollarse, en aras de estar cada vez más en condición de igualdad; esto es, la no discriminación a una persona o a un grupo en razón –por ejemplo– de su condición étnica, de género, de su edad, preferencia sexual, entre otras: a ello va a responder al principio fundamental de igualdad ante la ley, toda vez que este derecho ostenta alcances muy amplios a partir de interpretaciones que lo van a ubicar como una parte sustancial de la base jurídica. Está, además, se encuentra relacionada con la equidad.

En ese sentido, cabe formularse la pregunta *¿Cuál va a ser el reto?* La respuesta consiste en entender a la igualdad como la posibilidad de que se otorgue un trato igual a todas aquellas personas que se encuentran en circunstancias o en situaciones similares.

Por ende, resulta conveniente sostener que el concepto de igualdad no es un término uniforme, vacío o uno que se va a aplicar de forma automática a las relaciones entre todos; sino que va a requerir de un constante juicio, que tenga en cuenta cualidades de la persona del grupo y también el contexto en que se desenvuelve. Esto produce que se desarrollen algunas excepciones ante esta particular situación de vulnerabilidad que ostentan

ciertas personas debido a que poseen cierto tipo de características que las posiciona en situación de desventaja respecto a los demás.

3.1. Principio de equidad y justicia retributiva

El Estado –en su función tuitiva– vela por el cumplimiento de este principio tan importante en los ordenamientos jurídicos como es el principio de equidad y justamente este proviene del concepto de justicia distributiva, que en su momento ya había tratado el filósofo Aristóteles.

Es decir, si es que no existe una justicia distributiva y no se acepta que los grupos pueden tener características diferentes y, de acuerdo con estas en su respectivo contexto, pueden sufrir algunas vulnerabilidades; pues, lamentablemente, no podrán asegurar sus derechos fundamentales; tales como la vida, seguridad social, integridad personal, algunos de los cuales necesitan actualmente que sean fortalecidos.

Estas ideas preliminares permiten observar la parte inicial del tratamiento a las poblaciones vulnerables, ya que este grupo de personas pueden ser excluidas por su condición étnica, como es el caso de los indígenas y de los afrodescendientes; por su condición de género, las mujeres; por su edad, niños y niñas adolescentes o los adultos mayores; así como por algún tipo de situación especial: verbigracia, aquellas que se encuentran en condición de discapacidad. Todos ellos requieren un trato equitativo que busque lidiar con esa situación desfavorable.

En consecuencia, se propugna por la promulgación de leyes que promuevan la igualdad. Esta manera de poder promover la vida en equidad se acompaña de políticas públicas que son plasmadas en programas que dirigidos a la sociedad civil, en aras de que esta se sensibilice sobre la realidad discriminatoria que –ya sea por patrones históricos o por cuestiones culturales– muchos grupos viven tanto en el país como en cualquier parte de la región.

3.2. Los grupos vulnerables

Resulta común que se denomine grupos vulnerables a las personas con orientación sexual diversa, las personas privadas de su libertad, a los refugiados; empero, quizás no sea el término que le corresponda a todos. *¿Por qué?* Debido a que, por ejemplo, cuando se presenta una situación en la que están implicadas las mujeres de los pueblos indígenas o los afrodescendientes *¿Van a tener necesariamente esta condición?* La respuesta es negativa, ya que la condición de vulnerabilidad no se determina meramente por la condición física que estos ostenten, sino que debe configurarse un contex-

to histórico-social que los coloque en esta situación de discriminación por patrones de esta índole.

En ese sentido, considerando que todos ellos van a ser concebidos en la doctrina y en la propia jurisprudencia como grupos vulnerables, se han creado algunas herramientas interesantes para su protección especial. Inclusive, se ha logrado a nivel judicial; por ejemplo, se tiene la implementación de las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia a estos grupos. Es decir, se hallan vías idóneas para poder canalizar este compromiso ético que deben tener todos los operadores de Justicia para tratar la situación de estos grupos y que sea compatible con lo que se maneja a nivel interamericano.

4. Jurisprudencia de la Corte IDH respecto a las poblaciones vulnerables

En algunas sentencias, dentro de los estándares interamericanos –por ejemplo, el caso *Velázquez Rodríguez versus Honduras*–, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se interesó de manera explícita en aquellas dinámicas de exclusión que existían en el seno del Estado; en particular, aquellas que afectan a los individuos o a los grupos de personas que se encuentran en situación de riesgo. Al respecto, cabe recordar que en este caso se suscitó una práctica vulneratoria de los Derechos Humanos producto de los conflictos armados que existían en la época, puesto que había una política que se encontraba tolerada por el poder público y la cual –lamentablemente– producía el menoscabo de derechos fundamentales. Entonces, se puede apreciar que el caso *Velázquez Rodríguez* es el primero resuelto por la Corte Interamericana donde se postula y evidencia la necesidad de poder desarrollar leyes políticas especiales para grupos en especial vulnerabilidad.

Asimismo, en materia jurisprudencial internacional, se tiene el caso *Vera Vera versus Ecuador*, donde se presenta la denegación del acceso a servicios urgentes en salud. Esto se dio porque estas personas se encontraban bajo custodia del Estado; en consecuencia, lo que resolvió la Corte Interamericana es que se tiene una especial necesidad de protección cuando inclusive estas personas se encuentran bajo cuidado del Estado.

La misma situación se aprecia en el caso *Mohamed versus Argentina*, el cual presenta los límites desproporcionados en el acceso a la juez, inclusive cuando esta limitación deriva de un estatuto de capacidad relativa en el goce de los derechos ligados a la edad, como es el caso de la Opinión Consultiva sobre el Estatuto Jurídico y Derechos del niño OC-17/02, donde se desarrolló la especial situación de vulnerabilidad que va a tener la niñez

y cómo el estado tiene que defender por ejemplo el principio del interés superior del niño.

De igual manera, si se hace referencia a los pueblos indígenas, se puede ver que el juez interamericano ya ha destacado que existen escenarios multiplicadores de vulnerabilidad; por ejemplo, la administración de justicia, los servicios de salud, la no prestación de servicios con el idioma de los pueblos indígenas; asimismo, la realidad demuestra que estas poblaciones no cuentan con recursos económicos para acceder a un abogado, medios para poder trasladarse a centros de salud y, además, también puede ser víctimas de prácticas abusivas vejatorias del derecho al debido proceso.

Sobre lo expuesto, como ejemplo se tiene el caso *Rosendo Cantú vs México*. Este análisis va a ser uno de los puntos de contacto más importantes con la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 1.1° y del artículo 24° de la Convención Americana, ya que la Corte Interamericana ha señalado que dicha norma, que es sobre la igualdad ante la ley, va a prohibir la discriminación de derecho y de hecho; no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la Convención, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y que este aplique. Es decir, toda dinámica de exclusión en el acceso de derechos de la Convención va a violar la obligación positiva de garantía que se encuentra contenida en el artículo 1.1° de este pacto, generando un escenario de protección desigual; por eso, se tiene que establecer una normativa interna cuya aplicación esté acorde a los estándares que se maneja en el Sistema Interamericano.

Por ejemplo, la línea jurisprudencial constante de la Corte fomenta las políticas públicas de diferenciación positiva, medidas de protección, procedimientos apropiados para estos grupos, a fin de tener un efecto útil de la Convención Americana para estos grupos poder observar que un Estado puede fracasar en sus obligaciones generales de garantía de los derechos convencionales.

Esto tiene relación directa con una posible negligencia en el cumplimiento del deber de adecuar la legislación interna para establecer elementos estructurales que refuerzan el contexto de vulnerabilidad. Entonces, para que la Convención Americana de Derechos Humanos tenga un efecto útil, deben existir políticas, planes, leyes que justamente velen por estos grupos de especial vulnerabilidad. Pues, el hecho de que —por ejemplo— en el Perú se cuente con un Código del niño y adolescente es una muestra de la necesidad de un cuidado especial de este grupo; asimismo, que se cuenten con leyes específicas en contra de la violencia de género, del acoso, así como leyes sobre bienestar familiar, es muestra de la peculiar y particular especialización que debe tener el Estado en el tratamiento de esta problemática.

Finalmente, en el marco del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte ha señalado en varias ocasiones el deber de adaptación del derecho interno de los Estados conforme a las necesidades específicas de las personas o de los grupos.

4.1. Factores que obstaculizan la integración de las poblaciones vulnerables

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre aquellos estereotipos y sesgos que hacen aún más difícil la integración de este tipo de grupos. Verbigracia, el problema de la discriminación estructural o histórica contra la mujer tuvo desarrollo a través del caso *Campo Algodonero versus México*, en el que se analiza el trato desfavorable hacia minorías sexuales; también, el caso *Atala Riffó e hijas versus Chile*, donde se puede observar la indiferencia del Estado ante la identidad cultural múltiple de sus habitantes. Así también, otro ejemplo de este mismo problema es el caso de *Surinanco*, comunidad de Molhuana.

Asimismo, se aprecia como factor el riesgo estructural que padecen algunos miembros de la población civil, como es el caso de los defensores de Derechos Humanos o caso *Valle Jaramillo*. En esta jurisprudencia, por ejemplo, se suscita la vulneración de los derechos de este grupo de personas.

Lo expuesto es una muestra de casos que son bastante recurrentes en la Corte Interamericana, por lo que esta ha resuelto que se tienen que hacer severas reformas ante la inercia del sistema estatal en estos supuestos. Así, el juez interamericano ha tomado en cuenta –por ejemplo– los prejuicios culturales entre las causas que permiten que se sigan produciendo condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, el racismo propio y los estereotipos persistentes con las mujeres y con las identidades sexuales minoritarias.

Todo ello, sin duda, ha demostrado que los Estados tienen que fortalecer sus ordenamientos y políticas públicas. Esto va de la mano con la sensibilización de la comunidad en general, toda vez que no se puede permitir ostentar normativas que justamente sancionen a un migrante de determinada nacionalidad debido a generalizaciones infundadas; tal como sucede en el caso peruano de los venezolanos que radican en el país. De esta manera, deben haber políticas especializadas para poder referirse hacia cuál es la condición de estos ciudadanos en el Perú y ello parte también de la obligación internacional de lograr que estas personas, al encontrarse en una situación de vulnerabilidad, sean atendidas de forma plena y asegurarles que sus derechos se encuentren respaldados y respetados.

La sensibilización es básica para la consecución de este tipo de objetivos; inclusive, la propia Corte Interamericana ha establecido que los estereotipos van a obstaculizar la integración de los grupos vulnerables en el seno de la sociedad, facilitando la impunidad y la violación de Derechos Humanos cometidos.

4.2. La doble fragilidad

El asentamiento de estereotipos que conllevan a la diferenciación y detrimento de una persona respecto al resto se ve enfatizado debido a que aprecia una doble fragilidad: una de índole física y otra social.

La **fragilidad física** va a ser definida como el producto de un conjunto de características no modificables y diferentes según la persona que las posee, las cuales la hacen distinta a los demás de la sociedad. Al respecto, se tiene el caso de los niños, quienes son individuos *—per se—* vulnerables. Esta vulnerabilidad física debido a la falta de madurez se posiciona como variable determinante de su sensibilidad a la amenaza de violaciones de sus derechos fundamentales; además, la fragilidad física está relacionada con el género, con la discapacidad de los individuos.

Otro ejemplo del mismo grupo se puede apreciar en la situación de las personas que se encuentran privadas de su libertad, quienes ostentan especial vulnerabilidad producto de la pandemia Covid-19; considerando que las características de un penal como los peruanos en su mayoría adolece del aislamiento. Ello sin duda conlleva a que aumente el riesgo de no ver protegidos sus derechos fundamentales a la vida, la integridad y a la salud.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la **fragilidad social**, esta debe entenderse como las características jurídicas, políticas y económicas que producen que un individuo se encuentre en una situación de desventaja frente a un grupo; empero, esto se da en un momento en particular.

Ergo, se aprecia que se tienen que establecer políticas públicas especiales para transformar dicha realidad; partiendo de la premisa, por ejemplo, que postule que la fragilidad de los trabajadores puede ponerles en especial situación de vulnerabilidad; toda vez que ellos también van a tener una protección especial frente a una posible violación de sus derechos por parte de los empleadores al estar en una situación de fragilidad social y no tener una relación vertical con su empleador.

En el mismo sentido, las personas privadas de su libertad también conformarían un sector propenso a fragilidad social; inclusive, dicha situación continúa cuando salen de los centros penitenciarios, al momento de con-

seguir un trabajo, relacionarse, entre otros. Esta fragilidad social también debe ser atendida por parte de los Estados a través de sus leyes y de sus políticas públicas.

Entonces, se aprecia que —en general— la fragilidad física y social van a incrementarse cuando el grupo de personas poseen fragilidades simultáneas, es decir, aumenta su grado de sensibilidad y agrava la situación. Verbigracia, se tiene el caso de la mujer migrante, quien se encuentra en un país donde lamentablemente existe un machismo exacerbado. En consecuencia, se está frente a una persona que va a hallarse en una situación de vulnerabilidad bastante compleja; lo mismo sucede en el caso de los niños migrantes, quienes también van a necesitar una especial atención.

Es así que el juez interamericano y el juez nacional tienen que asumir que existen estas características en nuestra sociedad que generan brechas en el tratamiento de unos con otros por el desarrollo de las interacciones sociales. Por ende, lo que va a buscar es que el derecho a la igualdad se funde en la equidad de la relación en la sociedad y ello conlleva a que se tome en cuenta que debe haber un adecuado grado de sensibilización en la sociedad para realmente denotar que existen grupos que se encuentran excluidos. Verbigracia, en el caso peruano son los pueblos indígenas, los migrantes, los adultos mayores; todas personas que —lamentablemente— todavía no se encuentran gozando de la atención real de parte del Estado.

Lo expuesto, sin duda, representa uno de los retos pendientes de nuestro país, sobre todo cuando este ya ha ratificado algunos instrumentos que justamente buscan el cuidado de estos grupos especiales.

5. Avances y retos pendientes

No se puede concluir este espacio de reflexión sin preguntarse *¿Cómo dinamizar las políticas públicas de los Estados teniendo en cuenta los estándares de vulnerabilidad?* Al respecto, de lo vertido en el presente artículo, se colige que es necesario trabajar desde su formulación a partir de la sensibilización y el trabajo conjunto de los gobiernos regionales, nacionales, municipales, del sector privado y de la propia sociedad civil.

De ello, surge la duda *¿Las sentencias de la Corte IDH ayudan en la mejora de capacidades estándares?* En efecto, todos los países de la región que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana tienen que revisar cuidadosamente sus decisiones ya sean sentencias, opiniones consultivas, entre otros.

6. Conclusión

Se tiene que crear un impacto generalizado en todo Sistema Nacional para así reforzar la situación de garantía de los derechos de los grupos más vulnerables. El juez interamericano ha indicado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial en razón de los deberes especiales que tiene el Estado; es decir, no basta que este se abstenga de violar los Derechos Humanos, sino que es imperativo que tome medidas positivas determinables en función de los grupos a los cuales se va a proteger, de manera que dicha situación de desventaja no se proyecte a las normas o a las políticas públicas en desarrollo.

Particularmente, se puede sostener con certeza que todas las sentencias que han sido comentadas y otras que ha expedido la Corte Interamericana se van a convertir en el desencadenante de la mejora de las capacidades estatales para mejorar las políticas públicas. Lo mismo sucede con estas sentencias últimas que ha dado el propio Tribunal Constitucional cuando ha decretado el estado de cosas inconstitucional; como en el caso de las cárceles y el nivel de sobrepoblación, cuando se sostuvo que un migrante irregular no podía ser expulsado sin un debido proceso, si –sobre todo– existen derechos que podrían ser vulnerados como es el caso de la unidad familiar y el interés superior del niño, ya que algunos migrantes tienen hijos en el Perú.

Estas son cuestiones que ha desarrollado el propio Tribunal Constitucional las cuales –sin duda– poseen mucha similitud con lo que se ha tratado a nivel interamericano.

De esta manera, se puede apreciar que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana pueden hacer transformaciones estructurales; sin embargo, para que ello tenga validez debe tener en cuenta la sensibilización de la población.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Qué impacto ha tenido el reconocimiento constitucional de nuevos derechos en la lucha por la igualdad y no discriminación a las poblaciones vulnerables?

El hecho de que la Constitución Política Peruana –en su artículo 3 y cuarta disposición final y transitoria– haga referencia sobre esta compatibilidad que debe existir entre el texto constitucional y los tratados en materia de Derechos Humanos, permite ver que el movimiento de defensa de protección de los Derechos Humanos no es uno que sea finito; sino –muy por el

contrario— infinito, ya que representa las luchas por el reconocimiento y respeto de cada uno de los derechos que se habían logrado garantizar con el tiempo.

Años atrás, hubiese sido imposible hablar de la posibilidad de una regulación más idónea para los migrantes; de igual manera, sobre el matrimonio de personas del mismo sexo. Sin embargo, gracias a lo que ha ido desarrollando la Corte Interamericana y el propio sistema universal, se ha asimilado en nuestra sociedad que deben existir algunos derechos a proteger por el ordenamiento y que —sin embargo— no se está llevando a cabo. A manera de ejemplo, se cuenta con la omisión del tratamiento y regulación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, lo cual no otorga una verdadera garantía de la igualdad en equidad. En ese sentido, resulta evidente que, a pesar de algunos retrocesos que se han dado en los últimos años a niveles internos —como, por ejemplo, en Estados Unidos con el caso que desconstitucionaliza la posibilidad de aborto—; también ha habido avances en estos temas, pero se necesita de una debida sensibilización de las personas para que dicha igualdad no solamente sea en el texto, sino también una realidad que se encuentre en las propias interrelaciones.

7.2. ¿Existe alguna sanción para las empresas estatales o privadas que no cumplan con todas las disposiciones que se requieran para el entorno de un trabajador perteneciente a una población vulnerable como lo es la discapacidad?

En efecto, existen normas internas que justamente hacen referencia a algunos apoyos para las personas con discapacidad. Por ejemplo, para poder trabajar en el sector público uno tiene que pasar por varios exámenes; entre ellos: entrevistas, examen de conocimientos, examen psicológico, etcétera. Asimismo, las personas que se encuentran en condición de discapacidad reconocidas por la Conadis se les otorga un porcentaje adicional frente a las demás personas que puedan participar en estas convocatorias.

En este caso, es posible observar una norma que se aplica al sector Estatal, donde se le va a dar una ventaja importante para que pueda participar dentro de estas convocatorias: En consecuencia, se puede ver que estatalmente existen este tipo de normas que van a ayudar a que las personas en situación de discapacidad puedan encontrar trabajo. Otro ejemplo también se encuentran todos los trabajos a nivel privado y a nivel público deben tener las condiciones de infraestructuras necesarias para poder garantizar los derechos de estos colectivos. En el caso del sector privado, existen programas especiales de apoyo a las empresas, que van acorde a que posean un porcentaje de personal que tengan algún tipo de discapacidad.

Visto lo anterior, se puede afirmar que si existen normas que puedan ayudar a que estas personas puedan gozar de su derecho al trabajo; sin embargo, lastimosamente, en los casos del sector privado, puede existir mucha indiferencia, lo que permite ver la necesidad de que los gobiernos regionales y locales trabajen en conjunto para realizar lo que la norma dice. De forma que estas personas realmente gocen de este derecho y no puedan perder la vida o su integridad personal en el intento.

Entonces, si bien existen normativas que –justamente– están configuradas para que puedan apoyar a este sector; lamentablemente, se impulsan con diferentes cuestiones que conllevan reevaluar qué es lo que se está haciendo mal a nivel de políticas públicas y sobre la implementación de esta normas, en aras de ver de qué manera debería accionar el Ministerio del trabajo y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que se encuentren realmente garantizados los derechos de estos grupos. Sobre esto, a nivel internacional, las empresas también tienen códigos de ética que se encuentran respaldados por el Sistema Universal de Protección; ergo, sí existen caminos que pueden ser considerados adecuados; sin embargo, en la aplicación es donde lamentablemente se encuentran algunas deficiencias.

7.3. ¿Considera que en nuestro país se están desarrollando las suficientes políticas públicas necesarias para poder eliminar la discriminación a las poblaciones vulnerables?

En el Perú se cuenta con un Plan Nacional de Derechos Humanos, el cual ha tenido vigencia hasta el 2021; sin embargo, teniendo en consideración la pandemia y todo lo que se ha suscitado en el país, se encuentra todavía vigente para este año 2022. El referido plan hace referencia a grupos vulnerables como son las mujeres, las personas trabajadoras del hogar, personas con VIH o tuberculosis; incluso, aquellas víctimas de la época de conflicto armado interno. Así, se puede observar que se tratan contextos muy particulares que sucedieron en el Perú.

Al respecto, se debe tener presente que una política pública como esa es muy importante; no obstante, la práctica de esta no ha sido sumamente exitosa ni óptima. Entonces, *¿dónde está la deficiencia o dónde está el tema que debería ser mayormente desarrollado por nuestros operadores públicos?* En ese sentido, se debe ver la implementación correcta y la rendición de resultados; pues, en todo ciclo de la política pública, se tiene que hacer una correcta revisión de estos últimos.

En consecuencia, si bien existen políticas tan importantes como el Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos, todavía no se ha expresado un buen desarrollo de la revisión de los resultados, cuando uno revisa los resultados

puede ver las falencias. Entonces, si no se realiza ese estudio consciente y claro sobre *¿Qué aspectos faltaron? ¿Qué fallas hubo? ¿Por qué la COVID 19 tuvo un impacto tan negativo?*, la población en general no va a poder observar que existen programas que sean eficientes o no, ni discernir cuáles son.

Ergo, resulta evidente que, a nivel de políticas públicas, sí existen los programas necesarios; sin embargo, aún persisten falencias a nivel del ciclo de la política pública y a nivel influyente. Se ha tenido por el anterior Tribunal Constitucional una serie de casos muy controversiales sobre pueblos indígenas o sobre el matrimonio de personas del mismo sexo que no necesariamente representan los nuevos estándares que se vienen manejando a nivel interamericano; no obstante, son casos que probablemente puedan llegar a la Corte Interamericana, donde estos puedan ser puestos bajo responsabilidad internacional.

Esto quiere decir que los derechos siempre van a tratar de buscarse y de consolidarse en las Naciones, pues la existencia de órganos como el sistema como la Corte Interamericana son muy positivos justamente para aquellos desarrollos que se vean bloqueados a nivel nacional. Ello, gracias a los estándares interamericanos o –inclusive– los que se manejan en el sistema universal, mediante los cuales se podría otorgar una mirada positiva a dichos casos.

Los derechos de las personas trans: invisibilizada realidad histórica y novedosa problemática*

Maria Paz Fernández-Rivera González**
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción y metodología aplicada. / 2. Análisis de la diversidad sexogenérica en el modelo único / 2.1. Antigüedad / 2.2. Cristianismo y doctrina de la prevalencia / 3. El modelo dualista y el comienzo de la patologización / 3.1. La Literatura y la ciencia médica / 3.2. El derecho y la visión patologizante en España / 4. La despatologización / 5. Conclusiones.

1. Introducción y metodología aplicada

El análisis de la diversidad sexo genérica a lo largo de la historia ha permitido conocer el impacto de la misma y del derecho romano en las regulaciones actuales. En los estudios realizados en el desarrollo de mi tesis doctoral dirigida por la Catedrática de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo D^a María Isabel Núñez Paz, se examina la actual ruptura del binarismo tradicional en dos espacios diferentes: en el de la diversidad sexo-genérica y en el de la maternidad subrogada.

Se abordará en este artículo el primero de ellos, esto es el de la diversidad analizando la realidad trans, y si bien es cierto que en el desarrollo de nuestro estudio nuestra premisa principal ha sido la de no caer en anacronismo alguno, lo cierto es acotamos el concepto trans concebida como aquello que no es cis, conscientes de que esta última acepción se sitúa en el primer tercio del siglo XXI.

La metodología para abordar la realidad trans se centrará en tres premisas fundamentales que han de estar presentes en el análisis:

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Doctora por la Universidad de Oviedo con la tesis “Género, disforia y alteridad. Espacios de inclusión y exclusión, del derecho romano al derecho vigente.” Profesora Asociada de Derecho Eclesiástico y Derecho Matrimonial Canónico

En primer lugar, como se ha dicho, ***atender a los estudios de género de la profesora Núñez Paz en cuanto ha de tratarse como categoría científica***. El género es ciertamente una herramienta básica para el análisis de las ciencias no sólo sociales y naturales sino también jurídicas. Ello nos lleva a un estudio interdisciplinario que incorporan raza, situación geográfica, o diferentes aspectos de la sexualidad, más allá del sistema binario que se configura como un valor en el estudio de la diversidad. Pero la perspectiva de los estudios de género no deben obviar el respeto a la autonomía de lo jurídico. Un enfoque adecuado será aquel que logre destruir «los guetos del derecho» y demostrar que no se puede excluir lo particular ni lo irracional ni lo subjetivo de ninguna esfera del derecho». Este género (deconstruido), así concebido, permite investigar el pasado superando el viejo sistema dual o binario, quebrando la asimetría entre varones y mujeres como parte del orden natural y en ese escenario, dado su carácter inclusivo o integrador, podremos acceder a aquella diversidad que permaneció oculta y excluida por no servir al fin primordial del binarismo.

Y es que, como señala Núñez Paz, existe una clara influencia del estudio de los efectos de la insignificancia histórica de las mujeres en la diversidad sexo-genérica. Si precisamente es la insignificancia histórica de las mujeres lo que ha determinado su invisibilidad, al lado de quien era insignificante históricamente, pero productiva, esto es, la mujer, se situaban los insignificantes históricamente, pero además, improductivos, esto es la realidad trans¹.

En segundo lugar, ***se parte de los tres enfoques histórico-sociales sobre el término sexo con el fin de encuadrar el impacto de esa diversidad sexo-genérica***, que nos permitirán el análisis del tratamiento jurídico.

Sentado lo anterior y partiendo de los estudios de Foucault y Laqueur², que nos presentan tres modelos o enfoques diferentes sobre el término sexo, que a su vez, nos permiten analizar el modo de afrontar la diversidad sexo-genérica.

El primer modelo denominado **monista o de sexo único anatómico** y el sexo social fue el predominante en el pensamiento sobre la diversidad sexo genérica, desde la Antigüedad hasta la Ilustración. No se consideraban dos sexos anatómicos verdaderos, sino uno solo, y junto a ello, existía el género denominado sexo social, que se configuraba como una categoría jurídica,

1 NÚÑEZ PAZ, M. I., «El Derecho romano, el género y los estudios sobre mujeres. Aspectos metodológicos», *Annaeus. Anales de la tradición romanística*, 11, 2014, pp. 271.

2 FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad*. 1- La voluntad del saber, Madrid, 2007. *Historia de la sexualidad*. 2- El uso de los placeres, Madrid, 2003. LAQUEUR, T., *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Valencia, 1994.

siendo éste determinante para adjudicar el sexo único a una u otra categoría. Quienes defendían este enfoque lo fundamentaban en los estudios de Galeno en el siglo II d.C. que sostenía como anatomista que los sexos, en vez de estar divididos por sus anatomías reproductoras, se hallaban vinculados por una anatomía común.

El segundo enfoque denominado **modelo dualista o doble sexo** se sitúa a partir del siglo XVIII. La Ilustración vislumbra una nueva etapa basada en la razón, siendo los enemigos, el mito, la tradición y la pasión que según Laqueur que debían ser ajenos al ámbito público. En este escenario se comienza a construir la teoría de los dos sexos, que se asienta en un sistema anatómico biológico propio de la comunidad de género, que partiendo de las diferencias fisiológicas de la mujer y el hombre convierten dichas desigualdades naturales en desigualdades culturales.

En el desarrollo del modelo dualista durante el siglo XIX y mediados del XX, el prisma fisiológico y la literatura médica se erigen como base de la ciencia para justificar esa dualidad.

El tercer enfoque se corresponde con la mitad del siglo XX y llega a la actualidad. Se **concibe el término género como la posibilidad o el proceso de interpretación del cuerpo**, dándole una forma cultural.

El género por tanto es un elemento de identidad, pero no el único, y no sólo es dual. Debe superarse la categorización binaria. Este modelo propone la proliferación de géneros que pudieren surgir de la resignificación de los existentes, desbiologizando las identidades de género, haciéndose eco de aquellas tesis, que en su momento desmantelaron los viejos conceptos de pertenencia inequívoca a un grupo racial. Y así, del mismo modo que las razas mismas eran construcciones culturales, debía llegar el momento de cuestionar el sistema binario y las construcciones de género ligadas a él. Se observa la existencia de una realidad que ya no es excluyente, que va más allá de la categoría hombre/mujer, y que es abordada antropológica, filosófica y socialmente desde un enfoque despatologizante,

Es en ese escenario donde el derecho debe afrontar la regulación incluyente de ese orden nuevo, y resolver los posibles conflictos de quienes consideren que ello puede desvirtuar otros órdenes y realidades cimentados la alteridad hombre/mujer.³

3 SALAZAR BENITEZ,0., "La identidad de género como derecho emergente", Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 169, Madrid, julio-septiembre (2015), págs. 75-107. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.169.03>

Por último, si se trata de analizar la historia de la realidad trans, deviene necesario abordar la historia deconstruyéndola en la acepción de Derrida, revisándola a partir de lo no dicho, lo oculto, o lo invisibilizado, «sospechando» de la interpretación oficial de la historia, visibilizando lo invisible y percibir lo aparentemente oculto.

El concepto género así planteado y concebido, nos permitirá investigar el pasado, superando el viejo sistema dual o binario, quebrando la asimetría entre varones y mujeres como parte del orden natural y en ese escenario, dado su carácter inclusivo o integrador, podremos acceder a aquella diversidad que permaneció oculta y excluida por no servir al fin primordial del binarismo.

2. Análisis de la diversidad sexogenérica en el modelo único

¿Cómo afronta ese modelo de sexo único la diversidad? ¿Cuál era su tratamiento jurídico?

2.1. Antigüedad

El modelo de sexo único conforma un mundo sustancial y sustantivo, sólido y binario que produce a su vez un mundo paralelo de sectores improductivos que se denominan excedente, sobre los que no se obvia su existencia.

En ese modelo de sexo único, que se concebía, según se señaló anteriormente, más un atributo social o un estado que una cualidad biológica, tenían cabida las referencias, según las fuentes literarias, a los seres Pseudohermafroditas, mujeres de la Antigüedad, de la Edad media y Moderna que transitaban a hombres.

Así relatan los historiadores Diodoro de Sicilia y Flavio Josefo la historia de Heraís/Diofanto donde intervienen las autoridades judiciales y deciden su reasignación; así como la historia de Callo/Callon que describen como una verdadera operación de reasignación sexual. El mismo Plinio el viejo hace referencia expresamente, con una terminología asombrosamente actual a “la mudanza de género” en su Historia Natural, describiendo siempre falsas mujeres en las que afloraba la condición de varón, ser perfecto que, tras emerger, asumía nuevo nombre, vestido y ocupación.

La visibilización de la diversidad recibe diferentes nombres.... “cuerpos falsos, dos que formaron uno, sexo incierto, sexo dudoso.” y la sociedad reasigna, con los instrumentos de los que dispone: el oficio la vestimenta y el nombre .

Las fuentes nos sitúan en dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el personal, en el que Herais, en su rol equivocado se comporta conforme al mismo, con las vestimentas propias de una mujer, relegada a su casa y a sus funciones domésticas; y tras su tránsito asume el “atributo social” de varón, tomando sus primeras decisiones como tal, que se materializan en el ejercicio de su propia defensa en el juicio que contra “ella” promueve su marido, culminando y reafirmando dicho papel al enrolarse en el ejército y acreditar su fama de valeroso guerrero. Y también de virtuoso.

Junto a ello existe otro plano o dimensión, la sociojurídica, que se pone de manifiesto de un lado, en el cambio de atuendo y de otro, en el cambio de nombre. En la Antigüedad, el tipo de vestimenta definía la posición social y sexual del individuo. El inmediato cambio de nombre resulta un elemento relevante que se va a repetir en otros episodios, y que constituye el culmen del perfecto varón.

Conviviendo con los pseudohermafroditas, también tenían cabida en el modelo de sexo único, como excedentes, los seres humanos con una ambigüedad anatómica, esto es, los hermafroditas. En dicha realidad excluyente, el derecho se revelaba como el instrumento ideal para resolverla situación de quienes se encuentran al margen de la clásica identidad.

¿Cómo lo hacía? Se deben distinguir dos claras etapas que se definen como violencia conservadora o como violencia pacífica. En la primera, que se sitúa en la Roma monárquica y la republicana, los hermafroditas eran considerados como prodigios, portentos o monstruos, que auguraban la fatalidad y la ruptura con los dioses. El derecho intervendrá en ese afán de proteger el sistema en muchas ocasiones como aniquilación física. Se resolvía la ambigüedad con un procedimiento denominado *ostentorum ac fulgurum denuntiationes procuranto* perfectamente estructurado, diferenciando prodigios mayores o menores, dando prioridad sobre todo en la época monárquica al elemento religioso cuando se trataba de un fenómeno de naturaleza pública con rito purificador, ajeno a la ejecución propia de la jurisdicción criminal o a la ejecución doméstica. Y un uso específico de elementos para esa expiación según la edad del hermafrodita: fuego en los adultos signo de la descalificación por imitar a la especie que no le correspondía (estar fuera de juego); y agua en los recién nacidos, despréndiéndole de la tierra, siempre acompañado de ritos que ensalzaban la pureza de la mujer frente al “falso femenino ajeno a la procreación”⁴.

⁴ Sobre el procedimiento de expiación de los hermafroditas vid. FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., “Expiación y ejecución de intersexuales menores y adultos en la Roma monárquica y republicana” en Norma, disidencia y desviación. Los excluidos y el control social a través de la Historia, Clio & Crimen, 16, 2019.

En la segunda, como violencia pacífica, el derecho se manifiesta a través del criterio de la categorización que se observa desde finales de la República en el que la ambigüedad sexual y el travestismo empiezan a formar parte de la vida cotidiana con una asombrosa naturalidad (*Inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest*). Más allá de esa permisividad es lo cierto que en esa época comienza a haber una amplia Jurisprudencia que no considera inhumano a quien nace con más miembros de lo habitual.

En la construcción de la personalidad jurídica de los seres humanos. éstos precisan de una existencia biológica y de una serie de características físicas. Se comienzan a distinguir los prodigios monstruos o portentos en los que se excluye la figura humana y se identifican con él como fantasmas, de aquellos prodigios que aun con un exceso de miembros no impide la personalidad y no escapan a la forma humana. En esa definición de quien nace con más miembros de lo habitual se encuentran los seres de sexo indeterminado, los seres hermafroditas.

El tratamiento jurídico del hermafroditismo debe examinarse partiendo de la escasez de textos, ya que solo hay tres referencias explícitas al hermafroditismo en la compilación justiniana. Los citados textos descansan en la estructura binaria y es que, precisamente, el hermafroditismo será el campo perfecto para confirmar dicha alteridad masculino femenino.

Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet (D. 1, 5, 10: Ulp. 1 ad Sab.)

Ulpiano considera la categoría del hermafrodita sujeto de derechos, persona, a la vez que nos introduce en la opción por el binarismo en función de la conformación de los órganos sexuales del cuerpo humano, según predomine el fenotipo masculino o femenino, cuya constatación se produce en el momento del parto.

Resulta claro que en ese derecho cada vez más secularizado, los hermafroditas son adscritos en función del criterio del sexo prevalente *sexus praevalebens* en la categoría binaria de varones o de mujeres. Y También podemos afirmar que, por la ubicación del texto analizado, si existe un reconocimiento a la dignidad como personas de los hermafroditas.

Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalebunt, postumum heredem instituire poterit, (D. 28, 2, 6, 2: Ulp. 3 ad Sab.)

En dicho pasaje se analiza la capacidad para contraer *iustum matrimonium* del hermafrodita, y se toman en consideración dos situaciones que ponen de relieve la importancia de la biología y de la posibilidad de engendrar.

En la que se diferenciaba entre el castrado y el hermafrodita, estableciendo que este último sí tenía aspecto viril y no estaba castrado, sí podían contraer matrimonio y adoptar.

Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalcescentis ostendit. (D. 22, 5, 15, 1: Paulo 3 Sent.)

Hace referencia a la capacidad del hermafrodita para testificar válidamente en un testamento estableciendo el criterio del predominio en función de la intensidad de su excitación sexual.

La identidad sexual no sólo dependería ya de la fisonomía de los órganos sexuales sino también de los sentimientos y pensamientos adquiridos cuando ya ha superado la edad en que se tiene capacidad de obrar. El modo en que el hermafrodita se comporta socialmente y no sólo su autopercepción, es fundamental para que el Derecho, que precisa objetivación, pueda otorgar a sus actos eficacia jurídica.

2.2. Cristianismo y doctrina de la prevalencia

La religión cristiana en Roma mantiene una idea más fundamentalista del orden binario. El Dios cristiano había querido que los seres de la especie humana fueran exclusivamente dos: hombre y mujer con la específica función reproductora .

En ese contexto las autoridades civiles y religiosas estudiaron aquellos que traspasaban los límites binarios asociando a todos los ambiguos sexuales, (hermafroditas, homosexuales, travestis) con la idea de la sodomía, que aunaba el binomio delito/pecado.

Religión y derecho iban al unísono en el tratamiento de los ambiguos, que claramente confundían sexo, género y sexualidad. La sociedad cristiana vió en sus primeros tiempos a los ambiguos como calamidades conocidas por Dios y asumidas por la familia, pasando a ser contempladas como una ruptura de la armonía del universo como indicio de la presencia diabólica, para volver a una aceptación naturalista del hermafrodita con un dios benevolente ante la naturaleza diversa.

El tratamiento jurídico de los hermafroditas en el mundo católico va a estar presidido por la teoría de prevalencia heredada de Ulpiano que va evolucionando hacia un procedimiento más específico con la *electio*.

En el supuesto de que no pudiera fijarse la prevalencia del sexo dominante se dejaba a la conciencia del hermafrodita la elección de sexo, y una vez tomada la decisión, la misma devenía firme e irrevocable, mediante el co-

rrespondiente juramento de fidelidad, no pudiendo en ningún caso modificar el sexo elegido. Igualmente, dicho procedimiento tenía unas sanciones dirigidas al hermafrodita perjuro que, traicionando su juramento incurría en sodomía.

Realmente sí hubo condenas a muerte de quien no respetó su juramento, pero interesa destacar al jurista valenciano Lorenzo Matheu i Sanz y su *Tractatus de rei criminali* que a modo de guía legal presentaba en su obra los numerosos problemas que se planteaban acerca del perjurio. El jurista conoció de la controversia número 48 y absolvió al reo de la pena de muerte por perjurio al encontrar un defecto legal, pues no había realizado el juramento de fidelidad al sexo escogido ante el obispo. En este caso se trataba de un hermafrodita perfecto, que siendo educado como mujer había elegido el sexo varón, desempeñando un oficio acorde con dicho sexo (era sastre), pero supuestamente, había abusado de su doble genitalidad. Matheu reconoce que el hermafrodita es un ser humano más, que pertenece a la especie humana y no debe ser excluido⁵.

3. El modelo dualista y el comienzo de la patologización

3.1. La Literatura y la ciencia médica

En el modelo dualista, la diversidad se afronta como anomalía y no como algo mágico o religioso a lo que uno debe resignarse. Cualquier ambigüedad sexual, es considerada una figura de la sinrazón encuadrada en el discurso fisiológico y psicopatológico que se desarrollará a lo largo del siglo XIX, asentado en un mundo de exclusión. En este escenario, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la literatura médica comienza a integrar género, sexo y sexualidad bajo el prisma de anomalía fisiológica, enfermedad mental y perversión.

En ese sentido se debe hacer referencia, siquiera somera, a la terminología referida a esa literatura y ciencia médica: la Clasificación internacional de enfermedades, CIE, incluye a partir de 1938 las enfermedades mentales, bajo la denominación enfermedades del sistema nervioso y de los órganos de los sentidos. En 1948 se establecen 10 categorías de psicosis y en la úl-

⁵ Fueron muchos los supuestos en los que la reestructura del orden binario sexo/genérico atendió a la electio, y no hubo grandes complicaciones, como el caso de Estebanía de Valdaracete que realizaba actividades propias de los varones, aunque su aspecto era el de una mujer y a quien la Chancillería granadina le instó a elegir sexo y proferir el juramento de no hacer uso del sexo excluido. Estebanía eligió ser varón, se cambió el nombre por el de Esteban, contrajo matrimonio y se dedicó a instruir en armas al hacerse maestro de esgrima. En otros supuestos como el de Elena Cespedes, fue precisamente la alegación de ser hermafrodita la que evitó la imputación de un delito de sodomía, atravesando diversas inspecciones en las que mantuvo un contexto de ambigüedad genital ayudado por sus conocimientos quirúrgicos. En este sentido vid CLEMINSON R., y VÁZQUEZ GARCÍA, F., Sexo, identidad y hermafroditas en el mundo ibérico, 1500-1800, 2018.

tima, se situaron los trastornos de la personalidad patológica, que a su vez incluían desviaciones sexuales, entre las que se incluía la homosexualidad y el travestismo.

En la década de los cincuenta la Asociación de psiquiatría americana, APA, desarrolló una alternativa a la sección de trastornos mentales de la CIE el Manual de diagnóstico y estadística de enfermedades mentales DSM-I. En dicho Manual se señalaba que las desviaciones sexuales estaban incluidas en los trastornos de la personalidad. La DSM-III, elimina la homosexualidad como patología mental, pero en los trastornos definidos como parafilias y disfunciones sexuales, añadía un tercer grupo: los Trastornos de identidad sexual. TIS El DSM IV abandonó el término transexualismo, e incluyó la nomenclatura género⁶.

Se comienza a hablar de Trastorno de Identidad de Género -Gender Incongruence- como fuerte malestar con el propio sexo y un sentimiento de inadecuación con el rol, provocando un malestar clínico una patología mental, En el año 2000 se reemplaza el TIG por el término Disforia de género, definido como malestar con el sexo asignado. Además, deja de ubicarse en la categoría de disfunción sexual y en la de parafilia y se concibe como una categoría que legitima el tratamiento médico sólo cuando la persona lo desee.

De modo paralelo, la literatura médica habla ya en 1916 de cambio de sexo, que se erige como término médico en 1931, con la cirugía de reasignación de Lili Elbe. En 1949 se usa por primera vez el término transexual diferenciándolo del travestismo. En 1952 se difunde mundialmente la operación a la que se somete George William Jorgensen, ex militar que se transforma en Christine, conceptualizado como un desequilibrio sexual no psicopático y se introduce el concepto de transexualismo de la hembra (hombre a mujer) transexual masculino, (de mujer a hombre), y el término error de la naturaleza o síndrome transexual.

En ese escenario, y con la base médica patologizante ... ¿Cuál era el tratamiento jurídico?

3.2. El derecho y la visión patologizante en España

En el primer tercio del siglo XX, la diversidad sexo/genérica se enmarca en el discurso médico psicopatológico, en el ámbito del derecho penal, en el delito de escándalo y en el de la homosexualidad. Dos son los textos que recogen el rechazo social y el reproche penal de las conductas de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales: la Ley de Vagos y Maleantes

⁶ A diferencia del CIE-10, que sí mantiene el término transexualismo.

de 4 de agosto de 1933, modificada en el 54⁷, y la Ley 16/70 de 4 de agosto sobre peligrosidad y Rehabilitación Social.

La Constitución española de 1978 contiene dos artículos que se configuran como textos fundamentales en el ejercicio de los derechos de las personas trans: el art. 10.1 y el art. 14. El art. 10.1 hacía referencia a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y el art. 14 recoge el derecho a la igualdad y no discriminación.

La carta magna trajo consigo la derogación de algunos textos legales y además se acometieron reformas en el código penal en orden a la despenalización de la cirugía transexual, o la nueva redacción de los delitos de odio. Sin embargo para el correcto desarrollo de ese derecho contenido en el arto 10 tuvo que ser la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y no el legislador el que resolviera los derechos más básicos de las personas trans: la rectificación registral de la mención de sexo y del nombre.

El Tribunal Supremo resolvió un conflicto de una persona trans femenina que habiéndose realizado la Cirugía de reasignación sexual no se le había permitido la rectificación registral. Considera que bajo la ficción legal de hembra la persona trans puede rectificar su nombre y la mención del sexo en el Registro Civil. Pero considera que dicha rectificación no tendría los plenos efectos de ese cambio, y por ello no podrá casarse, ni adoptar. Y así fue resolviendo el alto tribunal hasta que desestimó la petición de una persona trans masculina al no cumplir los requisitos para aplicar la ficción legal de varón, al no haber hecho la correspondiente cirugía con faloplastia.

La promulgación el 15 de marzo de 2007 de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas contempló la no imposición de la cirugía de reasignación, si bien lo hizo desde la perspectiva de ser una ley registral y no integral.

La ley establecía como requisitos la nacionalidad, la mayoría de edad, el adecuado diagnóstico médico de disforia de género y dos años de tratamiento.

El requisito de la mayoría de edad fue declarado inconstitucional tras la STC 99/2019 de 18 de julio, pero circunscrito a que el menor tuviere una situación estable de transexualidad y suficiente madurez, y sirve de avance a la nueva realidad despatologizante. En cuanto al diagnóstico de disforia si bien se eliminaba la palabra trastorno, seguía encuadrada la transexualidad en las enfermedades mentales.

⁷ Que incluían a los proxenetas rufianes y homosexuales, incluyendo en este concepto toda suerte de relaciones y conductas alejadas del binarismo tradicional

La Ley de 2007, al no ser integral dejaba situaciones sin resolver, por lo que paralelamente se desarrolló un cuerpo de legislación autonómica, que dentro de su techo competencial desarrolló un cuerpo normativo integral de derechos sanitarios, laborales y educativos no solo para los españoles mayores de edad, sino residentes y menores, y así la legislación Foral de Navarra de 2009 o del País Vasco 2012 amparaban a las personas trans inmigrantes, proporcionaban el denominado documento identitario y dispensaban una protección de los menores trans.

Pero además, en ese escenario autonómico, y esto resulta sumamente importante, se comienza a hablar de autodeterminación de género y a desvincularse del criterio médico patologizante.

4. La despatologización

El tercer enfoque, como ya se ha señalado vendría determinado por el concepto de género como proceso de interpretación del cuerpo, quebrando el pensamiento binario.

Se debe partir de la normativa internacional ya que, en septiembre de 2011, el Parlamento Europeo instó a la despsiquiatrización de la vivencia transidentitaria. En diciembre de 2012 se dictó una Recomendación dirigida a la Organización Mundial de la Salud OMS con el objetivo de erradicar la lista de los trastornos mentales la cuestión de la identidad de género y facilitar a través de sus instrumentos, el reconocimiento de lo que denominó género sentido. Europa marca su hoja de ruta de como las legislaciones han de respetar la realidad trans.

En relación con la ciencia médica tan vinculado como se ha dicho a la normativa, la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11) de 2018, eliminó todas las categorías relacionadas con las personas trans del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, lo que supuso el respaldo definitivo a la despatologización de las identidades trans.

¿Hubo un reflejo de la despatologización en la normativa estatal española?

En febrero de 2021 se presentó por el Ministerio de Igualdad el borrador del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans que reconoció el derecho a la identidad de género libremente manifestada como exigencia de la dignidad humana y requisito para el libre desarrollo de la personalidad; da respuesta y visibiliza las realidades trans concebidas como un colectivo no homogéneo.

Respecto a la legitimación para la rectificación registral contempla a las personas españolas mayores de 16 años, las que tienen entre 12 y 16 años, las de edad inferior a 12 años o con capacidad de obrar modificada judicialmente, y el procedimiento en caso de desacuerdo de estos últimos. Asimismo, despatologiza la rectificación, resultando innecesario el informe médico, y se protege la intimidad del concernido. Finalmente, se hace una mención específica al Género no binario en su Disposición Adicional Segunda, imponiendo al Gobierno la obligación de remitir a las Cortes en el plazo de un año un informe sobre las posibles modificaciones normativas que tengan relación con el reconocimiento del género no binario.

El 29 de junio de 2021, el Consejo de Ministros aprobó la ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos LGTBI.

Las novedades respecto al borrador se circunscriben a lo siguiente:

Sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, el artículo 37 en orden a la legitimación señala en su número 1 que toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral del sexo; y en su número 2 hace referencia a la legitimación de las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce, que podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. Incide en el supuesto de desacuerdo de los progenitores o representante legal, entre sí o con la persona menor de edad, que resuelve con el nombramiento de un defensor judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 300 del Código Civil.

El referido precepto contiene una específica referencia a las personas con discapacidad, señalando en su número 3 que dichas personas podrán solicitar, con las medidas de apoyo que en su caso precisen, la rectificación registral de la mención de sexo.

Por último el apartado 4 contempla el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo sin necesidad de previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni tampoco será necesario la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

En orden al procedimiento el art. 38, se establecen los trámites necesarios, los cuales van desde la comparecencia de la persona legitimada, ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil, a su elección; la

entrega del formulario en el que deben manifestar disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento junto con la solicitud de rectificación y si el peticionario quisiera nuevo nombre propio.

Tras la información del Encargado sobre las consecuencias jurídicas, y las medidas voluntarias de apoyo y las decisiones que haya de tomar con base en el principio de Interés superior del menor, el concernido habrá de mostrar su conformidad del concernido

En el plazo de tres meses se realiza una nueva comparecencia en la que el solicitante se ratifica y persiste en su solicitud, tras la que se debe dictar resolución en el plazo máximo de un mes

Los efectos, según se desprende del art 40 serán constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil. En todo caso la persona no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Cabe la reversibilidad pasados seis meses como así se contempla en el art. 41.

¿Qué sucede con los mayores de doce años y menores de catorce?

La Disposición final séptima modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria introduciendo un nuevo Capítulo XI en el Título II, que trata *De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce.*

Se recaba aprobación judicial instando la solicitud ante el Juzgado de primera instancia del domicilio, no siendo preceptiva intervención abogado y procurador, teniendo una tramitación de carácter preferente y una comparecencia del solicitante, sus representantes legales y el Ministerio Fiscal y el Juez puede solicitar la práctica de las pruebas que considere pertinentes, resolviendo siempre atendiendo al Interés superior del menor.

Tras los preceptivos informes del Consejo Económico y social; el Consejo General del Poder judicial y el Consejo de Estado, el proyecto de Ley iniciará su andadura en el debate parlamentario en el que la edad de los solicitantes, la reversibilidad y la ausencia de toda referencia al género no binario

5. Conclusiones

Resulta interesante la observancia del mundo antiguo y el actual. El mundo cristiano heredó la teoría de la prevalencia de la Jurisprudencia romana y la perfeccionó con una suerte de cláusulas complementarias, en concreto

la *electio* constituida como una especie, si se me permite la expresión, de elección de género que se identifica plenamente con el modelo monista de sexo único, eso sí, con un juramento de no uso del otro sexo.

El trámite resulta de suma importancia al observar que se iba modificando según aparecían nuevas realidades, en este caso los hermafroditas perfectos con doble genitalidad, si bien es cierto que la *electio* se configura como un acto de estado en el que el informe médico se constituye como el acto forense más importante para la adscripción al binarismo. La *electio* en ningún caso es el precedente del derecho a la autodeterminación de género.

En España en la época de la patologización y tras una Jurisprudencia que intentó resolver los conflictos derivados del intento de modificación del nombre y de la mención del sexo, a falta de una ley específica, la ley de 15 de marzo de 2007 supuso un hito en el derecho a la identidad, pero al ser exclusivamente de naturaleza registral no pudo atender a otros derechos de las personas trans, que sí lo fueron en las legislaciones autonómicas dentro su límite competencial.

Asistimos a la época de la despatologización y las legislaciones han de adaptarse a la visibilización de una realidad como insistimos ya existente. La frontera entre la autodefinición de cuerpo, derecho al género sentido y autodeterminación de género es casi invisible. Se debe examinar a qué atiende esa diferenciación y buscar una terminología uniforme. Sí considero que se necesita una terminología amplia, pero precisa, haciendo uso de los instrumentos que nos proporciona el derecho como la cláusula abierta pero unívoca. Y siempre bajo el principio de seguridad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad.

No se trata de confundir sexo y género, pero se debe ser consciente en el nuevo marco jurídico a acometer, que el derecho actual es poroso y líquido y traspasa las fronteras de dichos conceptos y a veces los debilita. No es mala la debilidad jurídica porque ayuda a construir.

En ese nuevo marco legal ha de estar presente junto con la uniformidad la coherencia. La coherencia no implica la exclusión de protocolos médicos, ni tampoco el rechazo a un periodo de reflexión previa a la decisión, que son perfectamente compatibles con la autodeterminación, como así se observa en países como Dinamarca. En todo proceso general en el que concurre la autonomía de la voluntad existe un periodo de reflexión previa y considero que ello no debe ser obviado.

En definitiva, no se debe prescindir de los criterios interpretativos que nos proporciona el derecho, como lo es la realidad social.

¿La subsidiariedad del proceso de amparo debe desaparecer?*

Lucas Ghersi Murillo**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La jurisdicción constitucional respecto al CPC / 3. Problemas del antiguo Código Procesal Constitucional / 4. Precedente Elgo Ríos / 5. Conclusiones / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

La tesis planteada es que la subsidiariedad del proceso de amparo es una fuente de impredecibilidad jurídica y causante de injusticias; por ese motivo, debe desaparecer o ser reformada radicalmente. Al aplicar el principio de subsidiaridad y su causal de procedencia contemplada en el artículo 7.2 (antes 5.2) del Nuevo Código Procesal Constitucional, se obliga a los operadores de justicia a emplear razonamientos altamente difusos, complejos y subjetivos, situación que dificulta la definición o determinación de la vía más satisfactoria: o el amparo, o una alternativa.

En línea de lo anterior, siempre existirá un margen razonable de duda o ambigüedad respecto a si el amparo es o no una vía satisfactoria. Ello significa que los justiciables nunca contarán con la certeza acerca de la autorización sobre el amparo: si deciden no recurrir a este proceso, no gozarán de tutela jurisdiccional; y si deciden accionar vía amparo y finalmente los jueces determinan su improcedencia, nuevamente su tutela jurisdiccional efectiva es vulnerada. En aquellos casos en los cuales el justiciable recurre al amparo y el Poder Judicial demora un año o más en resolverlo, dicho tiempo que el juzgado ocupa en determinar que el amparo no era la vía adecuada —prefiriéndose la vía administrativa— representa una pérdida,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, y reconocido ponente en eventos académicos a nivel nacional e internacional.

en cuanto el plazo para recurrir al contencioso administrativo pudo vencer. Claramente se vulneran los derechos fundamentales mediante una denegación de justicia, ya que ahora el accionante no puede recurrir ni al amparo, ni al proceso administrativo.

La subsidiariedad —en la medida que existe—, no debe dar lugar a la improcedencia del amparo, sino a la remisión a una vía ordinaria, a fin de que se tramite el proceso para asegurar que la parte demandante tenga acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. De lo contrario, se generan espacios de denegación de justicia, en cuanto la pretensión del justiciable no puede ser tramitada por ninguna vía, ni por el amparo, ni por otra igualmente satisfactoria —cuyo plazo vencería—

2. La jurisdicción constitucional respecto al CPC

La jurisdicción constitucional en el Perú se constituye a la defensiva, tal como la Muralla China; ya que, la idea de los autores del Código Procesal Constitucional original era que los justiciables abusaban de la jurisdicción constitucional, provocándose una sobre amparización. Por ello se creó un Código Procesal Constitucional que favoreciera la improcedencia; para obtener una sentencia de fondo en un proceso de amparo, el caso debería ser patrocinado por un extraordinario abogado, pues el 90% (e inclusive más) de las sentencias no tratan la problemática de fondo, sino solo discusiones procesales. Más del 90% de los procesos de amparo reciben resoluciones de improcedencia.

En virtud de ello, la jurisprudencia constitucional es realmente una herramienta que no coadyuva al alcance de la tutela jurisdiccional. En primer lugar por su excesiva demora; y en segundo lugar, porque la improcedencia está casi garantizada.

La tutela constitucional en el Perú es ineficaz frente a los petitorios; ya que, para la formulación del amparo se requiere del agotamiento de las vías previas igualmente satisfactorias. Quizás el *habeas corpus* pueda servir, debido a que no configura una vía igualmente satisfactoria; la demanda de *habeas data* o de cumplimiento cuentan con requisitos de procedencia más claros, precisos y certeros; no obstante, en la demanda de amparo los jueces prácticamente gozan de un poder discrecional para declararla improcedente siempre.

3. Problemas del antiguo Código Procesal Constitucional

El Nuevo Código Procesal Constitucional ha corregido el principal problema del derecho procesal constitucional: los jueces ya no podrán rechazar

la demanda de amparo o declararla improcedente sin escuchar a las partes; ergo, se requieren de audiencias como en los procesos penales o laborales por ser un proceso célere. Sin embargo, no contaba con mecanismos de oralidad.

El NCPP contempla los mecanismos de oralidad, por lo que los jueces están obligados a admitir el trámite de la demanda, a tener audiencias y si consideran que la demanda es improcedente en la audiencia, se declarara en ese mismo acto improcedente la demanda; naturalmente, sin perjuicio de admitirla a trámite y escuchar a las partes. Anterior al inicio de la vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, se computaba un porcentaje alarmante de demandas que llegaban al Tribunal Constitucional (TC) por motivos de doble rechazo.

La gran mayoría de casos fundados antes de entrar en vigor el NCPP eran declarados improcedentes en primera y segunda instancia; si llegaba al TC este lo devolvía a primera instancia para que en esta se notifique a la parte demandada y se establezca el contradictorio. En otras palabras, en vez de configurarse un proceso de tres instancias, existía uno de seis. Esta es la razón por la cual los procesos de amparo demoraban siete años o más; realmente una situación de falta de tutela procesal efectiva.

Ahora bien, el Nuevo Código Procesal Constitucional al eliminar el rechazo liminar de la demanda de amparo, ha contribuido realmente al sostenimiento de la tutela jurisdiccional efectiva, y a que los procesos sean más cortos, pues se erradica la problemática de los autos admisorios que devolvían los casos que se encontraban en sede del TC a primera instancia.

Un segundo problema aún por resolver es la subsidiariedad de la demanda de amparo. El objetivo del derecho procesal constitucional es resguardar los derechos fundamentales y no el reducir la carga procesal o facilitar la vida de los secretarios jurisdiccionales o de los jueces; si se dieran estos casos —reducir cargas jurisdiccionales— sin otorgar tutela jurisdiccional efectiva se estaría incurriendo en un autoengaño.

En este orden de ideas, al crear un mecanismo incorrectamente diseñado de improcedencia, se ha creado una fuente de desprotección que termina lesionando el derecho de los justiciables a la tutela procesal efectiva. El origen del problema no es aplicación, sino la pésima concepción y redacción de la causal de improcedencia. Si es que la vía ordinaria fuese más satisfactoria que la vía constitucional no se plantearía una demanda constitucional.

En sentido estricto, la vía constitucional siempre será más satisfactoria que la ordinaria, en cuanto la primera contempla la aplicabilidad directa de los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; no se aplica, en primer término, la legalidad sino la constitucionalidad, por lo que es poco probable que la vía ordinaria sea más satisfactoria que la constitucional.

Si se analiza el *corpus* de jurisprudencia, es posible advertir una enorme impredecibilidad jurídica en la aplicación de las normas. El ejemplo paradigmático de esta situación son las demandas de amparo presentadas contra actos asociativos; estos se pueden cuestionar en la vía civil a través de la impugnación de acuerdos regulada en el artículo 92 del Código Civil, prevista en el proceso abreviado el cual es un proceso con una estación probatoria totalmente distinta al del amparo. Si este proceso civil es igualmente satisfactorio que el amparo, es complicado de saberlo y de definirlo. Antes del 2014 Los jueces contaban con una regla no escrita: nunca declaraban improcedente las demandas de amparo presentadas contra asociaciones por esta causa; sin embargo la situación cambió con la conformación de Tribunal Constitucional del 2014, con la cual de forma sistemática se declararon improcedentes estas demandas amparos con fundamento en la causal bajo análisis sin existir ningún antecedente.

4. Precedente Elgo Ríos

Lo anterior generó un espacio enorme de impredecibilidad jurídica; es decir, no se contaba con la certeza de cuándo corresponde un amparo, un proceso contencioso administrativo, uno laboral, uno civil o un arbitraje. Prácticamente no existe ninguna controversia que no puede ser resuelta en la vía ordinaria, siempre va a ser posible acudir a ella; por lo que no es suficiente constatar que un conflicto puede resolverse ordinariamente para declarar la improcedencia del amparo.

Lo que corresponde es un análisis que evalúe cuándo la vía ordinaria es preferible a la vía constitucional; sin embargo, esta evaluación es inexistente en la jurisprudencia, ante lo cual debería incluirse determinados puntos de examen como la actividad probatoria, la naturaleza de la pretensión, su urgencia, cuando se requiera volver al estado anterior de desamparo o cuando la pretensión es distinta. En un sentido totalmente contrario se estableció el precedente Elgo Ríos, que en lugar de generar claridad en el debate, se propició la confusión, ya que determinó que se deben contemplar los siguientes puntos: 1) si la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho, 2) si la resolución que se puede emitir podría brindar tutela adecuada. Tanto la causal 1 y 2 del precedente Elgo Ríos son totalmente redundantes y deberían fusionarse en una sola causal. La causal 4 establece

que no exista necesidad de dar tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias; esta causal es muy cuestionada, ya que la doctrina constitucional del TC contempla que los derechos fundamentales no están establecidos en una especie de posición preferente, por lo que no se podría decir que un derecho es más o menos importante que otro; sino que depende de circunstancias concretas. Al realizar un análisis de fondo, la causal cuatro es prácticamente imposibles de ser aplicada.

De las cuatro causales la única que se puede aplicar es la 3, la cual menciona que no existe riesgo que produzca la irreparabilidad; pero incluso la causal tres no es clara a efectos de evaluar la subsidiaridad, porque los procesos ordinarios incluyen medidas cautelares. Entonces, al demandar vía amparo invocando una tutela de urgencia, el juez perfectamente podría rechazarla y conducirla a vía ordinaria para pedir respectivas medidas cautelares, pues están diseñadas para otorgarle protección frente al riesgo de irreparabilidad.

En este sentido, si se aplicara el precedente Elgo Ríos y la subsidiaridad de manera estricta. se podrían declarar improcedente todos los amparos. Se evidencia un problema de honestidad intelectual pues se le da al juez una licencia para decidir qué amparos son conocidos y cuáles no; se invita al juez a aplicar el precede de manera estricta en los casos que no le placen, y de manera laxa, aquellos que sí. Es una situación totalmente inmoral, pues atenta contra la igualdad en la aplicación de la ley, contra la seguridad jurídica y genera situaciones de denegación de la justicia estimulando la arbitrariedad y la aplicación errática del derecho y la ley.

Una situación patente en todos los organismos jurisdiccionales es que los jueces cuando quieren evaluar un caso porque les parece interesante o porque consideran que es fundado, aplican de manera muy laxa este presente; y cuando desean deshacerse rápidamente del mismo, sencillamente lo aplican de manera de manera estricta. Ante ello, es necesario una reforma radical de esta causal de improcedencia. En numerosos casos el TC o el Poder Judicial declara improcedente una demanda de amparo y apuesta por ir a una vía igualmente satisfactoria cuando esa vía no es procedente; y luego el justiciable acude a esta vía en vano pues no corresponde.

Un ejemplo de ello es cuando se presentan demandas de amparo contra resoluciones coactivas emitidas por la SUNAT, ante las cuales el Tribunal Constitucional declara la improcedencia, ya que dicha materia se ventila en sede contencioso-administrativa; no obstante, resulta que en estos procesos no se pueden cuestionar las resoluciones, sino solo en aquel relativo a la revisión de la cobranza coactiva.

En otro caso, el litigante presenta una demanda de amparo contra una decisión de una asociación y el PJ reconoce improcedente porque se tiene que recurrir al proceso contencioso administrativo.

5. Conclusiones

A manera de reflexión, se necesita purgar el derecho constitucional de toda institución jurídica que genere inestabilidad; a raíz de ello, se busca que existan reglas claras y que reduzcan la arbitrariedad. Es arbitrario que después de más de un año de litigio el Tribunal Constitucional derive al litigante a otra vía cuando la posibilidad de acceder a esta última ya prescribió.

El derecho procesal constitucional no puede generar situaciones de indefensión; ya que está diseñado para otorgar tutela jurisdiccional efectiva. Si los jueces se niegan a resolver una controversia considerando que esta debe resolverse en otra vía, lo mínimo que debe garantizar el Estado es que efectivamente el integrante pueda recibir tutela en esa vía y no relegar su pretensión a la desprotección. Por tanto, la consecuencia jurídica de accionar en la demanda de amparo, cuando existe una vía satisfactoria, debe ser una remisión al proceso ordinario y no la improcedencia de la demanda.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional y el art. 9 de dicho cuerpo normativo, ¿configuraría un despropósito establecer primero una intención de tutelar dicho derecho, cuando en otra norma se afirma la vulneración de este mismo derecho?

La regla contenida en el Nuevo Código Procesal Constitucional genera una vulneración sistemática, no una vulneración de eventual, al derecho de los justiciables y a la tutela procesal efectiva. Ello en cuanto miles de casos declaran improcedentes a las demandas de amparo, derivándolas a la vía ordinaria cuando la posibilidad de acceder a esta vía ya caducó. Es decir, el sistema está diseñado para lesionar la tutela jurisdiccional. Se debe declarar inconstitucional el artículo 7 inciso 2 del NCPC, ya que una norma jurídica no puede vulnerar de manera sistemática el derecho fundamental de acceso a la justicia de los justiciables. Es intolerable un régimen procesal que contemple como regla general una lesión al derecho fundamental del debido proceso de los justiciables.

Las exigencias de justicia material y la solución de los problemas jurídicos y políticos*

Luis Castillo Córdova**

Universidad de Piura

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Definiciones básicas. / 2.1. Problema Jurídico / 2.2. Problema eminentemente político / 3. Las exigencias materiales de justicia material. / 3.1. La dignidad humana / 3.2. Los derechos humanos / 4. Los poderes públicos al servicio de la persona. / 5. La constitucionalización de las exigencias de justicia material. / 6. Las exigencias de justicia material y la solución de problemas. / 7. Un caso de judicialización de la política. / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo aborda la cuestión del papel que las exigencias de justicia material están llamadas a jugar en la tarea que los distintos operadores jurídicos o actores políticos emprendan para solucionar los problemas jurídicos y los políticos que enfrente en el seno de un Estado de derecho constitucional. Se trata de poner de manifiesto cómo un conjunto material de exigencias de justicia necesariamente impacta o deben impactar en la construcción de razones o razonamientos que pretendan justificar soluciones a los mencionados problemas. Aunque la referencia expresa sea a la comunidad política peruana, desde el derecho peruano, varios de los contenidos que aquí se mostrarán pueden ser extrapolados a otros sistemas jurídicos. Conviene empezar mostrando algunas definiciones básicas.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo en España. Con Máster en Derecho Sanitario y Bioética, y Máster en Gestión de Calidad y del Medio Ambiente. Realizó estancias en las Universidades de Harvard (Estados Unidos) y Konstanz (Alemania). Autor de diversos artículos, capítulos de libro, y ponencias sobre Derecho Sanitario, Contratación Administrativa y Derecho Ambiental. Vocal del Comité de Ética para la Atención Sanitaria del Área Sanitaria IV - Oviedo del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

2. Definiciones básicas

2.1. Problema Jurídico

En primer lugar, ayudará contar con una definición de problema jurídico. Un problema jurídico se construye a partir de unos hechos que generan un conflicto entre dos personas, naturales o jurídicas, privadas o públicas; son hechos que tienen relevancia jurídica, es decir, que tienen un significado para el Derecho y, consecuentemente, se espera que el conflicto que generan se resuelva desde el Derecho mismo.

En la medida que lo que hace a la esencia del Derecho es lo debido, lo adeudado, a partir de cuyo cumplimiento pueda decirse de un determinado acto que es justo, la solución que reclaman este tipo de problemas es una solución justa.

La sociedad actual ha decidido resolver sus controversias no por la fuerza, sino desde la razón. Con tal propósito acude al Derecho y el Derecho se construye desde una pretensión esencial: representar la institucionalización de la razón. La razonabilidad hace a la esencia del Derecho y, consecuentemente, a la justicia. Una decisión irrazonable es una decisión injusta.

El llamado no solo a construir la solución, sino también a declararla de modo institucional es el juez, en ejercicio de la función jurisdiccional. Y por eso también, la solución de este tipo de problemas se controla jurídicamente, desde el derecho, indagando por su justicia y consecuente validez jurídica.

En la solución de este tipo de problemas, no están llamados a intervenir los operadores políticos, en particular el Gobierno. Cuando el sistema de justicia es débilmente institucionalizado, se corre el riesgo de que el gobernante intervenga en la institucionalizada administración de justicia, es decir, ocurre el riesgo de politización de la justicia.

Este riesgo también aparece cuando, sin la necesidad de que el Gobierno intervenga en la solución del problema jurídico, el juez resuelve el problema no desde razones jurídicas, sino desde razones políticas recubiertas de aparentes razones jurídicas. Es decir, se soluciona el problema no desde la justicia, sino desde lo políticamente conveniente.

Pongamos un par de ejemplos de problemas jurídicos. Un problema jurídico puede ser colocado en estos términos: ¿está permitido a Supermercados Plaza Veá impedir el acceso a sus instalaciones a las personas con discapacidad visual acompañadas de su perro guía?

Otro problema puede ser colocado en estos términos: ¿es constitucionalmente válida la decisión legislativa de prohibir a los familiares de los jueces superiores contratar con el Estado?

Es el derecho, en particular el derecho constitucional, el llamado a ser empleado por el operador jurisdiccional para dar respuesta a estos problemas. Y la respuesta que es dada, puede a su vez ser evaluada en su justicia, es decir, en su validez constitucional por el controlador de la constitucionalidad.

Es importante destacar que no se decide lo justo o lo injusto en la solución de un problema jurídico, con base en razones políticas, sino con base en razones jurídicas. Las razones políticas resuelven problemas políticos, y lo hacen de otra manera. Conviene ahora preguntarse por los problemas políticos.

2.2. Problema eminentemente político

Los problemas puramente políticos no existen. La política siempre es posterior al Derecho, desde que los poderes públicos presuponen las reglas jurídicas no solo para reconocer su existencia, sino también su ejercicio. Por eso conviene hablar de problemas eminentemente políticos para significar problemas cuyos componentes fácticos generan una controversia para cuya solución es decisivo una determinada voluntad política de un órgano público que se inserta dentro de un marco jurídico normalmente amplio.

Un problema eminente político es también un problema jurídico, pero en el que su elemento jurídico es menor. Esta conexión le viene de la irremediable exigencia de conducir la política para favorecer la gestión del bien común, lo cual reclama razonabilidad a la decisión política. Así, no hay solución a un problema político sin antes resolver la cuestión jurídica del marco jurídico en el cual se sostendrá la solución política razonable. La razonabilidad conecta la solución de un problema jurídico con el derecho.

Debido al contacto menor con el Derecho, los problemas eminentemente políticos son resueltos no desde la justicia sino desde la conveniencia. Siempre dentro de un amplio margen de razonabilidad, se trata de establecer qué es lo que conviene a la gestión del bien común dentro de unas concretas circunstancias. Es decir, entre varias respuestas jurídicamente válidas, cuál es la que conviene o más conviene al interés general.

¿Quién resuelve este tipo de problemas? Es el Gobierno, conformado por el Ejecutivo y el Congreso de la República los llamados a resolver este tipo de problemas. El gobierno de una comunidad política descansa en la actuación conjunta tanto del presidente de la República y su Consejo de mi-

nistros; así como del Congreso de la República. Como gobernantes, tienen el encargo de gestionar el bien común a partir de decisiones que, siendo jurídicamente válidas, son a su vez, e incluso principalmente, convenientes al interés general.

La solución de problemas eminentemente políticos, al igual que los problemas jurídicos, puede ser controlada jurídicamente, en particular, puede ser controlada por los órganos institucionalizados de administración de justicia. Esta posibilidad abre las puertas para el riesgo de la judicialización de la política, lo cual acontecerá cuando el controlador de la constitucionalidad opere ignorando la competencia del órgano político para solucionar problemas eminentemente políticos.

Esto se pone de manifiesto especialmente cuando el juez no se pregunta solamente por la validez jurídica de la decisión, sino también por su conveniencia, y termina invalidando decisiones políticas jurídicamente válidas, cuya conveniencia no es compartida por el juez. Y en el peor de los casos, invalidada la solución jurídicamente válida y políticamente conveniente, el juez dispone una nueva solución, esta vez desde sus personales convencimientos políticos. De modo que la solución a este tipo de problemas supone la pregunta de qué es lo que más conviene a una determinada comunidad política en determinadas circunstancias.

Son ejemplos de problemas esencialmente políticos los siguientes:

Uno primero puede ser formulado de esta manera: cumplidas las exigencias constitucionales y legales, ¿conviene elegir a X, Y, Z como magistrados del Tribunal Constitucional? Otro permite esta presentación: cumplidas las exigencias constitucionales y legales, ¿conviene disolver al Congreso de la República? O, en fin, cumplidas las exigencias constitucionales y legales, ¿conviene indultar al expresidente Alberto Fujimori?

Este tipo de cuestiones no se resuelven decisivamente desde la justicia, sino desde la conveniencia. Por ejemplo, ¿conviene elegir a X, Y y Z como magistrados del Tribunal Constitucional? Se trata de un problema político, pues aquí la pregunta no es si es justo o no elegir a X, Y y Z como miembros del colegiado, sino que la pregunta es de índole política: habiendo cumplido X, Y y Z con las exigencias constitucionales y legales ¿conviene elegirlos como miembros del Tribunal Constitucional?

Como es una pregunta de conveniencia, las razones que construirán la respuesta no son jurídicas sino políticas. En este caso el congresista no se pregunta si es justo o no elegirlos, se pregunta más bien si conviene o no elegirlos, con base en la preparación técnica, los convencimientos ideoló-

gicos, sus posiciones académicas sobre determinados asuntos de relevancia social, etcétera, del candidato.

En la medida que tanto para uno como para otro tipo de problema el derecho tiene algo, mucho o poco, que decir en la construcción de la decisión y en su validez jurídica, conviene indagar por lo que en un Estado constitucional de derecho hace a la esencia del derecho: las exigencias de justicia material.

3. Las exigencias materiales de justicia material

Algo es debido a alguien porque lo tiene atribuido, y lo tiene atribuido por un título. Lo que a la persona se le adeuda por ser lo que es, es decir, lo que se le adeuda por su naturaleza humana, conforma la justicia de tipo material. En este tipo de exigencias el título lo conforma la propia persona. Ello en contraposición a la justicia formal que tiene que ver con aquello que se le debe a la persona por un título distinto a su propia naturaleza, por ejemplo, por un acuerdo convencional.

Lo que a la persona se le debe por su naturaleza reclama ser cumplido siempre y en todo caso, porque son contenidos esenciales. Lo que se le debe por otro título, puede ser sacrificado por razones de conveniencia. El cumplimiento de lo adeudado significará un verdadero acto de justicia. Por lo que la exigencia del cumplimiento de lo adeudado por ser la persona lo que es significará una exigencia de justicia material. De modo que existen contenidos jurídicos que son debidos a la persona por lo que ella es. El conjunto de estos contenidos conforma las exigencias de justicia material.

Por ser la persona lo que es se le debe un valor, y por valer lo que vale se le debe unos derechos esenciales. Estos contenidos jurídicos son decisivos para la solución de los problemas jurídicos y de los problemas esencialmente políticos. Por lo que conviene detenernos, aunque brevemente, en su análisis.

3.1. La dignidad humana

La dignidad humana equivale al valor de la persona. Hoy nadie discute que la persona vale como fin, no como medio. En esto consiste la dignidad humana. Este valor no le viene por así haberlo decidido el Constituyente. Le viene del ser, de la naturaleza humana. Este valor le es debido a la persona por lo que ella es, consecuentemente, conforma una exigencia de justicia material. El Constituyente peruano ha cumplido con lo que a la persona se le debe cuando en el artículo 1 de la Constitución ha dispuesto que la persona vale como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta declaración de voluntad del Constituyente es una de tipo declarativa, no crea la deuda, se limita a reconocerla. La deuda existe desde la sola existencia de la persona. La declara y reconoce para asegurar el cumplimiento de la deuda, comprometiendo en particular a los poderes públicos en un tal cumplimiento oportuno y pleno.

Que la persona valga como fin supremo tiene muchas consecuencias, para la persona y también para los poderes públicos. En relación a la persona, una consecuencia es evidente: porque la persona vale como fin supremo, está ordenado promover su realización en la mayor medida de lo posible.

Aquello que tiene condición de fin está llamado a ser realizado. Las finalidades están llamadas a ser conseguidas. Como la persona vale como fin supremo, la realización adeudada es la mayor posible. Pero, ¿qué significa que la persona está llamada a ser realizada? Resolver esta cuestión reclama un concepto de persona. De modo básico todos podemos reconocer que la persona es una realidad compleja que tiende a la perfección.

Que es compleja significa que en su naturaleza es posible diferenciar dimensiones distintas. Al menos cuatro: la corporal, la espiritual, la individual y la social. La naturaleza humana es la reunión de estas cuatro dimensiones a la vez para conformar una esencial unidad. En estas dimensiones se sostienen necesidades distintas. Estas necesidades pueden ser calificadas de necesidades esenciales en la medida que brotan de lo que la persona es, es decir, de la esencia o naturaleza humana.

Pensemos en la dimensión individual de la persona. Ella como realidad única e irrepetible que es, tiene una manera singular de desenvolver su ser. Para ello necesita de un espacio propio en el que desplegar esa singularidad que le caracteriza. Un espacio que está alejado de las miradas y del interés de los demás, y al que dejará entrar solamente a los que ella decida dejar entrar.

Esta necesidad aparece muy claramente si pensáramos cómo sería la vida de cada uno de nosotros si durante las veinticuatro horas del díauviésemos encima una cámara que transmite todo lo que hacemos o dejamos de hacer, y lo transmite a miles o millones de persona. No solo nos incomodaríamos, sino que es posible que dejemos de hacer cosas que sí haríamos si estuviésemos a solas con uno mismo. Tiene la necesidad, pues, de contar con un espacio propio ajeno del interés de los demás.

O pensemos en la dimensión espiritual de la persona. El espíritu de la persona se caracteriza por ser una racional. Su alma, entendida como lo que anima, es decir, lo que mueve, el motor que da movimiento, no solo es

instintivo, sino también y relevantemente racional. La razón lleva ínsita unos primeros principios de movimiento, que animan el comportamiento de la persona, pero no le es suficiente. Reclama esa razón conocimiento, precisamente para decidir no solo instintivamente. La persona tiene, pues, la necesidad de conocer.

Estas dos necesidades puestas de ejemplo son necesidades esenciales, brotan de lo que la persona es. Son necesidades cuya identificación empieza en una de las dimensiones de la naturaleza humana pero no se agota en ella. Son necesidades que son titularizadas no por una dimensión de la naturaleza humana, sino por la naturaleza humana que es una radical unidad a pesar de sus dimensiones distintas.

La existencia de estas necesidades permite reconocer inequívocamente que la persona es una realidad imperfecta en su esencia. En su esencia o naturaleza titulariza necesidades o carencias. Pero a la vez es posible reconocer que su naturaleza imperfecta tiende a la perfección. Es fácil constatar el grado y significado de las necesidades esenciales a lo largo de los años en una misma persona. La vida consiste en un intento de ir satisfaciendo cada vez más y mejor esas necesidades humanas esenciales, y con ello ir adquiriendo grados de perfeccionamiento.

La realización de la persona, entonces, significará el perfeccionamiento de la persona. La persona irá alcanzando mayores grados de realización, en la medida que vaya satisfaciendo sus necesidades esenciales. A mayor satisfacción de estas, mayores grados de realización. Y la exigencia de justicia, como se advirtió atrás, es la mayor realización posible porque la persona no solo es fin, sino que además es fin supremo.

Conviene indagar a través de qué medios la persona satisface sus necesidades humanas esenciales que le posibilitan mayores grados de realización. Esto lleva al otro componente adelantado antes con la expresión “derechos esenciales”.

3.2. Los derechos humanos

Aristóteles define al bien como aquello que perfecciona al ser. El ser humano es imperfecto porque titulariza necesidades esenciales. Su satisfacción le genera grados de perfeccionamiento. Consecuentemente, las necesidades humanas esenciales se satisfacen a través de bienes humanos esenciales. El goce o consecución de estos bienes humanos esenciales genera en la persona grados de realización.

Siendo así, si, como se dijo antes, porque la persona vale como fin supremo está ordenado promover su máxima realización posible, y esta se consigue a través de los bienes humanos esenciales, entonces, estos bienes le están adeudados. Estos bienes se convierten en la cosa debida, tienen naturaleza jurídica, son verdaderos derechos. Al ser bienes humanos esenciales, estos derechos pueden ser denominados como derechos humanos esenciales, o, lo que es común, derechos humanos. Estos se definen, pues, como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara a la persona grados de realización.

Así definidos, los derechos humanos reclaman ser cumplidos, lo que los convierte en exigencias de justicia, y al formularse desde el ser y valor de la persona, tales exigencias de justicia son de tipo material. Son exigencias de justicia material.

Por seguir con los dos ejemplos apuntados atrás. La necesidad humana esencial de la persona de contar con un espacio propio y ajeno al interés de los demás se satisface a través de bien humano intimidad. Por su parte, la necesidad humana esencial de conocimiento se satisface a través de un bien humano esencial llamado conocimiento o, más comúnmente, educación.

La intimidad, la educación son bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización. Lo mismo, la vida, la salud, la libertad, la igualdad, el honor, la propiedad, etcétera, son bienes humanos esenciales debidos, son derechos humanos.

Debe incidirse en que el carácter jurídico o la condición cosa debida, le viene de lo que la persona vale, y vale por lo que ella es. La dignidad humana, y en último término la naturaleza humana, son el fundamento de la juridicidad y consecuente exigibilidad de los bienes humanos esenciales. Al igual de lo que pasaba con la dignidad humana, el Constituyente no crea la deuda, sino que la reconoce cuando menciona el nombre del bien humano en la Constitución, y lo regula de modo básico como un modo de regular cómo debe ser pagada la deuda reconocida. Esa regulación no es mera declaración, sino que es efectiva creación jurídica.

4. Los poderes públicos al servicio de la persona

Pero la dignidad humana o valor de fin supremo de la persona, no solo genera consecuencias para la persona, sino también para los poderes públicos.

Si ella vale como fin supremo, entonces, los poderes públicos tienen condición de instrumentos o medios al servicio, precisamente de aquello que tiene condición de fin.

Esta condición de medio queda manifestada cuando el Constituyente ha establecido como deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, en el artículo 44 de la Constitución. Este deber estatal debe ser cumplido por los distintos poderes públicos, ¿y por qué garantizar la plena vigencia de los derechos humanos? Porque si los derechos humanos, como aquí los he definido, son los bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y su goce o adquisición le depara grados de realización, entonces, deberá ser sostenido que, a mayor vigencia de los derechos humanos, mayor realización de las personas.

Este deber tiene grados distintos de cumplimiento y lo exigido es que los poderes públicos aseguren en la mayor medida de lo posible la plena vigencia de los derechos humanos porque, como se explicó atrás, la persona vale como fin supremo. La dignidad humana no solo es el fundamento de los derechos humanos, sino que es fundamento también de que el deber estatal de promover su plena vigencia deba ser cumplido en la mayor medida de lo posible.

5. La constitucionalización de las exigencias de justicia material

La dignidad humana y los derechos humanos son exigencias de justicia material al margen de la voluntad de cualquier legislador, incluido el Legislador constituyente. El valor de fin, así como los bienes humanos esenciales debidos, existen como realidades jurídicas, es decir, como lo debido, por el ser y valor de las personas. Para ayudar a su mayor aseguramiento el Constituyente reconoce, no crea estas exigencias de justicia. Lo hace cuando menciona el valor de la persona, o menciona el nombre del bien humano debido.

Pero no es la única labor que lleva a cabo el Constituyente. Esta voluntad declarativa es completada a través de una voluntad regulativa. En efecto, el Constituyente no solo reconoce una exigencia de justicia material, sino que también la concreta, aunque de modo básico. Estas concreciones, que viene a significar la manera cómo la deuda reconocida debe ser pagada, representa verdaderas creaciones y no meras declaraciones por parte del Constituyente.

El reconocimiento y consiguiente concreción de la exigencia de justicia material es decisivo hoy. No solo porque este elemento es uno de los que con mayor claridad y relevancia singulariza al Estado constitucional de derecho y lo diferencia del Estado legal de derecho, sino también porque se convierte en parámetro de validez constitucional de las distintas decisiones públicas o privadas de relevancia jurídica. De esta manera, la justicia material de objetiva. Así, una decisión pública, ya sea normativa, ejecutiva o judicial, o privada será justa si es que de ella pueden ser dadas razones para sostener que es constitucionalmente válida al ajustarse a las exigencias de justicia material constitucionalizadas. De desajustarse, tendrá que ser sostenido su injusticia o, lo que es lo mismo, su inconstitucionalidad material.

La constitucionalización de la dignidad humana y de los derechos humanos representa un modo razonable de objetivar la justicia material. La argumentación constitucional debe ser reclamada como justificación de toda decisión que pretenda ser tenida como justa. La constitucionalización y la argumentación constitucional referidas representan hoy la manera idónea de controlar la justicia de las soluciones que a los problemas jurídicos y a los problemas esencialmente políticos sean dadas.

6. Las exigencias de justicia material y la solución de problemas

Para la solución de problemas jurídicos, las exigencias de justicia material actúan como elementos que definen el contenido mismo de la solución del problema presentado. En particular, la solución se construye de la mano del contenido constitucional de los derechos fundamentales, que son los derechos humanos constitucionalizados, involucrados por los hechos.

Así, en referencia al ejemplo de problema jurídico propuesto en relación a las personas con discapacidad visual, el contenido constitucional del derecho fundamental a la igualdad y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, justifica una solución en estos términos: Está constitucionalmente prohibido impedir que una persona con discapacidad visual acceda a un lugar privado abierto al público acompañada de su perro guía.

Por su parte, para la solución de problemas esencialmente políticos, las exigencias de justicia material actúan como elementos que definen el amplio ámbito de lo jurídicamente posible, en cuyo seno caben varias respuestas razonables. En definitiva, actúan como elementos que definen el amplio ámbito de lo jurídicamente posible, de lo constitucionalmente permitido y en cuyo seno, caben varias respuestas igualmente razonables.

Así, en relación al problema esencialmente político de la elección de unos concretos candidatos como magistrados del Tribunal Constitucional, las exigencias de justicia material servirán para sostener que los candidatos han cumplido las vigentes normas constitucionales y legales que les ponen en aptitud de ser elegidos o no según consideraciones eminentemente políticas. De modo que será razonable elegir a X, Y o Z; por lo que la emisión de los votos a favor de uno u otro dependerá de elementos de conveniencia, como su tendencia conservadora o progresista, sus manifestadas bases ideológicas, etcétera.

Las exigencias constitucionales y legales y su cumplimiento terminan dibujando un ámbito de discrecionalidad en el órgano político. El órgano político decide políticamente; por eso, es absurdo pedirle, como se le pedía al Congreso de la República, que no realice acuerdos políticos para elegir miembros del Tribunal Constitucional. Si la Comisión encargada de seleccionar los candidatos ha hecho bien su labor y se tiene a los mejores dentro de los presentados, la respuesta que viene es solo política; pues, en principio, lo mejor que hay es el ámbito constitucional, el ámbito moral y el ámbito jurídico. Luego, el pleno del Congreso debe decidir políticamente, respondiendo a la pregunta ¿qué es lo más conveniente? Y para eso se construyen acuerdos o pactos políticos, no solo legítimos sino idóneos. Sin embargo, en entornos débilmente institucionalizados, ese tipo de acuerdos son desaprobados, especialmente cuando el resultado es contrario a las expectativas de un sector político y ciudadano. Esto ocurre en el caso peruano, en el que no solo con desprecio se ha llamado “repartija” a lo que no es más que la muestra de la esencia del quehacer político, sino que se ha intentado judicializar razonables decisiones políticas adoptadas por el Congreso de la República.

7. Un caso de judicialización de la política

El Tribunal Constitucional no solo ha tenido aciertos relevantes, sino también extralimitaciones condenables a lo largo de los años. Una de ellas se manifestó cuando el Alto Tribunal resolvió un problema esencialmente político con base en razones políticas, usurpando la atribución del Gobernante.

El Gobernante se planteó el siguiente problema esencialmente político: ¿qué conviene más como concreta política de gobierno para promover la creación de puestos de trabajo?

El Constituyente peruano decidió no solo que al gobierno (al Estado) le correspondía promover las condiciones para el progreso social y económico mediante políticas de fomento del empleo productivo, según reza el

artículo 23 de la Constitución; sino que decidió también que correspondía a la Ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. El Constituyente no decidió en qué consistía esta adecuada protección, solo decidió que correspondía decidirlo a la ley, entendida como ley del Congreso de la República o como Decreto legislativo del Ejecutivo. Sería el Gobernante, con base en la ideología política que hubiese ganado en las elecciones generales, quien decidiría en qué consistía la adecuada protección. No impuso ningún significado.

El Gobernante, a través del decreto legislativo 728, decidió que la adecuada protección contra el despido arbitrario para el trabajador del régimen privado era la indemnización. Así lo estableció en el artículo 34 del mencionado decreto legislativo, al disponer la indemnización “como única reparación” frente a un despido arbitrario. Complementariamente dispuso en el artículo 38 que la indemnización a recibir era equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce.

Al Tribunal Constitucional llegó un problema jurídico que resolvió en la sentencia al EXP. N.º 0976-2001-AA/TC. Tal problema jurídico puede ser formulado en estos términos: ¿es constitucionalmente válida la Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2001 que recibió Eusebio Llanos Huasco de su empleadora, Telefónica del Perú?

Este problema jurídico se resolvía desde el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo, uno de cuyos componentes es precisamente la norma constitucional según la cual la ley otorgará al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

En la labor de delimitación del contenido constitucional del referido derecho fundamental en su mencionado componente, declaró el Tribunal Constitucional que el mencionado artículo 34 del decreto legislativo 728 sí era constitucional porque preveía como adecuada protección contra el despido arbitrario a la indemnización, y la indemnización era una respuesta razonable, como razonable habría sido la reposición o cualquier otra justificada.

Dijo de esta manera en el fundamento 12 de la mencionada sentencia: “a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador -vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, *no es inconstitucional*”.

No obstante haber reconocido que la indemnización era una respuesta jurídicamente razonable y por ello no era inconstitucional, no se limitó a aplicarla para resolver el problema jurídico que se le había planteado, sino que procedió, en buena cuenta, a crear una nueva regla jurídica, distinta a la creada por el Legislador ejecutivo. En efecto, advirtió el Alto Tribunal que el amparo tiene por finalidad regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión, y que en un (mal llamado) despido arbitrario esa situación era la del trabajador en su puesto de trabajo.

Dijo de esta manera en el fundamento 13 de su sentencia: “por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N°. 23506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente”.

Esta fue la razón para crear una nueva regla jurídica, según la cual la adecuada protección contra el despido arbitrario no era la indemnización como “única reparación”, tal y como lo disponía la Ley, el decreto legislativo 728; sino que la adecuada protección era la indemnización o la reposición a elección del trabajador. Lo dijo en el fundamento 16 de la mencionada sentencia: “el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso”.

Con esta decisión, la Ley dejó de otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, y tal protección pasó a ser definida por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional respondió a la pregunta ¿qué conviene más para promover la creación de empleo productivo?, a través de una regla según la cual lo que conviene es que el trabajador elija si la indemnización o si la reposición. De esta manera quedó sin efecto la respuesta del Gobernante legislador que había decidido que lo que convenía a las concretas circunstancias para promover la creación de empleo era que el trabajador recibiera una indemnización como “única reparación”.

Y lo hizo con base en una razón jurídica aparente por ser manifiestamente incorrecta. Y es que una norma procesal como la que dispone la finalidad de los procesos de amparo, es radicalmente inidónea para definir el contenido constitucional de un derecho fundamental defendible a través del

amparo. La pregunta de si se ha vulnerado el contenido constitucional de un derecho fundamental, debe ser respondida antes de acudir al amparo. Solo si se ha establecido que tal agresión existe, recién se puede acudir al proceso constitucional. De modo que ninguna regla procesal del amparo puede definir, en este caso, el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo en su componente de adecuada protección contra el despido arbitrario.

Al ser una razón manifiestamente incorrecta, es una razón jurídica aparente. En realidad, es razonable sostener que lo que prevaleció fueron razones políticas no mostradas, basadas en meras concepciones ideológicas. La composición del Tribunal Constitucional con una ideología más bien de izquierda, usurpó la función del gobernante que con base en una ideología más bien de derecha, había decidido que la adecuada protección contra el despido arbitrario era solo la indemnización, siendo la indemnización una respuesta razonable, tal como lo admitió el mismo Alto Tribunal. Esto, a mi modo de ver, es un ejemplo de judicialización de la política.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. Si el eje de los planteamientos que propugnan el paso de un Estado Constitucional a uno Convencional de Derecho está centrado en los tratados internacionales de DD.HH. ¿Cuáles serían los retos o desafíos actuales que existirían para asegurar la justicia material en el Estado peruano?

Son muchos los retos. Aquí me referiré solo a uno: hoy no solo es una exigencia profesional sino una obligación moral saber bien derecho, en particular, saber bien derecho constitucional. Hoy los problemas jurídicos, así como los problemas esencialmente políticos deben ser resueltos desde las exigencias de justicia material reconocidas y reguladas de modo básico en la Constitución.

Estas exigencias de justicia material normalmente aparecen reconocidas mediante formulaciones normativas abiertas que les asemeja a las normas de tipo principio. Se reclama que el operador jurídico sepa operar el derecho desde las exigencias de justicia material, lo que a su vez reclama estructuras mentales y metodologías distintas a la que reclamaba operar el derecho desde las reglas.

En particular, el reto es que nuestros jueces tomen conciencia de que deben resolver los problemas que se les presenten desde las exigencias de justicia material y que para ello deben comportarse como jueces principialistas y no como jueces formalistas. También deben tomar conciencia de que el

empleo de categorías jurídicas abiertas de justicia material puede desencadenar muchas y relevantes consecuencias negativas si no se saben aplicar bien.

Estoy extremadamente persuadido de que hoy es mucho más peligroso para la justicia social y para el servicio público de justicia un juez principialista que no sabe derecho, a un juez meramente formalista. No tengo duda que los bajos niveles de justicia en nuestra comunidad mejorarán desde un derecho operado por jueces principialistas que saben operar muy bien el derecho, particularmente el derecho constitucional, a la hora de resolver los problemas jurídicos que se le presenten.

Y una añadida exigencia al juez principialista es honestidad a la hora de resolver esos problemas. Honestidad que también se manifiesta a la hora de formular las razones, para no hacer pasar como razón jurídica lo que no es más que un convencimiento político.

b) Mesas de diálogo

Aciertos y desaciertos del proyecto de ley que propone la vuelta a la bicameralidad*

Juan de Dios Atarama Macha**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Ingrid Brighit Verastegui Zuñiga***

Universidad Nacional Hermilio Valdizán

Diego Álvaro Díaz Morales****

Universidad Nacional de Cajamarca

Germán Gonzalo Quirhuayo Chumbe*****

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I

Crítica al proyecto de bicameralidad

Juan de Dios Atarama Macha

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Falacia de la reflexividad de la Cámara de Senadores / 3. Identidad de cámaras / 4. Comentarios finales y propuestas.

* Mesa de diálogo virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01al 03 de julio del 2022.

** Estudiante por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador de Matices y Proyectos Académicos del Área de Derecho Privado de Amachaq Escuela Jurídica. Ayudante de la Cátedra de Derecho Constitucional I (Teoría del Estado) en la UNMSM. Es miembro principal del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán.

*** Bachiller por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Es miembro activo del Taller de Derecho Constitucional Libertas Capitur y de la Comisión de Eventos Académicos de la Red Nacional de Asociaciones Jurídicas del Perú (REDNAJUR).

**** Estudiante por la Universidad Nacional de Cajamarca. Es presidente fundador de la Asociación de estudiantes Ius Imperium y participante del programa SECIGRA 2022.

***** Estudiante por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Subcoordinador del Área de Derecho Constitucional en Amachaq Escuela Jurídica.

1. Introducción

La discusión en torno a la vuelta a la bicameralidad se ha avivado a raíz del texto sustitutorio de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Ante ello, resulta necesario plantear una tesis clara; y, en la oportunidad nos convoca, será aquella que señala la falta de necesidad de un retorno al modelo bicameral. Para ello se esgrimirán una serie de argumentos y propuestas, a fin de develar la naturaleza pírrica e ineficaz para el modelo parlamentario peruano.

2. Falacia de la reflexividad de la Cámara de Senadores

Autorizada doctrina constitucional peruana (como Soto Vallenas, Marcial Rubio, entre otros), ha señalado la importancia de regresar a la bicameralidad, en cuanto este modelo importa la presencia de un recinto que alberga personajes destinados al razonamiento maduro y profesional —refiriéndose a los senadores—. Se conceptúa a la Cámara de Senadores como una de carácter sesudo, inteligente, maduro y encargado de asuntos nacionales¹.

Sin embargo, esta referencia a los integrantes de la Cámara Alta no resulta tan evidente cuando se analizan los requisitos propuestos no solo por el texto sustitutorio bajo análisis, sino los proyectos de ley que lo precedieron; respecto a la realidad que nos plantea la política peruana.

2.1. Sobre el requisito de la edad

El texto que pronto pasará a debatirse al Pleno menciona que, para ser senador de la República, se debe sobrepasar el límite mínimo de los 35 años (mayor en comparación que la requerida para diputado: 25)². El sentido común puede ofrecer un argumento a favor de este requerimiento; no obstante, si se observa la data relativa a los actuales parlamentarios y el ideal de senador, se evidencia que el rango de edad mayoritario de los congresistas sobrepasa los 35 años, interesante longevidad que no ha asegurado ni la madurez de los miembros del Congreso, ni debates alturados dentro del recinto legislativo. Para ser exactos, según la agencia de noticias Andina, solo 34 de los 130 parlamentarios son menores de 40 años, y 28 de ellos oscilan entre los 31 y 40 años³.

1 Opinión vertida en la Conferencia sobre la bicameralidad, organizada por la Academia Peruana de Derecho el miércoles 15 de junio del 2022.

2 COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO, Texto sustitutorio de la “Ley de reforma constitucional que reestablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú”, Lima: 7 de junio de 2022, recuperado de <<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/06/Texto-sustitutorio-bicameralidad-LPDerecho.pdf>>

3 GUZMÁN, J. C., «Destacan alta participación de menores de 40 años en nuevo Congreso», Lima/Perú: junio 2021, recuperado de <<https://andina.pe/agencia/noticia-destacan-alta-participacion-menores-40-anos-nuevo-congreso-851089.aspx>>

2.2. Sobre el requisito de la profesión

Con una mirada retrospectiva al documento emitido por la Comisión de Constitución, cabe analizar el proyecto de ley presentado en el 2020 por el congresista Luis Andrés Roel Alva, el cual mencionaba que para ejercer el cargo de senador se requería haber culminado estudios superiores⁴. En similar y preocupante línea, el texto sustitutorio plantea como condiciones necesarias sea la experiencia profesional en los sectores públicos o privados por un mínimo de 5 años, sea el ejercicio de un cargo de elección popular.

Estas medidas se encuentran claramente orientadas a permitir el ingreso al poder público parlamentario solo a ciudadanos “instruidos”. No obstante, el motivo de preocupación no solo es su ineficiencia de cara a la selección de los mejores componentes de la sociedad para conformar la Cámara Alta⁵, sino que también resulta discriminatorio, atentando con el derecho a ser elegido de todo ciudadano peruano.

Para finalizar con la tratativa de la falacia de la Cámara de los senadores, las impresiones vertidas en las anteriores líneas invitar a preguntarse ¿estos requisitos aseguran la constitucionalidad de las normas promulgadas? ¿las leyes dictaminadas se condecirán con los parámetros de efectividad y buena técnica legislativa? Tal vez, lo único que asegurarán serán las cuotas de poder necesarias para mantener la vigencia de su partido.

3. Identidad de cámaras

Otro de los puntos que convierten al proyecto de bicameralidad sumamente innecesario y contraproducente es la identidad de cámaras, la cual se configuraría cuando concurre una congruencia a nivel partidario entre el Senado y la Cámara de Diputados, como a nivel de funciones —las llamadas *cámaras gemelas*—.

La causa de tratamiento de este particular reside en la omisión del texto sustitutorio respecto al sistema o principios electorales aplicables a las elecciones de diputados y senadores; ni siquiera se señala si será por listas abiertas o cerradas.

4 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Proyecto de Ley N.º 06281, Lima: setiembre 2020, recuperado de <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/Proyectos_Firmas_digitales/PL06281.pdf>

5 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Proyecto de Ley N.º 06281, Lima: setiembre 2020, recuperado de <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/Proyectos_Firmas_digitales/PL06281.pdf>

Sin embargo, para evitar demasiadas teorizaciones, se criticará una de las propuestas dadas por el congresista Jorge Morante de Fuerza Popular⁶: una aplicación (parcial) del distrito único para la Cámara de senadores⁷.

Planteado el supuesto de análisis (un parcial distrito único para senadores y regional para diputados), se colige que el control intraórgano sería casi inexistente, en cuanto las elecciones por distrito electoral único aseguran la concentración del poder en los territorios de mayor gravitación y poder económico o político, de la cual la más favorecida será Lima. De hecho, este fue el efecto de la promulgación de la constitución del 93; no fue sino hasta el 2001 en que, dentro de las reformas de descentralización, se decidió por democratizar y aperturar el poder político⁸ a las regiones que estaban y aún se encuentran subrepresentadas⁹.

En este sentido, se configura una identidad partidaria, reflejada en la atrofiación de la revisión de las leyes por parte de la Cámara Alta, que ciertamente es un control intraórganos. A nivel interórganos, un congreso bicameral dominado por determinado partido o línea ideológica —aunque hoy en día no existen partidos políticos propiamente dichos— exacerbaría los roces con el Ejecutivo, cuyos poderes se verían reducidos con esta reforma.

Es cuanto menos curioso que usualmente se tome como paradigma el modelo estadounidense de bicameralidad para estructurar un congreso nacional cuando ambas naciones o ambas propuestas responden a realidades totalmente distintas. El modelo parlamentario de Madison —con todas las reformas sobrevinientes— no ha posibilitado la robustez de la democracia en dicho país; sino que esta última se sostiene a pesar de su constitución. A decir de Giovanni Sartori, EEUU tiene la fórmula precisa para ocasionar una *parálisis gubernamental*, cuyos síntomas se evidencian con mayor violencia al momento de exportar el modelo¹⁰.

6 CENTRO DE NOTICIAS DEL CONGRESO, «Comisión de Constitución aprueba dictamen que establece el retorno a la bicameralidad», Lima/Perú: junio 2022, recuperado de <<https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/comision-de-constitucion-aprueba-dictamen-que-establece-el-retorno-a-la-bicameralidad/>>

7 La constante crítica a esta cámara no es gratuita, en cuanto sobre ella suelen recaer todas las bondades de la bicameralidad: la madurez de decisión, la aptitud de los parlamentarios, leyes con mejor técnica, y, en este caso, una mejor representación. Ergo, también deberían recaer las críticas sobre dichas esperanzas.

8 TALAVERA MORALES, J. A. «Jugando a los experimentos políticos: una crítica a las propuestas de retorno a la bicameralidad en el Congreso peruano», Comunicación presentada en el VII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Bogotá, 25 al 27 de septiembre de 2013, recuperado de <<https://alacip.org/cong13/722-morales-b-7c.pdf>>

9 A modo de paréntesis, es cuanto menos curioso que el congreso busque una vuelta a la bicameralidad bajo la consigna de empoderar a las regiones, dejando de lado la descentralización. En otras palabras, es un mal enfoque de solución de la crisis de representación.

10 SARTORI, G., Ingeniería constitucional comparada, 1ra edición traducida (1994), Reyes Mazzoni, R. (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1994).

Aún en la línea del autor, la estructura parlamentaria estadounidense requiere de ciertos ítems para desmoronarse: *i)* falta de principios ideológicos, *ii)* indisciplina partidaria, *iii)* política centrada en asuntos locales¹¹; nada que el Perú no adolezca. La parálisis se extiende a la relación ejecutivo-legislativo, en cuanto el ejecutivo dependerá de mosaicos y mayorías mal construidas para poder llevar a cabo su gestión. Este problema de fragmentación, en el medio nacional, si se llegase a aprobar la bicameralidad, se duplicaría.

4. Comentarios finales

La mayor reflexión que recae sobre los proyectos de ley no es asegurada por una segunda cámara, siempre ha dependido de la calidad de la oferta política, y naturalmente, de la educación en materia política y electoral de la población. En el modelo actual, tanto el presidente como la Comisión permanente representan filtros de reflexión. Ahora bien, se alega que en el caso de la revisión de los proyectos de ley por parte del Ejecutivo surge el vicio de la falta de representatividad —dada la injerencia de los ministros—; para ello se puede recurrir a instituciones análogas compuestas por la propia población civil para suplir a un Senado, por ejemplo, consejos consultivos como los existentes en Francia, Italia, Luxemburgo y Botswana.¹²

Por otro lado, para asegurar una verdadera calidad técnico-legislativa, se puede recurrir a consejos de estado o legislativos como en Países Bajos o Suecia. Es más, una mayor participación de académicos de talla dentro de las comisiones del Congreso permitirá una mejor calidad de las leyes¹³.

Acerca de la reelección de congresistas incrustada en el art. 90 del proyecto de ley, es menester reconocer sus bondades siempre y cuando se encuentre limitada —tal y como lo estipula el texto sustitutorio—; ya que coadyuva a la profesionalización de la labor parlamentaria. Sin perjuicio de ello, no se debe caer en el fetiche de la estabilidad¹⁴, y ni mucho menos soslayar la legitimidad de la medida.

Cuando México a inicios del siglo XX finalizaba el turbulento periodo de la Revolución, se prohibió la reelección ya que se deseaba transitar de un gobierno de caudillos a uno de instituciones¹⁵. El escenario del 2018 es

11 *Ibidem*, pp. 105-106

12 BULMER, E., *Bicameralismo. Guía introductoria 2 para la elaboración constitucional*, (Estocolmo: IDEA Internacional, 2020), p. 11

13 *Idem*.

14 Crítica realizada por Sartori en contra de aquellas afirmaciones que relacionaban —de forma necesaria— la durabilidad de un gobierno con efectos positivos.

15 FLORES, I. B., «Racionalidad jurídica y reelección legislativa: A propósito de las reformas tanto a la

ciertamente similar, se deseó pasar de un gobierno de “dinosaurios” y partidos destrozados —heredados del fujimorato—, a una democracia fuerte y renovada.

Ingrid Brigit Verastegui Zuñiga

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La bicameralidad / 3. Desaciertos del proyecto / 4. Conclusiones.

1. Introducción

El motivo de esta mesa es determinar cuáles son los aciertos y desaciertos en torno al proyecto de ley de reforma constitucional que establece la Bicameral; en esta sede se defiende la postura de que este proyecto tiene más aciertos que desaciertos; no obstante, cabe indicar que amerita un amplio debate y ciertas reformas o cambios para que la bicameralidad se pueda aplicar.

Para que un Estado Constitucional de Derecho funcione y cumpla con sus diversos objetivos, dentro de un marco democrático, es necesario que se distribuya el poder y se separen las funciones; es así que nacen los tres poderes del Estado, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo.

Este último poder del Estado, en palabras del profesor Eduardo Espín Templado funciona “*como órgano de representación nacional cuya función principal es de expresar la voluntad mediante normas de carácter general*”¹⁶; es decir es un órgano representativo y legislador; por ende, será una institución política colegiada, pluralista, y además ejercerá el control político sobre el gobierno y la administración¹⁷.

En ese orden de ideas, al ser el parlamento un órgano pluralista de representación, es necesario que todos los grupos sociales de un Estado estén suficientemente representados; siendo así, en la historia de los Estados Democráticos ha nacido hasta tres formas de organización del parlamento atendiendo al número de cámaras que la componen, los parlamentos unicamerales, bicamerales, y tricamerales.

Constitución general de la República como a las entidades federativas en México» en Luna Pla, Issa; Puente, Khermvirg; Flores, Imer B. (coordinadores), Transparencia legislativa y Parlamento abierto, Serie Doctrina Jurídica, núm. 820 (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas 2. UNAM), pp. 75-128.

16 ESPÍN TEMPLADO, E., «Las funciones legislativas y financieras de las Cortes, en López Guerra, L. (coord), Derecho Constitucional, Vol. II (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), p. 101

17 NARANJO MESA, V., Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, (Bogotá: Themis, 1997), p. 264.

El Perú, de las trece constituciones que ha tenido, en nueve de ellas se han establecido parlamentos bicamerales, en tres de ellas los parlamentos unicamerales, y solo en una el parlamento tricameral.

2. La bicameralidad y sus aciertos

Ahora, sobre los parlamentos bicamerales, cabe señalar que esta forma de organización proviene de Inglaterra, donde, según lo refiere Karl Loewenstein, la bicameralidad fue pensada como un mecanismo intraorgánico de la distribución del Poder Legislativo¹⁸; esto quiere decir que el sistema de función del Parlamento en dos cámaras, se creó principalmente para que exista un control y distribución del poder entre los mismos legisladores; creándose así primera y segunda cámara, cámara alta, cámara baja, cámara de lores, cámara de comunes o cámara de senadores y cámara de diputados; tal como lo establece el proyecto de reforma constitucional que estamos analizando, en su artículo 90°.

Asimismo, cabe señalar que este orden interno del parlamento en dos cámaras se debe de conformar de tal manera de que la minoría quede protegida frente al dominio de cualquier mayoría; es decir, el poder debe estar distribuido convenientemente entre la mayoría y la minoría¹⁹. ¿Pero ¿quiénes serían la mayoría y la minoría dentro del parlamento? El artículo 90 de la ley de reforma establece que el Poder Legislativo estaría conformado por 60 senadores, y 130 diputados; es decir, la minoría estaría representada por los Senadores y la mayoría por los diputados, por lo que es necesario que se ejerza un control entre ambas cámaras; en ese sentido, se configura como un acierto el hecho de que el proyecto de reforma mediante sus artículo 94°, 95° y 96°, da la misma potestad tanto a los senadores como a los diputados para elaborar y aprobar su propio reglamento, establecer su organización, aplicar sanciones y pedir informes a diferentes entidades estatales.

Respecto a la representatividad, el proyecto de reforma nos establece también que el número de diputados podría ser incrementado en relación con el incremento poblacional; ahora en relación al número de la población cabe recordar que actualmente somos un promedio de 32,625,948 peruanos; es decir, que actualmente por cada 250,969 peruanos hay un Congresista, evidenciándose la crisis de representatividad que tenemos dentro del Poder Legislativo. Añádase también que el Perú es un país pluricultural, lleno de grupos sociales con diferencias marcadas que requieren la atención de diversas necesidades, considerándose así un acierto para la bicameralidad, puesto que refuerza el rol de representativo que debe tener un parlamento.

18 LOEWENSTEIN, K., Teoría de la Constitución. (Barcelona: Editorial Ariel, 1979), p. 242

19 *Ibidem.* p. 242

Ahora, otorgar las potestades mencionadas a ambas cámaras, da la apariencia de que ambas cámaras son iguales, y desempeñan las mismas funciones, ya que también la progresiva democratización del Estado ha hecho de que ambas cámaras sean elegidas con la misma o parecida base electoral. Para evitar esta duplicidad mecánica de la voluntad electora, nos dice Loewenstein, se debe crear un amplio repertorio de dispositivos, para diferenciar ambas cámaras²⁰. En este punto es importante traer a colación el principio de la distribución del poder dentro del legislativo; estableciéndose diferentes funciones de control intraorgánico²¹; así, el Proyecto de Reforma en su artículo 90°, ha establecido como requisito especial para postular como Senador, contar como mínimo con cinco años de experiencia profesional en el sector público o privado, o haber ejercido un cargo de elección popular. Esto va a diferenciar a los Senadores y a los Diputados, puesto que lo que se requiere con dicha reforma es que el Senado sea una cámara conformada por personas probas con experiencia ejerciendo un cargo público; siendo así conformarán un filtro adicional en el que se analizarían con más profundidad los proyectos de ley, obteniéndose así leyes de calidad.

Del mismo modo, el proyecto de reforma en su artículo 99° le otorga a los Diputados la potestad de realizar el Antejudio a los representantes de los órganos Constitucionales como son el Presidente de la República, los miembros del Tribunal Constitucional, entre otros; dicho antejudio se realizaría ante el Senado, quienes tendrán la potestad de destituir o no a los funcionarios; como se puede observar, dicha fórmula otorga el poder a personas más capacitadas para ejercer el cargo, aunque claro va a depender del electorado elegir a personas idóneas para este cargo.

Por último, es necesario entender que si bien se pretende reformar hasta 53 artículos de la Constitución para establecer la Bicameralidad; ello se debe a que el trabajo del órgano legislativo incide en varias cuestiones importantes en nuestra organización como Estado, ya que entre varias de sus funciones están la de aprobar tratados (artículo 56° del Proyecto de Reforma), estudiar y dictaminar sobre el régimen presupuestal (artículo 78° del proyecto de reforma); entre otros; siendo así, es evidente que si se está reformando la organización del Parlamento, será necesario también reformar las actividades constitucionales que tienen a cargo.

3. Desaciertos del proyecto

Por otro lado, en cuanto a sus desaciertos, cabe mencionar los más conocidos, como es el hecho de que establecer la bicameralidad va implicar un mayor gasto de recursos, y del mismo modo, tomará más tiempo que se

20 *Ibidem.* p. 246

21 *Ibidem.* p. 243

emita una ley, puesto que necesariamente va tener que ser debatida por cada cámara; estos desaciertos, desde mi punto de vista pueden ser justificados, con el hecho de que existirá mayor posibilidad de emitir leyes de calidad, y además el Legislativo cumplirá uno de sus principales objetivos que es el de representatividad.

No obstante ello, lo que sí representa un desacierto muy grave es que se establezca la reelección inmediata de los senadores y diputados (octavo párrafo artículo 90° del Proyecto de Reforma); ya que en primer lugar esto permite que los legisladores puedan continuar en el cargo hasta por diez años, lo cual no es una medida aceptada por la población; del mismo modo, establecer que solo está permitido la reelección por un periodo adicional, no atenúa este problema, ya los parlamentarios que ocupan una cámara hasta por dos periodos, pueden hacer lo mismo en un tercer periodo, pero en otra cámara. En esa línea, es importante recordar que, en el Referendum del 2018, la población voto por el NO a la Bicameralidad, ello porque el Proyecto de Ley N° 3185-2018-PE, fue desnaturalizado estableciendo la reelección de los Congresista; en conclusión, la reelección de Congresistas, no es una medida legítima que apruebe la población, lo cual en el futuro puede desencadenar una crisis política.

4. Conclusiones

Así a manera de conclusión, podemos afirmar que, si bien pueden existir opciones y formas de organización del Parlamento, estas jamás cumplirán sus verdaderos objetivos si el electorado no elige a personas que puedan ejercer el cargo de manera profesional y poniendo por encima de todo los intereses de la población.

Diego Álvaro Díaz Morales

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aciertos del proyecto / 3. Desaciertos y cuestionamientos.

1. Introducción

La bicameralidad es una forma de organizar del Congreso, en el cual existen dos cámaras (una Cámara de Diputados y una Cámara de senadores), existiendo otras dos formas: la primera la unicameral que viene a ser el modelo actual de nuestra Constitución, también existe un modelo de tres cámaras como la Constitución de 1826. El Estado históricamente (el Perú) ha tenido 9 asambleas constituyentes donde se ha establecido la bicameralidad; por ejemplo, la última Constitución de 1979 contemplaba dos cá-

maras: una Cámara de Diputados representada 180 de diputados y una Cámara de Senadores con un número de 60.

2. Aciertos del proyecto

La Constitución de 1979 nos establece unos requisitos similares al proyecto de reforma actual, estableciendo que para ser senador se debe tener cinco años de experiencia en el sector público o haber sido elegido en un cargo por voto popular. Este requisito es un acierto va a permitir que los políticos o quienes pretendan llegar al Senado tengan una cierta experiencia en la administración pública, lo que les va a permitir conocer cómo se realiza la actividad administrativa o cómo se proyectan, se realizan las diversas funciones como ellas la investigación y otras funciones que tiene el Congreso; a diferencia de lo que pasaba en la Constitución de 1979 donde no existe este requisito, donde para ser senador solo se necesitaba tener 35 años; y en cuanto a los diputados se establecía que sean mayores de 25 años, algo que coincide con la Constitución de 1979; siendo básicamente una forma de establecer un límite de edad.

Otro acierto del proyecto de reforma viene a ser su artículo 99°, el cual establece que la Cámara de Diputados viene a ser la que realiza acuerdos y acusa ante el Senado a las diferentes autoridades, por lo tanto la Cámara de Diputados realiza una función de acusación ante la Cámara de Senadores, haciendo una diferenciación de funciones, ya que los diputados serían quienes acusen a los ministros de Estado, a los magistrados del Tribunal Constitucional y así también a los miembros de la Junta nacional de Justicia; incluyendo a otros también a otras entidades, como por ejemplo: los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, otorgándoles la posibilidad de que estos se les pueda quitar su protección constitucional mediante juicio político.

En línea de los aciertos se presenta la diferenciación de funciones de las cámaras, según lo establecido en el artículo 102, la cual determina que son atribuciones del Senado: elegir al Defensor del Pueblo, elegir al Contralor de la República, elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, así como de tres directores del Banco Central; haciendo de esta Cámara, una más especializada al tener experiencia de 5 años en la administración pública, lo que les permite un mayor criterio y conocimiento. Así también, para la Cámara de Diputados se establece que van a ser quienes darán leyes o resoluciones legislativas. Siendo así, se tiene que la Cámara de Senadores es una cámara revisora que permitirá una mejor creación de normas; ya que se va a pasar por la Cámara de Diputados el proyecto, y ya aprobado, se pasa a la Cámara de Senadores donde será revisado y nuevamente votado.

Otro punto rescatable viene a ser la especialización estableciendo en el proyecto; que la Cámara de Diputados va a ser quien tramitara las censuras, lo que va a permitir que esta cámara se especialice en controlar o hacer un contrapeso a las funciones del Ejecutivo: lo que realiza el Consejo de ministros o los ministros estricto; permitiendo crear una Cámara baja que sea más política. Así también, los diputados van a ser quienes otorgar o rechazar la confianza tanto a las iniciativas ministeriales, y la creación comisiones investigadoras como actualmente lo realiza el Congreso. Por otro lado, la Cámara de Senadores va a ser una Cámara más especializada, una Cámara de revisión, una Cámara que nombrará o designará a altos funcionarios como los miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor de Pueblo, entre otros.

3. Desaciertos y cuestionamientos

Es cierto también que tener dos cámaras no permitirá realizar un mejor producto normativo, sino quien determina ello son las circunstancias actuales, que son reflejo de la sociedad. Al tener una realidad políticas sin políticos con una determinada trayectoria o con una determinado grado de conocimiento o una línea política definida, los cuales para cada elección se agrupan determinado partidos políticos, sin necesariamente compartir los mismos ideales o compartir mismos objetivos o intereses como país sino que se unen por intereses privados; donde los grupos de poder tienen como finalidad, la de llegar al estado y tratar de favorecer sus intereses privados o de quienes les apoyaron en la campaña. Entonces básicamente se cuestiona que no necesariamente establecer dos cámaras te va a permitir una mejor creación de normas ya que el interés privado mayormente es el que prima nuestra realidad política y es quien va a determinar la creación de normativa, como que se evidencio en la última norma en materia de educación, la cual ha generado un retroceso.

Una modificación que resulta cuestionable es la cuestión de confianza que se presenta ante la Cámara de Diputados y una vez denegada, le permite al presidente disolver tan solo la Cámara de Diputados hasta un año antes de culminar su mandato y siempre que se le haya negado tres consejos de ministros, pero no permite disolver la Cámara de Senadores; ello puede ser cuestionado por la población, porque se estaría haciendo una diferenciación, pudiendo plantearse la interrogante ¿Cuál es el interés de los partidos políticos que postulan a sus candidatos para la Cámara de Senadores? Los senadores no van a ser disueltos a pesar de tener funciones fundamentales; siendo generadores de controversias como el hecho que llevo a la disolución del congreso del 2019, la cual se produjo a partir de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, y que ahora impe-

diría al presidente de la República realizar el control político mediante la disolución de la Cámara de Senadores, los cuales tendrán una seguridad, de que por más que realicen malos nombramientos o malos designaciones, van a estar protegidos.

El origen de la unicameralidad vigente y un proyecto de retorno a la bicameralidad hecho al margen de la crisis actual

German Gonzalo Quirhuayo Chumbe

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Sistemas previos al unicameralismo de 1993 / 2.1 El Congreso del periodo 80-85 y la Constitución de 1979 / 3. Las “razones” del dictador para establecer la unicameralidad / 3.1 ¿Un Congreso bicameral es más costoso? / 3.2 ¿Por qué querer legislar más rápido? / 4. La búsqueda de la bicameralidad en la actualidad / 4.1 El referéndum del 2018: El “no” a la bicameralidad fujimorista / 4.2 Cambios innecesarios ocultos en el proyecto que establece la bicameralidad / 4.3 El problema de la representatividad y la crisis de los partidos políticos / 5. Conclusiones.

1. Introducción

Estamos hablando de los aciertos y desaciertos en torno al proyecto de ley que establece la bicameralidad, un proyecto —o una intención— que no es nueva en nuestra historia. Desde 1993 se han manifestado múltiples intenciones, múltiples proyectos de ley para poder retornar a la bicameralidad; sin embargo, antes de hacer un análisis concreto de esta propuesta, me gustaría hacer mención de los sistemas que se han establecido dentro del Congreso, así como también tratar de entender cómo es que llegamos a un Congreso unicameral y porqué es que ahora se busca retornar a la bicameralidad.

2. Sistemas previos al unicameralismo de 1993

En nuestra historia constitucional, mediante las constituciones de 1823 1867 y 1993, hemos tenido congresos unicamerales, así como también bicamerales en las constituciones de 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1920, 1933 y 1979; y únicamente hemos tenido un congreso tricameral en el año 1826. Si nos enfocamos en la conformación del Congreso del período 80-85, notaremos un contexto muy distinto al actual. Para empezar, salíamos de la dictadura de las Fuerzas Armadas, Morales Bermúdez dejaba el poder y se entregaba el poder a la población nacional para poder constituir, en este caso, dos cámaras en el Congreso: la Cámara de Diputados y la

Cámara de Senadores. En aquel entonces, sumando ambas cámaras, contábamos con 240 representantes, una representación mayor a la que se tiene actualmente con 130 congresistas.

2.1 El Congreso del periodo 80-85 y la Constitución de 1979

Me gustaría mencionar los partidos que fueron partícipes de dicho Congreso. Se encontraban presentes Acción Popular, el APRA y el PPC principalmente. Acción Popular claramente con una mayoría de 98 representantes, el APRA con 58 y el PPC con 10. Si nos enfocamos en la ideología que en aquel entonces predominaba, pues es un contraste claro con la actual. Asimismo, hubieron muchos partidos con representación menor como los siguientes: Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos, Partido Revolucionario de los Trabajadores, Unidad Democrática Popular, entre otros.

Bajo la Constitución del 79, Constitución que concebía dicho Congreso, se establecía mediante el artículo 167 que toda circunscripción debía tener por lo menos un diputado, entonces la representación estaba prácticamente garantizada en aquel entonces. Hablando de la cámara de Senadores, que en este caso estaba constituida por 60 representantes, teníamos otra vez a Acción Popular liderando con 26 representantes, el APRA con 18 y el PPC con 6, claramente, si notamos que en aquel entonces el Ejecutivo también estaba dirigido por Acción Popular –debido a que teníamos un presidente del mismo partido– podría decirse que había mayor estabilidad, y es lo que tal vez pudimos notar en aquellos años. Asimismo, en el artículo 165 de aquella Constitución se menciona que el Senado es elegido por las regiones de conformidad con la ley. Claramente, si hacemos una comparación con la representación que hay actualmente, esta última es notoriamente menor que la que teníamos bajo la Constitución del 79. Entonces, en aquellos años había mucha más representación, pero, eso no es todo, obviamente tenemos que seguir analizando cómo es que llegamos a la unicameralidad.

3. Las “razones” del dictador para establecer la unicameralidad

En el año 1990 contábamos todavía la misma cantidad de representantes (240) en un contexto muy distinto al que tenemos actualmente, un contexto en el que surgen las figuras de los outsiders, un contexto en que los partidos políticos empiezan a debilitarse. Aún así teníamos un Congreso con dos cámaras, teníamos un Congreso con 240 representantes en los cuales había mayoría de oposición al gobierno al gobierno de turno que era el de Alberto Fujimori.

¿Entonces por qué pasar a la unicameralidad? ¿Por qué no quedarnos en la bicameralidad? Una de las razones por las cuales se dio este cambio, según el mismo ex dictador Alberto Fujimori, fue que el Congreso de 240 representantes era muy costoso y que este no lo dejaba trabajar y necesitaba cambios importantes para poder afrontar, por ejemplo, la crisis política que teníamos aquel entonces, además de la crisis económica generalizada. ¿Esto es cierto? ¿Puede aplicarse a la actualidad?

3.1 ¿Un Congreso bicameral es más costoso?

Podemos notar que en los últimos años el Congreso unicameral ha hecho mayor gasto que los congresos bicamerales. Además, el presupuesto del Congreso es regulado por el propio Congreso, es este mismo quien aprueba su presupuesto. Por lo tanto, el que haya mayor cantidad de representantes –o menor– no determina que el gasto para el Estado vaya a ser mucho mayor si finalmente es el propio Congreso quien aprobará su presupuesto. Por ejemplo, el doctor Natale Amprimo, menciona como una propuesta que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) pueda aprobar el presupuesto del Congreso y que este último deje de aprobarlo. Pero bueno, es una propuesta que obviamente habrá que debatir posteriormente.

3.2 ¿Por qué querer legislar más rápido?

Mucho se dice que la bicameralidad tendría la ventaja de elaborar mejores leyes, que éstas se hagan con mayor detenimiento, que el proceso sea más lento para así poder tener mejor calidad de éstas. Sin embargo, en aquel entonces –en el año 92, cuando se disuelve el Congreso por el autogolpe– lo que se buscó fue que a partir del año 93 se legisle lo más rápido posible, por lo cual, obviamente, en un contexto de total reforma del Estado, las leyes se hicieron de manera más rápida. Actualmente las leyes se elaboran con mayor prontitud y, por lo tanto, se dice que el sistema bicameral no sería favorable para los cambios que necesita la población de inmediato. Pero, si bien en la práctica podemos ver que hay leyes que se hacen muy rápido, de pronto el problema principalmente no es que se hagan más rápido, sino, quienes aprueban dichas leyes. ¿Quiénes son aquellos que van a tomar la decisión?

En aquel entonces, cuando se constituye el (mal llamado) Congreso Constituyente Democrático del período 93-95, claramente el Presidente que en aquel entonces había hecho previamente un golpe de Estado tenía mayoría en el Congreso con su partido Cambio 90 - Nueva Mayoría con 44 escaños. Entonces, todo lo que él quería hacer se hacía y no había manera de oponerse, era un poder total sobre el Ejecutivo y el Legislativo. Posteriormente, pasando a la actualidad, podemos notar que en el Congreso hay partidos

que en su formación no mencionan una ideología en común, al momento de votar sí tienen mucha coincidencia.

4. La búsqueda de la bicameralidad en la actualidad

Mencionaba previamente la conformación del Congreso del período 80-85 para poder hacer un contraste con el actual Congreso en el cual, por ejemplo, vemos que hay una mayoría por parte de Fuerza Popular, una representación importante de Perú libre; hay partidos como Avanza País, Renovación Popular; partidos nuevos como Podemos Perú, Somos Perú, Alianza Para el Progreso (APP) y, obviamente, también la presencia de Acción Popular. Pero hablar de una mayoría en el Congreso actual por parte del partido del Presidente es imposible, aunque sí hay sintonía entre determinados partidos políticos, los cuales están hoy de acuerdo en poder llevar a cabo el retorno a la bicameralidad. ¿Cuáles son los partidos que buscan esto?

Hace un mes aproximadamente, la Presidenta del Congreso, María del Carmen Alba Prieto, sustentó estos cambios que se pueden realizar –que posteriormente pasarán a pleno y que nosotros debemos estar atentos para poder aceptarlos o rechazarlos– que es justamente, por ejemplo, volver a la bicameralidad, algo que se intentó hace muchos años, siendo lo más próximo que tenemos el referéndum del año 2018.

4.1 El referéndum del 2018: El “no” a la bicameralidad fujimorista

En el referéndum del año 2018 se propuso retornar la bicameralidad, pero recordemos por qué no se aceptó esa propuesta del Ejecutivo. En aquel entonces la negativa se dio porque esta propuesta fue desnaturalizada.

Una de las cosas que quería el Congreso (en aquel entonces), por ejemplo, era regular la cuestión de confianza, además de que se deje de lado la paridad y alternancia en la elección de congresistas, así como también que se mantenga la reelección de parlamentarios. Esto fue claramente rechazado por la población debido a que, en aquel entonces el Congreso fujimorista, con una mayoría clarísima, quería poder reelegirse en una posterior –o posible– Cámara de Senadores. Obviamente la población, en el contexto en el que estuvimos, claramente ello y por eso es que votamos por el “sí, sí, sí y no”. Ahora se busca retornar a esto y hemos conseguido algunos avances como por ejemplo la paridad y alternancia, sí, pero también retrocesos, como lo son la regulación de la cuestión de confianza y la mayor regulación del referéndum en manos del Congreso.

Así también, en este caso, estamos viendo que lo que se buscaba en aquel entonces —y que fue rechazado por la población con un amplio margen de votación— ahora se quiere hacer otra vez, pero teniendo ya ciertos cambios innecesarios.

4.2 Cambios innecesarios ocultos en el proyecto que establece la bicameralidad

Bueno, hablando de esos cambios innecesarios —que vendrían a ser los desaciertos de esa propuesta elaborada por los partidos políticos que conforman en mayoría la Comisión de Constitución, la cual es presidida por la Dra. Patricia Juárez— están, por ejemplo, la mayor regulación de la cuestión de confianza y la reelección de congresistas, la cual claramente ya ha sido rechazada, entonces la población no va a creer ni caer en lo mismo.

Otro cambio que se quiere hacer —y que creo es de vital importancia— es lo que se menciona en cuanto a los últimos artículos de la Constitución (artículos que hablan sobre la reforma de la Constitución). Mucho se ha hablado de ir a una Asamblea Constituyente, de hacer una nueva Constitución, pero, si pasamos a tener dos cámaras en el Congreso, obviamente este proceso sería mucho más lento. Entonces, si la población actualmente demanda un cambio de Constitución o no, eso solo se va a saber mediante un referéndum; mientras no tengamos referéndum no podremos saberlo. Empero, para poder aprobar un referéndum en un congreso bicameral, obviamente tendremos que pasar por un proceso más lento. Por lo tanto, no es necesario, en mi opinión, tener un congreso bicameral.

4.3 El problema de la representatividad y la crisis de los partidos políticos

Actualmente tenemos 130 congresistas, anteriormente teníamos 240 y, mediante el proyecto que se está debatiendo y ha sido sustentado, pasaríamos a tener 190 representantes en el Parlamento. En este último caso, la Cámara de Senadores se elegiría por distrito único, siendo este un punto a partir del cual debemos hacer énfasis en la realidad política y en la realidad de los partidos políticos.

A día de hoy, si comparamos el presente con los años 80s y 90s, los partidos políticos claramente han ido debilitándose. En la actualidad una pequeña parte del electorado (apenas el 30%) pertenece a un partido político, por lo tanto, muchos partidos políticos se han ido perdiendo. Hay partidos que ya no pueden volver a participar en las elecciones congresales y presidenciales, hay partidos que están siendo investigados por supuestamente ser organizaciones criminales y, obviamente, hay una crisis total de éstos. Sin

embargo, como podemos notar, hay muchos intereses de por medio y el dinero es la base de éstos partidos políticos. Entonces, cuando hablemos de un distrito único, ¿Qué partidos van a tener mayores posibilidades de tener representantes en el Congreso? Obviamente aquellos partidos que tengan mayor poder económico, aquellos que tengan mayor financiamiento. Si vemos partidos en los cuales –por ejemplo– Odebrecht está involucrado, obviamente esos partidos van a tener mayores posibilidades de tener representantes, en este caso en el Senado.

Eso es un grave error que tenemos dentro de nuestra base política que obviamente un cambio a la bicameralidad en este momento no solucionaría. Mejor dicho, si bien es cierto que sería acertado tener una mayor representatividad (el tener 130 diputados y 60 senadores), teniendo en cuenta la crisis en la que nos encontramos actualmente, tanto de los partidos políticos como la crisis general, no sería esto lo más conveniente.

5. Conclusiones

Los partidos que buscan este cambio (el retorno a la bicameralidad) están en un contexto muy favorable. Vamos a ver, por ejemplo, la fragmentación del partido Perú libre, vamos a ver la inexistencia o poca participación de la izquierda en el Congreso –como Juntos por el Perú que tiene muy pocos escaños–, vamos a ver un crecimiento por parte de Fuerza Popular respecto del Congreso anterior (en el que solo tenían siete representantes), vamos a ver crecimiento de otros partidos políticos como APP. Vamos a ver partidos que aparecen y/o se transforman –como es el caso de Renovación Popular–, partidos que surgen de último momento como Avanza País que, claramente, si se realiza una nueva votación, van a estar presentes. Y, si se hace una elección para el Senado por distrito único, obviamente van a tener mayores posibilidades de estar presentes aquellos partidos políticos que obviamente representan intereses particulares. Entonces, ¿lo adecuado para nosotros, para tener una mayor –y mejor– representación es tener en este momento un Congreso bicameral? Pensamos que no.

Finalmente, como seguramente afirmarían múltiples constitucionalistas, el cambio hacia un Congreso bicameral en estos momentos no solucionaría el problema, por lo tanto, el problema está en cómo votamos. Es así que, en base a lo que he expuesto, mi idea central es estar en contra de la propuesta del Congreso de la República de retornar a la bicameralidad.

II

Réplicas

Juan de Dios Atarama Macha

Lo que funciona no debe cambiarse; lo que resulta defectuoso, sí. Si bien es cierto que el proyecto de ley que establece el retorno a la bicameralidad aumenta la representatividad de la población, no es una hazaña que no se pueda lograr con un modelo unicameral.

El objetivo de la crítica a la bicameralidad se centra en el aumento de los roces entre Ejecutivo y Legislativo, recordando que los regímenes presidencialistas son los más proclives a las crisis no solo de gobierno, sino también de régimen.

Regresando a la representatividad, esta puede ser solucionada, sea aumentando la cantidad de congresistas y redistribuir este excedente en favor de las regiones. Es más, es posible plantear sea un número de curules especiales, con un distrito electoral especial e independiente, para las poblaciones vulnerables como los quechuablantes, el campesinado, entre otros sectores.

Una reforma de tal envergadura debería ser más reflexionada, dadas las fallas, los estatus personales de quienes las propusieron (entre ellos, varios profesionales del derecho y mayores de 35 años) ¿es aún posible colegir que la Cámara de senadores será eficiente?

Por otro lado, la experiencia en la carrera política —contemplada como requisito para senador— no asegura una buena legislatura. En el hipotético caso que un funcionario que ejerció su cargo con ineficiencia, le estaría permitido ocupar el puesto de senador. Tanto los grados académicos como la experiencia profesional pública o privada no son indicadores confiables para determinar la idoneidad ciegamente de un candidato.

Ingrid Brighit Verastegui Zuñiga

Bien, para poder continuar con la línea que estaba estableciendo nuestro colega Juan de Dios, cabe recordar ciertas cuestiones que se han planteado dentro de la Constitución en un sentido más subjetivo. Recordemos que la Constitución es nuestra norma fundamental, la cual no puede ser reformada de manera ligera como actualmente se está realizando. Si bien estoy a favor de que se pueda dar -tal vez en el futuro- la bicameralidad, porque desde mi punto de vista sería una fórmula que de alguna u otra manera

traería o controlaría lo que actualmente estamos viviendo. Pienso que el hecho de establecer esta bicameralidad también nos ayudaría a no tener o a ponerle un freno a aquellos congresistas, a aquellos parlamentarios, al Poder Legislativo en sí, a utilizar a la Constitución como una Constitución flexible y cambiarla constantemente, ya que el establecer dos cámaras y establecer un filtro más -entre comillas- profesional, como sería el caso del Senado, va a garantizar que se discuta y se establezcan ciertos temas que son trascendentales en nuestro país.

Hay muchas cosas que se están cambiando de forma muy rápida, como es, por ejemplo, establecer el tema de las cuestiones de género dentro de nuestro Estado y la currícula de los colegios del nivel primario y secundario. Entonces, éstos cambios se están dando de forma radical y de la noche a la mañana, sin que la población se dé cuenta, porque exactamente tenemos solo una cámara que, de alguna u otra manera, bajo intereses propios y juntándose y haciendo ciertas coaliciones entre partidos políticos, están cambiando. Por ello, el tener una segunda cámara de alguna u otra manera va a garantizar el hecho de que este debate continúe, se vea como el que en este momento estamos teniendo y se puedan presentar mayores argumentos para establecer o para tener un criterio respecto a algún tema.

Asimismo, cabe mencionar que, evidentemente, cualquier fórmula que se presente siempre va a ser con el objetivo de mejorar el ejercicio del Poder Legislativo y que se garanticen, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, nuestros derechos fundamentales, entre otros objetivos que tiene el Estado. Evidentemente, cualquier fórmula va a apuntar a eso, pero, tenemos que tener en cuenta también que cualquier fórmula va a ser manillada si continuamos con la despreocupación que tiene la población en el ámbito político. Es decir, si se continúa con que la población no tome en cuenta estos temas y si es que no se forman cuadros idóneos para que puedan gestar estos cambios. Si no se toma conciencia en general de lo que está sucediendo, cualquier fórmula va a fallar; no importa si va a ser una fórmula de un sistema unicameral o bicameral, cualquier fórmula va a fallar, cualquier fórmula no se va a ejecutar como debe ser. Entonces, lo que se quiere en realidad -o lo que desde mi punto de vista defiende- es que, si bien actualmente se está estableciendo este proyecto, tiene obviamente desaciertos -siendo uno muy grande la reelección- pero (de alguna u otra manera) buscar alguna otra solución o quedarnos de manos cruzadas con la que tenemos ahora no sería la solución en sí.

Entonces, básicamente, si bien existen otros mecanismos mediante los cuales se pueden dar mayor representatividad para las poblaciones olvidadas, tengamos en cuenta que, si bien podrían haber más congresistas, el pro-

blema continuaría. Por ejemplo, que se aumente el gasto público en los legisladores o que continúe el mismo sistema de poder cambiar de la noche a la mañana muchos temas de importancia, porque si bien estarían ingresando nuevos representantes -o más congresistas-, éstos también tendrían que ser de alguna u otra manera por la cuota política que se maneja en los reglamentos para que puedan ingresar y puedan ser también de aquellos partidos mayoritarios del Congreso. Entonces, como vuelvo a mencionar, cualquier fórmula puede fallar si no se tiene la conciencia de elegir bien a nuestras autoridades.

Diego Álvaro Díaz Morales

La bicameralidad es un proyecto que permite tener una mejor estructura constitucional a nivel de pesos y contrapesos que permita tener una mejor creación normativa; por lo que analizarlo desde un puro enfoque normativo resulta erróneo, es necesario incluir en el análisis el componente político. Si bien otorga una mayor organicidad, la base política puede traer abajo sus beneficios, tal como la honestidad de las carreras políticas de los miembros.

Si bien una Cámara de Senadores no asegurará la experiencia, sí permitirá un mayor control de las nomas. Actualmente la creación normativa es demasiado rápida, dada la falta de una discusión respecto al contenido de la ley; la bicameralidad solucionará ello a través del traslado de los proyectos de ley entre ambas cámaras, lo que permitirá depurar aquellas que no resistan el escrutinio.

Sobre la representatividad, actualmente se cuenta con 130 congresistas, y lo que se plantea con la bicameralidad es favorecer la representatividad al tener 60 senadores —con notable experiencia—. Sin embargo, si sopeamos el análisis jurídico con el político, se llega a la conclusión que una reforma de este tipo no asegura la mejora de la situación legislativa, ello en cuanto no exista un verdadero cambio a nivel político y social, para determinar a quién elegir. Si no existe una adecuada organización política, una construcción política involucrada con la sociedad, el cambio debe ser social y no tanto constitucional para que el modelo funcione. En caso de no suceder, la bicameralidad será una reforma innecesaria.

German Gonzalo Quirhuayo Chumbe

Bueno, continuando con la línea argumentada por los demás compañeros, claramente pienso que tenemos algo en común en nuestras reflexiones, y

es que la realidad política del país va a obstruir siempre cualquiera de éstos cambios propuestos. Entonces, cuando se busca algún cambio en la forma de Congreso para bien, no va a funcionar si seguimos con la misma crisis política que tenemos actualmente, cuando vemos a los partidos mucho más fragmentados, cuando la participación ciudadana es cada vez más desinteresada o menor. Entonces siempre es importante mencionar, en este caso, a la política, siempre es importante conocer en dónde nos encontramos y qué es lo que hemos estado haciendo por nuestra educación para en el futuro saber si es que va a ser posible algún cambio o no. El sistema bicameral, al igual que el unicameral, puede funcionar, pero, si no votamos bien, claramente va a fracasar.

Respecto al problema de la representatividad, quisiera hacer una comparación, por ejemplo, del porcentaje de representación que había en 1990 y en que hubo hasta el año 2020. En el año 1990 teníamos más 21 millones de habitantes aproximadamente y 240 representantes en el Congreso electo en aquel entonces. Años después, hasta el año 2020, nuestra población nacional era de aproximadamente 32 millones y con 130 congresistas. La representación claramente ha disminuido, es menor.

Asimismo, debemos entender -y me gustaría tratar de explicar- porqué se dio otra vez el cambio a la unicameralidad. Obviamente fue en un contexto muy distinto, en el que se necesitaban cambios rápidos. Diríamos que, actualmente, en un contexto de pandemia -o de post pandemia-, también requerimos de soluciones rápidas. Sí, pero, por ejemplo, mucha de la atención se enfoca en problemas que no necesariamente son los relacionados a salud pública. Estamos hablando de problemas que son ajenos a la realidad.

Por ejemplo, también me gustaría mencionar que se habla mucho sobre las leyes declarativas, y hay que entender que deben tener su lugar, pero, hay que entender también que hay problemas a los cuales se deben dar mayor importancia de inmediato y hacer leyes que en verdad vayan a concretar un cambio en nuestra población en nuestros próximos años. No estar pensando en atropellar derechos de personas que por ser seres humanos tienen derechos y que deben ser reconocidos; no estar pensando en leyes que van a favorecer a determinados partidos políticos que puedan tener claramente mayores ingresos o mayores posibilidades de presentarse en las siguientes elecciones.

Por otra parte, volviendo al tema del gasto del Congreso, me gustaría hacer una reflexión acerca de esto. Claro, un Congreso bicameral podría tener mayor gasto como también menor gasto dependiendo de cómo se apruebe el presupuesto del propio Congreso. ¿Pero por qué nos preocupa tanto este gasto y no prestamos la necesaria atención, por ejemplo, a las

pérdidas que sufre el Estado año tras año en corrupción? Por ejemplo, la deuda que tiene Vladimiro Montesinos con el Estado. Entonces todas estas deudas tranquilamente podrían pagar un Congreso bicameral, pero, me gustaría dejar esto (la bicameralidad) como un proyecto a futuro.

El Congreso bicameral en la actualidad no es completamente necesario, es un proyecto que debemos, como ciudadanos, cada uno hacer funcionar en el futuro. ¿Tendríamos que tener mayor representatividad? Sí, necesitamos mayor representatividad, ¿Cómo no? Hay poblaciones que están siendo claramente maltratadas año tras año, las cuales no tienen voz y, sin embargo, en lugar de darles mayor representación se la quitamos constantemente.

Posiblemente hacemos que las cosas se mantengan como están porque somos un país completamente centralista y en el que las elecciones se ganan en Lima por representar la tercera parte del país y siempre se van a querer ganar así, lo cual es algo que tenemos que cambiar. Entonces, pienso que, como reflexión final, cada uno tiene que pensar que si bien el cambio no es actualmente hacia una cámara o hacia un Congreso bicameral, hay muchas otras cosas por hacer y, en ese sentido, también me gustaría reforzar el referéndum. Creo que la consulta a la población siempre debe ser necesaria y, si se va a hacer algún cambio con un congreso que tiene cerca del 90% de esa aprobación, pues previamente hay que consultar a la población si es que lo quiere o no, porque este congreso no es el más adecuado para decidir si es que se tiene que volver a la bicameralidad o no.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida a Ingrid Bright Verastegui Zuñiga: Si se considera que la bicameralidad permitirá dar mejor estructura, funcionamiento y representatividad al P. Legislativo, ¿Por qué cree que en el referéndum del año 2018 más del 80% de los peruanos rechazaron el retorno a la bicameralidad?

En la réplica se refirió que, si bien la bicameralidad sería una fórmula idónea para que se pueda llevar a cabo de una mejor forma la representación en el Parlamento, cualquier sistema que se establezca va a fallar siempre y cuando no elijamos bien a nuestras autoridades. En segundo lugar, sí se puede aplicar la bicameralidad, pero con excepciones, no en este momento.

Respondiendo a la pregunta sobre el proyecto del 2018, recordemos que

en dicho proyecto, en un primer momento, el Presidente de la República quería hacer dicha reforma con ciertas características. Una de ellas era que, conjugando con otra de sus reformas —que era la no reelección de los congresistas— en la bicameralidad también se estaba planteando esto, ¿qué sucedió? Este proyecto de reforma se llevó al Congreso para su debate, en donde —tal como mencionó también el colega German— se desnaturalizó ¿Cómo es que se desnaturalizó? Se estableció la reelección de congresistas dentro de un sistema bicameral. Es decir, a pesar de que en un principio el Presidente dijo querer reformularlo, lo llevó al Congreso, el cual lo cambió a su conveniencia y estableció la reelección de congresistas, lo cual era contrario a lo que a lo que ya se había planteado dentro de las cuatro reformas que se estaban proponiendo.

Es en ese sentido que el mismo Presidente de la República explicó el tema y exhortó a la población que marque “sí, sí, sí y no” ¿Por qué? Porque el Congreso estaba, de alguna u otra manera, yendo contra lo que ya se estaba estableciendo. Por ello en el año 2018 se votó por el “no” la bicameralidad, y esto la población lo hizo no porque examinaron en sí la estructura, sino porque se estaba añadiendo —de forma escondida— la reelección de congresistas. Es decir, la población lo que no quiere es que se reelijan los congresistas; en ese momento no se estableció directamente el “no” a la realidad, sino, el “no” a la reelección de congresistas.

Pregunta dirigida a Juan de Dios Atarama Macha: Hoy en día nos rige solo una cámara en el Congreso. Sin embargo, existe disgusto entre los peruanos respecto a su representación política ¿Qué plantearía para que el sistema unicameral continúe y el disgusto se neutralice?

El problema es el exceso de confianza hacia las leyes como la panacea o solución a todos los problemas de la sociedad —en este caso el disgusto respecto a la calidad de nuestros representantes—; es necesario dar paso a la autonomía privada. Determinada la causa del malestar —la oferta política—, se deben fortalecer las instituciones políticas cuya contemporánea degradación se arrastra desde el fujimorato y aún la palestra nacional no ha podido recuperarse.

La solución de la problemática en torno a la calidad personal de quienes ingresan a la carrera política no se determina por las normas que vulneran el derecho a la participación ciudadana en la vida política, como los requisitos para ser senador.

El verdadero remedio proviene de una reforma educativa en materia cívica que incide en el tejido social directamente, sea en los estudiantes o en sus padres, en pos de que la ciudadanía sea consciente de las prerrogativas y derechos que gozan frente al accionar político.

Pregunta dirigida a Diego Álvaro Díaz Morales: ¿Resulta económicamente viable la propuesta de la bicameralidad?

Es posible que aumente el gasto público, dado el aumento de congresistas la asignación de un sueldo especial dependiendo de la cámara a la cual pertenezca el representante —sea diputado o senador—. Puede que aumente, o puede que no; cuando se realizó el cambio de estructura parlamentaria de la Constitución de 1979 al 1993, el gasto del Congreso en vez de disminuir, dada la instalación de un parlamento unicameral, aumentó. Todo depende de lo que determine el Congreso en su presupuesto anual y no tanto de la cantidad de congresistas que, a priori, puede señalarse como causal de aumento de gasto; no obstante, cabe la posibilidad de reducir incluso el sueldo, o de una mejor asignación de los recursos, ciertamente ambas posibilidades no implicarán el aumento del gasto en el tránsito a la bicameralidad.

Pregunta dirigida a German Quirhuayo: ¿La valla profesional para acceder a la Cámara de Diputados no generaría una mayor confianza en la población? O, ¿se necesita otro tipo de reformas?

Bueno, en lugar de establecer esa valla y limitar la capacidad de una persona de poder acceder a un cargo de representación, tal vez podríamos aumentar el filtro en cuanto a lo que no debe tener un congresista o aquello que debe cumplir, por ejemplo: No tener sentencias o no haber sido cuestionado en determinadas materias. Hemos visto —y podemos ver— congresistas que, por ejemplo, han plagiado tesis o que han comprado sus títulos. Pero, más que ello, debemos empezar desde los partidos políticos, porque es ahí donde se eligen las listas. Empero si las listas, en vez de conformarse por votación van a elaborarse por favores o por la cantidad de dinero que alguien pague para poder tomar determinado número, obviamente siempre vamos a tener el problema cuando nos toque votar porque vamos a tener que escoger o votar por alguno de los que están.

Claro, uno podría decir “pero simplemente votemos nulo o votemos viciado y listo, que se haga otra lista”, pero, desgraciadamente, el problema no se resuelve porque tenemos que volver a votar y los partidos políticos siempre van a hacer las listas como deseen. Si no tenemos instituciones lo suficientemente fuertes para poder fiscalizar adecuadamente a éstos partidos

políticos que reciben muchos ingresos que no están bien regulados, obviamente el problema en la confianza que demos o no demos a determinados congresistas es algo muy posterior a donde tendríamos que empezar. Entonces el problema está en los partidos políticos.

Aproximadamente solo el 30% del electorado participa activamente en un partido político y vota por las listas que van a participar hacia el Congreso o hacia los gobiernos municipales y regionales. Por el contrario, se ve que determinados partidos tienen cantidades de dinero invertidas en campañas estratosféricas, pero de pronto uno dice ¿Y dónde está esa base de la que pueden recaudar ese dinero? Pues, se ven nombres que ni existen, de personas fallecidas o de personas cuyos ingresos no llegan a ser siquiera el mínimo vital, pero que están aportando miles de miles de soles. Incluso vemos bancos auspiciando campañas electorales de determinados partidos políticos. Entonces creo que el problema está ahí y en que nosotros como ciudadanos debemos prestar mayor atención a ello y también sentirnos identificados con algún partido político.

Actualmente no nos sentimos identificados con los partidos políticos, no compartimos ideología. Bueno, en los últimos años se ha tratado de hacer mucho más apolítica a la población nacional, entonces, lo que tenemos que hacer propiamente -porque no siempre el Estado va a estar para solucionar esos problemas, pero sí debería- es tratar de informarnos, tratar de ver las noticias constantemente, tratar de entrar, por ejemplo, al sitio web del Congreso y ver qué proyectos están en debate. Ver un rato del canal del Congreso y observar el pleno y escuchar, por ejemplo, las propuestas de los congresistas por los cuales hemos votado para que representen nuestros intereses como población nacional, no los intereses particulares, no los de una empresa en específico, no los de una transnacional. Entonces hay que empezar desde ahí, desde los partidos políticos para poder solucionar este problema.

II. CIENCIAS PENALES

a) Ponencias

La reforma procesal penal: algunas reflexiones sobre el proceso de su implementación a 15 años de su vigencia*

Dalmiro Huachaca Sánchez**
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Generalidades del proceso de implementación del Código Procesal Penal / 3. Problematización respecto al nuevo código / 3.1. Nuevo estatus (sujeto del proceso) / 4. Sobre el nuevo proceso penal / 5. Importancia de la defensa pública en los procesos penales / 5.1. Los defensores públicos, limitaciones y problemas / 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo se compone de algunas reflexiones en torno a la Reforma Procesal Penal, y sobre todo, sus consecuencias, tanto como avances, como el surgimiento de nuevos problemas o limitaciones.

En nuestro país —lastimosamente— la sociedad siente que ostenta el derecho de condenar, cuando no tiene ni la facultad ni el conocimiento necesario para hacerlo. Es imperante ponernos a analizar la importancia de entender que el imputado posee derechos y garantías como todos, y que debe —y puede— hacer uso de las mismas para desestimar cualquier tipo de acusación que se haga en su contra.

Por ello, la tratativa se centrará en estos dos problemas centrales y su relación con la Reforma Procesal Penal.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogado con maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Egresado con distinción máxima del Diplomado latinoamericano sobre Reforma Procesal Penal por la Universidad Diego Portales y el Centro de Estudio de Justicia de las Américas, ambas instituciones en Santiago de Chile. En 2020 fue incluido como colaborador de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral de San Diego. En 2016 fue reconocido por la Ministra de Justicia y Derechos Humanos como uno de los mejores defensores públicos del país. Socio Principal de Huachaca, Parra, Samaniego & Asociados.

2. Generalidades del proceso de implementación del Código Procesal Penal

El proceso de implementación se inició en Huara el 01 de julio de 2006 y finalizó el 15 de junio de 2021 en Lima. El Código Procesal Penal está actualmente vigente, y a lo largo de los años ha presentado aciertos y desaciertos; experiencia que conlleva un gran aprendizaje. A lo largo del proceso, la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal y las unidades de equipos técnicos del Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional, conscientes de la complejidad del proceso de implementación, han realizado enormes esfuerzos para adecuar las instituciones al nuevo modelo procesal penal y a sus exigencias; promoviendo el fortalecimiento de las capacidades de los operadores, cuyos resultados fueron favorables.

Es por ello que, revisando el Tercer Informe Estadístico Nacional 2006 – 2015, sobre la reforma procesal penal del Ministerio de Justicia y derechos Humanos, se pueden advertir resultados benéficos dentro de la administración de justicia penal en nuestro país, posicionando a la Reforma Procesal Penal como la mejor política pública de los últimos años; puesto que ha logrado atender un mayor porcentaje de denuncias presentadas por los ciudadanos: se recibieron 1 526 012 casos y se resolvieron bajo diferentes formas de atención 1 154 916 procesos, cifra que representa el 75.63% del total de casos ingresados. Además, nótese una reducción del número de internados procesados respecto al computado bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940.

3. Problematicación respecto al nuevo Código

A pesar de años de implementación y de resultados favorables, se divisa todavía una gran cantidad de problemas que han sido atendidos por el Estado oportunamente, algunos se encuentran en dicho proceso, otros son pedidos inatendibles.

La problemática más grande a la que se enfrenta el Estado es la humanización del proceso penal, ya que para la doctrina y la comunidad jurídica quedan claro los límites y requisitos adoptados en nuestra jurisprudencia; mientras que para la sociedad es difícil aceptar y comprender que los posibles culpables de delitos graves queden absueltos, que esos mismos individuos tengan derechos como cualquier otro, y que posean la facultad a ser llamados inocentes hasta que se pruebe lo contrario.

Básicamente lo que la sociedad jamás ha podido internalizar son las garantías constitucionales, el derecho de defensa, el derecho a un juicio justo

dentro de los cauces del debido proceso, entre otros; debido a que consideran que estos individuos deben ser condenados no sólo judicialmente sino socialmente: que sean apartados y retirados de la sociedad, porque no encuentran justo que aquel que ellos consideran un delincuente esté libre, e inclusive incitan a su desaparición o eliminación.

En ese sentido nuestro sistema de justicia penal responde a favor de los primeros parámetros, es decir, de los derechos fundamentales, del respeto a las garantías procesales, de la salvaguarda de los Derechos Humanos, y de todo lo estipulado en nuestras leyes. Por ello era imprescindible la creación de un nuevo Código Procesal Penal, valiéndose de la necesidad del país de adecuarse tanto a nuestra ley máxima como a los tratados internacionales para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; lo que implica reconocer un nuevo estatus a la víctima y al imputado.

Cafferata Nores, Montero, Vélez, Ferrer, Novillo, Balcarce, Frascaroli, & Arocena, señalan que Dichas garantías procuran asegurar que ninguna persona sea sometida por el Estado o por los tribunales a un procedimiento o pena arbitraria, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Ello en virtud de la posibilidad de que el Estado no pueda probar fehacientemente la participación (tanto de la víctima como del imputado) en un hecho definido como delito, o porque existe la posibilidad de que no se hayan respetado los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobar y aplicar la sanción debida.

3.1. Nuevo estatus (sujeto del proceso)

En este nuevo contexto, al ciudadano que sufre persecución penal se le reconoce un nuevo estatus en el proceso penal como sujeto, y no como objeto del proceso; ello ocasiona que el Estado le garantice un listado de derechos y garantías mínimas en pro de su defensa efectiva ante la persecución penal. Siguiendo esta línea, el ente persecutor debe respetar esos parámetros y garantías controladas por un juez de investigación preparatoria.

La consecuencia jurídica inmediata en caso no se respeten los parámetros establecidos por la norma procesal, la Constitución y los Derechos Humanos, es la invalidez del proceso.

4. Sobre el nuevo proceso penal

La transformación del proceso penal se justifica en la necesidad de reemplazar al modelo que no encaja con el Estado democrático, y cuyas características distintivas son su lentitud, su escrituralidad y secretismo, respondiendo al imperativo de adecuar nuestra legislación procesal penal a la

Constitución y a los estándares mínimos de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El nuevo proceso penal ofrece un escenario de persecución del delito distante del modelo inquisitivo, en cuanto abreva de la constitucionalización del proceso penal, evitando todo tipo de arbitrariedad en materia procesal. Es menester apostar por un proceso que otorgue derechos y garantías para quienes infringen la norma, que sancione a quien se le pruebe en un juicio justo su culpabilidad, y que libere a quien injustamente fuese imputado o procesado.

Debe quedar en el olvido la frase que ha estado presente dentro de nuestra doctrina por largo tiempo: “Es preferible liberar a un criminal que encarcelar a un inocente”, en favor de un nuevo ideal: “Es preferible liberar al injustamente acusado, y encarcelar a quien se le demuestre su responsabilidad”.

5. Importancia de la defensa pública en los procesos penales

Es de suma importancia que el operador jurídico comprenda que con la reforma al Código Procesal Penal se ha logrado un enorme cambio en el servicio de defensa pública. Una muestra de ello es que anteriormente el Código de Procedimientos Penales denominaba al actual defensor público como un abogado de oficio, nomenclatura que se condecía con el modelo inquisitivo anterior, sin embargo, nuestra realidad —ahora— es otra.

El Código Procesal Penal trae consigo la Ley N.º 29360, la cual hace referencia al Servicio Nacional de Defensa Pública, cambiando de una vez por todas el agregado de oficio por público, ciñéndose más a esta nueva normatividad.

Los defensores públicos ejercen un rol muy importante en el nuevo modelo procesal penal; al ser una garantía que legitima el proceso penal, ésta se debe asegurar para todas las personas involucradas en el proceso penal. Ferrajoli señala que la intervención del defensor público se instituye como un garante para que las condiciones materiales *no se traduzcan en una desigualdad a las libertades fundamentales y por ello en una discriminación y en un menoscabo de la dignidad del ciudadano.*

Los defensores Públicos, deben de olvidar que son auxiliares del sistema de justicia penal y convertirse en salvaguardas y aseguradores del derecho de defensa de los imputados, a través de los estándares de calidad contemplados dentro de esta institución y extensible a sus miembros. Deben garantizar un proceso justo, transparente y honesto, tanto para el acusado como para el agraviado.

El servicio que presta la defensa pública, no debe distinguirse del servicio privado. En ese sentido, la defensa técnica no solo debe realizarse de manera efectiva sino que la defensa técnica en palabras de Eduardo Jauchen *“debe ser una concreta manifestación de fundada disconformidad con la tesis inculpativa aun cuando el imputado sea confeso, haya sido sorprendido en flagrancia o se niegue a defenderse”*, asimismo señala: *A menudo tras la apariencia de lo concluyente subyacen innumerables razones que pueden demostrar que la verdad de lo acontecido no se compadece, de hecho o de derecho, con la tesis acusatoria.*

5.1. Los defensores públicos, limitaciones y problemas

Los defensores públicos no solo forman parte de una gran cantidad de procesos, en los cuales sirven a personas que no poseen los recursos necesarios para poder contratar a un particular; sino que deben hacerlo de la mejor manera posible, pese a que su cargo dentro de la estructura estatal conlleva una excesiva carga. Es una situación poco entendida y respetada por las otras instituciones del sector de la justicia penal.

Los defensores públicos poseen limitaciones a nivel de tiempo, recursos y disponibilidad, pero a pesar de ello se vienen consolidando como una institución que salvaguarda el derecho de defensa.

La problemática en torno a su disponibilidad engendra una segunda cuestión dentro de este organismo, que es la sobrecarga laboral. Por esta razón es necesario valorar, mejorar y reformar la estructura administrativa de la institución, dándole la valía que por derecho ha debido de gozar hace mucho tiempo atrás.

6. Conclusiones

Con el nuevo código se han mejorado muchos matices dentro del proceso; se contemplan mejores condiciones y garantías; existe el derecho genuino a ser tratados como sujetos de derecho dentro del proceso, donde impera el reconocimiento al imputado como una persona con derechos que deben ser respetados.

Este nuevo modelo llegó para quedarse y seguir evolucionando en pro de los perseguidos penalmente, de las víctimas, y de una real igualdad dentro del proceso. Este reconocimiento no implica una ceguera respecto a los tópicos aún por mejorar, sino un efectivo señalamiento del primero de muchos más avances dentro de nuestra legislación.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Cuál debería ser el proceder del proceso de implementación del Código Procesal Penal en torno a la férrea crítica de la pérdida de garantías procesales respecto a las audiencias virtuales, a propósito de la pérdida de los principios de inmediación y publicidad?

En un inicio las audiencias virtuales repercutieron fuertemente en la materia penal, incluso se sostenía que eran imposible de efectuarse; no obstante, este escollo fue superado con gradualidad. De acuerdo a una consideración personal, muchos de los juicios llevados a cabo de forma virtual pueden ser impugnados en un futuro, resaltándose la desconfianza del proceso. En el actuar del operador jurídico debe prevalecer el apoyo y la predisposición para ser colaborador y no obstaculizador.

7.2. El proceso de implementación del Código Procesal Penal ha generado ciertos problemas en la práctica, ¿el Perú cuenta con la implementación necesaria para poder llevar a cabo las pericias de forma adecuada? ¿Hay una correcta institucionalización y administración dentro de nuestro sistema judicial?

No podemos decir que el sistema judicial peruano funciona óptimamente, siempre tuvo deficiencias y falencias; sin perjuicio de ello, las soluciones, tras la identificación de los problemas, se encuentran cercanas. Ya se efectuó el primer paso al reformar de manera interna el Código Procesal Penal, por lo que lo único que resta trabajar arduamente es generar este cambio en la práctica o en la impartición de justicia en el sistema.

7.3. Es claro que el defensor público no solo tiene mayor carga laboral, sino una menor asignación de recursos ¿Cómo se podría neutralizar esta problemática en países como Colombia?

Es imperativo conocer la capacidad del factor humano en la Defensa Pública de Colombia, siendo los directores de estas instituciones los encargados de recaudar los datos e información necesaria para saber el estado real del personal que tiene a su disposición; entender sus posibles falencias y capacitarlos de la mejor manera. Solo así se garantizará las mejores condiciones para los representados y los defensores públicos. Otra medida es incluir nuevos defensores públicos y mejorar su condición laboral y retribuciones.

Una revisión y análisis a la prueba del dolo en el proceso penal*

José Alonso Almanza Macedo**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El concepto de dolo y su determinación / 3. La acreditación de los hechos externos (dolo) en durante la etapa del juicio oral / 4. Los juicios de probanza del dolo / 5. Reflexiones finales / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

En lo que respecta a las ciencias penales tanto para el derecho procesal penal o la dogmática jurídico-penal, el dolo es siempre un concepto que despierta mucha controversia e incansables debates. A lo largo de varias décadas distintos autores han dado su perspectiva y su concepto de dolo., desde las teorías volitivas hasta las teorías cognitivas, pero de la postura que partiremos en esta ocasión será la ya la defendida por profesores como los profesores Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijo Sánchez, Ramon Ragues I valles y, por supuesto la del maestro Günter Jakobs. Dentro de nuestro medio encontramos al Dr. José Antonio Caro John. Todos los autores anteriormente mencionados se inclinan por una postura normativista del dolo o como se le suele conocer la normativización del dolo.

2. El concepto de dolo y su determinación

En base al fenómeno de la normativización del dolo, el contenido del dolo se encuentra conformado solamente por el conocimiento, de manera que

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Miembro del Área de Ciencias Penales de AMACHAQ Escuela Jurídica. Estudiante de Cuarto año de Derecho en la UNMSM, Lima.

para afirmar su existencia basta con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta las consecuencias selectivas que ella acarrea, las mismas que defrauda las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica¹.

Esta forma de apreciar el contenido del dolo se diferencia de la tradicional concepción según la cual el dolo se define como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal, es decir, se ha constituido por una especial relación subjetiva entre el autor y la lesión del bien jurídico penalmente protegido².

Esta concepción se encuentra en el seno de los planteamientos tradicionales acerca de la función de proteger bienes jurídicos por parte del derecho penal. Sin embargo, desde una perspectiva de un derecho penal que prohíbe la creación de riesgos no permitidos y garantizar la vigencia de ciertas expectativas sociales de conducta, la acción más grave o la conducta lesiva será aquella en que la persona tenga pleno conocimiento de la generación de esos riesgos no permitidos, el elemento volitivo pierde importancia para aquel análisis. De esta forma, no existe un propósito en exigir que el sujeto activo la voluntad en la creación de riesgos no permitidos, si ya existe un deber jurídico de evitarlos o neutralizarlos.

En suma, el dolo es el conocimiento el riesgo típico a partir del cual se genera un deber de evitación o neutralización. En otras palabras, quién conoce plenamente riesgo generado por su comportamiento actúa con dolo. Sostener lo contrario, exigiendo necesariamente la concurrencia de un elemento volitivo llevaría a privilegiar injustificadamente al autor temerario frente a otros más prudentes. En este sentido, el profesor de Jakobs plantea que un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito al estar definido de manera psicológica, de modo que la atención al contexto social de la acción es a través de las competencias de conocimiento del sujeto es que podemos atribuir el dolo.

Si buscamos una teoría integral del dolo no podemos limitarnos a definirlo o sea decir que es dolo, sino que además se debe buscar las herramientas para su comprobación en el proceso penal. Queda claro que el dolo no es un elemento psíquico que debe buscarse en la cabeza del autor, sino más bien se trata de un elemento que se encuentra en la cabeza de quién se encarga de valorar el suceso concreto e importar un conocimiento de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

¹ CARO JOHN, J. A., Manual teórico-práctico de teoría del delito (Lima: Ara editores, 2014) p. 128

² Ídem

En otras palabras, para expresar mejor esta idea podemos definir con el lema acuñado por el penalista alemán Claus Roxin cuando dice: *“el dolo no constituye un dato psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor sino en la cabeza del Juez”*.

Con esta concepción del dolo ya no tenemos que ponernos a imaginar que haríamos en el lugar del autor y si desde ahí se hace una valoración para determinar si el agente conoce las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación. Con el dolo como una forma de conocimiento penalmente relevante debe partirse del contexto de la acción pues este permitirá valorar y determinar lo que el sujeto debía conocer al momento de realizar la conducta concreta, por consiguiente, si conocía que con ellas supera el riesgo jurídicamente tolerado.

3. La acreditación de los hechos externos (dolo) en durante la etapa del juicio oral

Con respecto a la acreditación de los hechos externos en la etapa de juicio oral, es importante que la probanza judicial de quién acusa está obligado acreditar el dolo a través de enunciados históricos o afirmaciones apropiadas. Asimismo, es medular que en su alegato de apertura revele cómo es que lo va a demostrar en la práctica de pruebas y cuál será la teoría jurídica de su caso³.

Por otra parte, es importante distinguir que quien escucha la presentación del caso y la promesa sobre la prueba -es decir, el juez-, solamente se forma una idea de los hechos -hecho representado-, lo cual no es suficiente para asumir que está probado el dolo y que sucedió el hecho; para que se dé por probado, obligatoriamente, las afirmaciones probatorias lo tienen que haber configurado en la mente del juez -hecho representativo- en su fase sensorial y lógica cognitiva. Es decir, después de haberse concluido toda la actividad probatoria. Antes, sería irracional porque no existiría confirmación procesal probatoria⁴.

En este punto ya asumiendo un concepto del dolo hacia una concepción normativa también es imperioso conocer cómo se lo va de acreditar en el juicio oral⁵. Nos preocupa sobremanera este punto porque es una tarea abandonada desde hace mucho tiempo por la doctrina procesal peruana, salvo José Caro Jhon quien frecuentemente realiza sus trabajos científicos

3 QUIROZ SALAZAR, W., La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista, 2º edición (Lima: Quiroz Salazar, 2019), p. 122

4 Ídem

5 Ibídem, p. 124

sobre la imputación subjetiva; por esta razón las siguientes explicaciones apuntan a que se conozca paso a paso todo el camino procedimental para acreditarlo o refutarlo en el juicio oral. Queda suficientemente claro que el dolo se debe imputar y enjuiciar a partir de las evidencias, circunstancias temporales y materiales que rodean directa o indiciariamente a toda la conducta del agente dentro del contexto situacional del evento delictivo.

Para la acreditación o refutación del dolo en la fase del juzgamiento, previamente el fiscal y el abogado deben haber expuesto sus respectivas afirmaciones fácticas sobre el hecho en los alegatos de apertura. Estas afirmaciones no solamente se deben describir, episodios, sucesos o estado de cosas, sino que el relato de las alegaciones debe ser de carácter constataativas o descriptivas las cuales no involucra decir ¿Quiénes? ¿Cuándo? ¿dónde? y ¿por qué? sino además los actos externos contextualizados desde la óptica del tipo penal que acreditarían el dolo del acusado durante la actuación probatoria⁶.

Dentro del proceso penal, tenemos que el fiscal a cargo en sus alegatos de apertura debe atribuir el dolo al imputado con la promesa de demostrárselo al juez a través de enunciados sobre afirmaciones sobre el hecho y con los medios de prueba que se actuarán en el proceso. En consecuencia, serán sometidos a control judicial de verificación y demostración de su correspondencia con la verdad.

Siguiendo la lógica de aporte-producción por quien lo atribuye y la adquisición probatoria por el juez se debe acreditar obligatoriamente todos los actos externos de la acción típica del acusado para demostrar la existencia del dolo en su conducta. Es decir, el fiscal deberá acreditar de manera suficiente qué actos desplegados por el acusado en el mundo externo producirían la certeza en el juez de que este sujeto si conocía la prohibición de la norma, del riesgo que generaba su acción típica y la infracción del deber⁷.

Es importante aclarar que la acreditación del dolo sólo se efectúa durante el período de la actuación probatoria que desarrollarán las partes en el juicio oral, pero estas serán a partir de las afirmaciones iniciales que hubiera realizado el fiscal o abogado en su alegato de apertura. Por ello, se sostiene que en el alegato de apertura el fiscal tiene la obligación de hacerle conocer en forma apropiada al acusado y al juez que actos externos desarrollados por el presente autor constituyen el dolo⁸.

6 Ídem

7 Ibídem, p. 126

8 Ídem

4. Los juicios de probanza del dolo

Con respecto a los juicios de probanza del dolo por parte del juez, en primer lugar hay que hacer una revisión al concepto de prueba y una de sus principales características es que tiene un contenido polisémico, es decir en un determinado contexto puede ser definido como la verdad a la que arriba cognitivamente el juez de conocimiento sobre los hechos que las partes procesales han alegado y controvertido mediante un proceso válido de contrastación de hipótesis en el juicio oral utilizando los respectivos medios de prueba⁹. Así como puede ser definido como la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos.¹⁰

Esta comprobación le corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional quien se erige en el destinatario de la prueba que se aprecia en el proceso. El juez en el proceso se halla frente a unas afirmaciones que realizan las partes procesales y cuya exactitud le corresponde comprobar o verificar, y por esta razón se sirve de la prueba como instrumento procesal de control de dichas afirmaciones, comparándolas con las afirmaciones instrumentales obtenidas de los medios probatorios, previa su valoración o análisis crítico¹¹. En otras palabras, la prueba implica realizar un análisis comparativo entre afirmaciones acerca de hechos y la realidad como fuente de los mismos. Por tanto, con la prueba se busca convencer al juzgador acerca de la exactitud positiva o negativa de las afirmaciones fácticas formuladas por las partes.

Otro punto a resaltar es que no habrá determinación o probanza del dolo si antes el operador del proceso no efectuado un proceso lógico mental respecto al juicio de hecho. En este punto es oportuno hacer hincapié en que la labor del juez consiste en elegir y entresacar de entre las propuestas hechas por cada una de las partes en contienda cuáles de los hechos han quedado probados y tras haberlo hecho formular su propia calificación jurídica sobre esos hechos. Es por este motivo, la lógica adquiere una importancia relevante en el ámbito procesal probatorio debido a que le da una estructura racional y sentido a cada uno de los diversos elementos fácticos y jurídicos que la integran.

Antes de iniciarse el proceso valorativo judicial -probanza del dolo- desde una perspectiva normativa, es obligatorio que previamente se haya fijado

9 *Ibíd.*, p. 157

10 ABEL LLUCH, Xabier, *Derecho probatorio* (Barcelona: Bosch, 2012), p. 19

11 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (Barcelona: Bosch, 1997), p. 123

de manera formal los hechos. Es decir, que el juez de por probadas ciertas afirmaciones sobre el hecho o lo que se conoce como el juicio de hecho. ¿Cuáles afirmaciones? Todos los actos externos manifestados por la conducta del acusado que estén relacionados intrínsecamente con el hecho criminal que se le atribuye, y desde la cual, por vía de la inferencia probatoria, se demuestre su responsabilidad individual¹². Para llegar a los hechos probados utilizamos el método cognoscitvista como sistema de razonamiento para fijar judicialmente los hechos.

La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista no puede seguir un modelo de mera de mera jurisdiccional o puro decisionismo o un conjunto de valoraciones que no tiene sostenimiento en el respectivo juicio de hecho; si no seguimos este patrón de análisis cognoscitvista seguiremos observando lo que sucede en algunos casos en la praxis procesal: meros juicios valorativos empíricos que responden al modelo de puro decisionismo.¹³ En otras palabras, si no hay fijación formal de los hechos no podemos llevar a cabo ninguna atribución fiscal que corresponda la imputación subjetiva del conocimiento por el autor.

Con respecto al juicio de derecho en la atribución del conocimiento subjetivo al autor del hecho podemos afirmar inequívocamente que la atribución subjetiva inicial durante la investigación lo hace la fiscalía al momento de construir y sostener la acusación escrita. La fiscalía tiene que sostener la atribución positiva contra el acusado y como consecuencia de ello le atribuirá la existencia del dolo en el actuar típico.

Si después del proceso retrospectivo histórico de los hechos que se reconstruye vía reproducción-imagen el juez da por verdaderas las afirmaciones efectuadas por la Fiscalía, entonces también existe una atribución subjetiva positiva de que el acusado tuvo conocimiento -al momento de dar inicio a la conducta infractora del deber- de lo que la norma penal lo obligaba a observar o hacer. Siendo así, es altamente probable que en los siguientes juicios y racionios del juez, a partir de los actos externos probados que ha ejecutado el acusado, se subsuman dentro de la tipicidad subjetiva del tipo penal atribuido por la Fiscalía.¹⁴

5. Apuntes finales

En una revisión y análisis a la postura psicologicista de la imputación subjetiva podemos afirmar que esta teoría es totalmente desfasada debido a que el mero saber o conocer algo en sí mismo, pertenece al ámbito privado

¹² QUIROZ SALAZAR, William, op. cit., p. 178

¹³ *Ibidem*, p. 179

¹⁴ *Ibidem*, p. 209

de la persona, es decir al fuero interno de esta y es aquello que determina su esencia como ser racional.

Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ello la posición del ciudadano como persona en el derecho y es por este motivo que Jakobs acuña la frase de que “*sin su hábito privado el ciudadano no existe*”¹⁵, de la misma forma los romanos en su época le dieron importancia a que el juez no juzgue el fuero interno. El fuero interno no puede constituir objeto de intervención penal porque el conocimiento en su configuración natural no representa en absoluto una perturbación social.

Pero la razón principal de por qué en el plano jurídico-penal el fuero interno de la persona queda al margen como objeto de la imputación jurídica radica en su ilimitada constitución que impide toda posibilidad de graduación de la culpabilidad. ¿Qué es la imputación subjetiva sino la imputación misma de la culpabilidad? Justamente por eso el principio de culpabilidad impone que el Derecho penal sólo puede injerir sobre la esfera individual de la persona mediante una pena como reacción frente al dolo o la culpa, más no así ante cualquier otra manifestación del conocimiento. El principio de culpabilidad funda de este modo una “regla de oro” consistente en que sólo el conocimiento que admite graduación puede ser castigado con una pena también graduable¹⁶.

Otro argumento más para el rechazo de estas tesis es la importancia excesiva que se le da al elemento volitivo en el dolo. Si revisamos nuestro propio ordenamiento penal veremos que no ofrece una definición expresa de dolo sin embargo si nos centramos en el art 14 nos dice el supuesto de error de tipo es decir cuándo se presenta una ausencia de dolo por tanto estamos ante una concepción negativa de dolo.

Aquí el legislador peruano expresamente definido cuando no hay dolo y es cuando realizado por el autor no es abarcado por su conocimiento.

De este modo, resulta fácil apreciar que el código penal no se refiere en ningún momento la voluntad como elemento del dolo; de hecho, no exige ni positiva ni negativamente el elemento volitivo como si lo hace con el conocimiento que es componente nuclear del artículo anteriormente men-

15 JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Estudios de Derecho penal, edición traducida (1997), Peñaranda Ramos (Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997), p. 297

16 KAUFMANN, A., Das Schuldprinzip, 2ª edición (Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 1976), p. 116; asimismo STRATENWERTH, G., Derecho penal. Parte General I: El hecho punible, edición traducida, Cancio Meliá, M., Sancinetti, M., (Madrid: Thomson Civitas, 2005), 8/62: “el límite del dolo significa [...] también el límite de la punibilidad”.

cionado¹⁷. En consecuencia, afirmamos que no existe consecuencia jurídica para los casos de ausencia del elemento volitivo lo que refuerza la tesis acerca de su irrelevancia para la ley penal.

A partir del análisis de la regulación legal del dolo queda claro que lo que el sujeto desee, confíe o espere, carece de relevancia para el Derecho penal en tanto el conocimiento es el elemento fundamentador del juicio de imputación subjetiva¹⁸.

Sin embargo, pueden presentarse casos en los que el elemento volitivo pueda cobrar mayor peso por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva pero esta cuestión no se torna dogmáticamente indispensable su concurrencia para afirmar el dolo. En otras palabras, es posible que en la realización del tipo objetivo concorra la intención o voluntad del autor, pero estos elementos son inherentes a la acción misma y no constituye un requisito de la imputación dolosa.

Para probar un hecho el juez tiene que tener la condición suficiente para decir que un caso se ha probado el aspecto objetivo y que el sujeto tenía la intención de hacerlo. De por sí la comisión judicial tiene una carga subjetiva porque lo determina el juez, si es que hay un aspecto subjetivo determinante. Lo que va a provocar es que en casos similares se de soluciones divergentes en atención al juez que valore y esta idea la explica mejor el profesor Ragúes I Valles cuando dice que

*“La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y si se la convierte en el criterio decisivo se admite ya que un plano teórico que en un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y también que ambas soluciones puedan y deban ser consideradas correctas siempre que alguna de ellas no sea irracional.”*¹⁹

Ante el criterio de valoración del juez que prácticamente subjetivo se recarga más de subjetividad al asumir una idea psicológica del hecho, el cambio de paradigma parte por entender al dolo en una perspectiva normativa. En donde el dolo no es un estado mental, no es un dato psicológico, sino que el dolo es siempre una atribución de un sentido normativo penalmente relevante.

Es de resaltar que el aspecto subjetivo, desde una perspectiva normativa, termina teniendo ciertos contornos objetivos en la medida de que no es un mero saber psicológico, representativo o de la psique del sujeto, sino un

17 CARO JOHN, op. cit., p. 132.

18 Ibídem, p. 133

19 RAGUES I VALLES, R., El dolo y prueba en el proceso penal (Barcelona: Bosch, 1999), p. 270

“*debía saber*”, es un conocimiento mediado por un deber de conocimiento, esto es objetivación, normativización del aspecto subjetivo. En este sentido, la imputación subjetiva es la atribución del autor, en atención a su esfera de competencia en un contexto socialmente determinado del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas. El sujeto que tiene un ámbito de organización debe administrar ese ámbito y tanto el aspecto objetivo y el subjetivo deben ser coincidentes; libertad sin responsabilidad es pura arbitrariedad subjetiva y no libertad personal verdadera.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿En qué momento se fijan formalmente los hechos que sustentan aquella valoración del juez que considera la concurrencia de dolo?

El juez debe fijar los hechos cuando se ha cumplido con la actuación procesal probatoria en el juicio oral, y después de haber percibido directamente el aporte probatorio de las partes intervinientes en el juzgamiento. Luego de ello, el juez realiza una abstracción del juicio de hecho con la reproducción de esa imagen y en ese contexto se verifica y depura las afirmaciones probatorias incorporadas; tras esto, se corrobora su veracidad.

En el proceso penal, el juez imparcial escucha ambas versiones de las partes; ergo, la fiscalía tiene que acreditar que el acusado actuó con dolo en la comisión de su delito, en contraparte de la defensa, que alegará que no sucedió dicha afirmación. Después de escuchar ambas versiones, el juez iniciará una labor gnoseológica, cuya exhaustividad será determinar si esas afirmaciones probatorias serán verdaderas o falsas. El juzgador del juicio oral debe tener una especial sapiencia sobre la dogmática jurídico-penal y las categorías procesales, dominando la verdad procesal y cuáles son las teorías de la verdad que guían estos juicios futuros y racionales.

b) Mesas de diálogo

Delito de trata de personas: problemáticas en torno al consentimiento y responsabilidad penal*

Ninoschka Morales Lucho**

Universidad San Martín de Porres

Melanie Ashly Navarrete Mendoza***

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I

Ninoschka Morales Lucho

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Políticas Nacionales en materia de trata de personas / 2.1. Definición / 2.2. Estructura típica / 2.3. Estadísticas sobre el delito de trata de personas / 2.4. Planes de acción a nivel nacional / 3. Evolución Legislativa del delito de Trata de Personas / 3.1. Ley N.º 26309 / 3.2. Ley N.º 28950 / 3.3. Ley N.º 30251 / 3.4. Ley N.º 30963 / 3.5. Ley N.º 31146 / 4. El consentimiento de la víctima mayor de edad para el delito de trata de personas / 5. El delito de trata de personas y la vinculación con la responsabilidad en el crimen organizado.

1. Introducción

El delito de trata de personas es un fenómeno que afecta a personas de todo el mundo, no es un problema actual, sino que constantemente es objeto de debate y análisis a fin de lograr un adecuado tratamiento.

* Mesa de diálogo virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01al 03 de julio del 2022.

** Estudiante de la Universidad San Martín de Porres. Vicepresidenta del Círculo de estudios Lex Est Vita, miembro del centro de estudio de Derecho Procesal Penal de la Universidad San Martín de Porres, ponente estudiantil.

*** Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro Principal en Taller de Estudios Penales-UNMSM. Miembro del Área de Ciencias Penales de Amachaq Escuela Jurídica.

Es conocido en muchas ocasiones como la esclavitud moderna, el estado peruano, no ha sido ajeno al tratamiento de este delito motivo por el cual se encuentra sujeto a diversos tratados que buscan proteger a las víctimas en cualquiera de sus modalidades en las que sean tratadas.

Es por ello, que en aras de cumplir con este objetivo ha ido mejorando su tipificación; así como también ha ido diversificando su tipificación respecto a las nuevas modalidades que han ido apareciendo con los años, es precisamente ese el objeto del presente desarrollo, analizar la evolución legislativa del estado peruano y su relación con el consentimiento de la víctima.

2. Políticas Nacionales en materia de trata de personas

2.1. Definición

Protocolo de Palermo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

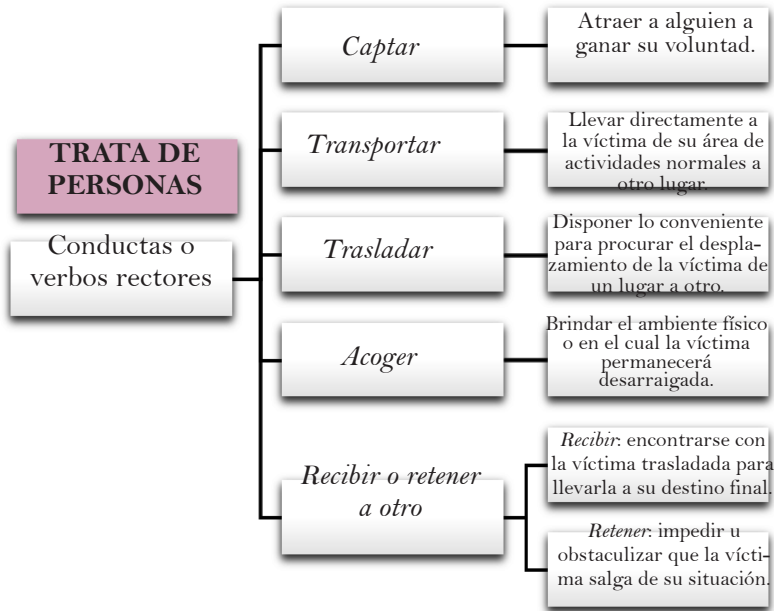
Artículo 3°. Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.” (las cursivas son propias)

2.2. Estructura típica

La razón de ser de este delito, no sólo es la protección de la libertad personal, sino que el ámbito de protección trasciende a ello, por ser de naturaleza pluriofensiva. Al respecto el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, en el fundamento jurídico 19, establece que:

“El bien jurídico protegido trasciende a la libertad personal, y comprende los atributos de la dignidad humana, es decir, el respeto a su condición intrínseca de personas, inmanencia trascendente, autonomía moral e igualdad. Esto en razón de que la persona es colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad o degradación permanente, sin respeto por su condición de tal e instrumentalizada como un objeto al servicio de otros.” (las cursivas son propias)

Desde el punto de vista concerniente a la tipicidad objetiva, debemos considerar 03 aspectos: **primero**, la conducta, los verbos rectores del delito han sido desarrollados en el fundamento decimoquinto del Acuerdo Plenario N.º 03-2019, del que podemos precisar lo siguiente:



Segundo, los medios comisivos, solo constituyen elementos típicos para el delito de trata de personas cometido en perjuicio de personas adultas, y estos pueden ser: violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio.¹

Y, **tercero**, los fines, este delito, es de tendencia interna trascendente, pues se requiere de un elemento adicional al dolo, es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica.

Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier motivo o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.²

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación N° 1190-2018-Cusco, 03 de septiembre de 2021, fundamento jurídico decimosexto.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Acuerdo Plenario N° 03-2011/CJ-116, 06 de diciembre de 2011, fundamento jurídico 15.

2.3. Estadísticas sobre el delito de trata de personas

El Ministerio Público realiza cada año un observatorio de la criminalidad teniendo en consideración las denuncias que se realizan en los diversos despachos a nivel nacional.

Siendo así, en el año 2016, se publicó el observatorio de trata de personas correspondiente al periodo 2009-2014, en el que se detallaban algunas cifras estadísticas³:

TRATA DE PERSONAS	ESTADÍSTICAS
Distritos fiscales con mayor proporción de casos	Lima (22%)
	Loreto (10.7 %)
	Madre de Dios (9.6%)
Nacionalidades de las víctimas	Peruanos (86.2 %)
	Extranjeros (4.3 %)
Edades de las víctimas	13 – 24 años
Principales agentes captadores	Obtención de un puesto de trabajo.
	Ofrecimiento de apoyo económico a las víctimas o familiares para su alimentación, estudios u otras necesidades básicas, por parte de las o los presuntos autores.
	Recomendación de amigos y familiares.

2.4. Planes de acción a nivel nacional

El Perú ha ido implementando una serie de planes articulados que han permitido ir avanzando en el tratamiento de este delito, así tenemos algunos de ellos:

- Plan Nacional de Atención a la Infancia y Adolescencia 2012-2021, tenía como objetivo, “Garantizar la protección de las niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años de edad, el que tiene como resultado esperado que niñas, niños y adolescentes estén protegidos integralmente ante situaciones de trata (sexual, laboral, mendicidad).”
- En el año 2015, mediante Decreto Supremo N° 001-2015-JUS, se aprobó

la Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus formas de Explotación, la misma que tiene por objetivo principal la prevención, el control y reducción del fenómeno de la Trata de Personas, a través de la atención a los factores sociales y culturales que la generan.

- En el mes de mayo de 2016, mediante Decreto Supremo N° 005-2016-IN, se aprobó el “Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de víctimas de Trata de Personas”, instrumento técnico marco que establece las pautas operativas que garantizan la prevención del delito, así como la persecución de la trata de personas y la atención, protección y reinserción de las víctimas peruanas/os en el exterior y en el país y extranjeras/os en el Perú.
- Plan Nacional contra la trata de personas 2017-2021, regulado en el Decreto Supremo N° 17-2017. Que de igual forma tenía como objetivo identificar el problema, sectores vulnerables y articular herramientas en aras de mitigar el impacto de este delito en las víctimas.

3. Evolución Legislativa del delito de Trata de Personas

El delito de trata de personas tiene una tipificación antigua que ha ido perfeccionándose con el transcurrir del tiempo a fin de lograr una adecuada mitigación, se consideraba inicialmente como una mera afectación de la libertad, hasta que años después pasó a formar parte de los delitos contra la dignidad humana.

3.1. Ley N.º 26309

En primer lugar, encontramos a este marco normativo publicado el 20 de mayo de 1994, en el que se dispuso modificar el artículo original del código penal, esta implementación sólo sancionaba a quienes retenían o trasladaban más no a los otros agentes que formaban parte de este delito.

*Artículo 153.- El que **retiene o traslada de un lugar a otro a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por su misma**, empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de 10 años, e inhabilitación conforme al artículo 360., incisos 1o., 2o., 4o. y 5o. Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una banda, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años, e inhabilitación conforme al artículo 360., incisos 1º, 2º, 4º y 5º. (las cursivas y el resaltado son propios)*

Además de ello, se incorpora como agravante a los sujetos activos del delito que tuviesen las siguientes condiciones: “funcionario, servidor público, banda y directivos de las entidades privadas”.

“Artículo 153-A.- El funcionario o servidor público y los directivos de las entidades privadas, vinculados especial o genéricamente con menores o personas incapaces que, abusando de su cargo, los retiene o traslada arbitrariamente de un lugar a otro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años e inhabilitación conforme al artículo 36o., incisos 1o., 2o., 4o. y 5o.” Si comete el hecho con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años, e inhabilitación conforme al artículo 36o., incisos 1°, 2°, 4° y 5°.” (las cursivas es atribución propia)

3.2. Ley N.º 28950

Denominada “Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, fue publicada el 16 de enero de 2007, a diferencia de la legislación anterior, se incorporaron nuevos verbos rectores tales como: “promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, acogida, recepción”, además de ello se incrementó la sanción penal, siendo ahora de 08 a 15 años.

“Artículo 153.- Trata de personas el que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.” (las cursivas es atribución propia)

Por su parte, en las agravantes se incorporaron más roles específicos del sujeto activo: “funcionario, integrante de una organización empresarial, pluralidad de víctimas, víctima menor, relación familiar, pluralidad de per-

sonas cuya sanción abarca desde los 12 hasta los 20 años y en caso de existir muerte de un menor de 14 años o el sujeto activo sea parte de una organización criminal la sanción sería de hasta 25 años.”

Artículo 153-A.- Formas agravadas de la Trata de Personas *La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:*

- 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública;*
- 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito;*
- 3. Exista pluralidad de víctimas;*
- 4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz;*
- 5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.*
- 6. El hecho es cometido por dos o más personas.*

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

- 1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.*
- 2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.*
- 3. El agente es parte de una organización criminal.” (las cursivas es atribución propia)*

3.3. Ley N.º 30251

Esta ley fue aprobada el 25 de septiembre de 2014 y perfecciona la tipificación del delito de trata de personas establecida previamente en la ley N.º 28950 debido a que incorpora la figura del consentimiento de las víctimas, estableciendo que es irrelevante jurídicamente y, además, se dejó como *numerus apertus* aquellas formas de explotación.

Artículo 153º. Trata de personas.

- 1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, **capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el***

territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

*2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como **cualquier otra forma análoga de explotación.***

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

*4. El **consentimiento** dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.*

5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas es reprimido con la misma pena prevista para el autor”. (las cursivas y el resaltado son atribuciones propias)

3.4. Ley N.º 30963

Publicada el 18 de junio de 2019, en el que se modifica el código penal respecto a las sanciones del delito, precisándose en las disposiciones finales, que no procede: el indulto en el caso de agravantes, la reducción de pena, la redención de pena por trabajo o estudio ni beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional.

3.5. Ley N.º 31146

Publicada el 30 de marzo de 2021 y denominada “Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes” en la que se dispuso reubicar y reenumerar el delito de trata de personas y de explotación, pasando a ser parte de los Delitos contra la Dignidad Humana, quedando así el delito de trata de personas tipificado en el artículo 129° A para el tipo base y 129° B para las agravantes.

4. El consentimiento de la víctima mayor de edad para el delito de trata de personas

La figura del consentimiento es tratada en nuestro sistema penal como un eximente o atenuante de responsabilidad, tal y como se precisa en el artículo 20°, inciso 10.

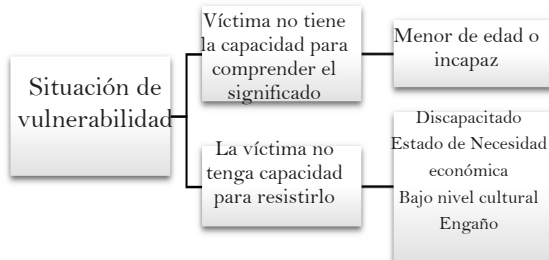
Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición. (las cursivas es atribución propia)

En esa lógica podría considerarse que en el caso del delito de trata de personas también aplicaría el consentimiento como un eximente de responsabilidad. La aplicación de este criterio, generó un gran problema al momento de sancionar esta conducta, pues los tratantes alegaban en muchas ocasiones que la víctima conocía que estaba siendo tratada, sabía para cuál era la finalidad para la que la habían captado y que, pese a ello, estaba de acuerdo, por lo que no existía la comisión del delito. En este punto podemos evidenciar que, el captador o tratante se aprovechaba de la “situación de vulnerabilidad” de la víctima.

Esta situación de vulnerabilidad ha sido desarrollada por la Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, en su Manual sobre la Investigación del delito de trata de personas y además, consignado por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 1351-2019-Puno de fecha 20 de julio de 2021.



Es precisamente la situación de vulnerabilidad una de las razones por las cuales el consentimiento no puede fungir como atenuante de responsabilidad, puesto que esta condición es un medio comisivo del delito.

A nivel internacional, tenemos que el Código Penal Colombiano, (Ley N.º 599 del 2000), en su artículo 188-A°, precisa que:

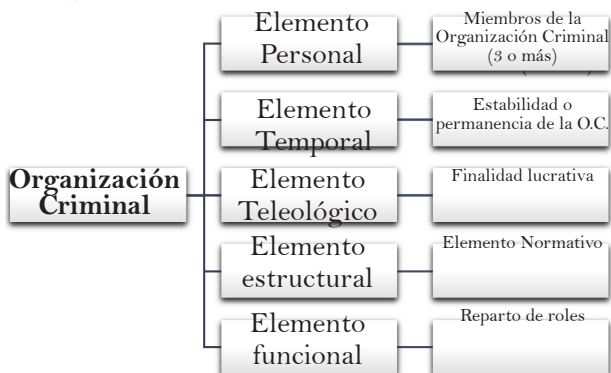
“El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.”

De la misma forma el Código Penal Argentino precisa que el consentimiento, no tiene relevancia para la sanción del delito de trata de personas.

5. El delito de trata de personas y la vinculación con la responsabilidad en el crimen organizado

Generalmente el delito de trata de personas tiene una directa relación con la criminalidad organizada, no obstante, para que ello sea sancionado como una agravante, se requiere, desde el punto de vista doctrinario, que se acredite como primer punto, que la organización criminal cumpla con todos los elementos para su configuración.

El Acuerdo Plenario 01-2017-SPN, señaló que debe de tenerse en cuenta una estructura para poder concluir que nos encontramos frente a una organización criminal⁴.



Adicional a ello, Salinas Siccha, precisa que debe exigirse que “el agente actúe en nombre y para la organización criminal es data fundamental en la configuración de la agravante, caso contrario, si llega a verificarse que el agente, si bien es cierto, pertenece a una organización criminal, pero realizó el hecho punible a título y riesgo personal y sin dar cuenta a su organización, la agravante no aparece”⁵.

Melanie Ashly Navarrete Mendoza

SUMARIO: 1. Estado de la cuestión / 2. ¿Cómo se puede convertir en víctima? / 3. El delito de trata de personas en el Perú / 4. Instrumentos contra la trata de personas en el Perú / 5. El consentimiento en el delito de trata de personas / 6. La trata de personas y el crimen organizado.

⁴ Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, de fecha 05 de diciembre de 2017.

⁵ SALINAS SICCHA, R., *Derecho Penal Parte Especial*, Perú: GRILEY, p. 551.

1. Estado de la cuestión

Actualmente, este delito se ha denominado la nueva esclavitud del siglo XXI. Según diversos informes, alrededor de 2.400 mil personas en el mundo son víctimas de este aberrante delito, en el cual se llega al 90% comprendido por mujeres y niñas que están siendo explotadas sexualmente.

Esto, en vista que, después del narcotráfico, la trata es la actividad ilegal que más dinero genera a nivel mundial; evento sumamente grave, considerando que este delito atenta contra la seguridad, el bienestar y los derechos humanos de las personas.

Todos podemos ser víctimas de la trata: hombres, mujeres, niñas y niños son reclutados a diario por redes que funcionan en todo el mundo y son sometidos a todo tipo de explotación sexual, explotación laboral e inclusive llegando al tráfico de órganos.

2. ¿Cómo se puede convertir en víctima?

De lo expuesto anteriormente, cabe preguntarse ¿cuáles son las situaciones o escenarios que se forman?

Muchas veces nos enfrentamos a la misma modalidad donde a la víctima le ofrecen un trabajo bajo la idea de que le va a cambiar la vida, que podrá ganar más dinero para ayudar a su familia. Ello, acompañado de una oferta que en principio es tentadora, pero implica mudarse a otro lugar; además, le ofrecen un traslado seguro y se ocupan de todo. Para ello, a cambio le piden sus documentos y le compran el pasaje. De esta manera, es trasladada en un medio informal –como sucede en Loreto, donde hay un puerto que no cuenta con un control adecuado en el que pasan todos los días menores de edad víctimas de trata –, en el cual hay más personas en la misma situación, que viajan con la ilusión de que esa posibilidad les va a cambiar la vida para siempre. Así, la persona llega al destino y se encuentra con una nueva persona que la recibe y la lleva a su nuevo lugar de trabajo. Pero, al llegar, no se encuentra con nada de lo que prometieron y un día – sin más – le cambian el nombre, ya no se reconoce y se convierte en una persona que no eligió ser.

En ese sentido, las víctimas son usadas como mercancía, como objeto, las mantienen encerradas, amenazadas y no pueden escapar. Asimismo, existe otro escenario, donde llegan con la familia a un lugar, en condiciones paupérrimas: un cuarto donde no caben todos, donde van a vivir trabajando todo el día, los hijos no pueden jugar ni ir al colegio, entre otros. Adicionalmente, la víctima se encuentra en un espiral entre el tener que trabajar y

no les pagan a tiempo, porque deben el dinero de aquel pasaje. Es así como uno se convierte en víctima de este delito degradante, que menoscaba y mella la identidad, derechos y condición de ser humano.

Esta es la palpante y preocupante actualidad que podemos ver, es una realidad de nuestro país, a la que muchas veces no prestamos la atención debida. La persona es tratada como un instrumento o una cosa para conseguir un objetivo, que suele ser muchas veces lucrativo.

3. El delito de trata de personas en el Perú

Investigaciones realizadas en nuestro país por la trata con fines de explotación sexual —que es el contexto más común— han comprobado que Perú es un país de origen, tránsito y destino de la trata tanto internacional como interna donde podemos presuponer que existe una relación asimétrica y dominio del agresor o tratantes sobre una víctima vulnerable sea esta mayor o menor de edad, esta situación que es aprovechada por el sujeto activo para fines de explotación.

En esa misma línea, existen informes que se han efectuado donde el Departamento de Estado de los Estados Unidos en el 2014 señala que las mujeres peruanas son obligadas a la prostitución en diversos países como Ecuador y Argentina, que hombres y mujeres son obligados a trabajar en condiciones desastrosas y forzadas en países como Chile, Argentina, Ecuador, etc. por último refiere que mujeres de otros países se encuentran sometidas por la trata con fines de explotación aquí en el Perú.

Otro estudio realizado por Mujica en 2 zonas amazónicas —siendo estas Pucallpa e Iquitos— nos muestran la trata de personas y como este resulta ser un fenómeno que se produce en un contexto de criminalidad organizada transnacional que ofrece a los perpetradores una gran rentabilidad económica.

Por esto, es importante el estudio integral de este delito en las regiones que muchas veces son dejadas de lado por su lejanía, como ejemplo de lo que debemos hacer podemos tomar el operativo —visto en varios noticieros a nivel nacional— realizado en Madre de Dios, donde un adolescente de 16 años llegó a la comisaría del distrito de Tambopata, pidiendo ayuda para regresar a su casa.

Con lo único que tenía el menor, recorrió en auto y a pie los 102 kilómetros que lo separaban desde La Pampa, zona destruida por la minería ilegal y la trata de personas. Lo rescatable es que ese mismo día, un contingente de 1.200 militares, 300 policías y 70 fiscales se desplegaba por La Pampa

como parte de la operación Mercurio 2019, un plan de intervención a largo plazo que busca erradicar los delitos que se han desarrollado alrededor de los campamentos mineros del lugar: trata de personas con fines de explotación laboral y sexual.

4. Instrumentos contra la trata de personas en el Perú

Respecto a las políticas nacionales que se tiene ante tal cruda realidad, el Perú ha ratificado muchos convenios entre los que se encuentran: la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, así como el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente en mujeres y niños. Estas comprenden normas de carácter supranacional, que nos señalan directrices que como país miembro debemos implementar en nuestra normativa interna con la finalidad de combatir este delito desde el ámbito preventivo, de atención y protección a la víctima y sanción a los tratantes.

Tenemos el ***Convenio de la represión de la trata de personas y explotación de la prostitución ajena*** de 1949 que consideró estas acciones como contrarias a la dignidad y valor de la persona humana porque ponen en peligro el bienestar humano de individuo, de la familia y de la comunidad.

El conocidísimo ***Pacto de San José*** establece que «*Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio*»

La ***Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres*** de 1979 que obliga a las partes – entre las que se encuentra nuestro país – a que tomen medidas necesarias para suprimir cualquier tipo de trata de mujer, explotación de prostitución y violencia contra la mujer.

Por último, ***Belem do Pará*** de 1994 que condena todas las formas de este tipo de prácticas, expresamente los miembros se comprometen a incluir en sus legislaciones internas lo necesario para erradicar y prevenir la violencia contra la mujer en donde se incluye la trata de mujeres como se establece en sus 2 primeros artículos.

Y así como estos hay muchos convenios y protocolos a los que el Perú se ha unido y ratificado; sin embargo, hay algo que persiste por ejemplo en Loreto hay solo 1 albergue privado autorizado por el Ministerio de mujer y poblaciones vulnerables para recibir a las víctimas de trata en donde se pudieron encontrar 8 menores de edad.

El Inabif, por su parte, cuenta con 3 albergues especializados para poder atender a las víctimas de trata, estos albergues cuentan con una persona apta para tratar a las niñas y adolescentes gracias a las evaluaciones mensuales que se les hacen a estos centros, pero solo contamos con 3 en todo el país y se necesita más ayuda para estas víctimas que muchas veces no se reconocen como tal incluso cuando son rescatadas por las autoridades.

5. El consentimiento en el delito de trata de personas

Respecto al consentimiento dado por la víctima de la trata de personas o toda forma de explotación intencional como ya se ha dispuesto en el Código Penal «[...] *carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el articulado*» pues la libertad personal es vulnerada y no estamos ante una expresión real de libertad de la persona, dañando la esencia de su personalidad y, así, su condición humana.

Se cree que muchas veces que las víctimas que no cooperan con la justicia no pueden ser consideradas como tal y como han dado un consentimiento, consentimiento que podría hacer pensar que el hecho delictuoso es nulo.

Aquí es donde se produce un grave error, en este primer escenario de la víctima, siendo un menor de edad, este consentimiento no es válido en lo absoluto y resulta evidente para el legislador que los menores de edad se encuentran una situación de vulnerabilidad presunta, pues existe un déficit en la formación psicofísica que genera una relación asimétrica entre el tratante y el menor de edad que desemboca en una situación de explotación.

Este tipo de relación y la figura de consentimiento es diferente a la situación en que un menor mantiene contacto sexual pacífico y consentido con otra persona, ya que en ese contexto no existe el fin de explotación ni una relación asimétrica vertical sino horizontal, por lo que en esta situación sí podemos hablar de consentimiento como eximente de responsabilidad penal.

Por otro lado, en lo que respecta a los mayores de edad se menciona que habría que analizar la existencia de alguno de los medios como violencia, amenaza, engaño, coacción, fraude por los que han sido captados y llevados a la explotación para poder determinar si se configura o no la manifestación libre de su voluntad o existiría un vicio aparente de consentimiento de la víctima.

Entonces, tenemos por un lado la postura que niega cualquier tipo de consentimiento que haya sido adoptado por la persona explotada pues se entiende que ninguna persona puede aceptar su propia explotación dentro

de los medios mencionados, además, se ve envuelto el bien jurídico de la dignidad humana; la otra postura se inclina por defender la necesidad de garantizar la libertad de las personas para decidir sobre sus cuerpos y futuros.

Después de todo lo expuesto, suscribo a la primera postura en la que incluso en las personas mayores de edad el consentimiento no podría hacerse válido ni debería tener la relevancia como tal por que se encuentran en esta situación de trata es que se han visto envueltos en cierta medida de medios coercitivos y amenazantes, por lo que no podríamos estar hablando de un consentimiento brindado en de manera autónoma y en condiciones de voluntad, esto en concordancia con el mismo protocolo de Palermo en su artículo 3.

6. La trata de personas y el crimen organizado

En lo que respecta a la vinculación de la trata de personas con el crimen organizado, el *modus operandi*, es decir, la forma en que se va ejecutando nos permite inferir que es un delito que requiere la intervención de varios sujetos en su ejecución por lo que la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional desarrolla en uno de sus protocolos una línea de medidas preventivas y de acción directa sobre la trata de personas esto implica que está calificado internacionalmente como un delito de criminalidad organizada.

Sin embargo, también tienen que darse todos los supuestos y requisitos que involucran el desarrollo de criminalidad organizada, siendo estos acreditados de manera adecuada para poder tipificar esta agravante.

II

Réplicas

Ninoschka Morales Lucho

A modo de sucinta reflexión, considero que, más allá del análisis de la tipificación del delito materia de estudio, la verdadera labor que merece especial revisión es el análisis de las políticas que va a implementar el Estado.

Al respecto, considero que el delito evolucionó desde que fue acogido por nuestro Código Penal de forma más completa, debido a que ya no deja muchos cabos sueltos mediante la consideración a todo tipo de explotación, es decir, incluye toda práctica análoga.

En el mismo sentido, cuando relega la no consideración punitiva del consentimiento; pues esta, en el delito en cuestión, no implica una atenuante.

Melanie Ashly Navarrete Mendoza

En concordancia con lo expuesto, se debe considerar que el cambio es positivo, pues ahora contamos con un abordaje penal completo, tal es el caso del Protocolo de Palermo y el Código Penal, los cuales establecen las conductas y sanciones respectivas con mayor detalle.

No es una cuestión de endurecimiento de las penas; por el contrario, nos debemos enfocar en reforzar la prevención y —en caso trasgredan la norma, incurriendo en el ilícito penal— se debe procurar, en la medida de lo posible, resocializarlas.

En este sentido, se debe prestar mayor atención a las políticas públicas implementadas y, evidentemente, se puede hacer más en la capital y en las regiones.

III

Ronda de Preguntas del público

Pregunta dirigida a Ninoschka Morales: ¿Cuáles son las medidas internas que se pueden implementar para erradicar las prácticas de trata de personas?

Desde una óptica personal, el primer paso consiste en implementar y reforzar la divulgación de la información a la sociedad en su conjunto.

Segundo, fortalecer las capacitaciones de instituciones como Policía Nacional, el Ministerio Público o los representantes de cada asociación o comunidad.

Tercero, reforzar la integración institucional para erradicar la trata de personas.

Pregunta dirigida a Melanie Navarrete: ¿Cuáles son las medidas internas que se pueden implementar para erradicar las prácticas de trata de personas?

Es de nuclear importancia difundir la información entre la capital y las regiones. Adicional a ello, resulta igual de relevante la fiscali-

zación de los planes o proyectos para reforzar la prevención de la trata de personas en los distintos sectores económicos del país; verbigracia, la minería. La prevención por encima de elevar las sanciones, desde nuestra consideración, es la clave.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis desde la perspectiva del derecho comparado*

Nicole Alexandra Díaz Coronel**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Renzo Vásquez Villacorta***

Universidad Privada del Norte

I

Nicole Alexandra Díaz Coronel

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Necesidad de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas? / 2.1. Ideas base / 2.2. Derecho positivo / 2.2.1. Ley 30424 ¿Responsabilidad penal? / 2.3. Derecho vivo / 2.4. Necesidad de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas / 2.4.1. Política criminal / 2.4.2. Funciones del Derecho Penal / 3. Modelo de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas que debería seguir la Ley 30424 / 3.1. Modelos de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas.

1. Introducción

El tema que nos ocupa el día de hoy es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo un enfoque de análisis del derecho comparado.

* Mesa de diálogo virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Área de Ciencias Penales en AMACHAQ Escuela Jurídica; coordinadora institucional del Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Es asistente de cátedra en los cursos de Derecho Penal III y Derecho Penal IV en la UNMSM y asistente académica del estudio Pariona Abogados.

*** Bachiller por la Universidad Privada del Norte. Fundador del Centro de Estudios de Ciencias Penales Ultima Ratio. Es investigador y expositor en temas de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

A razón de ello, se nos han formulado dos preguntas puntuales: *i*) ¿Considera adecuado que el ordenamiento jurídico peruano, siguiendo al español, haya adoptado un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas o, por el contrario, cree que debimos seguir la tradición alemana defendiendo el rigor del principio *societas delinquere non potest*?; y *ii*) ¿Cuál considera que es el modelo de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas que debería seguir la Ley 30424?

2. ¿Necesidad de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Para dar respuesta al primer cuestionamiento acerca de si resulta adecuado —o mejor, necesario— tener un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú, conviene comenzar contextualizando la situación actual del país, con miras tanto en el **derecho positivo** como en el **derecho vivo**.

2.1. Ideas base

Preliminarmente, se debe tener como cimiento los postulados del profesor Friedrich Tiedemann, a fin de ubicar la regulación actual que contempla nuestro ordenamiento jurídico, pues el jurista alemán señalaba que existen 5 modelos diferentes para aplicar consecuencias a las personas jurídicas. Estos pueden sistematizarse de la siguiente forma:

- **Responsabilidad civil** (*subsidiaria o cumulativa*)
- **Medidas de seguridad** integradas en el derecho penal, pero sin negar que proceden del Derecho Administrativo o del policial.
- **Sanciones administrativas** financieras y otras: en principio impuestos por autoridades administrativas, pero en algunos países han tenido reformas que constituye un **régimen cuasi penal**.
- **Responsabilidad criminal** Australia América del Norte y Japón. Necesidad de que el derecho no desatienda las diferencias De hecho que existen entre el autor físico y la persona jurídica.
- **Medidas mixtas de carácter penal administrativo o civil**. Disolución curatela o administración forzosa (Francia antes de su reciente reforma en el nuevo Código Penal).

2.2. Derecho positivo

En el Perú, el catedrático Manuel Abanto ubicó a las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del Código Penal dentro de este último modelo (medidas mixtas de carácter penal administrativo o civil). Este es relevante, pues se pone en evidencia que desde 1991 existe un precedente que permitirá dar pie, posteriormente, a una discusión acerca de posibles penas aplicables a las personas jurídicas.

Así las cosas, el poder legislativo va a presentar una serie de proyectos de ley que (Proyecto de Ley N.º 1627-2012, Proyecto de Ley N.º 2225-2013, Proyecto de Ley N.º 3491-2013, Proyecto de Ley N.º 4054-2014¹, Proyecto de Ley N.º 3851-2014, entre otros). Sin embargo, no es sino hasta el 20 de abril 2016 cuando se adopta, aunque tímidamente, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Ley N.º 30424, cuyo *nomen iuris* es “Ley de responsabilidad **administrativa** de las Personas Jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”.

Haciendo un pequeño paréntesis, se debe mencionar que el *nomen iuris* (y, cabe decir, el propio contenido de la Ley 30424) se encuentra inspirado el derecho español, que implementa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el 2010 mediante los art. 31 bis y ss. de su propio Código Penal, a diferencia nuestra. A su vez, la fuente de esta regulación es el derecho italiano, específicamente, el Decreto Legislativo 231-2001 “Disciplina de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, de la sociedad, de las asociaciones incluso sin personalidad jurídica”.

Este corto recuento histórico legislativo permite dar cuenta de que importar un modelo extranjero implica que también se importen las discusiones dogmáticas que han surgido al respecto y, con ello, se fundamenta la necesidad de analizar este tema desde un punto de vista del derecho comparado, tanto legislativamente como a nivel de la propia doctrina comparada.

Así las cosas, mientras que en el Perú recién hace un par de años se abre el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en países como España e Italia ya lleva muchos años la palestra. Más aún, los orígenes de este tema se encuentran en Estados Unidos a partir de 1909 (ya hace más de 100 años) donde se desarrolló bajo un enfoque pragmático bajo la *vicarious liability* (es decir, un modelo vicarial de heteroresponsabilidad) de manera que la persona natural cometía un delito y este se trasla-

¹ Proyecto de Código Penal. Se debe hacer énfasis en este Proyecto, pues a diferencia de la Ley N.º 30424, no prevé un programa de compliance y el catálogo de delitos por los que podía ser responsable una persona jurídica era más amplio. Sin embargo, el dictamen de este Proyecto introduce al Compliance, pero limita la responsabilidad de la persona jurídica al delito de cohecho activo transnacional.

daba a la persona jurídica. Se refuerza con el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica desvinculada de una prueba de culpabilidad (*strict liability*).

2.2.1. Ley 30424 ¿Responsabilidad penal?

Ahora bien, regresando al caso peruano, pese al *nomen* de “responsabilidad administrativa” lo cierto es que tenemos un sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas porque 1. La responsabilidad es por la comisión de un ilícito penal, específicamente, de un delito 2. Quien impone la sanción es una autoridad del derecho penal 3. Se desarrolla en un proceso penal bajo 4. Garantías penales. Se trata de un fraude de etiquetas.

2.3. Derecho vivo

Se debe puntualizar unas cuestiones en cuanto al derecho vivo y es que, por un lado, respecto a las consecuencias accesorias aplicables a la PJ tan solo se han presentado habido 3 casos.

Ahora bien, sobre la Ley 30424 hasta la fecha han pasado 6 años y no existe ningún caso en que se haya condenado a una persona jurídica por este tema, sin embargo, sí existen casos en investigación así, por ejemplo, lavado de activos en 15 empresas.²

2.4. Necesidad de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Con base en lo expuesto, surge la pregunta de si realmente fue necesario optar modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas o si como lo postula el profesor Raúl Pariona Arana más bien la respuesta del Estado debe estar orientada más bien a aplicar las reglas existentes, a mejorar el sistema de sanciones a las personas jurídicas ya contempladas en la legislación, pero no modificar el sistema de imputación penal, pues implicaría dejar más de 200 años de tradición jurídica de nuestro sistema de imputación que tendría que ser modificado. Puede estructurarse un programa político-criminal utilizando otros mecanismos de control.

2.4.1 Política criminal

Sobre ello, y con todo el revuelo que generó el estudio del derecho penal económico en sí vinculado a la sociedad de riesgos, de información y globalización; las nuevas formas de criminalidad como delitos económicos o de los negocios delitos contra el consumidor atentados contra el medio

² Informe elaborado por la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.

ambiente y crimen organizado; es claro que el modo de comisión de delitos ha sido dinámico a través del tiempo, pues desde un estudio sociológico, las agrupaciones de personas, más específicamente las personas jurídicas, crean un ambiente un clima que facilita a los autores físicos a cometer delitos en beneficio de la agrupación, pues estos beneficios que en principio son para la entidad, indirectamente favorecen a los integrantes de la misma. Así, por ejemplo, si se incrementa el patrimonio de la empresa, puede traducirse en mayores utilidades para los socios.

Sobre el particular, Tiedemann mencionaba que:

*“no es por casualidad que el legislador en Europa continental haya admitido en los 20 años del siglo pasado o sea a partir del nacimiento del derecho económico moderno algunas excepciones al dogma *societas delinquere non potest* sobre todo en materia tributaria aduanera o de la libre competencia”.*

Y añade que siendo así que se convierte *“la participación de las personas jurídicas y de otras empresas no es entonces la excepción sino la regla. Por eso tenemos que cuestionarnos si las excepciones al mencionado dogma no se están convirtiendo igualmente en la regla”*.

Por otro lado, en atención a lo señalado por Dino Caro Coria desde la perspectiva político criminal se puede advertir una necesidad tanto cualitativa como cuantitativamente, es decir, por un lado en cuanto a la cantidad de delitos que tienen lugar a partir de las actuaciones en favor de las personas jurídicas; y cualitativamente por los bienes que se encuentran en juego siendo que no solo se habla de daños patrimoniales y la pérdida de confianza en el sistema económico, sino también de daños a las personas como es el caso de la vida integridad y salud por afectación a los trabajadores por las condiciones laborales que presentan o a la de los consumidores por los productos fabricados por las empresas; no es menos relevante mencionar a las propias comunidades indígenas por los daños medioambientales que generan las empresas con sus actividades.

2.4.2. Funciones del Derecho Penal

Todo lo expuesto hace referencia incisiva a dos funciones del derecho penal: la función comunicativa y la función preventivo especial, siendo que la primera está referida a la necesidad de transmitir a las personas jurídicas el mensaje represivo de la norma penal, y la segunda, a motivar a las empresas a que su accionar sea conforme a ley.

En línea con lo anterior, se cae en cuenta de que existe una vinculación necesaria al análisis económico del derecho. Esto es, la persona jurídica —a

través de sus órganos de administrativos, claro está— realiza un análisis costo-beneficio, qué le resulta menos costoso ajustar su comportamiento a las normas o delinquir. De este modo se tiene como herramienta al Derecho Penal de la mano al control interno para evitar la comisión de delitos. Se advierte a la persona jurídica que se le sancionará penalmente porque se busca incentivarla a que ella misma controle sus riesgos.

El mencionado control interno tiene varias vías de acción, empero, la más conocida hoy por hoy es a través de los programas de cumplimiento o *compliance*. En ese sentido, y a razón de lo anterior, el análisis económico del derecho se evidencia con la siguiente pregunta ¿implementar un *compliance* es menos costoso que, por ejemplo, pagar la multa por la comisión de un delito?

Se efectuará un análisis a través de la teoría de los juegos, es decir, la persona jurídica realiza una elección racional entendida como la obtención del mayor beneficio con el menor esfuerzo. De ahí que se debe tratar que la implementación de estos modelos no sea tediosa ni complicada para incentivar a las personas jurídicas a su aplicación. Actualmente, se tiene un incentivo con la propia Ley 30424: la implementación de un *compliance* como eximente de responsabilidad de la persona jurídica.

3. Modelo de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas que debería seguir la Ley 30424

Ahora bien, habiendo acordado que sí es necesaria la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una óptica de la política criminal, la segunda pregunta es que, si ya tenemos un modelo regulado mediante la Ley 30424, entonces, ¿por qué en la práctica aún no ha tenido efectividad?

Al respecto, siguiendo lo mencionado por Laura Zúñiga, se puede concluir que la respuesta radica en que no existe un consenso respecto a la manera en cómo se debe aplicar este modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de manera que los operadores jurídicos no tienen certeza sobre cómo deben proceder en estos casos.

3.1 Modelos de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Existen varios modelos de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, los más conocidos son los de autorresponsabilidad, heteroresponsabilidad y mixto, siendo criticada la viabilidad de este último desde un punto de vista fenomenológico.

En términos sencillos, en el modelo de heteroresponsabilidad existe acción y culpa ajena, es decir, ambas se trasladan de la persona física hacia la persona jurídica. Dentro de este modelo, el profesor Zugaldía Espinar identifica dos teorías: la distribución de costes, que realmente no ha tenido mayor relevancia en España; y la del Sistema vicarial, defendida por Antonio del Moral. En esta última teoría el delito del directivo o representante se le imputa a la persona jurídica por reflejo rebote aplicando la teoría del representante o del alter ego. La crítica que surge es que contraviene al principio de culpabilidad y conforme a nuestro sistema jurídico se requiere que la persona responda por el hecho propio que ha cometido. Se proscribía un derecho penal de autor.

En ese sentido, me suscribo a la tesis de la autorresponsabilidad, que si bien no es menos problemática, sí es más adecuada. En ella, recogiendo lo señalado por Zugaldía, existen varias teorías como la teoría de la acción comunicativa, la de los sistemas sociales autopoiéticos y la teoría del hecho de la conexión —a la cual suscribo—.

La autorresponsabilidad no debe ser interpretada naturalísticamente, pues las manifestaciones de voluntades colectivas van a estar vinculadas necesariamente a la persona física, sin ella no existe la persona jurídica. Desde el punto naturalista siempre habrá esa vinculación.

Tanto acción como culpabilidad parten de ese defecto de organización empresarial. Esto es, como acción, la empresa no ha adoptado un programa de cumplimiento normativo que prevea eficazmente la delincuencia de entes. Con ello no se quiere decir que la persona jurídica se desvincula totalmente de la persona natural; si analizamos desde el punto de vista estrictamente naturalístico de la persona jurídica, evidentemente las manifestaciones de la voluntad de la persona jurídica provienen de sus representantes, pero en cuanto a la acción y la teoría del delito se recurre al concepto de defecto de organización empresarial como la falta de organización de una persona jurídica a nivel estructural para la prevención de delitos que pueden ser cometidos en su interior.

A nivel de culpabilidad, una persona jurídica cometerá este delito si es que falta una cultura jurídica y motivación para cumplir las normas. Pero esto tampoco significa que la mera inexistencia de programas de cumplimiento constituye por sí un comportamiento delictivo, no es condenada por un delito de inexistencia de programas de cumplimiento normativo o por inexistencia de cultura de respeto al derecho, sino **porque la persona jurídica crea un riesgo penalmente relevante** al no implementar los modelos de prevención y, además, **se puede representar en la posibilidad**

de que se cometan delitos en su interior y los acepta al no tomar las medidas preventivas correspondientes.

La crítica que surge es que la teoría del delito tradicional no es aplicable, por lo cual la tarea radica en **definir una teoría del delito corporativo**. En esa línea de ideas, es lo que nos ocupa hoy por hoy: elaborar una teoría del delito aplicable o que tenga en consideración las características particulares del personal jurídica.

Renzo Vásquez Villacorta

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El tratamiento español / 3. El debate alemán / 4. El modelo peruano.

1. Introducción

El gran trabajo para la dogmática penal es desarrollar una teoría del delito aplicada a las personas jurídicas, fortaleciendo las garantías procesales que le asisten, y determinando de forma uniforme los elementos esenciales de su imputación.

2. El tratamiento español

Haciendo un pequeño recuento del desarrollo que ha tenido la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el Derecho Español, que ya es un camino que se sigue de forma reiterada, los primeros antecedentes de acercamientos a la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro de la legislación española están en el Código Penal de 1983, el cual desarrolla la figura del actuar en nombre de otro, figura que estaba orientada a determinados delitos especiales.

No obstante, fue en el Código Penal Español de 1995 donde se desarrolla uno de los puntos que constituye el punto de partida del procesamiento penal de personas jurídicas y la atribución de sanciones “penales” a esta, ello referido a las denominadas consecuencias accesorias a la persona jurídica. Esta, al menos en teoría, constituye la primera aproximación real de la materia en el mundo hispano, y que brindó las primeras aproximaciones teóricas, a lo que luego de la reforma del 2010, se convirtió en lo que es la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Respecto a los modelos de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, se debe partir desde la heteroresponsabilidad o responsabilidad vicarial, en la cual la persona natural que comete el ilícito penal ge-

nera el traslado de la imputación por el hecho ilícito a la persona jurídica. Este modelo se aplica en la doctrina anglosajona, con el nombre del *alter ego*, aplicado a los directivos y administradores (de hecho, o derecho) de la empresa, es decir el cerebro o las cabezas de la organización, siendo una variación del modelo vicarial.

En esa misma línea, en su momento uno de los principales problemas de aplicación fue determinar la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, iniciándose un arduo debate si eran medidas administrativas o un nuevo tipo de sanciones penales, y si su aplicación correspondía netamente al delito cometido por la persona natural, o por el contrario debía construirse una teoría de imputación especial para la persona jurídica.

Al respecto se desarrolló el concepto de peligrosidad objetiva de la persona jurídica, esto es el peligro abstracto que genera una persona jurídica criminalizada. Sobre este punto, el profesor José De la Cuesta de la Universidad de País Vasco, mencionaba que, al hablar de peligrosidad objetiva, se estaba reconociendo inconscientemente la capacidad de acción de la persona jurídica, porque si hablamos de que existe una peligrosidad objetiva, estamos hablando de que la persona jurídica representaría un peligro para la sociedad, por lo tanto, tendría la posibilidad de generar riesgos, lo que justifica su intervención penal. De lo anterior, vemos que desde el desarrollo de las consecuencias accesorias se esbozan aproximaciones a la teorización de la capacidad de acción de la persona jurídica, que precisamente es uno de los principales motivos de controversia en negativa en la doctrina alemana.

Ahora bien, cabe mencionar que el Código Penal Peruano tiene una concepción finalista y ha tenido presente aforismo *societas delinquere non potest* (la sociedad no puede delinquir); no obstante la llegada de la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica al Perú fue parte de las aspiraciones e intentos de ser parte del grupo económico de la OCDE, el cual solicitaba formas de tratamiento penal a empresas inmersas en casos de corrupción internacional, mas no ha sido resultado de un desarrollo jurídico propio de la doctrina penal nacional, o de un compromiso del legislador para abordar nuevas formas de criminalidad.

Por otro lado, un punto a resaltar es la existencia de un Derecho Penal Corporativo, terminología que empieza a cobrar relevancia desde la doctrina.

No obstante, desde la judicatura y en general el Sistema de Justicia Penal Peruano, todavía se vive un proceso de asimilación de la existencia de un real Derecho Penal de la Empresa, que, para el sector público peruano, son conceptos bastante nuevos. Ello en cuanto reformulan los fundamentos

básicos del pensamiento penal clásico de procesamiento de punibilidad basados absolutamente sobre la persona individual. La escuela penal peruana tiene una formación finalista, que siempre parte desde la persona natural.

Ahora bien, regresando a la reforma del año 2010 en España, que incorpora la responsabilidad penal de la persona jurídica, es necesario entender la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad. Las consecuencias accesorias en el modelo de heteroresponsabilidad pura —en el caso peruano, y que incluso a la luz del Acuerdo Plenario 07-2009, que tuvo como ponente al Dr. Prado Saldarriaga— se definen como sanciones penales especiales, remarcando que la naturaleza jurídica es la peligrosidad objetiva que desprende el ente colectivo, toda vez que su organización genera un riesgo no permitido en la sociedad, evidenciado en la instrumentalización criminal del mismo. Ahora, regresando a la naturaleza, ya no de las consecuencias accesorias, si no de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y retornando a la teoría de Tiedemann, es menester abordar el análisis del defecto de organización por deficiente gestión de riesgos, en este punto el Tribunal Supremo Español ya se ha pronunciado, mediante la sentencia 154-2016 del 6 de marzo de ese año, y menciona claramente:

“Ha establecerse a partir del análisis de que si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas físicas que la integran, cabría de manifestarse en alguna de las formas concretas de vigilancia y control de comportamiento de sus directivos o subordinados jerárquicos”.

Entonces, ya el Tribunal Supremo Español menciona que el fundamento o la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la deficiente gestión de riesgo, un “*No compliance*”, y no quiere decir que se está creando un nuevo delito, en el que la mera ausencia de compliance es un hecho ilícito en sí; si no, que debe entenderse que de la existencia de un riesgo generado por la actividad de la empresa, irrogaba la obligación de gestionar dicho riesgo, y que por ausencia de dicha gestión se materializó un hecho ilícito. Entonces, es un factor que genera responsabilidad, pues existía un incumplimiento por parte de la empresa de la conducción de una adecuada cultura de respeto a la legalidad, al amparo de un adecuado sistema de control y vigilancia.

Una vez identificado el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica ¿Qué es lo que se debe probar en un proceso de responsabilidad penal de la persona jurídica? Ello merece una reflexión sobre la prueba del compliance, es decir, debe acreditarse la existencia de un correcto mo-

delo de prevención que obedezca a los reales riesgos de la empresa, caso contrario un modelo de prevención que no cumpla lo elementos básicos de un programa de compliance, o que no se adapte a los reales riesgos de la compañía, podrá ser catalogado como un *fake compliance* o un *paper compliance*. Al respecto, el Tribunal Supremo Español ha precisado que no basta con simplemente cumplir normativamente los estándares legislativos de un adecuado cumplimiento, sino que, materialmente se tiene que acreditar una adecuada gestión de riesgos.

De ello, que la Fiscalía para perseguir la responsabilidad penal de una persona jurídica, no solamente tendría la obligación de acreditar que se haya cometido un delito en el seno de la empresa; sino, que también deberá acreditar la existencia de una deficiente gestión de riesgos, por más que exista un aparente cumplimiento de las normas legales.

3. El debate alemán

Entonces, es interesante ver como se viene desarrollando una dogmática que fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica, determinando elementos propios y diferencias con la responsabilidad individual. No obstante, existen las oposiciones de la doctrina alemana, la cual mantiene el principio *Societas delinquere non potest*, y la pregunta es, ¿por qué? En este punto, la doctrina alemana se encuentra dividida; por un lado, tenemos a referentes como Claus Roxin que rechazan la responsabilidad penal de la persona jurídica en defensa del Derecho Contravencional; y por otro lado tenemos a tratadistas como Günther Jakobs o Tiedemann que impulsan su aceptación. Conviene entonces mencionar cuales son los principales puntos de controversia, los cuales se dividen en dos, un aspecto obstáculos dogmáticos y un aspecto de pertinencia político-criminal.

Dentro del debate dogmático, el primer punto recae sobre la capacidad de acción de la persona jurídica o la ausencia de esta; ya que una empresa no tiene una voluntad propia y autónoma, carece de una autonomía volitiva de manifestación de la personalidad [en términos finalistas], lo cual queda reservado para el ser humano, el cual puede cometer una acción en desprecio o rechazo de la norma, siendo este el criterio imperante en Alemania. No obstante, la oposición doctrinaria propone que la acción de la persona jurídica se determina tanto por los acuerdos societarios que se tomen en conjunto o la voluntad materializada de sus directivos, administradores o representantes, en seguimiento de la teoría del *alter ego* anglosajón.

El otro problema dogmático en Alemania es la culpabilidad, porque, en la doctrina clásica [por así llamar a los que rechazan la responsabilidad penal de la persona jurídica], se realiza el análisis de reprochabilidad, que consis-

te en la ausencia de respeto a los principios ético-sociales y la imposibilidad de actuar de acuerdo a la ley. Al respecto los promotores de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Alemania, a fin de fundamentar la culpabilidad, recurren a la doctrina angloamericana del *good corporate citizen* o el buen ciudadano corporativo, lo cual se complementa con los postulados de Heine, que proponen una teoría de culpabilidad autónoma basada en una deficiente gestión de riesgos determinado por un defecto de organización permanente, antes, durante y luego de la comisión delictiva.

Otro punto del debate dogmático es referente a la naturaleza o fines de la pena en relación con la persona jurídica, pues la doctrina clásica afirma que no podría considerarse como una sanción penal por no cumplirse con los fines de la pena de resocialización y reinserción social, siendo que dentro del concepto de pena siempre estará presente la idea de expiación como parte de la sanción penal. Buscando un fundamento de aplicación a una jurídica, se propone que la resocialización se da por intermedio de los miembros de la persona jurídica, al sufrir indirectamente estos los efectos de una pena a la persona jurídica, y ser estos los que determinan su voluntad y la conducta de este como ciudadano corporativo.

El otro eje de controversia se refiere a la pertinencia o necesidad político-criminal de sancionar penalmente a una persona jurídica, ello en defensa del Derecho Contravencional Alemán, que son las sanciones de naturaleza administrativa aplicables a las personas jurídicas en Alemania por contravención de su ordenamiento, argumentando que dichas sanciones administrativas serían suficientes y tienen el mismo efecto que la denominada responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que no habría mayor necesidad de esta.

No obstante, la doctrina que defiende la responsabilidad penal de la persona jurídica opina todo lo contrario; que con el auge económico de las corporaciones, la globalización de los mercados, el crimen corporativo es una realidad que puede afectar todos los niveles de la sociedad y el Estado. Por ejemplo, en la sociedad de riesgo propuesta por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1984, es posible advertir que los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la sociedad han aumentado grandemente, ello conforme a los cambios sociales y el desarrollo de la técnica. En su momento la llegada de la era atómica en la década de 1950 representó una exposición a una nueva clase de riesgos jamás antes vistos (capaces de destruir el mundo), ahora con la cuarta revolución industrial, los avances científicos, y el surgimiento de las megacorporaciones, estos riesgos crecen y se transforman.

En el caso concreto de las personas jurídicas, considerando los recursos, influencia, y capacidad de afectación, el riesgo que el delincuente corporativo puede representar puede llegar a niveles insospechados. Ante tal escenario, por un criterio de política-criminal, la sanción administrativa no tiene el impacto y finalidad de una sanción penal. Lo cual se enlaza con el denominado fraude de etiquetas, referente a la denominación de responsabilidad administrativa, cuando en el fondo trae una responsabilidad penal, guardando un impacto directo en la afectación reputacional de la empresa. No es igual decir que una empresa ha sido sancionada administrativamente a decir que ha sido sancionada penalmente; ante ello resulta conveniente citar el siempre recurrido caso de Arthur Andersen, la empresa auditora inmersa en el caso de fraude de Enron, siendo que Arthur Andersen no llegó a conocer el final de su proceso, porque el impacto reputacional que recibió había generado prácticamente su desaparición. El peso e impacto de un proceso penal es incomparable al de una mera sanción administrativa, lo que, a criterio propio, es correlativo con políticas preventivas y sancionadoras de política-criminal.

Ahora, respondiendo a la pregunta de si se está optando positivamente al seguir el modelo español de responsabilidad penal de la persona jurídica, en contraposición del rechazo de la doctrina alemana y el derecho contravencional administrativo, la postura adoptada es que es adecuado seguir el primer sendero, porque incluso la doctrina alemana cada vez está más inclinada a debatir o entrar en discusión sobre la posibilidad de una responsabilidad penal de la persona jurídica. No se puede contrariar la realidad material, y el mundo nos ha demostrado que los riesgos del delincuente corporativo son una realidad, tangible y riesgosa, por lo que el Derecho Penal y el Derecho Penal Corporativo deben desarrollarse en dicha línea.

4. El modelo peruano

Por otro lado, con respecto a los modelos de atribución de responsabilidad, a día de hoy el Perú ha adoptado un modelo mixto, ello toda vez que el modelo de imputación a la persona jurídica no parte desde la premisa del hecho propio de la persona jurídica en el modelo de autonomía absoluta, el cual está basado en la posición de garante de la empresa como ente generador de nuevos riesgos, con la responsabilidad de controlarlos, y que al existir una deficiente gestión de riesgos, y posteriormente la concreción de esos riesgos en hechos ilícitos, habría un incumplimiento de la posición de garante, lo cual fundamentaría la responsabilidad autónoma de la persona jurídica dentro de los postulados de Heine.

Tampoco es un modelo de responsabilidad vicarial o heteroresponsabilidad, en el cual el hecho cometido por la persona natural se traslada a la persona jurídica, al ser este un instrumento de su comisión. Dentro del modelo vicarial el elemento esencial es la cadena de atribución; es decir la vinculación entre persona natural, el delito cometido dentro de la actividad de la empresa y la propia persona jurídica, a fin de realizar, favorecer o encubrir el delito.

En efecto, el sistema de responsabilidad administrativa (penal) de la persona jurídica adoptado por el sistema peruano mediante la Ley 30424 y sus modificatorias, de acuerdo a su artículo tercero parte del delito cometido por la persona natural con capacidad de dirección, administración o representación, o del delito cometido bajo órdenes de estos, o por ausencia de su supervisión o vigilancia. Es decir, nuestra normativa se adhiere a la doctrina del *alter ego* anglosajona, en cuyo extremo es una variante del modelo de heteroresponsabilidad. No obstante, en su siguiente articulado (cuarto), es posible advertir que de forma expresa regula que la responsabilidad de la persona jurídica plenamente autónoma, la cual no está vinculada a la responsabilidad penal de la persona natural ni le afecta la extinción de esta.

En base a lo expuesto, se evidencia que por un lado elementos de heteroresponsabilidad y por otro, elementos de responsabilidad autónoma. Podría decirse entonces que el modelo peruano es de heteroresponsabilidad en el concepto de acción, y autonomía en un concepto procesal, un modelo mixto, o que incluso se podría denominar modelo de autonomía relativa. La situación obliga a trabajar una adecuada imputación a la persona jurídica, basada en una deficiente gestión de riesgos, o un *no compliance*, teniendo en consideración el eximente de responsabilidad por la implementación del modelo de prevención previo a la comisión del delito, regulado en el artículo 17 de la norma (la prueba del *compliance program*). En dicho sentido, me sumo al trabajo dogmático que promueve la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma autónoma, cabiendo mencionar que si bien tenemos un modelo mixto, esto representa una mejora sustancial en nuestra normativa y acorde a nuestro sistema jurídico; siempre expectante que — de acuerdo al desarrollo normativo y jurisprudencial de la norma— de las discusiones y acuerdos de la doctrina jurídico-penal, se alcance consenso en una teoría del delito propia de la persona jurídica o adaptación de la existente, misión a la cual la academia está encaminada.

II

Réplicas

Nicole Alexandra Díaz Coronel

El considerar a la persona física como **presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** conlleva a confundirlo con los **fundamentos** de esta responsabilidad penal; debiéndose a una inadecuada distinción dogmática. Desde un punto de vista naturalístico, es posible y, de hecho, necesario, señalar que la comisión de un delito por parte de la persona física es presupuesto de la posterior atribución de responsabilidad a la persona jurídica porque la colectividad de personas es el sustrato empírico de la empresa; sin embargo, en cuanto análisis desde la teoría del delito, se reconoce al defecto de organización como hecho de la propia persona jurídica. No debemos pasar por alto esa diferenciación.

Por otro lado, resulta interesante abordar el problema de la **autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** y las posibles contradicciones entre los artículos 3 y 4 de la Ley 30424 desde una concepción dual de la misma; es decir, considerar tanto su aspecto material como procesal. En cuanto al primero, la responsabilidad penal atribuible a la persona jurídica **no cuenta con autonomía material** porque se requiere como presupuesto que una persona natural haya cometido un delito; sin embargo, **sí cuenta con autonomía procesal** pues no es necesaria la sanción ni investigación de esta persona natural para responsabilizar a la persona jurídica. En esa línea de ideas, la persona jurídica sería tan solo procesalmente autónoma, pero no materialmente.

A propósito de la sanción a las personas jurídicas, no es menos importante destacar el impacto reputación que presentan las personas jurídicas al abrirlas un proceso penal en su contra. Así, en muchos casos fácticamente una persona jurídica se extingue mucho antes de que se expida una sentencia que declare su disolución. Aunado a ello, en no pocos casos, las empresas deben cambiar su denominación o razón social porque se ha hecho de público conocimiento que se encuentran investigadas penalmente y ello repercute en su vida económica, por ejemplo, pierde credibilidad en el mercado.

Finalmente, un último punto a considerar es que al crear un modelo de responsabilidad penal atribuible a las personas jurídicas es necesario tomar en cuenta la reparación a las víctimas. Al respecto, por ejemplo, Laura Zúñiga³ mencionaba que la responsabilidad penal de las personas jurídicas

³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Principales Desafíos de la Responsabilidad Penal de las Personas

también se orienta a la necesidad de establecer unas consecuencias que tengan que ver con la preparación a la víctima. Por ejemplo, en el Caso Prestige tan solo se castigó al dueño del barco cuando realmente detrás de los barcos petroleros se encontraban los intereses de las demás empresas, y el pago de la indemnización de las víctimas se pago en el 2019, es decir, 17 años después del hecho.

Renzo Vásquez Villacorta

Aun cuando se sostenga que puede haber cierta capacidad de acción de la persona jurídica con relación a los socios, los acuerdos o la eficiente gestión de riesgos, siempre se tendrá que partir de las acciones que realiza la persona natural porque esta es el origen de las acciones y motivaciones de la persona jurídica. En ese marco, resulta interesante la tesis mencionada al respecto de la contradicción entre los artículos 3 y 4 de la Ley 30424 de que podría referirse por un lado de la autonomía material y por otro de la procesal. Esta es una posición dogmática similar a la de la línea española. Entonces, por esta vinculación entre persona física y persona jurídica, se suscribe que la autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es procesal.

De hecho, el por qué el sustento político criminal es tan necesario en un proceso o responsabilidad penal de las personas jurídicas, reconduce a la práctica. Por ejemplo, en el derecho contravencional alemán sobre debate político criminal, el problema está en un tema probatorio de individualización; esto es, de tesis de imputación tanto a la persona natural como a la jurídica, pues no siempre la imputación a la persona natural será la misma que de la persona jurídica. Por todo ello, la autonomía cobra una especial relevancia.

Por otro lado, el debate sobre la teoría del delito estará vigente por mucho tiempo más, aunque está avanzando en algunos aspectos. Por ejemplo Tiedemann siempre parte del delito cometido por el órgano de la empresa, lo cual permite partir la construcción de la teoría del delito desde estas concepciones.

Otra discusión gira en torno a determinar si el eximente de responsabilidad es una causa de justificación o un aspecto negativo de la imputación objetiva. Al respecto, la respuesta variará según la teoría que se sigue, de manera que la respuesta será distinta si se aplica la teoría clásica de ti-

Jurídicas, en una ponencia realizada por el Colegio de Abogados Penalistas de Colombia y el Centro de Estudios Jurídicos de Latinoamérica (CESJUL), recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=uZ1sIAaSL88&t=1397s>

picidad, antijuridicidad y culpabilidad tendría o si se acude a la pirámide invertida, es decir, primero se analiza la culpabilidad de la persona jurídica para comprobar si cuenta con un programa de gestión de riesgos y solo posterior a ello, ver los otros elementos. El debate es amplio aún.

Subsiguientemente, se concuerda con el profesor Caro Coria en que debería haber un catálogo abierto de delitos; es decir, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solamente debería abrirse a otros delitos tipo ambientales, sino incluso a los delitos informáticos. Son casos que invitan a la reflexión. La aplicación de consecuencias accesorias resulta insuficiente porque son de diferente naturaleza jurídica totalmente distinta; por un lado, se responde a la peligrosidad objetiva de la persona jurídica mientras que con la Ley 30424, al defecto de organización. En ese orden de ideas se debe realizar una implementación al catálogo actual de delitos atribuibles a una persona jurídica.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida a Nicole Alexandra Díaz Coronel: ¿Cuál es el fundamento de la pena en el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas?

El fundamento de la pena, en el caso de las personas jurídicas, radica en su **función preventivo especial** en conexión al **análisis económico del derecho**. Esto quiere decir que mediante la sanción penal se busca motivar a la persona jurídica quien atenderá a cuestiones de costo-beneficio; es decir, se busca motivar a las empresas para que mediante su autorregulación elijan actuar conforme a ley e implementarse un modelo de prevención de delitos en vez de pagar una multa por la comisión de uno de ellos, por ejemplo.

Ahora bien, es cierto que pueden trasladarse críticas como las que se hacían a la teoría cognitiva de la pena, que la persona natural no actúa esperando ser descubierta por la comisión del delito, sino más bien confía en que no lo será y, con ello, no pondera posibles las consecuencias que tendrá con su comportamiento. Sin embargo, es distinto en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque se parte de un análisis patrimonial en dónde se cometen delitos con la finalidad de obtener un beneficio de carácter económico para las empresas, por lo cual los órganos sí evalúan el costo-beneficio de sus actuaciones.

Con base en lo señalado, se podría partir de un análisis desde la teoría de los juegos de manera que una persona jurídica —a través de sus órganos, por supuesto— va a elegir racionalmente entre cuál es sería el mayor beneficio que puede obtener haciendo el menor esfuerzo posible; específicamente, si le resulta más costoso delinquir o implementar un *Criminal Compliance* que cumpla con todos los parámetros para que no existan defectos de organización que permita o facilite la comisión de ilícitos penales.

Pregunta dirigida a Renzo Vásquez Villacorta: Según su propuesta ¿Implementar un catálogo abierto de delitos por los que una persona jurídica puede ser responsable vulneraría el principio de legalidad del Derecho Penal?

Si se trata de un catálogo abierto sin que se encuentre regulado, sí vulneraría el principio de legalidad. Sin embargo, la idea es que este catálogo cerrado vigente en la Ley 30424 pase a ser un modelo *numerus apertus*; es decir, que todos los delitos se puedan imputar a una persona jurídica y no solo los de cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico, financiamiento del terrorismo, lavado de activos, peculado, tráfico de influencias y colusión.

En la misma línea, considero que la incorporación de nuevos delitos debe ser paulatina, quizá comenzando por los demás de naturaleza empresarial donde la persona jurídica se vea beneficiada, porque debemos recordar que parte del fundamento de esta responsabilidad es que la empresa obtenga un beneficio.

Otro tipo de delitos que pueden ser incluidos en el catálogo de la Ley 30424 son los informáticos; por mencionar a uno de los ordenamientos que ya cuentan con ellos, Chile ya realizó esta incorporación. Se verá si esto sirve como incentivo para las personas jurídicas, sobre todo para las empresas de telecomunicaciones.

III. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

a. Ponencias

Valoración de la prueba con enfoque diferencial en la reparación integral por ruptura del vínculo matrimonial o marital por violencias basadas en género: el caso colombiano en clave del derecho convencional*

Catalina del Pilar Cardozo Arango**
Universidad de San Buenaventura (Colombia)

SUMARIO: 1. Introducción / 2. En clave convencional / 3. Enfoque de género / 4. Violencias basadas en género / 5. Reparación integral en las relaciones de familia / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Desde mi amada Colombia a mi amado Perú, es un enorme orgullo y honor compartir este momento de muchísimo crecimiento, tanto desde lo profesional como de lo humano. Le pido autorización a todas las personas por quienes estoy aquí para poder compartir con alegría, diversión y bienestar.

Se hablará en clave de derecho convencional, constitucional, principal y axiológico, esto es, en bloque de constitucional, nombre con el que se conoce a este cuerpo normativo superior y prevalente en Colombia y otros países latinoamericanos que comparten la estructura política de Estado Social de Derecho.

A continuación, se analizarán las relaciones de pareja formales que el Derecho de las Familias contemporáneo reconoce, regula y protege, a saber,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01al 03 de julio del 2022.

** Abogada por la Universidad de Medellín. Candidata a magíster por la universidad EAFIT. Fundadora de la comunidad académica Wikilawyers. Experta en Derecho de las familias, género, sexualidades diversas, discapacidad, enfoque diferencial, entre otros. Abogada litigante por más de 16 años. Asesora de distintas entidades públicas y privadas. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura. Conferencista internacional.

el Matrimonio y la Unión Marital de Hecho (como es nombrado el concubinato perfecto a partir de la expedición de la Ley 54 de 1990), desde su vivir, conformación, evolución y fin de la relación por divorcio o separación.

Algunas de estas relaciones de parejas están atravesadas por marcadas violencias estructurales de una sociedad y Estado Patriarcal, basadas en género de tipo físico, psicológico, sexual, económico, simbólico, entre otras, que van en contravía de una vida digna, sin miedo, pacífica y libre de violencias, en contra del buen vivir o vivir sabroso legado de nuestras comunidades negras y nativas de Abya Yala, del *sumak kawsay*.

Por ello es que se hizo necesario que la Constitución Política de Colombia en sus artículos 13, 42 (“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes) y 43 (“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación) estableciera la igualdad entre hombres y mujeres especialmente en las relaciones de familia, y con ello se erigió las bases y los pilares constitucionales del enfoque de género como método para creación, aplicación, interpretación, argumentación e integración de las normas jurídicas en el Derecho de las Familias.

A nivel convencional, se cuenta con normativa copiosa que fundamenta el enfoque de género como una política y metodología de aplicación obligatoria por los Estados parte para eliminar la discriminación, para proteger a las personas en condición de debilidad manifiesta o vulnerables, y para prevenir y erradicar cualquier tipo de violencia contra las mujeres perpetrada por cualquier persona, organización o por parte de agentes estatales por acción o por omisión, que sustentan además el bloque de constitucional sobre la temática de género y de donde emanan las obligaciones estatales en torno a la eliminación de todo tipo de discriminación y violencia basada en género.

Son de vital importancia Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1981) (CEDAW), las Recomendaciones 12 de 1989 y 19 de 1992 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1994).

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombianas de la mano han construido una jurisprudencia que ha permitido en los últimos

años que mediante incidente posterior a la sentencia se solicite (también lo debe procurar el juez de conocimiento de oficio) la reparación integral a favor de mujeres que durante su vida matrimonial o marital hayan sido víctimas de violencias basadas en género, con marcado acento de justicia transicional y restaurativa.

2. En clave convencional

Los convenios y tratados internacionales son aquellos acuerdos bilaterales o multilaterales que suscriben los Estados a nivel internacional. Algunos de ellos tratan sobre temas estrictamente políticos, como lo son los que se refieren a la delimitación de fronteras, otros versan sobre asuntos económicos, como los tratados de libre comercio.

Pero los que interesan para el desarrollo de la temática son aquellos que se refieren a los Derechos Humanos, que son aquellos que se han creado a partir de la finalización formal de la Segunda Guerra Mundial y la conformación de la Organización de las Naciones Unidas – ONU a partir del año de 1948., y que han permitido la conformación de una comunidad internacional de respeto mutuo y recíproco de unos mínimos vitales y fundamentales. Igualmente, en el Sur Global y América Latina contamos con nuestros propios instrumentos internacionales y la conformación de una comunidad andina y caribeña de naciones.

A título de ejemplo, se permite plantear los principales Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados tanto por el Estado colombiano como por el peruano, otro tópico que compartimos en común estas dos naciones hermanas:

1. Carta de las Naciones Unidas (1945).
2. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
7. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967).

8. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1981) (CEDAW).
9. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
10. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1994).

Así como se cuenta con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos de manera genérica también lo están en temas específicos. Por ejemplo, los que tienen que ver con género- mujeres y género-nuevas masculinidades, niñez y adolescencia, tercera edad, sexoafectividad e identidades de género diversas o no hegemónicas, discapacidad física y mental, entre otros enfoques territoriales y diferenciales como el étnico (el cual contiene los grupos poblacionales indígenas o nativos de Abya Yala, NARP -negros, afrodescendientes, raizales y palenqueros- y Rom o gitana), multi y pluri nacional o cultural, poblaciones migrantes y de víctimas, sobrevivientes y partícipes del conflicto armado.

El Derecho Convencional, como ya se indicó, está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Gobierno Nacional y ratificados por el Congreso de la República. Estos se integran al ordenamiento jurídico interno en categoría de primacía superior, por expreso mandato del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, tanto para su aplicación directa como para la interpretación correcta del texto constitucional y demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

Es por ello que esta categoría de normas superiores y prevalentes se ha integrado al “bloque de constitucionalidad”, denominación también usada en Ecuador y Bolivia, que se suma al texto constitucional propiamente tal y al catálogo axiológico y principal.

La expresión “bloque” se refiere a su carácter pétreo, resistente, consistente, concreto, inamovible, lo cual resulta de sumo interés entendido como una especie de cláusulas pétreas. De esta manera se limita al pueblo soberano entendido como constituyente primario para que no modifique ni elimine lo esencial y vital en ejercicio de la democracia, y se evite lo ya sucedido en otras latitudes. Nos referimos a los gobiernos nacionales socialistas de Europa del siglo pasado y a algunas dictaduras en América Latina del mismo siglo. No obstante su carácter de “bloque”, la amplitud y generalidad de sus normas permite que sean maleables y flexibles a diferentes contextos y tiempos.

Como ya se expresó, estas normas convencionales no solo hacen parte de la norma constitucional, sino que dentro de esta categoría jerárquica se encuentran en primacía y prevalencia aún por encima de la misma Constitución, y cómo no, de todo el ordenamiento jurídico. Por eso, nos atrevemos a afirmar que se puede presentar inconstitucionalidad de normas constitucionales, por encontrarse una norma constitucional en contravía de una norma constitucional jerárquicamente superior, como lo son las normas convencionales y las fundamentales.

En Colombia, la Corte Constitucional ha ejercido activamente el control de convencionalidad, pues es quien tiene el control automático de todas las reformas que el Congreso hace a la Constitución. El año pasado, por proyecto de ley presentado por el Gobierno del presidente Iván Duque, se modificó la Constitución en el sentido de permitir la cadena perpetua para aquellas personas que cometan delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Este fue un proyecto de acto legislativo y no es la primera vez que desde el ejecutivo o desde el legislativo se ha intentado promover este cambio en la legislación penal para establecer la permisión de la cadena perpetua en Colombia. Esto último sembrado por ciertos sectores políticos, sobre todo de ultraderecha, que mediante el populismo punitivo han intentado magnificar el caudal de su votación con un tema tan sensible como es el de las violaciones a los niños y niñas.

Este acto legislativo surtió todo el proceso respectivo y una vez llegó a la sede de la Corte Constitucional se declaró inexecutable o inconstitucional pues la nueva norma que permitía la cadena perpetua contra agresores sexuales de niños y niñas estaba en contravía con la propio texto constitucional y principalmente contra los tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados en Colombia que prohíben precisamente este tipo de penas.

En conclusión, los Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Congreso de la República hacen parte del ordenamiento jurídico interno en primacía y prevalencia no solo respecto a todo este sino también a la constitución misma, la cual se interpretará de conformidad con aquello, y esto es lo que hoy llamamos derecho convencional.

Este derecho convencional se comparte con todos los países de América Latina, de tal modo que en temas de género, discapacidad, diversidad, niñez y adolescencia podemos hablar desde la misma clave.

3. Enfoque de género

El Derecho de las Familias en clave convencional, constitucional, principal, axiológica e interdisciplinaria se ha puesto al servicio de las mujeres, para evidenciar no solo que la discriminación contra la mujer existe en el entorno familiar y la relación de la pareja, sino también para lograr la igualdad material e histórica y cesar todo tipo de violencia a través de la normativa y jurisprudencia así como del activismo judicial y administrativo, esto es, de todos los actores estatales y sociales.

Se reconoce primeramente que la discriminación y la violencia contra las mujeres no son hechos aislados e incuestionables sino un fenómeno social de carácter histórico, sistemático, estructural, hegemónico y con profundo arraigo cultural, que permea y está latente en todas las esferas y escenarios de las mujeres. Es por tanto un deber del Estado, de la sociedad y del derecho intervenir y contribuir para que no se presenten más esas asimetrías de poder a través de acciones estatales de prevención y sanción.

Es por todo lo expuesto que el Estado colombiano ha visto necesario revolucionarse desde lo normativo, estructural y funcional, y se ha sacudido para eliminar y atacar las diferentes clases de violencias a las que históricamente se han visto sometidas las mujeres. En orden a ello, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en los últimos años no solo ha hecho aplicación directa de los instrumentos convencionales sobre asuntos de género y la Constitución Política en los casos que han sido sometidos a su jurisdicción sino que además han construido un marco interpretativo que le permita a todos los jueces y juezas de la república aplicar en todos los casos la perspectiva o enfoque de género.

En particular, ha sido de enorme injerencia en el activismo judicial la aplicación directa de La Convención de Belém do Pará como instrumento y mecanismo de verificación. Esta norma convencional explica históricamente el por qué de la sociedad patriarcal, organizada jerárquicamente desde el predominio de lo masculino y el androcentrismo, lo cual ha derivado en poner a las mujeres en una posición de inferioridad, discriminación y vulneración. Una postura feminista humanista pretende llegar a una sociedad de estructura horizontal, en la cual desde el reconocimiento de la diferencia y la diversidad, podamos habitar este mundo equitativamente. Explica además el por qué la discriminación contra las mujeres ha originado el ejercicio de violencia basadas en géneros, las cuales están contravías del “vivir sabroso” de nuestros pueblos ancestrales, de vivir de manera digna y pacífica, sin miedo, en libertad y en igualdad.

Los Estados parte de la referida convención están en la obligación de que su legislativo elabore leyes para evitar o sancionar la violencia de género basada en género, así como que su ejecutivo, mediante decretos y políticas públicas que permitan crear el ambiente social y cultural donde cesen las violencias basadas en género y la discriminación contra las mujeres, de igual manera exige a que sus jueces apliquen el enfoque o perspectiva de género en todas sus actuaciones judiciales.

Colombia ha desarrollado algunas leyes principalmente referidas a la violencia intrafamiliar y las Altas Cortes han implementado en la última década de manera exitosa y eficaz el enfoque de género en sus providencias. La Comisión de Género de la Rama Judicial ha creado una serie de guías y de criterios para la aplicación del enfoque de género por parte de todos los jueces de la república.

El enfoque de género es una metodología epistemológica de aplicación obligatoria por parte de todos los sujetos procesales en todas las etapas del proceso. Inicia desde la presentación de la demanda y obliga al juez no solo a la admisión de la misma (que no impida el libre acceso a la administración de justicia) como a la lectura con otros ojos (las gafas de color púrpura o violeta) de hechos, pretensiones y elementos probatorios. Ese mismo juez desde el inicio del proceso deberá tomar medidas que permitan la protección a la mujer que se encuentre en estado de vulneración por violencia reiterada por parte de su pareja o por su condición económica, tales como órdenes de alejamiento, fijación de alimentos para el sostenimiento, embargo y secuestro de bienes sociales, entre otras.

El juez mediador no podrá obligar a la mujer a conciliar contra su voluntad e intereses y deberá en todo momento velar porque sus decisiones sean tomadas de manera libre, informada y sin que vulnere aún más sus ya precarios derechos personales y patrimoniales. Tampoco podrá obligar a que la mujer entre en confrontación directa contra su agresor.

En materia probatoria, el juez tiene el deber de ordenar pruebas de oficio si lo viese necesario para el esclarecimiento de la verdad, la reparación integral, el cese de las violencias y garantizar la no discriminación, aún en contra de un derecho procesal que se predica como rogado. También podrá fallar solo teniendo en cuenta la prueba indiciaria, pues en escenarios de violencias basadas en género se dificulta la obtención de otro tipo de material probatorio.

El juez en su sentencia deberá interpretar todas las piezas procesales documentales y testimoniales, la integralidad del material probatorio, las partes los hechos y las pretensiones y excepciones, conforme a este en-

foque de género, y deberá argumenta su fallo en la misma perspectiva. Y que prevalezca así el mandato constitucional de la supremacía del derecho sustancial sobre las formas.

Se precisa aclarar que este enfoque no se aplicará siempre en presencia de que una de las partes sea una mujer pues este enfoque solo se aplicará cuando esa mujer en cualquiera de las posiciones procesales se encuentre en estado de vulneración y sea evidente. Es allí donde el juez tiene el deber de usar el poder constitucional que le ha sido asignado e igualar las cargas procesales a través de la aplicación del enfoque de género.

4. Violencias basadas en género

En términos generales, las violencias basadas en género se han categorizado y visibilizado en cinco grupos: violencia física, sexual, psicológica, simbólica y económica.

La violencia física se manifiesta como las agresiones que se hacen en el cuerpo y la salud física del otro. La violencia sexual es todo aquello que violenta o vulnera la libertad sexual desde actos abusivos hasta accesos carnales. La violencia psicológica, son todas las acciones que por activa o por pasiva tengan como fin minimizar a la otra persona, a través de humillaciones, no reconocimientos, insultos, descalificaciones, celopatía, excesivo control, posesividad y celos, aislamientos de entornos académicos, laborales, familiares y de amigos, entre otras expresiones.

La violencia económica se presenta cuando uno de los miembros de la pareja es titular de todo el patrimonio, por lo cual la otra persona depende económicamente de él, o cuando se apropia de los bienes, recursos o ingresos del otro, o le impide trabajar. También es violencia económica el no reconocimiento al trabajo doméstico sin descanso y no remunerado. La violencia simbólica o machista se refiere a todo trato cruel basado en el género o mediante de imposición de estereotipos o roles de género.

Actualmente, la academia ha tejido la palabra con otras nominaciones de violencias adicionales. Una de ellas es la violencia ginecobstetricia, la que padecen a las mujeres al momento del embarazo y del parto, ya sea por parte de sus parejas, parientes o por parte del personal médico, Otra de ellas es la violencia basada en la orientación sexual y de identidad de género, mediante la cual se pretende reconducir hacia modelos heteronormativos hegemónicos a través de la violación, y se enfoca principalmente en hombres y mujeres trans, mujeres lesbianas y hombres gay. La violencia reproductiva se manifiesta tanto en aquellas mujeres obligadas a abortar como a aquellas que les han impedido concebir, gestar y dar a luz a través

de métodos de anticoncepción definitiva así como las obligadas a mantener sus embarazos y dar a luz en contra de su voluntad.

5. Reparación integral en las relaciones de familia

El legislativo colombiano ha sido muy tímido y poco eficiente para crear leyes que eviten y sancionen las violencias basadas en género y promuevan un ambiente de no discriminación contra las mujeres. En consecuencia, es la Corte Constitucional quien como legislador negativo se ha tenido que encargar de velar por este tema. Incluso, le ha dado orden al Congreso (exhorta) para que legisle en ese sentido, a pesar de que esto vaya en contra de la tradicional independencia de los poderes.

Uno de esos temas es el representado por las sentencias que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han expedido en el transcurso de los últimos dos años mediante las cuales se ha ordenado la reparación integral por parte del hombre agresor a favor de la mujer víctima y sobreviviente de violencias basadas en género en el marco de la relación matrimonial o marital.

La primera sentencia corresponde al caso de la exconsejera de Estado Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, quien durante su vida matrimonial fue víctima de violencia basada en género por parte de su marido, y quien en el proceso de divorcio contencioso no solo solicitó que se decretara el mismo y se declarara como cónyuge culpable al hombre sino que se condenara al pago de alimentos vitalicios a título de sanción. Su proceso caminó por la primera y segunda instancia sin el reconocimiento solicitado por carecer de necesidad para favorecerse de los alimentos; llegó en sede de tutela o amparo a la Corte Suprema de Justicia Sala Civil quien sí se los otorgó para que luego en impugnación la Sala Laboral se los retirara.

Al radicarse en sede de revisión de la Corte Constitucional, se profiere la gloriosa sentencia SU- 280 de 2020 mediante la cual nuestro alto tribunal no solo reconoce la violencia basada en género de la cual fue víctima la mujer sino que ordena su reparación integral a través de incidente posterior a la sentencia que decreta el divorcio, a solicitud de parte o de manera oficiosa por parte del juez. También se exhorta al Congreso a que legisle en este sentido pero aún no se ha promovido proyecto de ley al respecto.

Con posterioridad la Corte Suprema de Justicia extiende dicho efecto a los procesos declarativos de Unión Marital de Hecho (concubinato perfecto) a favor de la compañera permanente que haya sido víctima de violencia basada en género por parte de su compañero durante la vida marital (Sentencia SC- 5039 de 2021).

Este año, la corte Constitucional mediante sentencia C- 111 de 2022 ordena que en las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio o de cesación de efectos civiles deberán contener el pago de los perjuicios causados por el cónyuge culpable y la compulsa de copias a las autoridades competentes.

El juez de familia está en el deber de iniciar los incidentes de reparación integral, cualquiera sea la forma del fin del matrimonio o la unión marital de hecho y habiendo verificado la presencia de violencias basadas en género durante la vida matrimonial o marital, para que las víctimas puedan vivir “sabroso”, que es la forma en que las comunidades afrocolombianas han sobrevivido a la violencia del conflicto armado desde la resiliencia y con la esperanza de construir una vida mejor, pacífica, digna, sin miedo, igualdad y libre.

De esta manera, los abogados y abogadas que ejercen en el Derecho de las Familias no solo deben formarse en lo convencional y constitucional, sino que deben sumar a su repertorio una formación en género, enfoques diferenciales y reparación integral, en el marco de la justicia restaurativa y transicional. No bastará el conocimiento tradicional del derecho sustancial y procesal, se requiere hoy un abogado y abogada integral e interdisciplinar.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿El gobierno colombiano, en afán de generar acciones positivas ante las mujeres, pierde el enfoque de que los hombres también son víctimas?

Sí. Cuando hablamos de enfoque de género, aunque en principio se habla de las mujeres por la discriminación histórica y la violencia estructurada que las afecta, también permite el reconocimiento de las nuevas masculinidades, entendiendo que el sistema patriarcal es un sistema donde todos participan y han puesto algo para estructurarlo, de modo que los hombres han sido víctima también del sistema patriarcal. Tan solo observando el conflicto armado, las cifras arrojan que las principales víctimas fueron los hombres, cuyos cuerpos son usados para la guerra. Así pues, desde el enfoque de género y las nuevas masculinidades, hay que darle una lectura y visibilización a los hombres, para no estigmatizarlos con roles y estereotipos, para escuchar sus versiones y puntos de vista; hombres que hoy reclaman ser pares corresponsables desde el cuidado, la formación, la atención, que no sean vistos solo como máquinas de dinero. Lo que refiere la pregunta se llama violencia estructural, que es cuando algunos jueces, comisarios o defensores de familia se burlan directamente u omiten las

peticiones o la necesidad de ayuda de los hombres violentados. Por ello, se llama a los hombres a que se levanten desde el feminismo a pedir que se deje la estigmatización, que pidan ser pares corresponsables desde lo económico y afectivo, que pidan ser escuchados y ser tenidos en cuenta, porque estos derechos también son de ellos.

6.2. ¿Cómo ha manejado el Estado colombiano el acceso a la justicia por parte de las mujeres violentadas en comunidades alejadas? ¿El gobierno electo ha planteado alguna reforma?

Eso se llama “acceso a la justicia con enfoque de género”. En aquellas comunidades donde no hay Estado, ni hay juez, comisarios o defensores de familia para proteger a las mujeres, lo que se ha establecido es que, por la carencia de la presencia del Estado y el conflicto constante, los conflictos se resuelvan desde la ancestralidad, lo comunitario. Por ello, hoy estamos hablando del enfoque étnico, porque las comunidades indígenas, a través de toda Colombia, nos enseñan como –desde el territorio– se hacen estos procesos de reparación integral, en los que se tienen en cuenta a las mujeres. Si bien estas comunidades antes de la colonización tenían estructuras patriarcales y machistas, la colonización las exacerbó. Precisamente, son las mujeres que durante estos años quedaron viudas, fueron violadas, secuestradas o desplazadas quienes desde la ancestralidad se han dedicado a resolver estos conflictos. De forma similar, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras nos enseñan como solucionar desde lo comunitario a solucionar estas situaciones y protegerse colectivamente como mujeres.

6.3. En atención a la segunda pregunta ¿El gobierno ha planteado alguna reforma?

La electa vicepresidente se ha autodeclarado feminista, viene de comunidades afrocolombianas ancestrales y parece que sí pretende dar un enfoque para estos reconocimientos. Recordemos que la Comisión de la Verdad solo tiene un capítulo de violencias basadas, que invito a leer para complementarlo con los otros informes de violencias basadas en género del Centro Nacional de Memoria Histórica.

a. Mesas de diálogo

Análisis crítico y jurisprudencial en torno al sujeto activo del tipo penal de feminicidio*

Victoria Solis Peña**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Nicole Xiomara Torres Flores***

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Nathaly Baldeon Lopez****

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I

Análisis crítico en torno al sujeto activo del tipo penal de feminicidio

Victoria Natividad Solis Peña

SUMARIO: 1. Introducción: Feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano / 2. Análisis del Acuerdo Plenario 01-2016 / 3. Análisis de la postura de la Corte Suprema en base al Acuerdo Plenario 01-2016 / 3.1. Distinción del Bien Jurídico Protegido / 3.2. Acuerdo Plenario 09-2019/ Interpretación de violencia por su condición de tal / 4. El sujeto activo en el tipo penal del feminicidio.

* Mesa de diálogo virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01al 03 de julio del 2022.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de Marcos. Con título de segunda especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con experiencia en litigio en casos de violencia de género y procesos relacionados a derechos humanos de las mujeres.

*** Estudiante de 5to año de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Coordinadora General del Taller de Estudios Penales. Coordinadora del Área de Violencia contra la Mujer de Amachaq Escuela Jurídica. Asistente en investigación en la Escuela del Ministerio Público.

**** Estudiante de Derecho de tercer año en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Voluntaria en Trini-Proyecto Harvard, Miembro principal del Taller de Estudios Penales.

1. Introducción: Femicidio en el ordenamiento peruano

Es necesario recordar que cuando se estudia el tipo penal de femicidio, este cuenta con 10 años en el ordenamiento jurídico peruano. Como bien se sabe, en el 2011 mediante la Ley N.º 29819 se logra incorporar a través de la figura del delito de parricidio la primera regulación del delito de femicidio; posteriormente en el 2013 se incorpora en nuestro Código Penal, como un delito autónomo en el artículo 108-B.

También es relevante tener una perspectiva histórica sobre el delito de femicidio; pues para aquellas personas que se abocan a tocar la problemática entorno a los casos de violencia de género y la lucha por los derechos de las mujeres, la incorporación del delito de femicidio en el ordenamiento jurídico peruano es sustancial. Ello en virtud de que en los años posteriores en el Perú muy posiblemente habrá una incorporación, aprobación y promulgación de normas políticas públicas de aquellas leyes que van a ampliar el marco de protección de los derechos de las mujeres para acceder a una vida libre de violencia; es decir, este delito trajo y traerá como consecuencia el fortalecimiento de una política pública que atienda la violencia contra las mujeres como un tópico central y de interés público.

Muchas de esas normas como la Ley N.º 30364, que es una de las más relevantes que se aprobó en el 2015, aún no se aplican como tal; sin embargo, es importante comprender que el delito de femicidio en base a el conocimiento de lo que establece la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, es indispensable porque establece un marco conceptual que tiene que ser incorporado en la interpretación sistemática que recaiga sobre el delito de femicidio.

Desde el 2013 hasta la actualidad se han realizado modificaciones al delito de femicidio; es decir, se han ampliado las causales y las agravantes de este delito; por otra parte, se han aumentado las tensiones. En total ha habido tres modificatorias.

La problemática del femicidio sigue siendo una realidad en nuestro país. Lamentablemente desde el 2015 hasta el 2020, según lo señalado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, han ocurrido en el Perú al menos 756 casos de femicidio; es importante considerar la data como un marco introductorio en cuanto exige observar minuciosamente al derecho penal, ya que este no soluciona todo. Sí contribuye a muchos avances, pero en sí misma la norma penal no erradicará el problema de fondo, que es la discriminación, la violencia contra las mujeres, etc. Es necesario implementar políticas públicas y tomar medidas preventivas; es así que es me-

nester citar a Catherine Mackinnon, penalista estadounidense feminista, quien menciona que “la ley no es todo pero tampoco es nada”. Esto quiere decir que la incorporación del delito de feminicidio en el Perú ha sido muy importante pero no suficiente. Uno de ellos es comprender adecuadamente el delito, mirar críticamente cómo se está aplicando y saber cuáles son los pendientes por mejorar.

2. Análisis al Acuerdo Plenario 01-2016

Este es el primer acuerdo plenario en el cual la Corte Suprema interpretó el delito de feminicidio y abordó el bien jurídico protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el comportamiento típico, el elemento subjetivo y los contextos de comisión. Sobre los puntos que se pronunció la Corte Suprema se puede desprender que el feminicidio es un delito especial; sin embargo, debería ser considerado como un delito común. Lamentablemente con este acuerdo plenario se le considera como un delito especial; es decir, un delito que solamente puede ser cometido por hombres y que debe ser interpretada esta condición de hombres en un sentido natural. No obstante, si un juez se encuentra en contra de la aplicación del acuerdo plenario, este puede mantenerse al margen con base en un sustento lógico y crítico. Ello se puede ejemplificar con el caso de Solsiret Rodriguez —una ex activista feminista— el que una de sus victimarios, un mujer llamada Andrea Aguirre, podría ser sancionada por el delito de feminicidio.

El Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia del Callao, se pronunció en una sentencia que se desarrolló en el mes de mayo, señalando que Andrea Aguirre no podía ser sancionada por el delito feminicidio, por lo que a la fecha hay una apelación contra la sentencia. De este modo se cuestiona si las mujeres pueden ser agentes activos del delito.

Sobre la postura que adoptó la Corte Suprema Justicia con el acuerdo plenario mencionado, se han desarrollado algunas posturas críticas, en las que primero se menciona que establece una interpretación biologicista y heteronormativa sobre la violencia de género cuando establece que solamente los hombres pueden cometer el delito de feminicidio, en el que se pone en evidencia uno de los muchos estereotipos acerca de las relaciones filiales: estereotipo que señala que el feminicidio solo puede ocurrir en las relaciones heterosexuales.

Por otro lado, una de las críticas que se realizan al acuerdo plenario es que este soslaya las relaciones estructurales que justifican la existencia del delito de feminicidio; es decir, que desconoce el contexto en el que se comete el delito y no se aboca directamente al sexo del victimario, sino a la discriminación de género. Por otra parte, otra de las posturas que adop-

tó el acuerdo plenario es la vulneración al principio de legalidad, ya que acorde a lo establecido en el código penal en el artículo 108-B, no se ha restringido el delito únicamente a los hombres.

3. Análisis de la postura de la Corte Suprema en base al Acuerdo Plenario 01-2016

De este modo, es necesario que se haga una revisión crítica al Acuerdo Plenario 01-2016 —que ha limitado la interpretación del delito feminicidio—, para lo cual es necesario entrar en el contexto del año 2016 y entender la motivación de la Corte Suprema. En primer lugar, se configuró un equívoco de comprensión del bien jurídico protegido del delito de feminicidio; en segundo lugar, una falta de entendimiento sobre cómo se configura la conducta típica del delito y finalmente la posición de la Corte Suprema fue establecida sin diálogo alguno con estándares internacionales sobre violencia contra las mujeres, es decir, no se aplicó ni el bloque de constitucionalidad ni el principio de convencionalidad.

3.1. Distinción del bien jurídico protegido

La referida ley es una norma promovida por el Estado peruano con el fin de prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar. La Ley N°30364 marca un punto de contraste en la historia de la lucha contra la violencia familiar pues dicha ley protege el género femenino y a la familia.

Sin embargo, de dicha ley se desprende una problemática, pues la norma no centra su persona de protección; es decir, la norma, o bien protege a la mujer en su condición de tal o bien la protege por ser miembro del grupo familiar. Dicho de otro modo, la norma no puede concentrar dos bienes jurídicos cuya protección es totalmente diferente porque genera que la norma entre en contradicción consigo misma. Una clara señal de lo aludido es que, si bien la norma protege a la mujer en su condición de género, la norma también podría castigarla en el supuesto que sea la mujer la que violenta a los hijos o esposo.

Un problema similar al aludido en el párrafo anterior tiene lugar en el artículo 122-B del Código Penal, cuando hace mención a “una mujer en su condición de tal o integrante del grupo familiar”, porque por un lado la norma en principio tiene por finalidad proteger al género mujer; sin embargo, en paralelo, podría castigarla en protección al género hombre, si este fuera lesionado por una mujer. Además, la condicionante de ser parte de la familia genera un contrasentido dentro de la norma, pues el 122-B

no tenía por finalidad dar cobertura a las lesiones que pueda presentar un hombre al ser lesionado por su esposa; sino que en realidad buscaba enfrentar una realidad social innegable que envuelve a la mujer como principal víctima de violencia por parte de su pareja.

El delito de feminicidio se encuentra en la sección de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud del Código Penal; así, la Corte Suprema finalmente llega a la conclusión que el bien jurídico protegido por este delito es la vida humana y se limita al establecer que ese es el único bien jurídico que se protege con este delito. Al mencionar la limitación, es necesario recurrir al fundamento de la incorporación del delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano fue reconocer la desigualdad y la discriminación estructural a la que estaban sometidas las mujeres; esta fue la razón del tipo penal específico.

Claramente uno de los cuestionamientos que se hizo desde el movimiento de Derechos Humanos de las mujeres no solo en Perú, sino en América Latina es que el delito de homicidio que protegía la vida no era suficiente para responder a las formas violentas en que eran asesinadas las mujeres, en las que se tenía que reconocer que había un móvil y un contexto de discriminación estructural. Por ello, en base a estudios de la profesora Ingrid Díaz, que han sido incorporados por la Corte Suprema en su jurisprudencia, el delito de feminicidio no solamente protege el derecho o el bien jurídico vida y el bien jurídico de igualdad, más concretamente la igualdad material. Respecto a lo mencionado la Corte Suprema ha ido variando en sus pronunciamientos; por ejemplo, en la Casación 851-2018-Puno se reconoce al delito de feminicidio como un delito pluriofensivo en el que se afectan diversos bienes jurídicos como el derecho a la vida y por supuesto, la igualdad.

3.2. Acuerdo Plenario 09-2019/Interpretación de violencia por su condición de tal

El delito de feminicidio se ejecuta en un contexto de discriminación estructural contra las mujeres; ello lo señalan las estadísticas y el estudio de los casos concretos. Es necesario analizar desde el derecho las evidencias; por ejemplo, en el año 2019 la data sobre la tolerancia ante la violencia contra las mujeres a nivel nacional tanto en hombres como en mujeres era alarmante: casi el 60% de la población mostraba tolerancia sobre la violencia contra las mujeres; es decir, legitimaba estereotipos, dentro de los cuales la mujer es la que ocasiona su violación y abuso producto del uso de diferentes prendas. La discriminación y los estereotipos de género están presentes en gran parte de la población peruana, y por tanto restringir

el sujeto activo únicamente a los varones es no responder a una realidad caracterizada por la discriminación estructural.

El tipo subjetivo del delito —es decir, la conducta típica del delito determinada por la Corte Suprema sobre el Acuerdo Plenario 1-2016— falla en cuanto no realiza una adecuada interpretación sobre lo que significa matar una mujer por su condición de tal. Esta situación ha ido cambiando en la jurisprudencia y se evidencia en los acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema; es así que, en un acuerdo plenario del 2019 se pronuncia sobre el delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar en el artículo 122-B, señalando que para poder interpretar este elemento normativo es necesario recurrir al numeral 3 del reglamento de la Ley 30364, que define a la violencia contra las mujeres por su condición de tal, concepto que debe ser adoptado por los jueces juezas penales en la judicialización de los casos concretos.

4. El sujeto activo en el tipo penal del feminicidio

El numeral 3 del reglamento de la Ley 30364, define a la violencia contra las mujeres por su condición de tal como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades; se relaciona también con la aplicación de estereotipos de género que son atribuciones a ideas preconcebidas que se atribuyen a las mujeres en base al sistema de género que genera desigualdad entre hombres y mujeres, tal como la idea de que las mujeres solo deben estar en la casa y que solo deben hacer el trabajo doméstico.

Por ello, los estereotipos son parte del móvil de los feminicidios; en esta línea, estudios de la Defensoría del Pueblo —entrevistas a los feminicidas— determinan que el asesinato contra la mujer se dieron porque ella decidió romper la relación, porque sentían celos, porque ella ya no quería volver con ellos, etc. Es decir, las mujeres quebrantaron estereotipos de género y ese es el contexto y parte del móvil por el cual los feminicidas cometen el delito.

Para poder comprender el delito de feminicidio y por qué el sujeto activo no debe estar restringido solamente los hombres, se debe aplicar el bloque de constitucionalidad y observar los tratados internacionales de Derechos Humanos vinculantes para el Perú; por ejemplo, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas en las que se define la violencia contra las mujeres sin restricción sobre el sexo de las personas que perpetra esta forma de violencia; así, la Convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, más conocida como la Convención Belem Do

Pará tampoco realiza restricción alguna sobre el agente que comete violencia contra las mujeres.

Entonces, definitivamente una interpretación sistemática armónica del legislador penal —o, mejor dicho, de los jueces de la Corte Suprema— no es aplicada en los casos concretos, por lo que deben tomarse en cuenta estos estándares internacionales para poder aplicarlos en el derecho adecuadamente y no hacer esa restricción irracional respecto al sexo del sujeto activo.

En conclusión, el delito de feminicidio ha evolucionado a través del tiempo, así como su comprensión en el marco de los estándares internacionales de Derechos humanos y del análisis consistente del tipo penal sobre cómo está construido, y elementos normativos. El feminicidio es un delito común, ya que puede ser cometido por cualquier persona independientemente de su identidad de género.

Fundamentos para una interpretación extensiva acerca del sujeto activo del delito de feminicidio

Nicole Xiomara Torres Flores

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El vínculo con el Acuerdo Plenario N°001-2016 / 3. Las normas extrapenales / 4. La búsqueda del entendimiento entre la norma que contiene el feminicidio y el criterio jurisprudencial del Acuerdo Plenario.

1. Introducción

Para comenzar, es menester señalar algunas consideraciones críticas a raíz de la interpretación que realizó la Corte Suprema con el Acuerdo Plenario N.º 001-2016 que analiza los alcances del tipo penal del feminicidio. Dado que la jurisprudencia peruana se ciñe a estos criterios, se sigue generando —entre las tantas dudas— una interrogante en torno al sujeto activo del tipo penal de feminicidio, pues a nivel de título de imputación solo el hombre biológico es quien con su actuar delictivo en determinados hechos puede ser el agente activo en el tipo penal establecido en el artículo 108-B.

Sin embargo, ¿cuál es el camino que se ha recorrido al interpretar quién realmente puede ser sujeto activo en el tipo penal del feminicidio? Inicialmente, el 18 de julio de 2013 se logró incorporar a nuestro Código Penal el delito de feminicidio de manera autónoma en el artículo 108-B. Su descripción legal es iniciada —hasta el día de hoy— por la premisa “*El*

que [...]”, que efectivamente da pie a un entendimiento de que cualquier persona natural pueda convertirse en sujeto activo puesto que se trata de un delito común.

2. El vínculo del Acuerdo Plenario N.º 001-2016

El Acuerdo Plenario N.º 001-2016 intentó responder o de aclarar la pregunta sobre quién podría ser autor del delito de feminicidio. Menciona en sus fundamentos jurídicos 33 y 34 que, en el marco de una interpretación restrictiva, “[...] *solo un hombre puede actuar contra la mujer por su género o su condición de tal*”. El A.P. que por la misma estructura del tipo puede ser sujeto activo un hombre en sentido biológico y su actuar delictivo lo hará en un contexto de violencia de género; es decir, matará a una mujer por su condición de género. De esta forma, aparentemente, se solucionó un problema doctrinal; no obstante, en la praxis es totalmente diferente de lo que se espera, pues la solución no llegó nunca. En consecuencia, se desestima en realidad una perspectiva con un enfoque de género que, ante la variabilidad de contextos que bien se encuentran descritos en el tipo penal del 108-B y la Ley 30364 en casos de violencia contra la mujer o en la Ley 27942 la ley de coacción, hostigamiento y acoso sexual, la mujer puede ser también un agente activo en estas circunstancias.

A consideración personal, no hay diferencia ni física y psicológica para poder realizar una distinción que genera a la larga atisbos de impunidad y de ineficacia de la misma norma; incluso bajo este argumento podríamos considerar que otros delitos comunes se pueden interpretar luego en un Acuerdo Plenario como delitos especiales que requieren una función especial, una forma propia de funcionalidad en el sujeto activo. Afortunadamente, ya se cuenta con el pronunciamiento de la Corte Suprema. Al respecto, el Recurso de Nulidad N.º 453-2019 indica que el feminicidio no es un delito especial, postura que dilucida la interpretación del delito.

Así las cosas, una mujer puede asesinar a otra mujer en diferentes contextos; existe una variabilidad sobre el contenido de la norma penal del 108-B en su primer párrafo, también de La Ley 30364 que delimita en su artículo 3 los enfoques necesarios para una correcta interpretación y aplicación de las normas relacionadas a la violencia contra la mujer y propiamente del feminicidio. El enfoque más importante que es conveniente mencionar es el enfoque de género, que orienta estrategias de intervención dirigidas al logro de la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres. Esta igualdad no se refiere solamente a la obtención de derechos o del reconocimiento de derechos para las personas sino también a una imposición de deberes. Esto es, qué es lo que tiene que cumplir una persona por pertenecer a un

grupo social, a un estado con sus propias normas sociales, jurídicas y las reglas que se producen para convivir en armonía y en paz.

3. Las normas extrapenales

También guarda relevancia el contenido del reglamento de la Ley N.º 30364 cuando detalla cuál es la orientación del criterio que se debe tener al investigar el delito (en el artículo 3) como una exhortación a las instituciones que intervienen en la investigación de este tipo de casos. Otro instrumento que ayuda a comprender la postura defendida es un boletín jurídico publicado en noviembre de 2020 que se titula “El feminicidio: matar a una mujer por su condición de tal”, el cual se ha gestado desde el Poder Judicial, el cual expone que el sujeto activo puede ser un varón o una mujer tomando como base el pronunciamiento de la Corte Suprema como una extensión a los criterios esbozados del A.P 1-2016.

4. La búsqueda del entendimiento entre la norma que contiene el feminicidio y el criterio jurisprudencial del Acuerdo Plenario

Ante lo anterior esbozado, pese a que las normas inviten a considerar un enfoque igualitario, no es posible la armonización de la norma y la instancia suprema sobre la postura del sujeto activo que aún se encuentra como criterio vinculante. Esto definitivamente es —como lo menciona la profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ingrid Díaz Castillo— un tema cultural, un tema de percepción sobre un determinado sector que aún se encuentra desfazado.

Los juristas no solo no conciben que el delito se configure en una relación no heterosexual, sino que también se soslayan una extensa tipología respecto de las relaciones de pareja. Pueden expresarse en la realidad los contextos descritos en la norma en una pareja homosexual, lésbica, transexual o transgénero. Debe entenderse que el fundamento del feminicidio no se basa en el sexo, sino en el género y lamentablemente es lo que no se prevé. Por esta razón existe la divergencia entre el legislador y determinados juristas al desarrollar este controversial Acuerdo Plenario.

Análisis y crítica al sujeto activo del tipo penal de feminicidio: ¿Solo el hombre puede ser feminicida?

Nathaly Ximena Baldeon Lopez

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Estadísticas y análisis de la creación del tipo penal de feminicidio / 3. El sujeto activo en el tipo penal de feminicidio / 4. El sujeto pasivo en el tipo penal del feminicidio.

1. Introducción

Desde el marco político peruano, la situación de la violencia feminicida debe ser tratada con pinzas, puesto que nuestro país es uno a nivel Latinoamérica en el que se desarrollan más casos de violencia contra la mujer. Estos datos se encuentran en las estadísticas desde el año 2009, precisados por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en los cuales se pone en evidencia el alto índice de casos de violencia contra la mujer, por lo que es necesario observar las variaciones que hubo dentro de ella, haciendo énfasis en el perfil del feminicida; es decir, el sujeto activo del delito de feminicidio ha variado significativamente con el paso de los años, de hecho, en el marco de las estadísticas, el mayor porcentaje de violencia contra la mujer se la conforman ex convivientes y ex esposos.

Por lo tanto, se debe hacer un análisis desde el marco político peruano actual que pueda determinar la situación del sujeto activo del tipo penal de feminicidio; para ello, es necesario citar a Diana Russell y Jane Caputi quienes en el año 1990 determinaron el concepto de feminicidio como el asesinato de mujeres realizado por hombres motivados por el odio, el desprecio, el placer o por un sentido de propiedad sobre las mujeres.

Al pasar dos años, Diana Russell y Jill Radford redefinieron el concepto de feminicidio determinando que este tipo penal sería el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres, definición que permite contemplar el grado de violencia orientado por la subordinación y la desigualdad entre mujeres y varones, por la condición de mujeres —que se encuentran subordinadas y sometidas a las decisiones de los varones—; en este extremo es manifiesta la supremacía masculina relacionada con los estereotipos de género insertados en la sociedad peruana.

De este modo, al buscar la definición de problemas sociales que moldearon el concepto de feminicidio, es importante recurrir a un análisis de los contextos socioeconómicos, políticos y culturales en los que se enmarca el desarrollo de la violencia contra la mujer y la relación de poder y subor-

dinación entre hombres y mujeres, en las que se destaca la desigualdad de género, el control, el dominio y sobre todo la vulnerabilidad de la mujer en el desarrollo del feminicidio.

En consecuencia, se desprende que el feminicidio encuentra su fundamento en un problema estructural, en un entorno social y político que no promueven y ni fomentan la erradicación de la violencia contra la mujer a tiempo, logrando de este modo el aumento masivo de los casos a causa de la inequidad de género, fortificada con el pasar de los años a raíz de las relaciones y tratos desiguales entre los géneros.

2. Estadísticas y análisis de la creación del tipo penal de feminicidio

Además, se debe señalar que para establecer un marco histórico de la creación del delito de feminicidio y su inserción al Código Penal peruano, se requiere reconocer el contexto y la data estadística. En el año 2013 se inserta el delito de feminicidio en el Código Penal peruano en el artículo 108-B; en el año 2015 se crea la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, formulada con base en el contexto del desarrollo y crecimiento de la violencia contra la mujer en el Perú, cuyo auge se debió a la masificación de los estereotipos de género.

Así pues, se requiere de un análisis actual de la tasa de feminicidios —ofrecida por el Observatorio Nacional de Mujeres—. En el año 2015 se contaron con 84 víctimas por feminicidio; en el año 2016, con 106; en el año 2017, con 131; en el año 2018, con 150; en el año 2019, con 148; en el año 2020, con 132; en el año 2021, con 147; y en el año 2022 hasta finalizar el mes de febrero se contaron con 26 feminicidios. A partir de los datos mencionados es necesario hacer una reflexión en torno al crecimiento masivo de la tasa e índice de feminicidios en el Perú posterior a la creación de la Ley N.º 30364 y de la inserción y tipificación del delito de feminicidio en el Código Penal peruano.

Ante ello, resulta capital reconocer el sujeto activo del delito de feminicidio, el contexto del desarrollo del delito, las etapas para llegar al feminicidio y la aplicación de la sanción penal al sujeto activo, así como el reconocimiento del sujeto pasivo en torno a la identidad de género.

3. El sujeto activo en el tipo penal de feminicidio

Al hacer referencia al delito de feminicidio se debe entender que su regulación penal se realiza con base en los contextos de violencia familiar, y que

las estadísticas señalan que estas víctimas fueron asesinadas por el esposo, exesposo, expareja, algún conocido o desconocido también. Claramente el feminicidio no es la primera agresión que el sujeto activo realiza a la víctima; la comisión este delito implica un conjunto de etapas, de lesión física y mental. Los diferentes reportes manifiestan que gran parte de violencia de género se desarrolla en ámbitos domésticos; es decir, en contra de las amas de casa. Esta situación no es ajena a los ciudadanos, pues aún se mantiene una mentalidad paternalista y machista, cuya mejor —o peor— expresión es la tasa de mujeres víctimas de violencia y los feminicidios reportados. De este modo se comprende que la mujer no está segura ni en la calle ni en su casa.

En segundo lugar, el escenario del hostigamiento o acoso sexual se ha expandido durante la pandemia; es conocido de ordinario que el acceso a las redes sociales ha sido intenso, pues durante la pandemia la virtualidad estuvo más próxima a los niños, estudiantes y padres como medio de entretenimiento. A causa de este aumento masivo de uso de estas se incrementaron los casos de acoso cibernético. El Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar - AURORA (2019) menciona que se registraron 1012 casos reportados de acoso cibernético entre enero a diciembre. Por otro lado, el Observatorio Nacional Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2020) expresa que se reportaron 1487 casos en el periodo enero a diciembre; de este modo se deja en claro la amplia brecha de casos en aumento desde antes de la pandemia y durante la misma. Evidentemente el ciberacoso es un problema sustancial en la sociedad; ya que las víctimas mujeres en el informe presentado en el 2020 representan el 88% del total.

El tercer contexto contemplado por la norma es el abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente. Se rastrea en las relaciones de pareja, que, a la actualidad no se conforman únicamente por parejas heterosexuales sino también por homosexuales o del género no binario, en la que un miembro de la relación adopta el papel preponderante y ejerce una relación de poder por sobre su pareja.

Finalmente, el feminicidio se puede contextualizar en cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente, escenario en el cual se evidencian las diferencias y desigualdades presentes en la sociedad a causa de los estereotipos de género difundidos y masificados a lo largo de los años. Es evidente la situación de desequilibrio en el trato y oportunidades brindadas a mujeres y varones en una sociedad, así como el

respeto por sus derechos y la protección que se les puede brindar. De todo lo expuesto se entiende del artículo 108-B no ha determinado expresamente quién es el sujeto activo del delito de feminicidio; sin embargo, el artículo señala el término “el que”, por lo cual la doctrina peruana ha entendido que se limita únicamente al varón biológico y natural.

4. El sujeto pasivo en el tipo penal del feminicidio

En la actualidad, la definición del delito de feminicidio es “el que mata a una mujer por su condición de tal”; no obstante, no expresa que el sujeto activo debe limitarse únicamente a la condición de la mujer por origen biológico, por lo que se deja abiertamente a la comprensión del juzgador. Empero, revisando la jurisprudencia peruana, no se ha imputado hasta el día de hoy la muerte o asesinato de una mujer transexual bajo el delito de feminicidio.

No obstante, esta minoría lucha para que su identidad sexual sea reconocida por medio de distintos documentos a fin de encontrar amparo del Estado. Uno de los casos que causó revuelo e interés en la sociedad fue el de Dania Calderón García, quien es reconocida por ser la primera mujer transexual que pudo realizar el cambio de sexo en su Documento Nacional Identidad a sus 42 años.

Como bien se señaló, el feminicidio se define como el asesinato de las mujeres por su condición de tal; esto es, por su condición de mujeres y que se fundamenta directamente en la discriminación de género. En esta línea es posible cuestionar si un eventual asesinato de una mujer trans registrada con el sexo femenino en su DNI, respetando su orientación sexual y su identidad de género, pueda ser subsumido en el delito feminicidio, o si debiese ser tipificado el travesticidio o transfeminicidio, teniendo en consideración la definición del delito de feminicidio y las causales existentes.

En conclusión, se debería permitir dentro de la doctrina peruana la tipificación del delito de feminicidio —el asesinato de mujeres por su condición de tal— desde la perspectiva de género, respetando evidentemente al género no binario y aquellas personas que se identifican con el sexo femenino, puesto que se debe otorgar las libertades pertinentes para que se pueda brindar protección y auxilio a las mujeres transexuales.

En síntesis, no ha sido considerado el bloque de constitucionalidad dentro del artículo 108-B y la Ley N.º 30364, por lo que es necesario recordar el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual señala que “[t]odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. En consecuencia, el tipo penal de feminicidio

debe establecer como bien jurídico protegido no solamente a la vida si no a la igualdad, la equidad, la libertad y la seguridad de la persona en este caso de la mujer; ya que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por lo que se debe otorgar el respeto máximo desde la legislación y jurisprudencia peruana.

II

Réplicas

Victoria Natividad Solis Peña

Cuando se mencionan los casos acerca de las mujeres desaparecidas, muchos de ellos se relacionan con el feminicidio. Aunque no se tiene aún una data exacta que pueda compartirse (porque el Registro Nacional de Personas Desaparecidas todavía no está procesando los datos de desapariciones de personas vinculadas a otros delitos como el feminicidio, la explotación sexual, la trata de personas); los estudios a nivel de Naciones Unidas y los reportes que realizan las organizaciones de sociedad civil indican que las desapariciones están relacionadas con la violencia estructural que viven las mujeres.

Entonces, asociar este fenómeno de las desapariciones de mujeres con los feminicidios abre todo un campo de investigación para realizar denuncias concretas, además del reto de desarrollar estándares de prueba indiciaria en casos de feminicidio. Puesto que si se trata de desapariciones de mujeres no se cuenta con un cuerpo y se sabe que muchas veces los fiscales o la policía necesitan del cadáver para poder afirmar que se está ante un asesinato, feminicidio o un homicidio. En el caso del feminicidio, la ausencia de cuerpo genera una problemática muy particular; esto es, representa un enorme reto para poder implementar adecuadamente las normas en el marco de desapariciones de personas y de mujeres.

No obstante, más allá del ámbito de la búsqueda de las desapariciones, a nivel de investigación penal, el poder generar estándares de prueba indiciaria en casos de feminicidio es uno de los retos por superar, en pos de enfrentar la impunidad y la violencia estructural que viven las mujeres.

Al respecto, cabe precisar que el caso de Solsiret Rodriguez constituye un caso de desaparición —en agosto de 2016, paradójicamente luego de unos días de haber participado en la marcha histórica de “Ni Una Menos”, ya que ella era una activista feminista—. Luego, cuando desaparece sus padres intentan interponer una denuncia de desaparición por lo que la policía

respondió “seguramente se debió ir con algún novio o con la cabeza caliente”, y no permitieron que la familia formule la acción. Ello refleja que los estereotipos de género representan barreras para implementar y aplicar adecuadamente la figura del feminicidio; están presentes en todo el sistema de justicia e impactan en los distintos casos de violencia contra las mujeres, en la valoración de las pruebas en los casos de los delitos sexuales y en la atención que se les brinda a los familiares y a las víctimas cuando acuden a los órganos jurisdiccionales.

En el caso de Solsiret, su cuerpo se encontró cuatro años después de su desaparición, por esta razón, hubo diferentes barreras para el Ministerio Público. Recién se pudo judicializar el caso cuando se encontró una parte del cuerpo de la víctima —solamente el cráneo, ya que el cadáver había sido cercenado—. Empero, ¿qué sucede cuando nunca se encuentra el cuerpo de la víctima porque fue destruido cuando no se actuó de manera inmediata? ¿se dejará en impunidad? Por ello, ¿cómo argumentar la prueba indiciaria en estos casos? No se encontrará la prueba directa como es el cuerpo de la víctima, pero con otros indicios se puede configurar una teoría del caso sólida que permita llegar la verdad y a la justicia.

El derecho a la verdad es relevante en el feminicidio y en la desaparición de mujeres. Este derecho, en el marco de los estándares internacionales de derechos humanos, ha sido interpretado como el derecho que tienen las víctimas y familiares de conocer la circunstancia en que se generó la violación de derechos humanos y quiénes fueron los responsables ese crimen. En nuestro ordenamiento no está garantizando, aun tomando en consideración que es un derecho judicialable y justiciable.

Volviendo al feminicidio, no existe un avance respecto del delito a pesar de todos los argumentos compartidos. Es verdad, existe una problemática cultural por solucionar, porque si bien este es un espacio académico-jurídico, se debe ser consciente que se está ante un contexto de retroceso en materia de derechos humanos —especialmente el de los de las mujeres—. Verbigracia, en el Congreso de la República se pretende bloquear la implementación del aborto terapéutico que en el Perú es legal a partir de 1924 (hace casi 100 años), y, lo que es más, su implementación no está garantizada.

Perú es uno de los países en la región que no ha ampliado el marco de causales del feminicidio en los últimos años, como lo ha hecho Colombia, Bolivia, Ecuador. Es decir, el país se encuentra en un momento histórico en el que las políticas de género están siendo bloqueadas y atacadas. Ello se refleja en el devenir nacional de la educación sexual integral, puesto que con el reconocimiento de “el derecho a la participación de los padres de

familia para intervenir en los textos escolares”, en el fondo se legitima un derecho a veto respecto a los contenidos de educación integral.

Por esa razón se debe tener consciencia del contexto social que se está viviendo, y, desde distintos espacios, fortalecer la institucionalidad y la cultura relacionadas a los derechos humanos, y más aún, de los derechos humanos de las mujeres.

El marco de la investigación de los delitos de feminicidio existe un tópico por tratar: la valoración de la prueba. Con el mencionado Acuerdo Plenario se establece estándares de prueba para poder interpretar los casos de violación sexual, las pruebas y el testimonio de la víctima. Una situación contraria se presenta en el desarrollo jurisprudencia del feminicidio, a nivel de Corte Suprema no hay un pronunciamiento respecto de la valoración de la prueba. Se suele subsumir la comisión de un ilícito en este tipo penal cuando se está frente a relaciones heterosexuales, casi por inercia, sin razonar ni motivar. Ello no permite una reflexión mayor a nivel probatorio porque no se toman en cuenta los testimonios de los familiares o de la víctima, considerando que muchas de esas víctimas no han hecho denuncias previas.

Por consiguiente, en los casos de relaciones de pareja puede parecer sencilla la aplicación del feminicidio; sin embargo, en los casos donde no se concibe una relación de pareja y no hubo alguna evidencia que permita conocer que existió abuso sexual previo o discriminación, se convierte en un gran reto para la correcta aplicación de la ley penal.

Nicole Xiomara Torres Flores

Importa mucho cuestionar la tratativa legislativa del feminicidio a la luz de los tratados y convenios internacionales, el caso Campo Algodonero, la Convención Belem do Pará, CEDAW, y legislaciones extranjeras —las de México, Bolivia o Ecuador— cuyos tipos penales mantienen una similar composición descriptiva legal a la peruana. Concebir la interpretación como los juristas actualmente lo expresan, se vulnerarían diversos derechos, como el derecho a la igualdad ante la ley ya que, si se propugna una debida protección legal, también debe hacerse por un adecuado y respetuoso espacio de imputación. Entre otros, se contradice el fundamento principal de la tipificación misma del feminicidio, en tanto que su autonomía nace en atención a tratar problemáticas específicas y graves en la sociedad. De igual forma, se atentaría contra del principio de legalidad porque no se desprende de la norma el contenido normalmente interpretado. Y por último,

se daña el principio de culpabilidad porque es el varón quien se presupone que es el autor de este tipo de delito —uno común—.

Entonces, una solución a corto plazo es apartarse de los precedentes vinculantes que surgen del criterio del X Pleno Jurisdiccional, recordar la Ley Orgánica del Poder Judicial, específicamente su artículo 22. La norma menciona que se puede apartar excepcionalmente de los criterios precedentes obligatorios. Ergo, se puede prescindir de los criterios plenarios siempre y cuando el magistrado motive con fuerza argumentativa la decisión de poder apartarse de los criterios establecidos en el Pleno Jurisdiccional. Además, el Tribunal Constitucional (TC), en el Expediente N.º 003378-2019-PA/TC expresa que la violencia de género puede ser realizada tanto por varón como por la mujer. Esta manifestación, por lo tanto, visibiliza la existencia de herramientas legales que pueden servir para dar un giro a la interpretación a este delito.

No obstante, depende del contexto, la voluntad y la cultura del legislador y del operador de justicia para realizar un cambio de criterio respetuoso con base a las convenciones internacionales y leyes conexas internas. Para lograr aplicar los instrumentos legales existentes respecto del feminicidio —que son adecuados y correctos—, deben interpretarse a través de los lentes de perspectiva de género. Ello implica o bien dejar en el campo una interpretación inicial del tipo penal o reconducir el sentido del sujeto activo en todos los contextos contenidos y desarrollados tanto en el tipo penal 108-B (junto con el DL 1323) como en la Ley 30364. De esta manera se evocará un enfoque transversal de género que no genere impunidad y que también cumpla con el principio de legalidad.

Nathaly Ximena Baldeon Lopez

Es relevante dialogar sobre la perspectiva de género en el tipo penal de feminicidio, el sujeto activo del delito, la posición de la comunidad LGTB y las desapariciones de las víctimas de violencia contra la mujer. Es claro que el Perú se encuentra en un retroceso normativo; es decir, el lugar de promover y fomentar normas en pro del desarrollo y la protección de las mujeres, se están desarrollando proyectos de ley que vulneran la situación de las mujeres y las exponen a vivir en una sociedad con desigualdad de derechos, una en la cual se lesiona gravemente su identidad sexual. Un claro ejemplo es el proyecto de ley que plantea la erradicación del aborto terapéutico, la cual vulnera y desprotege la vida y la salud de las mujeres y del feto. Por lo tanto, es necesario adoptar una perspectiva de protección para la vida de la mujer que se encuentra en situación de riesgo producto de un embarazo.

Otro punto por tocar es el caso Solsiret Rodríguez, que guarda muchos escenarios por observar, tal como el actuar de los entes y organismos judiciales; ya que se debe prestar atención no únicamente al cercenamiento del cadáver —la comisión del delito—, sino al contexto en el que se desarrolló el tipo penal de feminicidio y los estereotipos de género intervinientes.

En consecuencia, se debe evaluar qué tipo de sanción se debería implantar contra los organismos que ponen en situación de riesgo a las víctimas, como sobreponer los estereotipos de género —ciertamente masificados— a un trato digno de los justiciables. Desde el aspecto social se observa el rechazo al género no binario y el no respeto a sus derechos, debido a que se les califica como distintos y diferentes.

Finalmente, es menester señalar qué extremos se deben reevaluar de la normativa peruana para evitar poner en riesgo los derechos de quienes acuden a la justicia, ello bajo la consigna de no establecer diferencias por ideología de género ni orientación sexual.

III

Ronda de Preguntas del público

Pregunta dirigida a la Prof. Abg. Victoria Solís Peña: ¿Qué opinión le merece aquella postura que sostiene que el delito de feminicidio solo puede ser cometido por un hombre biológico? Tomando en cuenta los privilegios históricos y estructurales del mismo, en desmedro de las mujeres.

Considero que deben contemplarse algunas ideas. En el campo de la evidencia, lo que se puede visualizar es un problema grave e histórico con la masculinidad, porque al analizar el índice de las violencias —y no solamente los feminicidios y la violación sexual (que es un tipo penal neutro)—, la mayoría de perpetradores de las formas de violencia que viven las mujeres son los varones. Ello es un problema estructural que se asocia con los roles de género y las ideas con las que los varones han sido educados, han sido construidos; esta situación genera que muchas veces perciban a las mujeres como objetos y no como sujetos de derecho, como pares. Ciertamente, no podemos desconocer la realidad; por esta razón, a nivel de políticas públicas, deberían implementarse medidas de prevención como la educación sexual integral, que permita transformar aquellas ideas internalizadas sobre la desigualdad de género.

Lo mencionado no debe significar que cuando se hace referencia a la violencia feminicida se coloca como únicos agentes activos a los hombres. Las mujeres estamos expuestas a los feminicidios no solamente perpetrados por varones, sino por mujeres que han internalizado el patriarcado. Al restringir el delito como lo ha hecho el Acuerdo Plenario del 2016 —donde el sujeto activo solo puede ser el varón—, se formula una respuesta criminal ineficiente a la discriminación. Aunado a lo esgrimido, pueden presentarse argumentos como la prohibición del derecho penal del autor, y la observancia del principio de legalidad que refleja que la voluntad del legislador no era restringir al sujeto activo del delito, los cuales permiten concluir que para una respuesta penal adecuada, eficiente y acorde a los estándares internacionales de derechos humanos no deberían realizarse dichas restricciones a los casos de violencia contra las mujeres. El sujeto activo del delito de feminicidio puede ser cualquier persona en la sociedad porque es un delito común.

Nuevamente, se debe trabajar en políticas públicas específicas para los hombres que propicien la transformación que necesitamos, trabajen con las masculinidades e identifiquen por qué realizan ciertas conductas en contra de las mujeres.

Pregunta dirigida a Nicole Xiomara Torres Flores: ¿Cuál es la razón por la cual no se ha sentado una opinión jurisprudencial que permita cambiar al sujeto activo del tipo del feminicidio?

Como se mencionó anteriormente, se debe a un factor cultural que va de la mano con un desconocimiento de los conceptos de estereotipo de género e identidad de género. El legislador y el jurista mantienen en su mentalidad una concepción desfazada de las tipologías sobre las relaciones de pareja y de los propios sujetos activos, que permiten interpretar una serie de contextos contenidos en la propia norma.

Existen cambios y avances que se están gestando desde el Congreso como el Proyecto de Ley de la incorporación de agravantes al delito de feminicidio o de la incorporación de la mujer trans como sujeto pasivo del delito pero que lamentablemente pertenecen a una minoría progresista que batalla contra una mayoría congresal atrasada. Este y otros problemas más surgen al no existir una concepción armoniosa sobre los diferentes conceptos relacionados al género y al delito propio del feminicidio. Por ello, falta mucho camino por recorrer para que a nivel jurisprudencial pueda encontrarse una postura mayoritaria que defienda los derechos sexuales, reproductivos y de género no solamente relacionado a las mujeres sino a la misma comunidad LGBTIQ+.

Pregunta dirigida a Nathaly Ximena Baldeon Lopez: ¿Cuáles serían las principales problemáticas de los casos en flagrancia dentro de un tratamiento judicial?

La principal problemática dentro de los casos de violencia familiar, y que el Derecho siempre debe priorizar, es la correspondencia con la realidad; en dichos casos, la realidad indica que en los momentos iniciales la agredida tiene toda la intención de participar con la investigación. No obstante, pasado cierto periodo de tiempo, la víctima cambia totalmente de opinión con respecto a la denuncia o a la continuidad de la investigación. En consecuencia, los casos que tengan estas características no tendrán expectativas positivas dentro de la fiscalía o el poder judicial.

IV. DERECHO AMBIENTAL

a. Ponencias

La necesidad de una intervención eficaz de los Gobiernos regionales para la sostenibilidad de los recursos forestales*

Denis Omar Córdova Chacón**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Enfoque de las Políticas Públicas / 2.1. Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (2013) / 2.2. La deforestación / 2.3. La normativa peruana respecto al aprovechamiento de los recursos forestales / 3. La descentralización / 4. Principio de Gobernanza forestal y de fauna silvestre en la Ley N.º 29763 / 4.1. La Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre / 4.2. El SERFOR / 4.3. El OSINFOR / 5. La Cadena productiva / 6. Principales deficiencias de la Gestión Pública / 6.1. Sistema ineficiente de planteamiento y desarticulación con el Sistema de Presupuesto público / 6.2. Deficiente diseño de la estructura de organización y funciones / 6.3. Infraestructura, equipamiento y gestión logística insuficiente / 6.4. Inadecuada política y gestión de recursos humanos / 6.5. Limitada evaluación de resultados e impactos / 6.6. Débil articulación intergubernamental e intersectorial / 7. Conclusiones / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente tema es fundamental para poder entender la delicada situación con relación a los recursos naturales del Perú y –en específico– del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales. En ese sentido, desde la visión de políticas públicas a cargo del Gobierno Nacional, basado en postular su intervención para resolver problemas públicos. Por ende, resulta menester analizar cómo se obtiene el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales, así como el fundamental papel de los Gobiernos Regionales en el tema.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

**Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, Sub Director de la Sub Dirección de Fiscalización de Concesiones Forestales y de Fauna Silvestre del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre - OSINFOR.

2. Enfoque de las Políticas Públicas

Para tener una visión integral del problema público y la necesidad de intervención del Estado se tiene que partir con la noción de que el enfoque de políticas públicas busca centrar la primera intervención del aparato estatal en base a los problemas que afectan a la sociedad, identificando tanto las problemáticas que aquejan este sector como las soluciones que se pueden plasmar o diseñar; ya sea a través de la emisión de una norma, la fiscalización, la prestación de un servicio público, entre otros. Así también, se debe tener en claro el rol del Estado de elegir, entre las diferentes soluciones, la que considere más necesaria y adecuada en función al contexto a intervenir.

2.1. Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (2013)

Esta política se aprobó mediante el Decreto Supremo N.º 009-2013-MI-NAGRI y contiene cinco pilares, como *la competitividad, la Inclusión, la Ciencia y Tecnología*, pero principalmente nos importan para esta exposición:

- **La gobernanza e institucionalidad**, la cual incide sobre las autoridades y entidades públicas que se encargan de la ejecución de estas Políticas Públicas; tales como la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, el SERFOR, el OSINFOR y los demás actores.
- **La sostenibilidad**, que se encarga de equilibrar los extremos entre los conservacionistas, que buscan conservar los recursos, y los que buscan aprovechar al máximo los recursos.

2.2. La deforestación

El problema público del sector forestal radica en la deforestación; cuyas causas son diversas, entre las cuales –principalmente– se encuentra: la expansión agropecuaria, la ganadería, el cultivo de coca, la minería ilegal y la expansión de infraestructura de comunicación e industrias extractivas, entre otros.

2.3. La normativa peruana respecto al aprovechamiento de los recursos forestales

En primer lugar, se encuentra la Constitución Política del Perú, donde se reconocen los recursos naturales y se les otorga una especial protección. Ello, debido a que tienen un funcionamiento importante en el Estado y la sociedad. Asimismo, se tiene la Ley Orgánica para el Aprovechamiento sostenible de los recursos naturales –Ley N.º 26821–; al que le sigue en

jerarquía la Ley N° 29763, denominada Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Esta última contiene cuatro reglamentos:

- Reglamento para la Gestión Forestal, Decreto Supremo N.° 018 - 2015 - MINAGRI.
- Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre, Decreto Supremo N.° 019 - 2015 - MINAGRI.
- Reglamento para la Gestión de Plantaciones Forestales y Sistemas Agroforestales, Decreto Supremo N.° 020 - 2015 - MINAGRI.
- Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas, Decreto Supremo N.° 021 - 2015 - MINAGRI.

3. La descentralización

La intervención de los Gobiernos regionales surge a través de la descentralización, la cual se incluyó en el artículo 188° de la Constitución, que la define como una *forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país*. Asimismo, se debe tener en cuenta que la descentralización consiste en un proceso que busca el crecimiento equitativo de todas las regiones del país, transfiriendo el poder y con autoridades regionales que puedan resolver los problemas de manera particular y con un enfoque territorial, en concordancia con las políticas y planes nacionales.

4. Principio de Gobernanza forestal y de fauna silvestre en la Ley N° 29763

Este principio sigue el camino que establece la Constitución y afirma que para tener sostenibilidad dentro del sector forestal y de fauna silvestre debe haber una Gobernanza forestal. Ello implica una armonización de las políticas y el fortalecimiento de la institucionalidad, toda vez son las instituciones las encargadas de responder a los problemas que suceden en la sociedad.

4.1. La Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre

En ese sentido, se encuentra a la Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre, que tiene como funciones principales planificar, promover, administrar, controlar y fiscalizar el uso sostenible, conservación y protección de la flora y la fauna silvestre.

También se encarga de promover y coordinar el desarrollo de capacidades de los actores del sector forestal, es decir, quiénes intervienen en el aprovechamiento sostenible; como, por ejemplo, los concesionarios forestales, las comunidades nativas y comunidades campesinas.

Por último, tiene como función el diseño y ejecución de un plan de asistencia técnica y asesoramiento a los pequeños productores, comunidades nativas y campesinas en su jurisdicción, en la que se enfatiza especialmente la capacitación, debido a que siempre es necesaria.

4.2. El SERFOR

El Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (SINAFOR) y se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; es decir, es el órgano normativo y de organización; en cambio, la Autoridad Regional Forestal es más operativa.

4.3. El OSINFOR

El Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre se encarga de supervisar y fiscalizar el aprovechamiento para que este sea sostenible, así como la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, poderes que son otorgados por el Estado a través de títulos habilitantes regulados por la Ley N.º 29763.

5. La Cadena productiva

Dentro de la cadena productiva, en primer orden se encuentran los Gobiernos regionales y sus Autoridades Regionales Forestales y de la Fauna Silvestre. De esta manera, primero se busca la **zonificación** y el **ordenamiento del territorio y sus recursos**; para, luego, las ARFFS procedan con el **otorgamiento de derechos** endichas áreas a través de títulos habilitantes, con el fin de obtener el tan ansiado **aprovechamiento del bosque**.

Después, se tiene la **transformación primaria**, donde ya se extrajo el recurso para que sea transportado, **transformación secundaria** y, por último, su **comercio**.

6. Principales deficiencias de la Gestión Pública

6.1. Sistema ineficiente de planteamiento y desarticulación con el Sistema de Presupuesto público

Refiere a la falta o escasez de recursos para que las entidades y autoridades puedan llevar a cabo de manera óptima sus funciones. Inclusive, en la *praxis* la insuficiencia de estos recursos se constituye como el factor que —en la mayoría de casos— se ha presentado como el principal problema. Sin embargo, el objetivo es los recursos se utilicen de manera eficiente, orientados a la obtención de resultados concretos.

6.2. Deficiente diseño de la estructura de organización y funciones

Algunas veces, el diseño de las estructuras de las oficinas de las autoridades no es la mejor ni la más idónea. Por ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador establece de forma obligatoria que exista una autoridad instructora y una sancionadora; sin embargo, algunos Gobiernos regionales no hicieron esa diferencia en su estructura orgánica, lo cual invalidaba los procedimientos sancionadores que realizaban.

6.3. Infraestructura, equipamiento y gestión logística insuficiente

Este problema refiere a la ausencia de una infraestructura adecuada y óptima con la que deberían contar los Gobiernos regionales. Verbigracia, cuando se incautan recursos forestales, no existen depósitos en los cuales almacenarlos; además, regiones cruciales como Ucayali y Loreto tienen deficiencias en el servicio de internet.

6.4. Inadecuada política y gestión de recursos humanos

Claramente, el Estado carece de personal idóneo y capacitado para cumplir con su función; toda vez que estos no cuentan ni con conocimientos, experiencia ni especialización para cumplir la función pública.

En ese sentido, se debe aspirar a fortalecer el recurso humano de los Gobiernos regionales, elevando la competitividad y buscando la meritocracia en el personal. Sin embargo, la realidad demuestra que, actualmente, se suele rotar constantemente el personal, lo que produce que se pierda la especialización llevada a cabo con el grupo humano anterior a dicho cambio.

6.5. Limitada evaluación de resultados e impactos

El Estado incrementa las políticas y los planes; empero, no ha designado esfuerzos en la evaluación de dichos resultados e impactos. De esta manera, resulta improbable que realmente se pueda responder a la interrogante *¿Se redujo la deforestación ilegal?* Por ende, se debe centrar en la evaluación y buscar la eficacia.

Además, resulta igual de importante otorgar seguimiento y monitoreo de los insumos, procesos, productos y los resultados de los proyectos y actividades llevadas a cabo por las autoridades correspondientes.

6.6. Débil articulación intergubernamental e intersectorial

No existe una adecuada coordinación entre el Gobierno nacional y el Gobierno regional, sino que —a *contrario sensu*— cada uno actúa por su lado, de manera aislada e independiente. Ergo, se debe buscar una articulación entre ambos, en este caso SERFOR, OSINFOR y ARFFS, identificando las soluciones más adecuadas y teniendo una intervención concordada en el marco de las funciones asignadas a cada uno. Por ejemplo, las ARFFS emiten disposiciones contrarias a la normativa forestal, o incluso se atribuyen funciones normativas que esta a cargo del SERFOR, ente rector, lo que ha motivado pronunciamientos de esta última entidad exhortando a las ARFFS a dejar sin efecto sus disposiciones.

De otro lado, los Gobiernos regionales aprobaban y otorgaban títulos habilitantes o aprobaban planes de manejo, se demoraban en exceso en remitir la información a la OSINFOR, la cual no podía cumplir debidamente con su función supervisora. Ante el panorama descrito, la OSINFOR implementó, como una vía de solución, una plataforma llamada “SIADO Región” para que —de manera digital— se sistematice todo y que así la remisión de la información sea más eficiente.

7. Conclusiones

Existe la necesidad de mejorar la coordinación interna con las autoridades públicas, la Gobierno regionales (ARFFS), SERFOR o la OSINFOR. Todo inicia en la Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre, que es la entidad principal; por eso, se deben tender todos los esfuerzos del Estado para su fortalecimiento institucional. Asimismo, se deben tener una agenda consensuada del sector forestal, priorizar aspectos en aras de poder incrementar el aprovechamiento forestal sostenible.

Corresponde aplicar **una mirada de política pública en el Sector Forestal**, la cual esté dirigida a identificar bien los problemas públicos y configurar soluciones; puesto que, actualmente, las opciones de resolución de esta problemática han sido superficiales y sin evidencia que compruebe su fiabilidad. Para ello, es evidente la necesidad de contar con buenos funcionarios que recojan la evidencia, analicen y estructuren el problema público, sus causas y consecuencias, para que –en base a esas particularidades– elijan la mejor solución.

También, resulta importante **entender e implementar en la actividad forestal un enfoque actual de Planeamiento Estratégico**; pues, si algo no está mejorando, hay que modificar y tener la capacidad de aceptar errores. En la misma línea, es importante lograr que los GORES cumplan adecuadamente sus competencias y funciones en materia forestal; pues se debe dejar de lado el protagonismo de las autoridades nacionales y centrar la atención en los Gobiernos regionales.

Finalmente es menester contar con Planes Estratégicos y Operativos concordados e integrados entre los GORES, SERFOR y OSINFOR; de manera que no haya planes “autónomos”. Ello, porque cada entidad tiene una finalidad y va a buscar la consecución de esta; empero, se debe tener gestores o funcionarios líderes que engloben –de manera concordada– los planes de cada entidad; construyendo, por ejemplo, las hojas de ruta de los recursos forestales.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Considera que se debería trasladar las sedes principales de algunos ministerios como el Ministerio de Ambiente o el Ministerio de Energía y Minas?

El objetivo es que exista la intervención y presencia de los ministerios, que son sectores muy latentes y oportunos en nuestros Gobiernos regionales. Al respecto, se tiene entendido que los ministerios poseen oficinas descentradas o –en todo caso– organismos adscritos a las mismas, las cuales tienen presencia en las regiones; sin embargo, lo importante es que los Gobiernos regionales puedan cumplir por sí mismos de manera correcta y eficaz su función.

En este contexto, se debe buscar el fortalecimiento de las actuaciones de los Gobiernos regionales para que estos cumplan correctamente su función como ente otorgante de títulos habilitantes; de lo contrario, siempre se dependerá de la autoridad nacional, en desmedro de la idea de descentralización en el país.

V. DERECHO PRIVADO

a. Ponencias

El diálogo entre el legislador, la doctrina y la jurisprudencia frente a las exigencias de los contextos sociales: la perspectiva italiana*

Mauro Grondona**

Universidad de Génova (Italia)

SUMARIO: 1. Estado de la cuestión / 2. La nueva interpretación de la jurisprudencia y su posición como fuente de derecho / 3. La función del juez y la “innovación” contextual interpretativa / 4. El método del intérprete respecto de la ley. / 5. La relevancia de la discrecionalidad / 6. Globalización como factor de evolución del derecho / 7. Relación entre derecho y argumentación / 8. Diálogo entre doctrina y jurisprudencia / 9. La renovación de las categorías del derecho civil / 10. Respuestas a las preguntas del público.

1. Estado de la cuestión

El tema general, el eje temático de estas jornadas es, obviamente, no sólo muy amplio sino también muy actual: ‘La ley, doctrina y jurisprudencia puestas a debate: Derecho y realidad social en el siglo XXI’; precisamente, porque se centra en la relación entre las dimensiones jurídica y social.

En palabras concisas, pero que no alteran la realidad de las cosas, podemos decir que la forma en que se da esta relación entre estas dos dimensiones depende de la forma en que, por un lado, se forma el derecho y, por otro, de la forma en que se aplica el derecho.

De entrada, puedo decir que, hoy en día, desde muchos sistemas jurídicos (al fin y al cabo, la comparación, el enfoque metodológico en términos de

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogado y doctor en la Universidad de Génova. Profesor ordinario de Derecho Privado y de Derecho Civil en la Universidad de Génova (Italia). Dirección: *Università di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, via Balbi 22 – 16126 Genova*. Dirección de correo electrónico: mauro.grondona@unige.it.

derecho comparado, es siempre importantísimo, es más, es fundamental), llegan señales que nos hacen ver que la tendencia para el futuro próximo estará más en el signo del derecho que en el de la doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, venimos de un periodo de —al menos— treinta años (aquí hablo como jurista italiano y europeo), caracterizado por una presencia cada vez más fuerte de la jurisprudencia como fuente del derecho. En ciertos casos y en ciertas materias¹, la jurisprudencia (que no sólo concierne a los tribunales constitucionales y los tribunales de legitimidad, sino también la jurisdicción en su conjunto y en sus articulaciones) ha innovado profundamente, se ha modificado; por lo que, en definitiva, ha sido y es una fuente de derecho propia.

Por eso en Europa, y en Italia con especial intensidad, se ha vuelto a hablar de las fuentes del derecho desde el punto de vista de la Teoría del derecho.

Se hace referencia al hecho de que el marco de las fuentes del derecho está en proceso de cambio, y —desde hace unos diez años— a los teóricos del derecho y los historiadores del derecho en primer lugar; empero, también los procesalistas, civilistas y penalistas han estado discutiendo sobre todo dos cuestiones: si todavía tiene sentido hoy hablar de una jerarquía de fuentes y si la jurisprudencia es o no una fuente del derecho en el sentido propio.

2. La nueva interpretación de la jurisprudencia y su posición como fuente de derecho

En aras de claridad y también de la transparencia, se debe dejar clara una cosa: en mi opinión, negar hoy en día que la jurisprudencia es una fuente de derecho es una batalla de retaguardia incluso en los sistemas de derecho civil.

En ese sentido, resulta cierto que el gran protagonismo de la jurisprudencia en los últimos años está llevando hoy en día no a una revuelta contra la jurisprudencia, sino a un análisis crítico del papel de la misma. Y las voces críticas —con respecto a lo que se denomina activismo judicial, creacionismo jurídico, la política del derecho elaborada por los jueces, etc.— van en aumento².

Quizás también podríamos decir: estamos en un choque entre la hermenéutica jurídica y la exégesis jurídica; toda vez que es el inicio de la crisis

¹ Tales como el derecho de familia o la responsabilidad civil, o el derecho antitrust, en lo que se refiere a la Unión Europea.

² Algunos incluso cuestionan, por ejemplo, la distinción entre disposición y norma, y además, el 'textualismo interpretativo' está volviendo, tanto para el derecho como para el contrato.

de la hermenéutica y el retorno a la exégesis, a un juez que, al interpretar, declara la voluntad del legislador que se expresa en un texto legislativo.

Todo esto es cierto, es decir, el contexto cultural en el que nos movemos hoy debe tener en cuenta este escenario; sin embargo, siguen existiendo buenas razones para defender una concepción del derecho que mire a la jurisprudencia, y —por tanto— a su diálogo con la doctrina, de manera que aquel pueda entonces afectar realmente al derecho vigente —por tanto al derecho de fuente legislativa— con la consecuencia de no hacer coincidir necesariamente el derecho positivo vigente con el derecho positivo vivo, que es precisamente el fruto de la interpretación judicial.

Si se acepta el papel de la jurisprudencia en este sentido, es evidente que esta (ciertamente, en diálogo con la doctrina; donde esta puede y debe ser también una doctrina crítica, no una que apruebe todo lo que hace la jurisprudencia) tiene un profundo efecto sobre el derecho, es decir, sobre las normas concretamente aplicadas, porque la jurisprudencia resulta ser el mecanismo y el factor de transformación o —más bien— de adaptación del derecho a las necesidades de la sociedad, en relación, obviamente, con el contexto.

Así que sigue habiendo buenas razones no sólo técnico-jurídicas sino también políticas y hasta filosófico-políticas para defender una concepción de la jurisprudencia que considera el activismo judicial un aspecto socialmente positivo de la jurisdicción.

3. La función del juez y la “innovación” contextual interpretativa

Sobre este punto, cabe recalcar que, en primer lugar, decir que el juez, si bien goza de un cierto grado inevitable y fisiológico de discrecionalidad, no participa en el papel de creador de derecho, sino sólo de intérprete, parece una ficción, aunque sólo sea desde un punto de vista descriptivo.

Las cosas, en la realidad del derecho, nunca han sido así, de ahí que la noción de derecho exista en la historia de la humanidad; pero, también se puede sostener, de forma más general, la noción de regla, pues basta con hacer una pequeña comparación con las disputas teológicas, que son un punto de observación muy interesante también para el derecho.

Evidentemente, hay que mantener dos niveles bien diferenciados: el nivel descriptivo y el nivel evaluativo, el nivel del juicio de valor. De hecho, nada impide que, desde el punto de vista evaluativo, es decir, desde el punto de vista del juicio de valor y —por tanto— desde el punto de vista prescrip-

tivo, se pueda considerar incorrecto, inadecuado, socialmente peligroso lo que —desde el punto de vista descriptivo— sucede y, como tal, puede ser descrito con precisión.

Ahora bien, desde el punto de vista descriptivo, si uno, como jurista europeo continental, piensa en la jurisprudencia italiana, francesa, española, alemana, y en los tribunales europeos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea), no se puede sino concluir que la jurisprudencia produce un nuevo derecho, y este nuevo derecho es muy innovador: tanto cuando existe una laguna en la ley legislativa, como cuando la solución de la ley legislativa no es satisfactoria y cuando la solución de la ley legislativa adquiere algunos rasgos de novedad. Precisamente, porque la interpretación de un texto legislativo sirve para adaptar el texto al contexto en el que el primero debe aplicarse: y para ello debe necesariamente ajustarse, al menos un poco, a ese contexto.

Esta adaptación constante entre el texto y el contexto es el núcleo de la hermenéutica jurídica.

Luego, por supuesto, si pasamos del nivel de la descripción al de la evaluación, al del juicio de valor, entonces las cosas cambian; o, en todo caso, pueden cambiar. Ello, porque, junto a las tesis a favor de la idea de la jurisprudencia como fuente del derecho, hay tesis (y de momento estas tesis, que siempre han tenido un buen número de partidarios, han vuelto al primer plano, precisamente como reacción contra lo que muchos consideran un exceso de creacionismo judicial imperante) que niegan que la jurisprudencia sea fuente del derecho, esforzándose en distinguir el papel del juez como intérprete del derecho del papel del juez como fuente del derecho.

Veamos en primer lugar porque, desde un punto de vista descriptivo, la jurisprudencia a partir de los años 70 es cada vez más importante.

La razón central, más que estrictamente jurídica, es filosófico-política, y depende del hecho de que la persona ha adquirido una centralidad social cada vez mayor: la persona, el individuo, son protagonistas sociales, como lo atestigua la creciente atención en todos los ordenamientos jurídicos a los derechos fundamentales y, más en general, a la esfera del sujeto patrimonial o no patrimonial.

El protagonismo del individuo ha supuesto y supone que el derecho, como técnica de regulación social, se cuestione cada vez más el modo en que esta centralidad del individuo a nivel social, filosófico y político puede traducirse en una efectividad de los derechos y las protecciones.

Y —de hecho— el tema de la protección y, por tanto, de los recursos es también una cuestión muy actual, precisamente porque el recurso es el instrumento que no puede faltar para que el derecho subjetivo, aunque también el interés individual y socialmente relevante, sea efectivo; pues de lo contrario se queda en un derecho de papel o en un interés jurídicamente irrelevante.

Todavía desde un punto de vista descriptivo, y teniendo en cuenta aquí los sistemas jurídicos italiano y de la Unión Europea, no cabe duda de que áreas del derecho privado (ya lo he mencionado antes), como la responsabilidad civil y el derecho de familia, han sido reescritas por la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de la evaluación, y por lo tanto del juicio, es necesario entonces entender por qué todo esto sucedió, por qué sigue sucediendo, pero también por qué los primeros signos de reacción son claramente visibles.

4. El método del intérprete respecto de la fuente

En primer lugar, se plantea una serie de preguntas abiertas en torno a las cuales desarrollará el presente argumento.

Hay siete temas, y obviamente no tendré tiempo de analizarlos todos.

- La **primera**: La relación juez/ley, la relación juez/ley y la relación ley/ley.
- La **segunda**: el sentido del principio de que el juez está sujeto a la ley.
- La **tercera**: la relación entre el derecho y la argumentación.
- La **cuarta**: El estilo judicial, es decir, la forma de redactar las razones de las sentencias.
- La **quinta**: La relación entre la doctrina y la jurisprudencia.
- La **sexta**: El papel de la dogmática y los conceptos jurídicos.
- La **séptima**: El papel de la doctrina, especialmente desde una perspectiva europea (ya que por necesidad mi perspectiva es la de un jurista europeo).

Todas estas son cuestiones que están fuertemente entrelazadas entre sí. Sin embargo, parto de una consideración que no es teórica, sino empírica, de una sentencia que es muy famosa en Italia, quizás esté entre las más

conocidas de los últimos años: el pronunciamiento de las secciones unidas del Tribunal de Casación en 2008.

Esta sentencia es muy significativa, sobre todo porque hace un balance de los daños no patrimoniales y, para ser muy breve, uno de los principios de derecho establecidos por estas sentencias es que los daños no patrimoniales, a los que se refiere el artículo 2059° del Código Civil italiano, se indemnizan siempre que la lesión entre en conflicto con un derecho inviolable de la persona.

La referencia expresa es al artículo 2° de la Constitución italiana, que entró en vigor el 1° de enero de 1948: la República reconoce y garantiza los derechos inviolables de la persona.

De ahí, surge un problema importante, incluso teórico: dado que la Constitución no contiene una lista de derechos inviolables, ¿son estos derechos limitados en número o no? Y de nuevo: ¿quién tiene derecho a ampliar el número de estos derechos inviolables?

El Tribunal da una respuesta muy clara, citando las palabras de los jueces casi textualmente: los derechos inviolables no son sólo los que se califican como tales en el momento histórico actual; el intérprete tiene a su disposición precisamente el art. 2°, que es un precepto abierto a un proceso de interpretación evolutiva; lo que significa que el intérprete, es decir, el juez (de mérito y legitimado, y naturalmente también el Tribunal Constitucional) está legitimado para decidir si los nuevos intereses no patrimoniales surgidos socialmente no sólo son jurídicamente relevantes, sino que son tales que merecen una protección constitucional específica en lo que se refiere a posiciones involuntarias de la persona.

Aquí encontramos en estas pocas líneas una postura muy fuerte y muy clara: la jurisprudencia es la fuente del derecho porque el juez tiene la tarea institucional de adaptar el marco constitucional a los intereses sociales relevantes.

5. La relevancia de la discrecionalidad

Sobre este punto, hay que tener en cuenta muchas cosas:

La primera es que se afirma el papel, digamos creativo, de la jurisprudencia en lo que respecta específicamente a los derechos fundamentales. Y aquí los problemas son principalmente dos: el de la **concreción de los derechos fundamentales** y el de los **límites de la labor del juez**.

El *tertium comparationis*, por tanto el parámetro al que hay que referirse para establecer si una determinada situación, un determinado interés es o no constitucionalmente relevante es el propio marco constitucional. En otras palabras, la interpretación de la Constitución es la herramienta técnica para decidir qué derechos están constitucionalmente protegidos.

Pero las cosas son aún más complicadas: porque si los intereses, las pretensiones e incluso los deseos de las personas fueran, si no inamovibles, al menos más lentos; entonces, también se podría pensar en el papel prescriptivo de la doctrina como una referencia firme. Y así: la doctrina enseña cuáles son los derechos inviolables del hombre y la jurisprudencia aplica, dogmáticamente, los esquemas conceptuales de la doctrina y con ello sería suficiente. Empero, ello no es así en absoluto, y no puede serlo, precisamente porque la sociedad moderna, en el sentido de sociedad liberal-democrática, en el sentido de sociedad abierta, según la enseñanza de Karl Popper, es el lugar del dinamismo, del cambio.

Un gran economista como Schumpeter hablaba de la destrucción creativa, lo que significa que el cambio lo es todo; el cambio es, para usar el lenguaje jurídico, una fuente de producción.

El jurista de hoy no puede dejar de darse cuenta de lo mucho que las transformaciones materiales (y sobre todo la velocidad de estas transformaciones) afectan a la forma de pensar, a las ideas, a los conceptos, a la forma de ser jurista.

Por eso, la idea de que la doctrina indica modelos de razonamiento y la jurisprudencia los sigue es bastante débil.

En primer lugar, por una razón: la doctrina, y por supuesto también la legislatura, son más lentas que las necesidades sociales. Así, existe el tiempo de acción de la doctrina, el tiempo de acción del legislador, el tiempo de acción del juez y el tiempo de respuesta del pueblo, de todos nosotros.

Pensar que una reclamación hecha valer en los tribunales, si es nueva, no puede ser contestada hasta después de que el legislador haya intervenido o después de que la doctrina haya construido un caso ad hoc no sólo es ilusorio, sino que es materialmente, históricamente imposible hoy en día. Es una respuesta inaceptable, tanto en términos sociales como individuales.

Además, no es casualidad que algunos filósofos de la política estudien la relación entre el tiempo y las instituciones.

Ahora bien, si consideramos que la persona se sitúa en el centro de la sociedad como punto de apoyo de los derechos e intereses y, si consideramos también que los derechos subjetivos —como cualquier otra situación jurídicamente relevante— son la apariencia formal de algo que está por debajo de la apariencia formal; la conclusión es que, cuanto más aumenta el espacio de maniobra, de movimiento (movimiento físico, pero también mental y cultural), más se transforma el derecho. Y este se transforma precisamente a partir de las reclamaciones del individuo; el derecho se transforma por el hecho de que alguien emprenda una acción legal alegando, por ejemplo, que el trauma psicológico que ha sufrido no es sólo una desgracia, sino que es un daño en el verdadero sentido jurídico.

Este aspecto forma parte de la llamada medicalización (incluso de la excesiva medicalización de nuestras vidas); pero, en cuanto surgen nuevas molestias o se consideran molestias aspectos de la persona que en el pasado se consideraban irrelevantes, es obvio que estas situaciones también están destinadas a adquirir una relevancia jurídica; por ejemplo, en la perspectiva de la responsabilidad civil.

6. Globalización como factor de evolución del derecho

Independientemente de lo que se piense de la globalización, no se puede negar que es un instrumento a través del cual el derecho como sistema jurídico ha cambiado, está cambiando y seguirá cambiando.

La globalización es un fenómeno social con una base material, y la base material está constituida por los comportamientos individuales, que obviamente afectan a las prácticas sociales al afectar al agregado social. Estos comportamientos, sobre todo en la actualidad, han adquirido un peso directo en el momento de la transformación del derecho, y los Tribunales son, obviamente, el sujeto más cercano a estos intereses que se presentan ante un juez para obtener el crisma de la relevancia jurídica.

En esencia, la globalización es una reserva de comportamientos: algunos dominantes, otros recesivos; comportamientos, sin embargo, que todos subyacen a la transformación del derecho como fenómeno social.

Así, cuando el Tribunal Supremo italiano escribe que es el juez quien tiene la tarea de decir si una determinada pretensión individual es un derecho inviolable o no, hace una afirmación muy importante desde el punto de vista de la teoría general de las fuentes del derecho.

Por supuesto, una primera dificultad es comprender cuáles son los límites del poder del juez.

En ese contexto, siendo algo radical, se podría sostener lo siguiente: ningún límite legislativo en sentido estricto puede tener la fuerza de anular la mentalidad. La fuerza de la mentalidad y, por tanto, la fuerza de la cultura (incluso en sentido negativo, de ahí la fuerza de la incultura) prevalece sobre la voluntad de un legislador expresada en un texto legal. No es casualidad que hoy en día se vuelva a plantear con especial atención la cuestión de la autocontención de la jurisprudencia, a saber: sólo la jurisprudencia, sólo la cultura judicial puede evitar demasiado protagonismo jurisprudencial. Desde este punto de vista, los estudios de Lawrence Friedman sobre 'Derecho y Sociedad' siguen siendo hoy un punto de referencia.

El poder creativo del juez, en otras palabras, no puede ser contenido por una disposición que establezca ciertos límites: es una cuestión de mentalidad y de uso del derecho.

A este respecto, recuerdo el nombre de un filósofo del derecho muy conocido en Italia, pero no sé hasta qué punto en América Latina: Giovanni Tarello, seguidor del realismo jurídico estadounidense y escandinavo.

Por cierto, volviendo a nuestra sentencia de 2008, hay también un aspecto un tanto burlón, que es el siguiente: esa sentencia se redactó para limitar, para restringir la indemnizabilidad del daño no patrimonial; es una sentencia contra el daño existencial, por decirlo brevemente.

Pero esa referencia al potencial evolutivo del artículo 2º de la Constitución italiana hace inútil este esfuerzo restrictivo.

Veamos los otros aspectos que plantea la jurisprudencia como fuente del derecho.

También aquí partimos de un elemento empírico: en una entrevista realizada hace unos años por Guido Alpa (un civilista italiano muy conocido) a Paolo Grossi (fallecido hace unos días y que ha sido juez del tribunal constitucional y luego su presidente: como académico, Paolo Grossi es un historiador del derecho), en un momento dado Alpa le pregunta a Grossi: ¿no es este protagonismo judicial un peligro, no puede ser un peligro para la democracia? ¿No existe el riesgo de que la ley sea hecha por quienes no tienen legitimidad para crearla, estando sólo legitimados para aplicarla?

Y Grossi responde sin vacilar: no, se trata de viejos temores, ligados a una visión de las cosas dominada por la influencia del jacobinismo de la Revolución Francesa: la legitimidad democrática del juez reside en su preparación técnica.

Es una respuesta que probablemente no satisfaga a muchos de ustedes, pero es una que debe ser tomada en serio y analizada en profundidad.

¿En qué sentido el conocimiento técnico del juez es un baluarte democrático, en el sentido de que el conocimiento técnico es el instrumento capaz no tanto de evitar la arbitrariedad (que siempre puede haberla; piénsese en el comportamiento doloso del juez), sino de corregir la arbitrariedad, cuando existe, de modo que el sistema jurídico, el ordenamiento jurídico sea capaz de expulsar aquellas decisiones que puedan calificarse de inaceptables?

En mi opinión, la respuesta está en abordar la relación cada vez más estrecha entre el derecho y la argumentación.

7. Relación entre derecho y argumentación

Procediendo paso a paso y de forma bastante esquemática, sostenemos que el derecho no puede separarse de la argumentación, también por razones culturales, y puesto que la cultura es historia, también por razones culturales-históricas.

Si se viene insistiendo desde hace varias décadas en la idea de que el método jurídico preferible no es el dogmático (rígido) sino el tópico, es decir, el retórico, el argumentativo, el de pensar en términos de problemas y no en términos de conceptos fijados de una vez por todas, no puede uno entonces extrañarse de que en un momento dado la jurisprudencia, los jueces que por razones de edad han sido formados en un determinado contexto cultural-histórico, pongan en práctica lo que esencialmente aprendieron en la universidad.

Por supuesto, la relación entre el derecho y la argumentación también da lugar a problemas metodológicos. Y desde el punto de vista metodológico, hay que recordar la distinción entre el método axiomático y el método tópico.

El **método axiomático** se basa en premisas asumidas como necesarias, incontestables, de las que se derivan una serie de consecuencias, también lógicamente necesarias, mediante un procedimiento deductivo.

Ante el caso a resolver, si se aplica el **método sistemático**, el caso se devuelve al sistema, imaginado como una estructura cerrada, fuente de decisiones inequívocas.

Luego está el **método tópico**, que prescinde de la primacía de las abstracciones y de la lógica deductiva.

El método tópico es la técnica de pensar en términos de problemas. Y la solución del caso y, por tanto, del problema es fruto de una argumentación que, digamos, tiene un carácter mucho más ligero (y también móvil) que la respuesta sistemática.

Gran parte de la jurisprudencia italiana (especialmente la del Tribunal de Casación y la del Tribunal Constitucional), así como la europea (Tribunal de Justicia y Tribunal de Derechos Humanos), se mueve por la vía del método tópico, dejando en la sombra el método axiomático.

Y desde el punto de vista de la relación entre la doctrina y la jurisprudencia, hemos entrado recientemente, al menos en Italia, de una fase en la que la doctrina seguía esencialmente a la jurisprudencia a una fase en la que la doctrina está volviendo a reflexionar sobre sí misma y su propio papel.

8. Diálogo entre doctrina y jurisprudencia

Un punto debe quedar claro: quienes creen que la jurisprudencia puede ser la fuente del derecho, no piensan que la doctrina deba perder entonces su propio papel, su propio prestigio.

Por el contrario, nos adscribimos a esta postura debido a que es justo lo contrario, en el sentido de que cuando un sistema de derecho civil se abre a la jurisprudencia como fuente del derecho, la comparación entre doctrina y jurisprudencia puede ser muy interesante, dado que el sistema de derecho civil está acostumbrado a mirar a la doctrina como guardiana del derecho.

Por lo tanto, al combinar dos elementos: el derecho como argumentación, es decir, el pensamiento en términos de problemas (de ahí el método tópico), y el diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia, el derecho italiano y el derecho de la Unión Europea tienen en su seno un gran potencial que veremos en los próximos años hacia dónde se dirige.

En este punto, resulta menester recordar si no al mayor jurista italiano del siglo XX, Tullio Ascarelli, sin duda uno de los estudiosos no sólo más sensibles a la dimensión cultural del derecho, sino también más abiertos a la idea de que el derecho cambia a través de la interpretación.

Hay algunas aportaciones de los años 50 de Ascarelli se refieren a la reforma de los estudios de derecho, al problema de la interpretación, al papel de la doctrina y la jurisprudencia y a la relación entre ciencia y profesión. En definitiva, los temas clásicos de reflexión de un jurista con cierta conciencia teórica.

Pues bien, Ascarelli hace un apunte decisivo en cuanto al uso de la lógica en el derecho y en cuanto a la discrecionalidad del juez (porque, claro, no es sólo la discrecionalidad del juez lo que se discute hoy, sino siempre).

Ascarelli escribe, en resumen: quienes quieren dar más discrecionalidad al juez pensando –en esencia– que más discrecionalidad significa más justicia, en el caso concreto, se equivocan, precisamente porque demuestran estar anclados en una idea inaceptable del derecho: que el derecho es lógica y que por tanto resolver un caso significa hacer un ejercicio lógico.

Pero, dice Ascarelli, esto no es así; no porque la lógica no tenga nada que ver con el derecho, sino porque el derecho tiene lugar en la historia, por tanto, en el juicio de valor y en la consideración del contexto socioeconómico.

Por eso, según Ascarelli, el problema no es tanto el de la discrecionalidad; en el sentido de que, si se mira la discrecionalidad del juez como un elemento que se puede remontar a la ecuación errónea $\text{ley} = \text{lógica}$, entonces se sigue adoptando una idea antehistórica del derecho. El problema es, pues, elaborar categorías conceptuales adecuadas al momento histórico en el que se opera.

9. La renovación de las categorías del derecho civil

En Italia hay un libro de hace unos años que aborda directamente estas cuestiones, y en particular la cuestión de la renovación de las categorías del derecho civil: el libro de Nicolò Lipari que salió en 2013 y se titula *Le categorie del diritto civile* (Las categorías del derecho civil).

Se trata de un volumen escrito para quienes se están formando como juristas y cuya tesis, en esencia, es que el jurista (sea práctico o teórico) tiene la tarea de contribuir continua y constantemente a la renovación de las herramientas conceptuales que utiliza.

Si no se produce esta renovación, la ley no sólo funciona mal como instrumento de regulación, sino que se corre el riesgo de que la doctrina no se dedique a esta labor de construcción que es, en cambio, la suya propia; pero si la doctrina no lo hace, lo harán otros, como la jurisprudencia. Pero es evidente que esta última necesita, si no una orientación, al menos una clase profesional que tenga una visión algo más amplia y abierta, especialmente en la perspectiva metodológica y cultural. Naturalmente, si se acepta la idea de que la jurisprudencia es o puede ser una fuente de derecho, es entonces indispensable llegar a un acuerdo con el precedente, y en un sentido más amplio con la cultura de este.

Aquí surgen serios problemas porque, ciertamente, en Italia la cultura jurídica media no es sensible y ni siquiera está dispuesta a comprender el significado y el papel de los precedentes en el sentido propio de los países de derecho común.

Ahora bien, la cuestión, expuesta muy brevemente, es la siguiente: el Tribunal de Casación italiano, que emite unas 15.000 sentencias civiles al año, no puede hacer suya la cultura del precedente que otros tribunales supremos pueden practicar realmente. E, incluso desde el punto de vista del estilo judicial, la ausencia de una auténtica cultura del precedente es bastante evidente.

Suele ocurrir que los razonamientos de las sentencias de casación italianas sean un conjunto de máximas; pero esto no es un argumento.

Otro inconveniente es que a menudo el hecho, la cuestión de hecho, el caso concreto, queda en la sombra. Aquí hay que hacer una aclaración: el tribunal de casación es un juez de derecho únicamente, por lo que la reconstrucción del hecho queda excluida de las tareas de la casación; pero esto no significa que la sentencia de casación pueda y deba ignorar los hechos del caso y ello por una razón muy sencilla: El precedente, en sentido propio, es la regla de juicio aplicada a un supuesto de hecho; en cambio, no se puede hablar de precedente si se considera el caso concreto como elemento accesorio.

Desgraciadamente, suele ocurrir —en cambio— que la motivación de la casación se orienta exclusivamente a analizar la motivación del juez de la instancia anterior, frente a una serie de máximas, es decir, principios de derecho, que si no se concretan significan poco o nada, y desde luego no contribuyen a reforzar la cultura del precedente.

Así que, aceptar la idea de que la jurisprudencia es la fuente del derecho no significa en absoluto, como doctrina, ponerse en posición de retaguardia, en el sentido de limitarse a describir las orientaciones jurisprudenciales. Significa atribuir un papel muy fuerte a la doctrina, que tiene —ante todo— la tarea de analizar los argumentos de la jurisprudencia para poner orden en ella.

Un sistema en el que la jurisprudencia es la fuente del derecho no es en absoluto un sistema desordenado, un caos jurisprudencial; sino que es un sistema muy dinámico, que no debe significar muy caótico, pues —de lo contrario— se dañan tanto la práctica del derecho como la teoría del derecho, es decir, se dañan aquellos conceptos jurídicos que son indispensables para pensar y expresar un pensamiento.

Por supuesto, el papel de la jurisprudencia puede dar lugar, y de hecho da lugar, en los distintos sistemas jurídicos, a problemas particulares, que —en opinión personal— están relacionados sobre todo con la percepción que se tiene de la jurisprudencia.

En lo que respecta a Italia, la idea de que se reconstruya la teoría de las fuentes del derecho para dar, por así decirlo, entrada oficial a la jurisprudencia como fuente del derecho, cuenta con la oposición de muchos partidos, sobre todo por los graves problemas entre la política y la judicatura (especialmente la penal, pero no solo esta) que duran desde hace décadas y que se refieren también a la carrera de los magistrados, a la llamada verificación de la profesionalidad del magistrado y al papel del Consejo Superior de la Magistratura, que es el órgano de autogobierno de los jueces.

Así pues, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la jurisprudencia como fuente de derecho también plantea un problema desde el punto de vista de su utilización por los propios abogados y jueces. En este caso, el problema está relacionado con la disponibilidad y la posibilidad de conocer la jurisprudencia. El problema de hoy es que no hay dificultad para encontrar las sentencias en su totalidad en las bases de datos, sólo que esta facilidad va acompañada de dos fenómenos negativos, en mi opinión.

La primera es que las revistas tienden a publicar de nuevo las sentencias sólo en la parte jurídica, recortando la parte fáctica, porque —en todo caso— el lector interesado podrá, si así lo desea, recuperar la parte fáctica; la segunda es que la abundancia, digamos, de fuentes de conocimiento jurisprudencial ha debilitado aún más la cultura del precedente; que, sin embargo, quede claro, nunca se ha establecido en Italia y que hoy se pone de nuevo en riesgo por la invasión de las máximas jurisprudenciales.

Este fenómeno también es preocupante desde el punto de vista de la formación del jurista: ¿jurista sólo técnico jurídico o jurista sociólogo? Aquí dejo la pregunta abierta, que podría ser objeto de otra reunión, y les agradezco su atención.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1. ¿Podría recomendar usted algunas obras referentes a estos nuevos análisis sobre la interpretación de la jurisprudencia en Italia o en Europa?

Existen varios ensayos. Por ejemplo, un libro editado en 2013 por un civilista bien reconocido cuyo nombre es Nicolo Lipari, que se titula “Las categorías jurídicas civilistas”. En este trabajo, la tesis principal de Nicolo

Lipari es crítico de la idea de que las categorías jurídicas dogmáticas tienen, en su propia dimensión conceptual, una necesaria rigidez. Lipari es uno de los juristas más orientados a atribuir a la jurisprudencia un rol verdaderamente transformador. Por lo mencionado, la tesis de su trabajo es que la jurisprudencia no es solo una fuente del derecho, sino la principal fuente del derecho.

Pero, por ejemplo, hay una fuerte reacción crítica doctrinal de Massimo Luciani, que es constitucionalista, en *La voz de la Enciclopedia del Derecho*, editada por el Dr. Giuffrè de Milán, cuyo título es Interpretación conforme a constitución. Aquí, Massimo Luciani critica fuertemente la idea de Lipari según la cual la disposición legislativa sin interpretación es un texto que no exprime casi nada.

Luciani, cuya idea no está aislada en los últimos años, sostiene que es necesario considerar la intención del legislador en el texto legislativo. Así, existen muchos trabajos doctrinales que debaten sobre la competencia entre una dimensión hermenéutica, una dimensión contextual de la interpretación; y por otro lado, una dimensión textual, la idea de hacer siempre referencia primariamente a la intención del legislador, una *ratio legis* concretizada en el texto de la ley.

Responsabilidad de los propietarios y poseedores de canes*

Beatriz Franciskovic Ingunza**
Docente de la Universidad Científica del Sur

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Responsabilidad administrativa / 2.1. Deberes de las personas / 2.2. Prohibiciones generales y contra los animales de compañía / 2.3. Multas y sanciones / 3. Responsabilidad penal / 4. Responsabilidad civil / 4.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual / 5. Responsabilidad según la ley de Régimen jurídico de canes / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Con el presente tema, se pretende entender sobre qué y en qué aspectos los propietarios o poseedores de canes pueden ser responsables. Para comprender la responsabilidad que tienen estos sobre los canes se debe partir por señalar cuales son aquellos deberes, prohibiciones y responsabilidades que los propietarios en mención pueden asumir.

2. Responsabilidad administrativa

Respecto a los canes, resulta importante conocer que la Ley de protección y bienestar animal, Ley N.º 30407, establece determinados deberes y prohibiciones que se deben asumir respecto con los animales de compañía; que, en este caso, se hace referencia —particularmente— hacia los canes.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogada especialista en tema de protección animal (Derecho Animal). Con el título de Magíster por la Universidad San Martín de Porres, y estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Escuela de Graduados de la PUCP. Es docente de Derecho Civil y Procesal Civil en la Universidad Científica del Sur, Esan y Unifé. Se desempeña como Conciliadora Extrajudicial y Árbitro adscrita a la Cámara de Comercio de Lima, Cear Latinoamericano, Ministerio de Justicia - Arbitra Perú. Además, es Socia Fundadora y Sub-Gerente de Franciskovic Asociados S.C.R.L.

2.1. Deberes de las personas

El artículo 5° de la Ley *sub examine* establece los deberes de las personas; de manera que, si se incumplen con estos deberes se cometen infracciones.

Así, se precisan infracciones por maltrato animal distinto a los actos de crueldad, por ejemplo, uno de dichos deberes consiste en tener al can en un ambiente adecuado con las condiciones mínimas sanitarias que le permitan expresar su comportamiento natural.

En esa línea, si un propietario no cumple con lo expuesto, infringe ese deber de cuidado. Igualmente, se suscita dicho incumplimiento en caso no se le alimente de manera suficiente y adecuada respecto a sus necesidades biológicas. Este supuesto se configura cuando, por ejemplo, se observa que algún vecino tiene al animal del que es propietario con un peso muy bajo o en condiciones insalubres.

También constituye una infracción el no proteger al can del dolor que proviene del sufrimiento de heridas o enfermedades. Asimismo, el no conceder al animal una atención médico-veterinaria especializada junto a la vacunación de ser necesaria.

En suma, ante estos incumplimientos de deberes, se producen infracciones administrativas; por lo que se puede recurrir, según establece la ley, al Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (MINAGRI). Sin embargo, la ley presenta algunos vacíos debido a que no señala la entidad específica de este ministerio a la cual recurrir para sancionar a las personas que incumplen con los cuidados del can. En todo caso, además de acercarse a este ministerio, otra opción se encuentra en los Gobiernos regionales y locales, dado que cuentan con potestad sancionadora.

2.2. Prohibiciones generales y contra los animales de compañía

Por un lado, en el artículo 22° de la Ley N.º 30407, se prohíbe de manera general el abandono del can en la vía pública, que se les utilice en espectáculos de entretenimiento público o privado, que se les obligue a realizar actividades contrarias a su desenvolvimiento regular y que se le afecte su integridad física o bienestar; salvo ciertos lugares determinados por ley que dispongan con acondicionamientos y medidas de seguridad. Además, constituye otra prohibición aquel que cría, compra y vende animales de compañía para el consumo humano.

Por otro lado, respecto a estos animales de compañía, se infringe con lo dispuesto en el artículo 27° del mismo cuerpo legal en cuestión si se promueve la pelea de los canes en lugares públicos o privados; y, de manera específica, si se realizan amputaciones quirúrgicas o innecesarias a las orejas o colas de determinados canes. Por lo que solo están permitidas aquellas intervenciones por razones clínicas.

De esta forma, la norma reitera que también se encuentra prohibido que se entrene, fomente u organice peleas de canes. Análogamente, también representa una prohibición el aprovechamiento con fines comerciales de productos y subproductos obtenidos de animales de compañía, así como la explotación —de manera indiscriminada— de estos animales. La existencia de la proscripción de estas conductas implica la existencia de algunas personas que aún poseen algunos canes con *pedigree* o de raza, a los cuales explotan indistintamente para obtener crías. Ahora, si se conoce de estas situaciones, se puede recurrir a la entidad respectiva, ya que constituye un acto de maltrato animal.

Adicionalmente, se configura como maltrato la crianza de un mayor número de animales del que pueda ser mantenido por su poseedor. Aquí es importante considerar la existencia de albergues que son dirigidos por personas de buen corazón que recogen a canes abandonados en la calle. Ellos también deben acatar un límite, porque la situación puede devenir en malos tratos al no brindarles los cuidados necesarios.

En síntesis, estas infracciones administrativas pueden ser pasibles de sanción. Ante ello, se recurre al MINAGRI o a los gobiernos regionales y locales. No obstante, cuando se apersonan a estas entidades, no se conoce con exactitud la forma de proceder. Por lo tanto, se considera que sí debe existir una reglamentación que indique el ente encargado de recepcionar estas denuncias administrativas.

2.3. Multas y sanciones

Respecto a este punto, se percibe una multa no menor de uno ni mayor de 50 UIT¹, así como el decomiso de artefactos utilizados en la inspección. Asimismo, también se constituye como sanción la clausura parcial, total, temporal o definitiva del centro en la que se lleva a cabo la infracción. De esta manera, estas sanciones pueden aplicarse independientemente del inicio del proceso administrativo sancionador al que haya dado lugar.

1 El artículo 1° del Decreto Supremo N.º 398-2021-EF establece que, durante el año 2022, el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) como índice de referencia en normas tributarias será de Cuatro Mil Seiscientos y 00/100 Soles (S/ 4 600,00).

Por otro lado, se entiende como responsables al propietario, el poseedor e—inclusive— aquel que actúa u omite y participa en la comisión del hecho. Así, el titular del establecimiento, local o predio son responsables de esta situación como aquellas empresas de transporte que abandonen a perros, el propietario de un vehículo o el conductor que se hallaba en el lugar donde se realizó dicho abandono.

Estas responsabilidades administrativas son independientes a las de materia civil o penal que puedan derivarse de estos hechos materia de infracción. Por un lado, se tiene a las sanciones administrativas del propietario y poseedor del can como también las responsabilidades penales.

3. Responsabilidad penal

Existe el delito de abandono y actos de crueldad en los animales de compañía cuando se hayan cometido determinados actos de crueldad que son aquellos no mencionados en la ley 30407. Por ejemplo, arrojar a un perro desde el tercer o cuarto piso, lanzar una piedra al ojo de un animal, atarlo con una soga mientras el auto está en movimiento, o utilizar a los perros como *burrier* para transportar drogas.

En estas situaciones, la persona que cuenta con elementos probatorios puede dirigirse a la comisaría respectiva de la comisión de los hechos a fin de presentar su denuncia. Esta se puede realizar ante la comisaría o fiscalía de turno para que se inicie la investigación; no obstante, en muchas oportunidades, la policía no desea aceptar estos casos por desconocimiento o por falta de prueba. Ante ello, debe tenerse en cuenta que, al ser un delito, debe atenderse como cualquier otro.

De esta forma, cuando se apersona a los centros mencionados para efectuar la denuncia —o se realiza vía internet o telefónica—, se debe contar con los datos del presunto autor, en los que también debe figurar la dirección de este con las pruebas respectivas como vídeos y fotografías. Más adelante, podrá someterse a las diligencias ante las citaciones policiales y continuar con el proceso que se inicie o conseguir el informe final que contiene la denuncia respectiva.

Luego, de acuerdo con el artículo 206-A° del Código Penal, la persona puede ser sancionada con una pena privativa de libertad no mayor de tres años, con ciento ochenta días multa y con pena de inhabilitación. Esta última medida queda a criterio del juez, la cual implica que el condenado no podrá tener perro de manera temporal o—inclusive— total, a través de la cual no podrá volver a poseer alguno en su esfera jurídica.

Además, el mismo artículo aludido añade que, si el animal fallece a causa del acto de crueldad realizado en su contra, se puede interponer una pena no menor de tres ni mayor de cinco al propietario del can, así como ciento cincuenta a trescientos sesenta días multa junto a una inhabilitación. Sin embargo, acorde sea el caso, en este supuesto se le puede imponer prisión preventiva.

4. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil por daño causado por animales se lleva a cabo independientemente de la responsabilidad administrativa por maltrato animal y de la penal por actos de crueldad. Es decir, el propietario del can responderá si está bajo su cuidado y diligencia y causa daño a una persona o a otro animal. En estos casos, se aplican las normas de la responsabilidad civil (de manera puntual, la extracontractual), la que tiene un carácter objetivo porque todo propietario va a responder —en principio— por tener bajo su cuidado a un animal que puede convertirse en un bien riesgoso.

Esta situación puede agravarse si el dueño posee a un can denominado potencialmente peligroso. En torno a ello, el régimen jurídico de los canes determina que, toda persona propietaria o poseedora de este tipo de canes, tiene el deber de pasearlo en la calle con correa y bozal; puesto que, en caso contrario, deberá responder por su falta de diligencia.

Frente a algún daño causado por un animal, la persona será pasible de indemnización cuando el propietario no tenga cuidado o contacto con el animal, de manera que deberá reparar el daño económicamente. Este supuesto presenta la salvedad de aquellos casos en los que el dueño pueda probar que el evento fue ocasionado por un tercero.

Lo tratado guarda relación con el artículo 1979° del Código Civil, referente a la responsabilidad por daño causado por animal.

4.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Por otro lado, también se puede solicitar indemnización civil por daños causados al can que uno tiene. Esta responsabilidad civil puede derivar de una relación de tipo contractual o extracontractual. Ello debido a que, por ejemplo, si se lleva al can al albergue porque el propietario realizará un viaje o a una consulta veterinaria para una determinada operación, ya existe un vínculo obligacional entre las partes. Al respecto, en aras de dilucidar más el punto aquí tratado, se plantea el ejemplo de un propietario de un perro de raza *Shih Tzu* que lleva a su mascota al veterinario para que se

le realice la esterilización correspondiente; sin embargo, el procedimiento no resultó favorable, dado que la persona que lo realizó no contaba con el título profesional correspondiente. En consecuencia, el can sufrió una infección que lo condujo a permanecer en observación por un período de 30 días; no obstante, ello no fue suficiente, debido a que sufrió una disminución física permanente en su salud. En respuesta, se demandó por una mala práctica médica y por el perjuicio causado. A ello, se puede añadir, el daño emergente por la totalidad de los gastos y el daño moral ocasionado en el propietario². Entonces, lo descrito es lo que se deriva de una relación contractual.

Por su parte, en el tipo extracontractual se produce cuando —verbigracia— un tercero patea al perro, lo lanza a la pista o lo golpea con algún objeto. En dichos casos, no solo se acude a la vía penal, sino a la civil. Esta opción es posible ya que la Ley N.º 30407 en su artículo 33º señala que la responsabilidad administrativa es independiente de la penal y civil. Ergo, si una persona actúa de la manera descrita, se puede solicitar una indemnización por el daño patrimonial, emergente y moral.

Con lo referido, se debe asumir que todo propietario debe conocer estas responsabilidades. Asimismo, debe realizarse una mayor difusión de los deberes y prohibiciones respecto de estos animales de compañía.

5. Responsabilidad según la Ley de Régimen Jurídico de Canes

Sin perjuicio de la responsabilidad civil e indemnización que se pueda causar por el daño, el dueño del perro también responderá, según la Ley N.º 27596 sobre el Régimen Jurídico de los Canes, en determinados supuestos.

En virtud del artículo 14º de esta ley, si el perro ocasiona lesiones graves a una persona, el dueño estará obligado a cubrir el costo total de hospitalización, medicamentos y cirugía reconstructiva —de ser el caso— hasta su completa recuperación.

De acuerdo con lo mencionado, se ha presenciado circunstancias en las que perros de raza potencialmente peligrosa, como el pitbull, han causado daños a menores de edad. Las consecuencias se traducen en el rostro desfigurado del menor o alguna extremidad con mordeduras; ahí, el propietario, al margen de la responsabilidad civil, debe encargarse de la hos-

² A propósito de lo expuesto, se acota la existencia de una tesis de grado de la facultad de psicología que versa sobre la afectación y duelo por la pérdida de estos animales de compañía. Otro caso en relación con lo abordado acaeció cuando un padre de familia, de una menor con condiciones especiales, llevó a su perrito a la veterinaria de San Marcos en la que falleció por una mala *praxis*. Posteriormente, la niña se deprimió demasiado, por lo que se solicitó una indemnización por el daño causado.

pitalización de todos los gastos referidos en el párrafo precedente hasta su recuperación.

Otro supuesto contempla que, si el can ocasiona lesiones a otro animal, el dueño del perro agresor estará obligado a cubrir el costo que demande el restablecimiento. Ello, sin detrimento de la responsabilidad administrativa, penal o civil. Así mismo, si un can ocasiona la muerte de otro, el propietario debe indemnizar de un monto de 1 UIT, en aplicación de la ley especial.

Adicionalmente, cabe resaltar que todos los supuestos que regula el régimen jurídico de los canes solamente no serán de aplicación si el perro actuó en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada del dueño. Sin embargo, cuando este genera daño físico grave a una persona o mate a otro animal, el perro agresor deberá ser sacrificado³.

Por eso, es importante conocer estas medidas, toda vez que los propietarios de los perros deben hacerse cargo y asumir el íntegro de las responsabilidades que se pueden desprender de las acciones del can, toda vez que la tenencia de un animal de compañía no se reduce al mero acto de adopción, sino también al cuidado y la aceptación de las responsabilidades que ello conlleva.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Los animales de compañía pueden ser considerados como un bien patrimonial?

Efectivamente, los animales de compañía aún son considerados por el Código Civil como bienes muebles, semovientes por su calidad de traslado. Además, el Código Penal regula aquellos actos cometidos en su contra dentro de los delitos patrimoniales.

Sobre este punto, cabe resaltar que la Ley N.º 30407 establece que son considerados como seres sensibles; asimismo, existen proyectos de ley para considerar a los animales en el sentido de la ley dada. De lo mencionado, se desprende una reflexión: cuando se refieren al término animales, se hace alusión a la totalidad de estos y no solo a los de compañía.

Es por ello que, en cuanto a los últimos, existe otro proyecto de ley para que, en principio, los perros y gatos sean seres vivos en concordancia con lo que dictamina el Código Civil francés. Este cuerpo de leyes, en su artícu-

³ Acorde al artículo 15° de la Ley, se considera que un perro debe ser sacrificado cuando la lesión grave que se causa necesite atención médica o veterinaria, según sea el caso, requiera un plazo de descanso superior a los 15 días.

lo 2015°, establece que los animales de compañía no son cosas, sino seres dotados de sensibilidad y para ello se necesita una cultura de entendimiento con las mascotas. Por otra parte, en Alemania, por ejemplo, los dueños de perros están obligados a pasearlos dos veces al día.

6.2. Si el propietario del can ha cumplido con todas las diligencias posibles al pasear al animal en la calle, es decir, este cuenta con correa y bozal; sin embargo, aun así, ha ocasionado daños, ¿sería responsable?

Se deben aplicar las reglas de la responsabilidad civil; en otras palabras, se debe analizar si se cumple con el nexo de causalidad o —por el contrario— si ha ocurrido la fractura de este. En ese sentido, lo idóneo es determinar si fue por un caso fortuito, fuerza mayor o por hecho de un tercero.

6.3. ¿Cuál es el plazo que se debe considerar para realizar una denuncia o buscar una indemnización si es que el can llega a morder o lastimar a otro can?

Se aborda de igual manera que un delito, es decir, no hay plazo para denunciar en la vía administrativa; empero, si es mediante la vía civil, se tiene dos o diez años en caso de responsabilidad extracontractual y contractual, respectivamente.

6.4. Se cuestiona mucho la posesión de canes de raza potencialmente peligrosa. Sobre ellos, ¿qué recomendaciones se podrían brindar para evitar problemas legales en torno a la responsabilidad de estos canes?

Si bien el régimen jurídico de los canes determina que ciertos perros son potencialmente peligrosos, no siempre es así porque depende mucho de la forma de cuidado. Además, las municipalidades respectivas deben llevar un control de los propietarios de estos perros, instando para que se inscriban en el patrón. Más aún, la municipalidad debería contar con una lista de los perros que ya han ocasionado daños. Lamentablemente, ello no se cumple; por eso, lo ideal sería una mayor fiscalización, control y entidades que puedan vigilar el cumplimiento de estas normas.

6.5. ¿Qué apreciación se puede rescatar de la normativa civil vigente en cuanto a la responsabilidad sobre los propietarios de canes?

Se torna positiva porque, si un perro causa daños, se tiene el deber de indemnizar. Sin embargo, ello trasciende más allá de la responsabilidad

que se debe guardar al poseer mascotas. Así, es importante que el animal viva libremente, que el propietario pueda jugar con él y demás acciones; las cuales influyen para sostener que el dueño es el único responsable de la conducta del animal.

b. Mesas de diálogo

El mejor derecho de propiedad dentro del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil sometido a análisis*

Clotilde Cristina Vigil de Quiroz**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Jorge Alberto Beltrán Pacheco***
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mayra Alejandra Huaccha Galarza****
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I

Clotilde Cristina Vigil de Quiroz

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El pleno casatorio y la problemática del caso / 3. Ponencias elaboradas / 3.1. Primera ponencia / 3.2. Segunda Ponencia / 4. Análisis del artículo 1135 del CC / 5. Conclusiones.

1. Introducción

Es importante recalcar la diferencia que existe entre el pleno jurisdiccional y el pleno casatorio; asimismo, también se debe considerar el hecho que, cuando los jueces expiden sus sentencias, se genera una problemática entre los vocales supremos; ya que surgen diversas contradicciones en las

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Violencia contra la mujer, Violencia familiar y delitos sexuales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 22 de octubre del 2021.

** Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Ex profesora de la Facultad de Derecho de Derecho de las Obligaciones, Contratos y Derecho de Familia de la Universidad Mayor de San Marcos

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de los Contratos y Obligaciones en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.

**** Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinadora del Área de Derecho Privado en AMACHAQ Escuela Jurídica.

decisiones que se deben tomar, las mismas que, en este caso en particular, tratan sobre la figura del derecho de propiedad dentro del pleno jurisdiccional.

En ese sentido, para los fines de entender la presente exposición, resulta conveniente conocer la figura de los derechos reales, especialmente los siguientes:

Derecho de posesión: Es el poder de hecho que una persona ejerce sobre un bien.

Derecho de propiedad: Es el poder jurídico que una persona ejerce sobre un bien, que le va permitir usar, disfrutar, transponer y/o transmitir el bien.

2. El pleno casatorio y la problemática del caso

Concretamente, en la presente oportunidad se estudiará el Pleno Casatorio, a partir del cual nace una seria problemática que afecta a la jurisprudencia peruana y a la judicatura en general. Al respecto, se debe precisar que el planteamiento que se realizó está referido a uno de los casos más recurrentes en sede judicial, siendo un ejemplo de ello el siguiente:

‘A’ vende un bien inmueble a dos personas distintas (‘B’ Y ‘C’); el primer comprador (‘B’) cuenta con documentación privada (contrato) y ejerce la posesión del bien, pero no llega a inscribir su derecho; ‘C’ no toma posesión, pero cuenta con documento público (escritura pública) e inscribe el inmueble en registros públicos, aplicando el principio de publicidad, el cual sirve para que cualquier ciudadano pueda enterarse de la pertenencia de este bien inmueble.

Sin embargo, si se analiza este hecho, no parece ser tan definitivo, ya que va originar una serie de procesos judiciales: el otorgamiento de escritura pública, la nulidad del acto jurídico, la reivindicación, entre otros.

Por consiguiente, para el presente caso, el análisis se centrará en el mejor derecho de propiedad, iniciado en el planteamiento que se hace en el pleno jurisdiccional. En este, se encuentra a ‘B’ contra ‘C’, donde ‘B’ reconviene el mejor derecho de propiedad, ya que ‘A’ alega ser el dueño de este bien, al igual que ‘B’ y ‘C’; pero, mientras exista la presencia del documento que demuestre la venta del bien inmueble, se puede a proceder a la escritura pública, que es lo que omite ‘A’; toda vez que, si B realiza una compraventa pero no la inscribe en Registros Públicos, entonces B procedería a demandar a ‘A’ por un mejor derecho de propiedad y –posteriormente– ‘A’

reconviene y alega que él ejerce derecho de propiedad del bien, aunque 'B' lo compró, pero no ejerce la posesión. Es en este punto donde nos planteamos cuál de ellos tiene el mejor derecho de propiedad.

Ante esta problemática se han presentado dos ponencias en el pleno jurisdiccional en la búsqueda de una solución.

3. Ponencias elaboradas

3.1. Primera ponencia

Esta postura propone que se debe preferir al que realizó la primera compra, ya que cuenta con un documento de fecha cierta y tiene la posesión, aun cuando no exista su inscripción de derecho en los Registros Públicos.

En el país, los que toman esta posesión se rigen bajo el artículo 949° del Código Civil, el cual establece que “*la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario, salvo disposición legal referente de pacto*”; por ende, se entiende que existen casos donde se realiza una venta de un bien, mas no la inscripción pública, creando problemas futuros.

3.2. Segunda Ponencia

Esta posición sostiene que debe preferirse al que compró posteriormente; toda vez que, si bien no ostenta la posesión, llegó a inscribir su derecho en Registros Públicos.

Ante estas situaciones, el juez debe analizar los casos y verificar quién debe tener el mejor derecho a la propiedad.

Sobre este punto, el Art 1135° del código civil prescribe que se debe verificar la situación en el ejemplo planteado y concluir de la siguiente manera:

Si uno tiene escritura pública inscrita es Registros Públicos, sería a él quien se le aplicaría el mejor derecho a la propiedad; sin embargo, si ninguno inscribe en Registros Públicos y ambos tienen escrituras, se le concede al de fecha cierta más antigua.

4. Análisis del artículo 1135° del CC

Ahora bien, el artículo 1135° establece que “*cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título haya sido primeramente inscrito*”.

Esto es, la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro; por lo que se entiende que, si alguien de

buena fe realiza una compra a una persona que parecía tener facultades de vender, es decir, aparece en el registro como propietario del bien o tenía facultades para hacerlo (tiene un poder), puede proceder a la inscripción de registros públicos; quedando el derecho definido y no habiendo posibilidad que venga un tercero a plantear una anulabilidad o rescisión contractual.

Esta regularización conlleva una serie de problemas; por ejemplo, en época de Velasco (1968), donde se promulga la Ley N.º 17716, Ley la Reforma Agraria, varias de las haciendas se conformaban como cooperativas, a las cuales se les repartió terrenos con la condición de que estos trabajarían directamente sobre los estos; sin embargo, no se suscitó de esta manera y —con el tiempo— se descuidó la dirección general de la reforma, la cual debía cautelar el hecho del acto de expropiación para beneficiar a los trabajadores; denominación que recibe “la tierra es de quien la trabaja”.

Al no suceder lo antes citado, es decir, al no trabajar sus tierras, estos terrenos revertían y pasaban a ser nuevamente del Estado; no obstante, las cooperativas más tarde vendieron estos terrenos, perjudicando así a los nuevos propietarios, toda vez que cuando estos querían sacar a otra cooperativa, si esta trabaja la tierra y tiene su posesión, surgía la problemática de quién tendría el mejor derecho de propiedad.

En consecuencia, la venta se resuelve como una venta nula; ya que, al no trabajar la tierra, esta se revertía hacia el Estado. Sin embargo, al persistir en este terreno, e intentar plantear una nulidad, esta no procedía ya que el tercero que adquiere la propiedad de título oneroso no debe salir perjudicado sobre el derecho del bien que adquirió, aun cuando el otorgamiento se anule, se cancele o se rescinda.

5. Conclusiones

Según lo visto, se llega a la conclusión de que, en el ámbito jurisdiccional, se plantea una serie de problemas relacionados con el derecho de propiedad; asimismo, bajo una visión panorámica, para emitir correctamente una sentencia o fallo, los jueces minimamente deben comparar los títulos que exhibe la parte demandante y la parte demandada, sin perjuicio de tener en cuenta el registro de la posesión, el documento de fecha cierta más antigua, quién se encuentra en posesión del bien y la buena fe.

Jorge Alberto Beltrán Pacheco

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Ponencias elaboradas por el Pleno del 2022 / 2.1. Primera ponencia / 2.2. Segunda ponencia / 3. Decisión de los magistrados / 4. Antecedentes del pleno tratado / 5. Ponencias elaboradas en el Pleno del 2020 / 5.1. Primera ponencia / 5.2. Segunda ponencia / 6. Sistemas de transferencia de propiedad / 6.1. Propósitos o funciones del derecho de transferencia de propiedad / 6.2. Tipos de transferencia de propiedad / 6.2.1. Sistema de unidad del contrato / 6.2.2. Sistema de separación de contratos / 7. Los problemas del RRPP en el Perú / 8. Confusiones / 9. Conclusiones y recomendaciones.

1. Introducción

Como bien ha señalado la Prof. Clotilde, este pleno abordó como problema otorgar respuesta a la pregunta de quién tiene mejor derecho de propiedad, ¿quién inscribió su derecho en Registros públicos y no posee el inmueble o el que posee el inmueble y no inscribió su derecho?

Al respecto, en el intento de dar respuesta a la presente interrogante, se sustentaron dos posiciones para argumentar acerca de la solución.

2. Ponencias elaboradas por el Pleno del 2022

2.1. Primera ponencia

Sostiene que hay que preferir a quien posee, mas no ha inscrito. Ello, debido a que no es obligatorio registrar. Básicamente, en el Perú se adquiere la propiedad en virtud del artículo 949° del CC, mediante el cual se regula que la sola obligación de enajenar hace propietario al acreedor del bien inmueble.

Entonces, si se actuó de buena fe y posee la posesión efectiva, también se excluye que otra persona pueda poseer, razón por la cual se debería conocer la presencia de dicho poseedor, bloqueando de esta manera la buena fe de otro sujeto.

2.2. Segunda ponencia

Esta ponencia sostiene que quien inscribió fue más diligente, sustentado en el principio que versa acerca de que todos conocen los registros públicos, por lo que se entiende que el que inscribe debe ser privilegiado.

Asimismo, esta postura utiliza al artículo 1135° como uno de sus argumentos, siendo lo establecido por este que, en caso existan varios sujetos

acreedores pugnantes por la satisfacción de su crédito, se debe privilegiar al que primero ha inscrito y ostente el título de fecha cierta más antigua; y, a la falta de los dos, el que tenga el título más antiguo.

3. Decisión de los magistrados

Al respecto, los magistrados optaron por elegir la primera opción, entendiendo que no es obligatorio en el Perú la inscripción en Registros Públicos, sustentando todo ello, en el artículo 949° del CC.

4. Antecedentes del pleno tratado

Ahora bien, para los fines de la problemática trabajada, consideramos importante recordar el Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil, llevado a cabo en el año 2020; el cual tuvo una como problema a tratar una pregunta similar a la abordada en esta oportunidad.

La consulta fue la siguiente: ¿la segunda venta efectuada por el vendedor respecto del mismo bien inmueble es válida o ineficaz?; pudiéndose apreciar, que, en este caso, se centró la atención en la nulidad o la ineficacia, mas no en el tema de quien tendría que ser privilegiado en una pugna de derechos reales.

5. Ponencias elaboradas en el pleno del 2020

5.1. Primera ponencia

En ese tiempo, se consideró como nulo el que dispone más de una vez de un mismo derecho, ya que nadie puede disponer de aquello que no tiene, siendo jurídicamente imposible o –en todo caso– entendiendo esto como un supuesto de contravención a normas esenciales.

5.2. Segunda ponencia

De otro lado, esta ponencia consideraba, basado en la idea que se puede disponer de un bien ajeno, pudiendo ser el remedio a esto la rescisión, se debía privilegiar la ineficacia.

6. Sistemas de transferencia de propiedad

Abordando el tema medular de esta explicación, debemos precisar que cuando hablamos de los sistemas de transferencia de propiedad, es indispensable entender que estamos refiriéndonos a un conjunto de principios, reglas y procedimientos que rigen la transferencia efectiva de la propiedad inmueble o mueble; debiendo detenernos, para los fines del presente trabajo, en los bienes inmuebles.

6.1. Propósitos o funciones del derecho de transferencia de propiedad

Estos propósitos son los siguientes:

- a) Maximizar la riqueza: permitir una mayor agilidad del tráfico de bienes
- b) Fortalecer la seguridad jurídica: debemos entender a la seguridad jurídica estática, como la protección efectiva del derecho individual; y a la seguridad jurídica dinámica, como protección del intercambio de bienes.
- c) Reducir las adquisiciones de sujetos sin legitimidad

6.2. Tipos de sistema de transferencia de propiedad

6.2.1. El sistema de unidad del contrato

Dentro de este sistema, hay un solo contrato del cual puede derivar el efecto obligatorio y el efecto real.

- a) Se tiene el sistema de causa única, denominado también como consensual; en donde en virtud del contrato, se produce el efecto real inmediato sin necesidad de ningún signo de reconocibilidad social adicional.
- b) En este caso, unidad de contrato de causa doble, se propone la existencia de un título que justifique o fundamente la transferencia; sin embargo, también se requiere de un modo, un signo de reconocibilidad social para convertirse en propietario (pudiendo ser en este caso la entrega del bien).

6.2.2. Sistema de separación de los contratos

Este sistema es completamente distinta y ajena a la nuestra, en donde hay dos contratos, uno que produce los efectos reales, y otro que produzca los efectos obligatorios.

En tal sentido, debemos precisar, que del análisis del artículo 949, podemos apreciar que nuestro sistema ha optado por el sistema de transferencia del contrato de causa única.

Ahora bien, el problema que nace a causa de esto es el que venimos tratando de dilucidar, ¿es obligatorio registrar en el Perú?; no lo es; no obstante, es sugerido.

Asimismo, no debemos confundir el ‘ser’ con el ‘oponer’, por cuanto una persona resulta propietaria con el solo consenso entre ambas partes; sin embargo, se entiende que para oponer este derecho (excluirlo de otros), es recomendable el registro (también hay otras maneras de excluir este derecho).

7. Los problemas del RRPP en el Perú

El principal problema que se tiene es la falta de catastro. De igual manera, muchas veces se tienen asientos registrales que se superponen, o en todo caso, también se tiene el problema de la usurpación de identidad, dualidad de fichas registrales, entre otros.

Todos los problemas citados previamente han determinado que, en el Perú, realmente Registros Públicos no sea tan seguro como se suele presumir.

8. Confusiones

Se suele pensar que el disponer de un bien más de una vez resulta en un fin ilícito, un objeto jurídicamente imposible o un atentado a las normas del orden público y buenas costumbres (supuestos de nulidad); supuesto que no compartimos, ello en virtud a que consideramos que, si fuera esta la tesis, el artículo 1135° no tendría razón de existir.

Muy aparte de lo señalado, en el caso de la compraventa del bien ajeno, tampoco puede considerarse un supuesto de cuestionamiento, ya que no es que se apropie el bien de otra persona y sencillamente se venda, toda vez que el comprador debe conocer la ajenidad del bien adquirido. De esta manera, si la persona que adquiere el bien e ignora que este es de un tercero, podría invocar la rescisión prevista en el artículo 1539°.

Conforme se ha venido explicando, consideramos que el error más grave resultante del artículo 1135°, es que se trata de una norma de derecho de obligaciones y no uno de derechos reales, razón por la cual, no nos mostramos de acuerdo con el nombre “mejor derecho de propiedad”; ya que, o bien eres propietario, o no lo eres; salvo las conocidas excepciones de la copropiedad que se presentan en el Código Civil.

En tal sentido, a nuestro parecer, el tema de determinación de la calidad de propietario es un tema en controversia y el artículo 1135° privilegia al que primero inscribe porque ha sido más cauteloso o diligente en proteger su derecho de crédito accediendo a Registros Públicos. En esa línea, se entiende que, a falta de la inscripción, se protege de mejor manera su derecho de crédito a quien constituye, mediante un notario, un documento de fecha cierta.

Cabe señalar que no es exclusivamente el notario quien puede constituir un documento de fecha cierta, toda vez que también puede haber eventos naturales que otorguen esta característica, siendo un ejemplo de ello, la muerte.

De esta manera, consideramos que, en el caso de disposición en más de una oportunidad de un mismo bien, que determina la base del artículo 1135°, y la concurrencia de acreedores, estamos hablando de obligaciones sustentadas en actos válidos, donde es muy importante la existencia de la buena fe.

No se discute la calidad de propietario en el artículo 1135° y no se debería desnaturalizar su esencia; por otro lado, cuando se protege al sujeto acreedor que inscribió primero, no se hace porque tenga la calidad de propietario, sino porque fue un acreedor más prudente.

9. Conclusiones y recomendaciones

Lo que deberíamos hacer para evitar problemas, desde nuestro punto de vista, es tener una visión permisiva del artículo 1135° y los considerandos que lo acompañan o, de lo contrario, ser más drásticos y establecer que nadie puede disponer más de una vez de un mismo bien en el sistema peruano.

Por consiguiente, a lo que se quiere llegar es que podríamos tener mecanismos de protección más eficientes, como —por ejemplo— el uso del DNI electrónico; el cual, a través de un programa de apoyo interinstitucional entre entidades particulares y del Estado (RENIEC, RRPP y notarias, por ejemplo), permita que la propiedad se descargue de su contenido; para que, de esta manera, se levante un bloqueo inmediato sobre esta y no se permita que vendedores inescrupulosos efectúen una doble venta.

Mayra Alejandra Huaccha Galarza

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La decisión elegida por el pleno / 3. Cuestionamiento y particularidades de la decisión / 4. Conclusiones.

1. Introducción

Respecto al tema que se viene discutiendo, se debe resaltar —en primer lugar— la particularidad de la figura en la que el propietario lleva a cabo un contrato de doble venta, en donde el primer adquiriente tiene la posesión, mas no tiene el bien inscrito; mientras que, el segundo comprador, tiene el bien inscrito a su nombre, pero no disfruta de la posesión del mismo.

Al respecto, podemos señalar que uno de los tópicos con los que se cuenta, tratando de no redundar sobre lo señalado por los profesores que han sustentado su postura líneas arriba; recae en que, en mayoría, el Pleno conculca en sostener que debe preferirse a la persona que compró primero el bien y que cuenta con documento de fecha cierta, aun cuando este no haya inscrito su derecho en los Registros Públicos. Esta postura resulta interesante porque el giro que se da en torno al Pleno versa sobre la buena fe, dividiéndose las opiniones en dos posiciones: la buena fe objetiva, dentro de la primer ponencia; y la buena fe subjetiva, en la segunda.

2. La decisión elegida por el Pleno

Por mayoría, se optó por otorgarle relevancia a la buena fe objetiva, en donde —de una u otra manera— se desplaza un poco la importancia del principio de buena fe pública registral, y se sustenta un poco más el hecho en el otorgamiento de la prioridad al primer comprador, que en este caso cuenta con la posesión y un documento de fecha cierta, pero no ha inscrito su derecho.

3. Cuestionamientos y particularidades de la decisión

Sin embargo, respecto de este último caso, no hay ningún tratamiento de lo que se pueda dar en torno al tercero adquirente de buena fe, quien, a nuestro parecer, debería estimarse cierta consideración en virtud del principio de buena fe pública registral, del que se hace valer para llevar a cabo la adquisición.

De otro lado, debemos mencionar también el pronunciamiento final concebido por el Pleno, por cuanto se señaló que debía preferirse a la persona que compró primero, locución que, tras someterla análisis, consideramos deja muchos cabos sueltos; toda vez que no se está prefiriendo necesariamente a quien compró primero, sino a quien es capaz de demostrar ello de mejor manera (buena fe objetiva).

Al respecto, si bien se ha dado una solución a la controversia planteada, no todo ha quedado claro y hay aún mucho por mejorar; por lo que estimamos, reforzando lo sostenido por el profesor Jorge Beltrán, el hecho de recurrir y tener presente siempre el trasfondo y los antecedentes del caso, extremos que nos ayudarán a tener mayor claridad respecto a la problemática tratada.

Por otro lado, existe otro punto sobre el que resulta relevante pronunciar-nos dentro de la primera ponencia, por cuanto traen a colación lo manifestado en el anteproyecto del Código Civil, en el cual también se hace presen-

te la figura de que, si el registro o inscripción no existiese por ninguna de las partes, o en caso haya sido invalidada, se pasaría al segundo supuesto, cuyo contenido se precisa dentro del anteproyecto, y versa en dar mayor peso a la persona que haya comprado primero el bien.

4. Conclusiones

Como conclusión de esta primera parte, debemos señalar que ninguna de las posturas es aceptada en su totalidad sin mayor problema, pero desde nuestro punto de vista, estimamos como mejor planteamiento la línea seguida por el profesor Beltrán es sus conclusiones líneas arriba, en donde se meditó que, antes de opinar sobre si es correcto que el fallo haya seguido a la primera o segunda ponencia, se debió plasmar un punto de partida fijo delimitando o aclarando lo establecido por el artículo 1132° de CC.

II

Réplicas

Clotilde Cristina Vigil de Quiroz

Más que plantear esta parte de la disertación como una réplica, consideramos necesario abordar, a manera de complemento, una tratativa acerca de la seguridad jurídica de las personas; por cuanto, si bien es cierto lo sostenido por el profesor Beltrán, a propósito del análisis que su persona realiza sobre el potencial control electrónico que podría llevarse acabo para otorgar seguridad a los documentos registrales, consideramos aún como complicada su aplicación, sobre todo en nuestro país, en donde hace falta un adecuado proceso de organización para aspirar a un sistema de esa categoría.

Asimismo, añadido a lo antes señalado, debemos tener presente y especial cuidado con los delitos electrónicos que podrían ser enemigos de este nuevo sistema, siendo un claro ejemplo de ello la presencia de los denominados 'hackers'.

En este sentido, reforzamos la idea de que la administración de justicia debe tratar de resolver aquellos problemas que se presentan entre los ciudadanos, en especial cuando se trata de derechos que resultan fundamentales para las personas, como lo es el derecho de propiedad.

Asimismo, se debe señalar que, si bien es cierto que el artículo 1135° se encuentra presente en el mundo de las obligaciones, es posible sostener que estas no emergerían si no se celebra un contrato, situación en la que

consideramos que el legislador ha hecho bien en reconocer dentro de este artículo, aquellas situaciones en las que necesariamente se tiene que ser diligente para poder, de cierta manera, obtener justicia.

En ese sentido, concordamos con lo establecido en este pleno jurisdiccional, por cuanto ha permitido que las personas, abogados, juristas y jueces; puedan tener mucho mejor criterio al tener que dilucidar si son situaciones que se presentan entre los ciudadanos respecto al mejor derecho de propiedad.

Mayra Alejandra Huaccha Galarza

En línea con la explicación brindada por la profesora Clotilde, consideramos también como punto clave este arribo a este tema de la seguridad jurídica.

Al respecto, consideramos que lo abordado en el primer punto del pleno nos avoca ciertas reflexiones; por cuanto, al ponernos en el lugar de la situación abordada en la primera ponencia, tenemos una persona que ha adquirido un bien inmueble guiándose netamente del principio de buena de pública registral, pero que no ha corroborado que la persona a la que se lo está comprando es quien se encuentra ocupando el bien; nos preguntamos lo siguiente: en pleno siglo XXI, ¿resulta realmente necesario tener que realizar esa corroboración?.

En tal sentido, lo señalado de manera precedente resulta en aspectos que la Corte Suprema ha dejado abiertos con su fallo, sembrando semillas que serán germinadas más adelante por el desarrollo que se realizará en virtud del análisis continuo que se debe llevar a cabo, o por nuevos supuestos que la vida social nos otorgará, y a cuyos problemas, deberá pronunciarse.

Jorge Alberto Beltrán Pacheco

Complementando lo que se viene señalando, debemos enfatizar en un aspecto procesal —más que sustantivo— el cual es el tema de la demostración que el sujeto tiene una posesión legítima. Este es un asunto que nos parece que no se ha profundizado en el pleno que estamos nosotros evaluando; ya que, al partir de la premisa de que el poseedor es legítimo, puede ser también que se haya hecho toda una serie de artificios para situarme en el bien, en calidad de poseedor, y argumentar alrededor del artículo 949° toda una serie de aspectos que resultan en la obtención de la posesión y, en

base a esto, la protección.

De alguna u otra manera, a nuestro parecer, podría resultar peligroso el hecho de haberle restado a la inscripción la fuerza de esa presunción de que todos conocemos el contenido de los Registros Públicos (incluso ahora que debemos ir hasta el título archivado), así como el hecho de que la publicidad registral tiene mayor fortaleza porque la hemos reducido a lo que es la posesión como una mejor posición.

Al respecto, somos muy tajantes con lo tratado, situación que nos lleva a plantear la eliminación del artículo 1135°, ante la que nos propondríamos a trabajar un poco más fuerte en lo que concierne a mejorar el sistema de transferencia de propiedad en el Perú.

En nuestro país existe una debilidad sobre el derecho de propiedad muy peligrosa, siendo un ejemplo de ello la coexistencia de diversas maneras de adquirir propiedad, que han terminado por relativizar el derecho; inclusive, la propia prescripción adquisitiva de dominio termina siendo utilizada de mala manera en muchas circunstancias.

Por lo señalado, nos parece importante, si vamos a considerar privilegiar en este caso al poseedor efectivo, requerimos el hecho de poder sostener un mejor desarrollo sobre la calidad probatoria, y evitar situaciones de artificios que puedan terminar en actos de mala fe procesal que lleven a desvirtuar lo que se ha venido acordando.

Mas allá de lo señalado, debemos precisar que somos defensores del artículo 949° del CC, a cuyo contenido lo consideramos como el sistema de transferencia de propiedad en el Perú, mismo en el que no se precisa la solemnidad de la inscripción.

Pero, ¿por qué insistimos con el artículo 949°? ¿Por qué no consideramos a este sistema como uno inseguro?

Las respuestas a estas dudas las obtenemos de entender que, en nuestro país, no contamos con un sistema registral que pueda tildarse como uno realmente seguro o que sea obligatorio. No existe norma que me obligue a registrar y este no puede calificarse como uno realmente seguro; sin embargo, consideramos que lo que tenemos es lo que nos sirve, pero siempre precisando que este no es tan seguro, extremo que puede desvirtuarse, configurarse abusos, entre otros.

Como reflexión, creemos que el Estado no debe entenderse como feudos; sino, como un sistema en el que todos se interrelacionan y trabajan juntos.

III

Ronda de Preguntas del público

Pregunta dirigida a la Prof. Clotilde Cristina Vigíl de Quiroz: ¿Es posible invocar las normas de concurrencia de acreedores para dar solución a un caso de mejor derecho de propiedad en relación a la seguridad jurídica?

Debemos comenzar precisando que los acreedores son los titulares de derecho propiedad que se está disputando, por lo que se tendrá que apreciar, entre ellos, y hasta cierto punto, coherencia en su accionar, para proteger realmente, a través de esta normativa, a la persona que ha comprado el bien de buena fe.

Pregunta dirigida a la Est. Mayra Huaccha Galarza: ¿En un proceso de reivindicación puede discutirse o hablarse de mejor derecho de propiedad?

Consideramos que, primero, se debe evaluar lo correspondiente a la reivindicación, ya que existen muchas situaciones donde la persona puede buscar reivindicar su derecho.

Asimismo, debemos entender bien la figura de la acción reivindicatoria, que, a nuestro parecer, termina situándose de manera adecuada como petitorio en la persecución del bien dentro de estos procesos de mejor derecho de propiedad, dando respuesta de esta manera, a la consulta formulada.

Complementando la respuesta, el Prof. Jorge Beltrán señala que, si bien los procesos reivindicatorios buscan recobrar el bien, muchas veces en la reconvencción el demandado cuestiona el derecho de propiedad alegado por el supuesto propietario, trasladándonos en este supuesto, de un proceso de reivindicación a uno de dilucidación de la calidad propietaria.

Preguntas dirigidas al Prof. Jorge Beltrán Pacheco: ¿Podría profundizar respecto al tema de intercambio de bienes utilizando el DNI electrónico? y ¿Cómo esto termina brindando seguridad jurídica?

La tecnología últimamente viene siendo muy útil en el desarrollo de la vida del ser humano, y consideramos en línea con esto, que específicamente en el derecho puede ser un buen apoyo para resolver problemas críticos como los que venimos tratando.

Un ejemplo de lo precisado son las tarjetas de crédito, ya que estas cuentan con un chip que contiene información almacenada en una base de datos; cuya configuración es normalmente referida como CUI (código único de identidad), la misma que —una vez escaneada— puede mostrar información tal como la ficha RENIEC de una persona.

Ahora bien, una ventaja que podríamos estructurar, versa en una colaboración entre entidades estatales, quienes podrían añadir a estas bases de datos mayor información, como antecedentes penales, requisitorias, propiedades a nombre de una persona, entre otros.

De otro lado, aterrizando una idea que podemos elaborar en base a lo mencionado líneas arriba, podemos proponer que, si se afiliase las propiedades con las que uno cuenta al CUI de un DNI, mientras se esté dando la transferencia en una notaría, se levante un inmediato bloqueo sobre el bien; evitando así que, posterior a este hecho, un vendedor de mala fe trate de realizar una doble venta.

VI. DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL

a. Ponencias

La empresa en el escenario legislativo actual: Análisis jurídico empresarial de la problemática organizativa de la Micro, Pequeña y Mediana empresa*

César Eusebio Ramos Padilla**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aspectos económicos y sociales / 2.1. Costos financieros de las MYPES / 2.2. Relaciones desiguales en relaciones comerciales entre la gran empresa y la MYPES / 2.3. Limitaciones de las EIRL / 2.4. Impactos en los grupos de empresa/ 3. Situaciones problemáticas / 3.1. MYPES económicamente vulnerables / 3.2. ¿Se impide promover cultura asociativa en el empresario? / 3.3. Problemas mercantiles esenciales / 4. Promoción del Estado en la generación de planes de negocios viables / 4.1. Política del Estado en la promoción de incubadoras / 4.2 Promoción de la cultura asociativa en el financiamiento empresarial / 4.3. Protección del Estado de los accionistas minoritarios en el ejercicio de sus derechos / 5. Respuestas a las preguntas del público / 6. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente desarrollo y estructuración del tema, partiremos del análisis de tres elementos integrantes del concepto de derecho, los cuales fueron establecidos y definidos por el maestro Carlos Fernández Sessarego, los cuales son: la conducta humana social, económica y jurídicamente relevante, las normas jurídicas y la deontología del derecho (el deber ser). Todo ello, con la finalidad de entender el rol de la empresa en el escenario legis-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM. Trabajo en compañía de seguros Ítalo peruana, minero Perú S. A. como asesor legal, jefe de departamento legal de sociedad minera de Zinc y Cajamarquina S.A, jefe y secretario general de la empresa de Generación San Gabán. Docente ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Socio del Estudio RAMOS PADILLA & ASOCIADOS.

lativo actual, analizando el impacto en las relaciones económicas, la legislación imperante y cómo debería aplicarse para lograr la justicia social en el Perú.

La realidad del país se grafica en los datos estadísticos del INEI (2018), los cuales muestran en la organización jurídica de las empresas que el 73.6% de las unidades económicas declaran que están constituidas como personas naturales, el 12.5% como sociedad anónima, el 7.7% como empresa individual de responsabilidad limitada, el 2.6% como sociedad comercial de responsabilidad limitada, el 2.1% como otras formas de organización y el 1.5% como asociaciones; otro dato interesante —según la misma base estadística— y que se vincula con la Sociedad Anónima es el segmento empresarial de las micro y pequeñas empresas (MYPES) que representa el 96.6% del total de sociedades anónimas constituidas en el Perú. Los presentes datos nos dilucidan que las MYPES como sociedades anónimas han crecido en el Perú y las sociedades anónimas abiertas siguen siendo aproximadamente 200 en 1997 e igual número en 2017, lo que demuestra que en el sector de la gran empresa hay un marcado estancamiento empresarial.

2. Aspectos económicos y sociales

2.1. Costos financieros de las MYPES

Las microempresas del Perú cuando recurren a la banca, estas entidades establecen en promedio el 31.25% de interés anual por préstamos; en ese sentido a las pequeñas empresas les fijan desde el 18.13% de intereses compensatorios anuales, inclusive algunos si acuden a las financieras les cobran el 65.19% anual. Claramente esto es un abuso y un impedimento de establecer un balance del financiamiento de sus planes de negocios ya que generarían un desbalance presupuestal considerable para las nacientes MYPES del país, por esta razón estas desaparecen generalmente en la tercera generación de su creación empresarial.

2.2. Relaciones desiguales en relaciones comerciales entre la gran empresa y la MYPES

El año 2019 a los proveedores de las grandes empresas, mayoritariamente MYPES, el pago de sus facturas le podrían demorar hasta 257 días (El Comercio, 2019). Esto hacía que las empresas grandes resultasen con grandes beneficios en sus costos financieros; ya que la demora de las MYPES en obtener ingresos a en plazos oportunos por sus productos y servicios ya entregados y realizados, repercuten no solo en los respectivos pagos a los bancos o financieras, sino en su posibilidad de crecimiento, con la

consiguiente mejora a sus trabajadores en aspectos remunerativos y de capacitación. La situación desbordada en una lucha desigual hizo que el Estado promulgue la Ley N.º 31362 que estableció el pago de facturas a las MYPES en un plazo máximo de treinta días.

La Cámara de Comercio de Lima (CCL) reaccionó frente a la Ley N.º 31362 que pretendía resolver las terribles desigualdades que generaba relaciones comerciales insostenible. Para el CCL la ley era gravosa e iba en contra de la libertad empresarial. Entre sus razones destacan, que, de no efectuarse el pago dentro del plazo de 30 días señalado, el adquirente cae en mora a partir del día siguiente, debiendo, además abonar los intereses moratorios hasta la fecha en que efectuó el pago; así como que el acuerdo de plazo distinto de pago exige escritura pública o legalización del documento, genera gastos extras y trámites burocráticos innecesarios.

Consideramos que la ley mencionada debería tener, además, un tratamiento sancionatorio respecto a la utilización del crédito fiscal por pagos no efectuados, ya que son actos completamente reprochables.

2.3. Limitaciones de las EIRL

Existiendo una cantidad considerable de empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL) —que ahora “descubren” y “promueven” las sociedades de un solo socio, llamadas sociedades unipersonales— no se promocionan mejoras legislativas. Justamente las restricciones de estas se deben al Decreto Legislativo N.º 21435 que en los artículos 1 y 4 propugnan en primer lugar, que las EIRL se deben desarrollar exclusivamente para actividades de pequeña empresa y que solo pueden ser titulares personas naturales. En segundo lugar, en los artículos 5 y 31 se establece que cada persona natural podrá ser titular de una o más empresas, estableciendo así una autocontratación que en consecuencia genera menos renta neta para el estado.

2.4. Impactos de los grupos de empresa

En los grupos de empresas, aquellos socios mayoritarios pueden atentar contra el interés social de las sociedades que controlan, para beneficiar al grupo económico que representan atentando contra los accionistas minoritarios o pasivos (que por lo dispersos puede ser mayoritarios), llegan incluso a generar, en alguna de sus empresas, pérdidas para que en otras generen sobre ganancias; por ejemplo, si existen dos empresas pertenecientes a un mismo grupo, una fábrica harina y la otra de fideos, acuerdan que la fábrica de harina venda a un costo menor del precio de mercado, inclusive menores de su costo de producción. a la sociedad titular de la

fábrica de fideos, estableciendo así una pérdida para los accionistas minoritarios de la fábrica de harina, pero una gran utilidad para los accionistas de la fábrica de fideos, que también son mayoritarios de la sociedad titular de la fábrica de harina. En resumen, los inversionistas minoritarios por su menor participación en el capital social de la empresa constriñen su poder de gestión y decisión a lo que resuelvan quienes dominan a la misma, creando un clima adverso a la constitución y participación de empresarios colectivos como las sociedades anónimas.

Ese ánimo de trabajar en proyectos colectivos empresariales, se debilitará más con las prácticas consistentes en que los mayoritarios buscarán diluir hasta donde les sea posible la participación de los inversionistas minoritarios en el capital de una empresa, para evitar exigencias de derechos (dividendos obligatorios, fiscalización). Frente al escenario descrito se nos viene la pregunta: ¿por qué los mayoritarios no invierten solos? ¿para qué hacen sociedad?, si su actitud se compone de restricciones y perjuicios a los socios minoritarios, no deberían hacer sociedad; por el contrario, si aceptan el establecimiento de una sociedad tienen que respetar los derechos de todos los socios bajo el principio de paridad de trato.

Finalmente, en nuestra legislación se encuentra la regulación tímida frente a esta problemática, el artículo 139 de la Ley General de Sociedades manifiesta que se puede impugnar los acuerdos societarios cuando van en contra los intereses sociales, demandando la nulidad del acuerdo.

3. Situaciones problemáticas

3.1. MYPES económicamente vulnerables

Como hemos visto las MYPES son económicamente vulnerables, y se encuentran en constante lucha por subsistir. El primer peldaño de superación de las MYPES en los primeros años de su formación es frágil; por lo tanto, necesita de financiamiento.

Recordemos que las MYPES son una respuesta al problema de desempleo, ahora bien ¿Su existencia es beneficiosa? La respuesta es sí, pero la misma debe tener condiciones óptimas y favorables para su desarrollo.

3.2. ¿Se impide promover cultura asociativa en el empresario?

Las cifras estadísticas demuestran (97% de las SA grupos familiares y personas naturales empresarias) que falta capacidad asociativa en el empresario, pero, ¿por qué razones?

El primer aspecto se sustenta en las normas societarias, las cuales no permiten atraer inversionistas, solo pretenden promover el individualismo;

El otro aspecto, es la falta de regulación sobre las empresas que integran grupos económicos, en donde los que controlan (poseen mayoría en el directorio y nombran los gerentes) tratan de evitar distribuir utilidades y diluir la participación de los accionistas minoritarios.

Estos factores impiden el desarrollo de una cultura asociativa en los empresarios e inversionistas peruanos

3.3. Problemas mercantiles esenciales

Identificar los problemas mercantiles esenciales nos ayudará a establecer hacia donde debería apuntar la normativa y la legislación con miras a solucionar las trabas que impiden el empresarial n nuestro país.

Entre estos inconvenientes está la carencia de un plan de negocios o de planes de negocios empíricos, ante todo en las MYPES, las cuales poseen una fragilidad del balance de financiamiento por carecer de aporte de socios y de una cultura asociativa; así como lo oneroso que es el acceso al crédito; seguido de la existencia de una relación abusiva de las grandes empresas con las MYPES; y finalmente el abuso en empresa medianas y grandes de los accionistas a minoristas.

La visión de la normativa mercantil debe apuntar y dirigirse hacia la promoción del estado para generar planes de negocios viables; dentro del cual está una política de Estado en promoción de incubadoras, de la cultura asociativa en el financiamiento empresarial, la protección del estado de los accionistas minoritarios en el ejercicio de sus derechos, así como de los acreedores en las relaciones societarias y mercantiles, en especial a las MYPES.

4. Promoción del Estado en la generación de planes de negocios viables

4.1. Política de Estado en la promoción de incubadoras

Estas políticas promueven la participación del sector privado en los procesos de incubación de empresas; su objetivo es generar planes de negocios en base a las ideas innovadoras del empresario.

El Estado trata de fomentar y articular las acciones orientadas al incremento de la calidad, innovación, tecnología, productividad y competitividad empresarial, asimismo, promueve el acceso a recursos disponibles

para la gestión inicial, operatividad y consolidación de las MYPES vinculadas a procesos de incubación de empresas.

El Estado celebra convenios nacionales e internacionales para la promoción, desarrollo e inserción en los mercados de las empresas incubadoras, en el marco de su competencia.

Existen 5 etapas en los emprendimientos innovadores (planes de negocio):

- Reconocer una oportunidad
- Decidir, comenzar y buscar recursos iniciales
- Lanzar el nuevo emprendimiento (plan de negocios)
- Construir el éxito (financiamiento con *venture capital* y *angel investor*).
- Recoger las recompensas por los inversionistas (venta de sus acciones)

Para repotenciar aquellas etapas se creó el Decreto Supremo N.º 003-2014, que estipula en su normatividad la creación del Programa Nacional de Innovación para la Competitividad y Productividad en el Ministerio de la Producción.

Los recursos desembolsados son por varios millones de soles a las respectivas incubadoras y aceleradoras de negocio que en conjunto con las universidades trabajan buscando un mismo objetivo.

Uno de los tantos proyectos que se desarrollaron, solo a modo de ejemplo, es el proyecto *Yarwa* de la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos: que consiste en una turbina eólica *Yarwa* que brinda 300 litros de agua al día a partir de la humedad atmosférica y tiene la finalidad de impulsar proyectos agrícolas. El proyecto se está aplicando por un lado en la costa, específicamente en San Juan de Lurigancho, por otro lado, en la sierra, en la ciudad de Huancavelica. Lamentablemente este como los demás proyectos que vienen siendo impulsados, que benefician y potencian la industria empresarial, carecen de suficiente apoyo estatal.

4.2. Promoción de la cultura asociativa en el financiamiento empresarial

La sociedad anónima es un instrumento recolector del ahorro público para financiar todo plan de negocio. Sus incentivos tienen que basarse en la participación de los beneficios, limitaciones de su responsabilidad al aporte

efectuado o prometido, en casos de pérdida y en todo caso la transferibilidad de su participación. Ahora bien, se necesita que el empresariado (S.A.) elabore un plan de negocio viable. Pero ¿qué es un plan de negocio?

Plan de negocios es aquella actividad empresarial que desarrolla el empresario para obtener el producto o servicio que negociará en diversos segmentos del mercado, el que es expresado en el objeto social y debe ser financiado con el capital social. El primero, requiere de un precepto estatutario que detalle las actividades económicas que realizará la S.A. en el desarrollo de uno o más planes de negocios; el segundo, significa la constitución de aportes de los accionistas para financiar a su vez el objeto social.

Se suele plantear que las sociedades pueden tener un objeto social indeterminado, premisa cuyo efecto principal es acabar con el derecho de separación de los accionistas. Al accionista no le conviene si se cambia el objeto social, ya que él va por un plan de negocios determinado.

Se deben requerir inversionistas responsables, honestos, que generan empleo en el país; y el objeto social debidamente detallado es la clave, la que basada en un plan de negocios viable, como atractivo para atraer inversionistas.

No olvidemos que el accionista (o socio) considera a la sociedad anónima como atractiva, porque, además, aquella le permite salir en cualquier momento de socio, transfiriendo sus acciones o separándose de la sociedad, por ello debe supervisarse la libertad de transferir las acciones y respetar el derecho de separación del accionista en caso se cambien los planes de negocios.

4.3. Protección del Estado de los accionistas minoritarios en el ejercicio de sus derechos

Acechan peligros en la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, el último anteproyecto de Ley General de Sociedades no considera como derecho mínimo el derecho de participación en las utilidades, sino establece que se puede excluir a algunos accionistas de los dividendos (artículo 52).

El mismo anteproyecto a través de su artículo 208 pretende eliminar el dividendo obligatorio consagrado por el artículo 231 de la vigente Ley General de Sociedades, lo cual representa un atentado contra el derecho de los accionistas minoritarios debilitando la función de la sociedad como instrumento recolector de capitales para hacer viables los planes de negocio.

El principal derecho que debe proteger el Estado de los socios o accionistas es el de participar en la distribución de utilidades y beneficios de la sociedad mercantil; toda exclusión del derecho de participar en el reparto de utilidades sin consentimiento expreso del socio o inversionista, está afectado las bases fundamentales del derecho societario, ahuyentando las inversiones en el Perú, dejando las puertas abiertas para el abuso de derecho.

5. Conclusiones

Es muy importante que el Estado promueva en las MYPES los programas de Incubadoras de planes de negocio con suficiente presupuesto para acercar la ciencia y tecnología a la producción de bienes y servicios mediante las universidades y COFIDE. Además, promover una cultura asociativa en el financiamiento empresarial motivando la confianza de los inversionistas en la justa participación en las utilidades y beneficios de las sociedades.

Es necesaria la debida protección del Estado de los accionistas minoritarios en el ejercicio de sus derechos, impidiendo la exclusión del derecho de participar en el reparto de utilidades sin consentimiento expreso, fortaleciendo la figura del dividendo obligatorio y garantizando el derecho individual de los socios de cuestionar acuerdos sociales.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Qué comentario se podría verter sobre el pluralismo económico y sobre el papel subsidiario del Estado en la actividad empresarial?

Este concepto de subsidiariedad involucra que el Estado asuma una posición intermedia, nunca los extremos son positivos; no puede comprometer los tributos de la persona en las actividades económicas, sino que debe dirigirse en una línea de inversiones y de búsqueda de una verdadera libre competencia. Por ejemplo, el Estado es dueño de los recursos minerales, por eso cada empresa minera debería tener de socio al Estado (ejemplo CODELCO en Chile), el cual debe participar en las utilidades de la actividad minera; otro ejemplo lo observamos en la pandemia con el aumento del precio de los medicamentos, es ahí cuando debe intervenir el ente regulador.

6.2. ¿Existe una inadecuada legislación referente a las MYPES en el Perú, o el problema es netamente de capacidad estatal?

El problema es que el Estado debe participar e impulsar la ciencia y tecnología, estableciendo universidades de calidad porque son las que promocionan y participan asesorando la elaboración de planes de negocio viables en apoyo a las MYPES.

Debemos superar con tener empresarios parasitarios, parece que nuestro proceso evolutivo en este aspecto es muy lento; por ejemplo, desde la época del guano hasta la actualidad ha predominado las actividades primarias de la economía. Hace falta promover industria y actividad empresarial innovadora, donde su desarrollo depende de la ciencia y tecnología.

6.3. ¿Cuáles son las principales disyuntivas que enfrentan las MYPES en el acceso a los mercados? ¿Podría mencionar algún ejemplo?

Primero que nada, las MYPES son empíricas y no hacen planes de negocio, las universidades deben apoyar en la realización de sus planes. Existen diversas facultades universitarias de primer nivel como la Facultad de Ingeniería Industrial, Metalurgia, Química y Física de la UNMSM; estas deben estar presentes en los negocios que están por entrar al mercado. Otras Universidades también lo están haciendo (PUCP, UP, UPC, UTP, UTEC, UNI, etc.). Por otra parte, COFIDE y el Estado — mediante el Banco Mundial— pueden canalizar las inversiones para que estos planes de negocio entren al mercado con viabilidad (con las mejores condiciones).

VII. DERECHO LABORAL, PROCESAL, LABORAL Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

a. Ponencias

Tercerización laboral: crítica y análisis ante su reforma. A propósito del anteproyecto del Código del Trabajo*

Ricardo Corrales Melgarejo**
Universidad Nacional Federico Villareal

SUMARIO: 1. Definición según el Diccionario RLP/ 2. Definición según Omar Toledo / 3. Característica principal: Autonomía empresarial/ 4. El fenómeno del Outsourcing o tercerización/ 5. El Outsourcing según Ben Schneider / 6. Diferencia entre intermediación y tercerización según Ben Schneider / 7. Tercerización laboral en LATAM según Omar Toledo Toribio / 8. Enfoque patológico según Rolando Murgas Torraza / 9. Definición según el Art. 2 de la Ley N° 29245 Ley que regula los servicios de tercerización / 10. Artículo 3.- Casos que constituyen tercerización de servicios / 11. Reglamento de la Ley DS 006-2008-TR. Artículo 2 / 12. DS 001-2022-TR (23.02.22), modifica el Reglamento de la Ley de Tercerización / 12.1. Artículo 1.- Definiciones / 12.2. Ámbito de la tercerización / 12.3. Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización / 13. Acciones legales y parlamentarias contra la tercerización nuclear / 14. La Jurisprudencia en materia de tercerización laboral / 14.1. Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo Expediente N°04081-2018-0-1501-JR-LA-03 (SV. 3.12.2021) / 14.2. Expediente N°22411-2013 4ta Sala Laboral de Lima / 14.3. Casación Laboral N° 5659-2016 Lima, 31-10 2017 / 14.4. Casación Laboral N° 8983-2015- Del Santa (19-01-2017) / 14.5. Ley N°31254 Que prohíbe la tercerización y toda forma de intermediación laboral de los servicios de limpieza pública y afines que prestan los obreros municipales (07-07-2021) / 14.6. Ley N°31110 Del régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agroindustrial (31-12-2020) / 14.7 N°3104. De las trabajadoras y trabajadores del hogar (01-10-2020) /

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal. Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Peruana los Andes. Maestría en Derecho del Trabajo

15. Anteproyecto del Código del Trabajo / 16. Conclusiones / 17. Respuestas a las preguntas del público.

1. Definición según el Diccionario del Régimen Laboral Peruano (RLP)

Según el Diccionario del Régimen Laboral Peruano¹ la tercerización es la “forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma. La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores”.

2. Definición según Omar Toledo

Omar Toledo² sobre la tercerización laboral dice lo siguiente:

“La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de éste (insourcing) o fuera de él (outsourcing), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante”.

3. Característica principal: Autonomía empresarial

Es requisito central la independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante, de modo que los trabajos de tercerización no entorpezcan su normal desenvolvimiento, así tenemos, el típico ejemplo de la tercerización es el servicio de mantenimiento de las maquinarias de la empresa principal o también el servicio de contabilidad, entre otros.

4. El fenómeno del Outsourcing o tercerización

El *outsourcing* o tercerización constituye un fenómeno difundido por cuanto es una herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva.

¹ VALDERRAMA, L., *Diccionario del Régimen Laboral Peruano* (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), p. 379.

² TOLEDO, O., *La tercerización laboral* (Lima: Grijley, 2015), p. 23.

La contratación de terceros para que se encarguen de funciones secundarias del proceso productivo, comercialización o área administrativa, permite que la empresa principal se concentre en su actividad nuclear, esto es, en el corazón del negocio.

El Outsourcing no sólo reduce los costos, sino que también eleva la eficiencia y competitividad de las empresas.

5. El Outsourcing según Ben Schneider

Ben Schneider³ menciona que:

“Se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su core business, esto es, en la actividad distintiva, y no tomar parte en procesos importantes, pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficiente que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios”.

6. Diferencias entre intermediación y tercerización según Ben Schneider

Ben Schneider⁴ hace hincapié en que:

“Existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero outsourcing. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el core bussiness de la empresa, hacia un proveedor especialista”.

7. Tercerización laboral en LATAM según Omar Toledo Toribio

En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, profesor de la Universidad de Salamanca, cuando llama enfoque patológico a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela; y el enfoque fisiológico, esto es, que es posible que la terceriza-

³ SCHNEIDER, B., *OUTSOURCING. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios.* (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004), pag. 31

⁴ *Ibidem*, p. 32

ción sea un órgano adicional al cuerpo de la empresa, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú.

8. Enfoque patológico según Rolando Murgas Torraza

Rolando Murgas Torraza⁵, un profesor centroamericano destacado, menciona que:

“en lo que se refiere a ciertas modalidades de ‘externalización’ de servicios, conviene hacer dos precisiones. Una cosa es que, en ciertos servicios, por la aparición de empresas de prestación de servicios especializados, pueda aceptarse como jurídicamente válido que suministren a otras empresas esos servicios, sin ánimo de fraude laboral y conservando las primeras, plenamente, la condición de empleadoras y de responsables pecuniariamente. Es el caso de ciertos servicios especializados, como los de vigilancia o seguridad, aseo y hasta los de mensajería. Otra cosa es que, al calor de las tendencias a la descentralización de la estructura productiva, en abierta violación a las normas existentes, o sea, como una auténtica patología, se pretenda simplemente crear empresas ‘satélites’ (lo que por sí solo no sería necesariamente malo, si no se aprovechara para ‘deslaborizar’, esto es, tratar de eludir el derecho laboral), con la característica de que integralmente responden al giro de actividad de la empresa principal; o, peor aún, que se ‘vista’ de empresarios a antiguos trabajadores, para utilizarlos como una forma de desligarse de la titularidad de la relación de trabajo, de las responsabilidades patrimoniales y de provocar una abierta disminución de la protección laboral. Si las nuevas estrategias empresariales imponen esos modelos de descentralización productiva, el Derecho del trabajo no tiene por qué cambiar sus principios y sus normas para avalar la desprotección”

9. Definición según el Artículo 2 de la Ley N° 29245. Ley que regula los servicios de tercerización

Dicho artículo nos menciona que:

“(…) La contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.”

⁵ MURGAS TORRAZA, R., «Mitologías y Patologías en el Derecho del Trabajo: De los principios a la realidad.», en: Pasco, M. *Actualidad del Derecho del Trabajo* (AIDTSS Deiore, 2009), pp. 168-169

10. Artículo 3 de la Ley N° 29245. Casos que constituyen tercerización de servicios.

Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

11. Reglamento de la Ley DS 006-2008-TR. Artículo 2.- Ámbito de la Tercerización

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

En relación a lo anterior, es válido mencionar que desde el año 2015, ya el Dr. Toledo Toribio discutía y afirmaba que no se podía tercerizar la actividad principal ni aquellas actividades vinculadas con la actividad nuclear de la empresa.

12. DS 001-2022-TR (23.02.22), modifica el Reglamento de la Ley de Tercerización

Es este decreto supremo que va a sentar la base ideológica para modificar el artículo 2, anteriormente mencionado. Este decreto menciona que, si bien resulta innegable la importancia de la tercerización, como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura convierte a este mecanismo en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores.

12.1. Artículo 1.- Definiciones

Para los efectos de la Ley N°29245 y del Decreto Legislativo N°1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Actividades especializadas u obras. - Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.

La modificación realizada en este decreto supremo va acorde con la idea de que “las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio”.

Núcleo del negocio. - El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa, pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.

Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

12.2. Artículo 2.- Ámbito de Tercerización

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente Reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.

No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio. Esta premisa será el punto en discordancia entre el gobierno y las empresas que tercerizan sus actividades principales sin hacer esta distinción de si es el núcleo o no de la empresa.

12.3. Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.
- b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.
- c) En caso de que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente Reglamento indique **la ausencia de autonomía empresarial** de la empresa tercerizadora.
- d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.
- e) En caso de que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

La desnaturalización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio y provoca que estos sean directamente dependientes a la empresa principal. Además de que esta también es solidariamente responsable por los beneficios sociales de que hayan generado durante una relación de tercerización.

Cabe aclarar que aún está vigente el reglamento anterior y el reglamento nuevo, recién entra en vigor en agosto del presente año.

13. Acciones legales y parlamentarias contra la tercerización nuclear.

Las modificaciones realizadas al reglamento causarán que las empresas vayan a tener que adecuar su relación tercerizadora con la empresa proveedora de este servicio e inclusive modificar sus contratos.

La Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República también aprobó el dictamen sobre el Proyecto de Ley N.º 1726/2021-CR, que propone derogar la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

Además, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, por su parte, admitió a trámite una denuncia presentada por la constructora COSAPI contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y le otorgó una medida cautelar consistente en la inaplicación de las prohibiciones de tercerización laboral.

Respecto a las empresas mineras, estas también actuaron. El Poder Judicial declaró inaplicable la prohibición de la tercerización laboral para Consorcio Minero Horizonte, como medida cautelar. Pero no es la única.

Entre un 70% y un 80% de las empresas mineras deben haber presentado acciones de amparo con procesos de Indecopi y otras están evaluando presentarlas, lo que significará que se va a producir un enfrentamiento entre las personas jurídicas que se consideran perjudicadas con este nuevo reglamento y el gobierno.

14. La Jurisprudencia en materia de tercerización laboral

14.1. Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo Expediente N° 04081-2018-0-1501-JR-LA-03 (SV. 3.12.2021)

Los fundamentos de la presente sentencia giran en torno a que la Empresa Morgan del Oriente S.A.C tercerizaba servicios al Ministerio Público para proveerle de notificadores, siendo la notificación un acto procesal muy trascendente en el procedimiento fiscal y no puede delegarse a una empresa.

En consecuencia, se aprecia que ha existido desnaturalización en el contrato suscrito por las entidades emplazadas Ministerio Público y Empresa Morgan del Oriente S.A.C., por lo que debe reconocerse la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre la demandante y el Ministerio Público.

14.2. Expediente N° 22411-2013 4ta Sala Laboral de Lima

Proceso seguido por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial N° 6 OPECO VI S.A.C., sobre desnaturalización de contrato e inclusión a planillas, por ante la Cuarta Sala Laboral de Lima, la misma que mediante sentencia de fecha 27 de octubre de 2015

El Juez Ponente Dr. Omar Toledo Toribio, ha señalado lo siguiente:

“12. De lo anterior se colige que los trabajadores demandantes realizaron las labores que se mencionan como objeto de concesión a la empresa principal, desarrollándose las actividades de operaciones en el lugar que le fue cedido por el Estado, es decir, las labores realizadas por los trabajadores forman parte de la actividad nuclear de la empresa COVIPERU y desarrolladas en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal, de la empresa COVIPERU, debiendo concluirse, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que dichas labores implican la ejecución permanente de la actividad principal de la codemandada COVIPERU por lo que se ha desnaturalizado la figura de la tercerización”

De lo presentado se puede rescatar que desde el año 2015 ya se establecía la problemática de la distinción entre el núcleo de la actividad principal y la que no lo es para efectos de validez en sede judicial la tercerización.

14.3. Casación Laboral N° 5659-2016 Lima, 31-10 2017

En su octavo fundamento mencionan que:

“Asimismo, la Sala Superior concluyó que los demandantes prestaron labores en las instalaciones que son propiedad del Estado peruano, lo que significa que las labores desempeñadas forman parte de la actividad principal de la empresa COVIPERÚ; en consecuencia, el contrato de tercerización se habría desnaturalizado, por lo que la causal denunciada deviene en infundada”.

Aquí en esta casación laboral, se convalida la sentencia emitida por la Cuarta Sala Laboral de Lima mencionada anteriormente.

14.4. Casación Laboral N° 8983-2015- Del Santa (19-01-2017)

En su séptimo fundamento afirma lo siguiente: Lo antes expuesto, permite colegir entonces que las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de tercerización, deberán tener las siguientes características principales: *i*) tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (principal); *ii*) que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; *iii*) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y *iv*) sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación; y como características secundarias: *i*) tener pluralidad de clientes; *ii*) equipamiento propio; *iii*) tener la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

El aspecto problemático de la tercerización laboral en el Perú gira en torno a cuáles son las actividades que pueden tercerizarse. Es así como la legislación ya comenzó a colocar límites a la tercerización, este es el caso de la Ley N°31254, Ley N°31110 y la Ley N°31047 que se mencionarán más adelante.

14.5. Ley N° 31254 que prohíbe la tercerización y toda forma de intermediación laboral de los servicios de limpieza pública y afines que prestan los obreros municipales (07-07-2021)

“Artículo 1. Prohibición de tercerización laboral

Prohíbese a los gobiernos locales la tercerización y toda forma de intermediación laboral de los servicios de limpieza pública, recojo de residuos sólidos, conservación y mejora del ornato local y afines que prestan los obreros municipales”.

14.6. Ley N° 31110 del régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agroindustrial (31-12-2020)

“Artículo 3. Régimen laboral agrario

Los trabajadores de las personas naturales o jurídicas detalladas en el artículo 2 de la presente ley, se rigen por las siguientes disposiciones:

l) Tratándose de sus actividades principales, los empleadores comprendidos en los alcances del artículo 2 de la presente ley, están prohibidos de recurrir a mecanismos de intermediación laboral y tercerización de servicios, que impliquen una simple cesión de personal; en consecuencia, los empleadores deben contratar directamente a dicho personal, quedando exceptuados los supuestos de ocasionalidad y suplencia previstos en la Ley 27626, Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, y la contratación de actividades especializadas y obras previstas en la Ley 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización”:

14.7. Ley N° 31047 de las trabajadoras y trabajadores del hogar (01-10-2020)

“Artículo 14. Objeto de las agencias de empleo Doméstico

Las agencias de empleo tienen como objetivo, únicamente, la contratación

de personas trabajadoras del hogar a cambio de una retribución pagada por la persona empleadora del hogar. Las agencias de empleo están prohibidas de cobrar o afectar patrimonialmente a la persona trabajadora del hogar”.

Asimismo, prohíbese que las agencias de empleo o cualquier otro tipo de empresa realice intermediación laboral o tercerización de servicios respecto del trabajo del hogar remunerado.

15. Anteproyecto del Código del Trabajo

Durante el ejercicio del trabajo por parte de la ministra Betssy Chávez Chino, se presentó el Anteproyecto del Código del Trabajo que llegó a ser publicado y del cual se realizó su respectiva publicidad. Actualmente la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social está realizando un ciclo de varias conferencias que van a analizar este Anteproyecto que se encuentra en debate.

Si es que este Anteproyecto logra un consenso en el Congreso y una mayoría que lo respalde se convertiría en ley las restricciones que ha establecido el reglamento respecto a la tercerización laboral.

16. Conclusiones

La tercerización verdadera y decente si es útil para la eficiencia y competitividad empresarial en este mundo globalizado.

Las patologías de la tercerización tienen por causa la política reprochable del empleador que prefiere optimizar sus ganancias, precarizando el empleo, relativizando la estabilidad laboral y recortando la libertad sindical y la negociación colectiva, como un medio democrático de redistribuir las ganancias en el centro de trabajo. Se debe cuidar que la redistribución de la riqueza que produce tanto el empresario como los trabajadores se realice de manera justa.

La tercerización es legal siempre que no se utilice para descentralizar los procesos y actividades nucleares de la empresa principal. Esto ya está establecido en la jurisprudencia expresada anteriormente como también en el Reglamento que comienza a regir desde agosto.

El anteproyecto del Código de Trabajo elevaría a ley la prohibición de tercerizar la actividad nuclear empresarial. Por tanto, se abre un panorama conflictivo entre las empresas y el gobierno, respecto a la tercerización, a consecuencia de la modificación del Reglamento de la ley de tercerización, respecto a la naturaleza jurídica de la tercerización.

17. Respuestas a las preguntas del público

17.1. ¿Las precisiones hechas al Reglamento mencionado podría alentar indirectamente al trabajo informal?

En primer lugar, siempre es un argumento que cualquier sobrecosto laboral que se le aplique al empresariado va a conllevar a que los trabajadores terminen en la informalidad, sin embargo, ya es de público conocimiento que la informalidad laboral en el Perú que, con la pandemia se ha acrecentado más, está bordeando el 80%, lo cual deja como conclusión e inferencia que es bastante difícil que los trabajadores miembros de empresas formales y supervisadas por el SUNAFIL deseen irse a un ámbito informal agravando y perjudicando su situación.

17.2. ¿La modificación al Reglamento de la Ley de Tercerización afectará la competitividad de las empresas?

Recalcando primero, para que una empresa pueda denominarse competitiva lo que debe haber en un inicio es capital y trabajo, y así estas puedan desarrollarse y desplegar su potencialidad. El trabajador va a ser competitivo y colaborador con la empresa siempre y cuando este empleador cumpla con las recomendaciones de trabajo decente, según la OIT, y les dé una remuneración honesta y digna, que les permita a ellos tener la base material para que esa productividad y competitividad se exprese en la empresa. Las sociedades avanzan gracias a la democracia y eso implica un dialogo social, permanente, entre las partes de la relación laboral.

Efectos de las últimas medidas laborales*

Leopoldo Gamarra Vilchez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Problemas que puso en evidencia la COVID-19 / 2. Cómo afectó la Covid-19 al trabajo / 3. Medidas tomadas por el gobierno peruano / 4. ¿Qué hacer? ¿Cuáles son los retos?

1. Problemas que puso en evidencia la COVID-19

El gran problema que puso en evidencia la COVID-19 fue, uno que tenemos hace muchos años, el tema de la pobreza en América Latina que se expresa en la falta de empleo y el problema de la informalidad, que veremos enseguida.

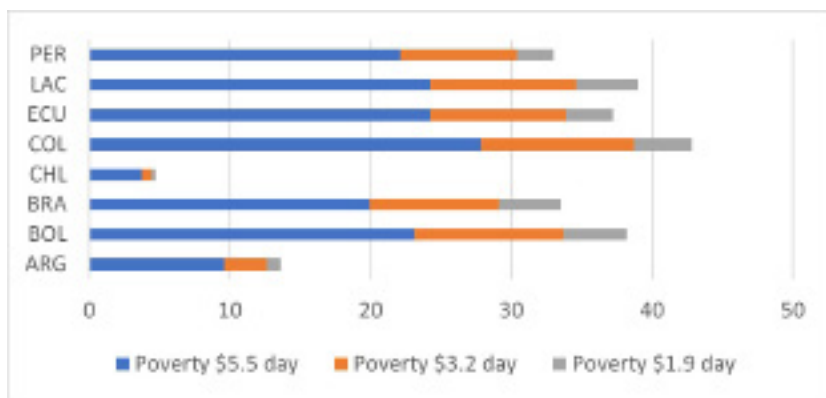
Como se puede observar en el gráfico 1, la pobreza está medida como el porcentaje de personas del total de la población que viven con menos de 5.50\$ (color azul), 3.20\$ (color naranja) y 1.90\$ (color gris) al día. Como ejemplo, podemos apreciar que en el Perú el 22% de la población en el 2018 vivía con menos de 5.50\$ al día, el 8% con menos de 3.20\$ al día y el 3% con menos de 1.90\$ al día. La pobreza en el Perú se encontraba en el 2018 ligeramente por debajo de la media de América Latina y el Caribe (LAC): 24% (5.50\$ día), 10% (3.20\$ día) y 4% (1.90\$ día). Por encima de Perú sólo se sitúa Ecuador con 24%, 10%, 3%, Colombia con 28%, 11%, 4% y Bolivia con 23%, 11% y 5% de pobreza, pobreza media y extrema pobreza correspondientemente. Esto nos demuestra que no se debe considerar la pobreza en forma general y alejado del trabajo que representa la única posibilidad, para la mayoría, de obtener ingresos para la satisfacción de sus necesidades básicas.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor por la Universidad de Alcalá - España

Gráfico 1

Pobreza en América Latina



Nota: Último año disponible (2018 todos los casos, excepto Brasil 2017).

2. Cómo afectó la Covid-19 al trabajo

Decíamos que la pobreza en América Latina se expresa en el problema del empleo, especialmente en el subempleo e informalidad. Así, en países como Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia existe un mayor empleo informal a diferencia de Argentina y Chile. Se tiene que tomar en cuenta que previamente a la pandemia ya tenían un porcentaje alto, sin embargo, con la pandemia se agudizó. La informalidad no es solo en general, sino que afectan a determinados sectores: agricultura y no agricultura. En el empleo informal destaca el sector agrario y urbano. Para el caso de Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia esta informalidad se da en ambos sectores. En el caso de Argentina se da en el sector urbano. Como se puede observar en el gráfico 2.

Gráfico 2

Empleo formal e informal (% empleo total, por países)



Fuente: Elaboración propia usando ILO-STATISTICS (base datos)

Con la pandemia Covid-19 en el 2020 y 2021 se afectó totalmente el crecimiento económico de nuestros países latinoamericanos. En el gráfico 3 se muestra un crecimiento negativo del 2020 en todos estos países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay, así como Latinoamérica y el Caribe en su conjunto -LAC). Esta caída en el PIB fue más aguda en el Perú (-12% en 2020) y menor en Chile (-4.3%) y en Uruguay (-3.7%). No obstante, para el año 2022 la proyección fue de un crecimiento positivo en todos los países de la región (color celeste). Esto refuerza la idea que a causa del Covid-19 los países se sumergirán en una profunda recesión la cual arrastrará a mucha gente a una situación de pobreza (o pobreza extrema). Aunque las cifras señalan que la recuperación será rápida, probablemente no lo sea en muchos países y esta situación de pobreza se perpetuaría por mucho tiempo.

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia usando World Bank database

Por otro lado, en el análisis de la pérdida de empleos de las grandes, medianas y pequeñas empresas se observa niveles preocupantes. Las grandes empresas tienen un bajo nivel de cierre de negocios y pérdida de empleo. Las medianas empresas tuvieron un nivel más elevado respecto a la anterior. Las pequeñas empresas y microempresas han sido las más afectadas por el cierre de los negocios, lo cual implica pérdida de empleo; siendo estas las que dan más trabajo a la población.

En ese contexto, conviene recordar lo que se sostuvo desde la década de los 90, en todos los tonos, que un sistema económico neoliberal generaría riqueza y la satisfacción de las necesidades sociales, se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado, se argumentó también que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionaría la economía. Esta posición, como núcleo argumental, según la cual el Estado debe limitar su acción o ser neutral de las políticas macroeconómicas, esto es, en la asignación de recursos que determinen el mercado; es lo que se viene aplicando hace más de treinta años en nuestros países de América Latina.

3. Medidas tomadas por el gobierno peruano

El Estado peruano, como todos los Estados del mundo, tomaron medidas. En el Perú se aprobaron medidas concretas en materia previsional y laboral, aunque muchas de ellas contradictorias. De esas normas veremos las previsionales y luego las de materia laboral.

Cuadro 1

Medidas tomadas por el gobierno frente al Covid-19

Norma	Fecha	Concepto
Decreto de Urgencia 034-2020	01/04/2020	Se faculta el retiro extraordinario del fondo del Sistema Privado de Pensiones (SPP).
Ley 31068	04/11/2020	Se faculta el retiro de los fondos privados de pensiones por la pandemia COVID-19
Ley 31083	04/12/2020	Se establece la devolución de los aportes para los aportantes del Sistema Nacional de Pensiones (Público)

Ley 31171	22/04/2021	Se autoriza la disposición de la Compensación por Tiempo de Servicios del 100% (seguro de desempleo) a fin de cubrir las necesidades económicas causadas por el COVID-19
Ley 31192	07/05/2021	Se faculta a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones el retiro de sus fondos

Fuente: elaboración propia con distintas normas publicadas en el Diario Oficial del Perú

En efecto, con el Decreto de Urgencia 034 y las Leyes 31068 y 31192 se facultaron el retiro de los fondos de pensiones de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones; asimismo, con la Ley 31083 se facultó el retiro de los fondos de pensiones de los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones (de carácter público), también el retiro del 100 % de la CTS¹ que se aprobó con la Ley 31171 (ver el cuadro 1).

Con dichas medidas se afectaron la naturaleza de dos instituciones de seguro social precipitando su privatización total, desprotegiendo a los trabajadores: *i*) el derecho a tener una pensión de jubilación, para los momentos en donde más lo necesitarán con la vejez, trasladando la responsabilidad de manera privada e individual al trabajador, *ii*) la desnaturalización del carácter de la CTS que funcionaba como seguro de desempleo destinado a garantizar al trabajador un ingreso en periodos de desocupación propios del funcionamiento del mercado laboral.

En materia laboral destacan dos medidas de urgencia excepcionales, para prevenir la propagación de la COVID-19. La primera es una figura novedosa en el Perú: el trabajo remoto, que es una variante del teletrabajo. El trabajo remoto se diferencia en la medida que en el teletrabajo hay una regulación: se tiene que respetar la voluntad de los trabajadores y un horario determinado.

El teletrabajo fue aprobado en el 2013 ante el contexto de la revolución tecnológica. Los bienes materiales han perdido su valor, ahora los dueños de informática, de plataformas son los grandes millonarios. El teletrabajo fue la Ley que se adecuó a los avances de la tecnología en estos años, sin embargo, nadie apostó por esta Ley hasta la pandemia, ya que su uso era insignificante tanto en la empresa privada y pública. Con el teletrabajo salió más adelante el derecho a la desconexión, muchos trabajadores ya no tenían horarios de trabajo y generó grandes dificultades.

La otra mediada laboral fue la suspensión perfecta, aprobada el 14 de abril 2020, que señala que el empleador sin ninguna consultad a sus trabajadores podría cerrar la posibilidad de trabajar. La relación laboral significa prestación y contraprestación de servicios, esto es una relación perfecta; pero en el mundo del trabajo no todo es perfecto porque en este se puede no trabajar y que, si te paguen como el caso de las vacaciones, los permisos, licencias, etc.

La suspensión perfecta ya existía desde el año 1991, pero la última norma establece los requisitos especiales: debe haber una consulta, un permiso del ministerio de trabajo y previamente haber agotado todas las medidas posibles para que no exista la suspensión perfecta. Finalmente, como señalamos, el retiro de la CTS, con esto se afecta lo creado en el mundo del seguro social para garantizar y prever el riesgo de la vejes. La jubilación es el Jubileo, librate del trabajo. El monto guardado se ha creado para el momento en que más se necesite con respecto a la edad.

También se aprobaron otras medidas como el otorgamiento de bonos, facilidades cuanto, al pago, protección a las mujeres gestantes, etc. Adicionalmente se establece un régimen especial facultativo de la devolución de los aportes en el sistema público, es una Ley que derivó en una ley institucional, por ello no se aplicó. Ciertamente, en ningún país se ha afectado el seguro social, al contrario, en EEUU han inyectado dinero a través del seguro social, en Alemania y Europa igual. No se tenía por qué afectar este, ya que lo único que se logra ver es el traslado de la responsabilidad del Estado a los trabajadores.

4. ¿Qué hacer? ¿Cuáles son los retos?

Se debe impulsar la productividad, ya que es fundamental para que un país siga funcionando y creando oportunidades de trabajo. También se debe invertir en capacitación, en estos últimos años se ha demostrado que el teletrabajo no ha sido fácil, debe haber una capacitación de todas las tecnologías a los trabajadores, de esta manera puedan acceder más fácilmente al mercado de trabajo.

Finalmente, se tiene que imponer una reformulación del derecho previsional, no puede ser solo un seguro social sino una seguridad social. El seguro social es contributivo laboral solo es de aquellos trabajadores del sector público o privado, pero la seguridad social es redistributiva quiere decir que el Estado recauda impuestos y luego lo devuelve a la sociedad, ya que no todos trabajan como los discapacitados, ancianos, niños; y por lo tanto no tienen seguro social. Todos en una sociedad pagan impuestos y en el Perú lo que más predomina son los impuestos indirectos, mientras

que los impuestos directos son mucho menores. Lo que se tiene que hacer es recaudar impuestos directos para lograr el crecimiento económico con desarrollo social.

La inviolabilidad de comunicaciones en las relaciones laborales según la jurisprudencia*

Jessica Pizarro Delgado**

Universidad Nacional San Agustín de Arequipa

SUMARIO: 1. Estado de la cuestión / 2. Marco normativo / 3. Expediente N.º 1058-2004-AA/TC / 4. Expediente N.º 04224-2009-PA/TC / 5. Expediente N.º 00114-2011-PA/TC / 6. Expediente N.º 00962-2019-PA/TC / 7. Conclusiones / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho consagrado en el inciso 10 del artículo segundo de la Constitución Política; además, se encuentra muy relacionado al derecho a la intimidad.

En ese sentido, los derechos fundamentales son de ejercicio cotidiano, es decir, se ejercen en el día a día de todos los ciudadanos. Por consiguiente, se observa que, durante los últimos años, las comunicaciones atravesaron un proceso de desarrollo y evolución importante. Así, el primer correo electrónico en el Perú —por ejemplo— tuvo lugar hace ya casi 30 años aproximadamente. Luego, las comunicaciones expandieron su catálogo de medios, por lo que se tuvo comunicaciones escritas, por telefonía fija, por correo electrónico, telefonía móvil y otros tipos, los que se encuentran cada vez más presentes en la esfera diaria, personal, laboral e incluso familiar del ser humano.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 01 al 03 de julio del 2022.

** Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín, Maestría en Ciencias: Derecho con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional Efectiva de la Universidad Nacional de San Agustín, Segunda Especialidad en Gestión Pública Regional y Municipal de la Universidad Nacional de San Agustín. Conferencista en diplomados, seminarios y diversos eventos de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral. Docente invitada para dictar cursos de postgrado en la Universidad Católica Santa María. Actualmente labora como vocal alterna de SUNAFIL.

Por ende, al hacer referencia a la inviolabilidad de comunicaciones ya no se limita a la acción de interceptar una carta o documento —entendiéndose esta como la apertura, destrucción, manipulación o quema del soporte—, así como la intromisión en la línea telefónica o grabación de una llamada; sino que también debe considerarse todo tipo de comunicación existente, ya sea a través de medios digitales que se realicen a mediante una computadora, una Tablet o un teléfono móvil.

En ese contexto, el avance en el terreno de las comunicaciones también se traslada a la esfera laboral; toda vez que, las relaciones laborales son relaciones humanas, donde hay un empleador que puede ser una gran organización, la cual será representada mediante los gerentes, directores, jefes y —evidentemente— los trabajadores. Así, esta relación cobra vida, puesto que no se trata de una relación estática; sino que cambia y puede hacerlo diariamente.

Por otro lado, cabe señalar que con contrato laboral no se hace referencia al mero documento; sino que se debe ir mucho más allá, esto es, la relación laboral que se está desarrollando en el sector tanto público como privado; ya que, es este escenario en el que los trabajadores, con la finalidad de laborar, utilizan las herramientas de las que hoy se dispone.

Sin embargo, muchas veces, el propio empleador será quien provea de estas herramientas: una computadora, un teléfono, una línea de internet, etc. Así, se fomentan políticas ecoeficientes que buscan dejar progresivamente el uso del papel a fin de digitalizar todas las comunicaciones, los archivos y los procesos. En este contexto, resulta evidente que, en algunas circunstancias, cuando el empleador sea el que provea al trabajador de estas tecnologías, se pregunte si tiene la posibilidad de fiscalizar las comunicaciones que su empleado realiza en dichos medios, inclusive si estas deberían pertenecer a su esfera privada.

2. Marco normativo

La legislación nacional no ha desarrollado una regulación que prevea que el empleador pueda fiscalizar las comunicaciones que sus trabajadores realizan a través de los medios que este provee. En consecuencia, no se cuenta con leyes desarrolladas respecto a las comunicaciones; no obstante, resulta una verdad a voces que el empleador cuenta con la facultad para normar las relaciones laborales y —por ende— puede y debe tener un reglamento interno de trabajo, el cual incluso es obligatorio cuando cuenta con más de 100 trabajadores. Así, puede contar con directivas, documentos, memorándums y disposiciones relacionadas al uso de las comunicaciones.

Esta es la manera que tiene el empleador para regular las relaciones de trabajo mientras no se cuente con una disposición; sin embargo, no se debe soslayar que cualquier regulación efectuada por el empleador debe encontrarse en armonía con el marco constitucional.

En esa línea, se debe tener en cuenta —sobre todo— dos derechos fundamentales:

En primer lugar, el artículo 2º, inciso 7, el cual establece que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar; asimismo, el artículo 2º, inciso 10, según el cual toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas; salvo mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Además, se debe guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Por consiguiente, se entiende que todos aquellos documentos privados que hubiesen podido ser obtenidos con violación de los receptos anteriormente señalados no tienen efecto legal.

Por su parte, el artículo 23º contempla expresamente que “*ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*”. Sobre la presente norma, cabe detallar que el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones resulta ser un derecho constitucional que posee una regulación supranacional, por lo que debe ser respetado dentro de una relación laboral.

Sin embargo, lo expuesto conlleva a formular las siguientes interrogantes; ¿Todo derecho fundamental se ejerce de forma irrestricta y sin límite alguno? ¿Dónde se halla el poder directriz del empleador? ¿Dónde está su facultad de fiscalizar la conducta de los trabajadores, el cumplimiento de sus obligaciones? ¿Dónde se encuentra el *Ius Variandi* y dónde el *Ius Puniendi*?

Al respecto, si bien no se cuenta con una legislación correspondiente, sí se tiene jurisprudencia del Tribunal Constitucional —en adelante TC—, quien se ha pronunciado en una línea sobre este derecho.

3. Expediente N.º 1058-2004-AA/TC

El presente expediente presenta el caso donde un trabajador demanda a Servicios Postales del Perú S.A. - SERPOST S.A. y constituye un hito importante en el tratamiento del derecho *in comento*. Inclusive, a pesar del tiempo transcurrido, el TC y cierto sector de la doctrina aún se remiten en la actualidad a esta sentencia.

En el caso, se observa que un trabajador es despedido por haber cometido una falta grave, debido a que se le imputa haber incumplido las normas esenciales del contrato de trabajo. En ese tenor, se sostiene que el trabajador, mediante el empleo de los medios informáticos que le proporcionó SERPOST, había enviado un correo electrónico con contenido pornográfico a otro trabajador, correo que —a su vez— fue recibido en una computadora de SERPOST. Luego, el trabajador receptor dejó la computadora a disposición de un tercero —también trabajador de la empresa—; quién, al percatarse del contenido del correo, reportó lo hallado.

SERPOST atribuye la comisión de la falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N.° 728, aprobado por D.S. N.° 003-97-TR, argumentando:

“[...] haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”.

La demanda alega la atribución arbitraria de la supuesta falta grave grave contemplada en el inciso a) del artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N.° 728, aprobado por D.S. N.° 003-97-TR, así como la vulneración a los derechos de defensa, libertad de trabajo, carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

En primera instancia se declara fundada la demanda; mientras que, en la segunda, se revoca y se declara infundada. Por ello, el demandante interpone un agravio constitucional y el TC se pronuncia al respecto.

Sobre los hechos, el Tribunal concluye en su fundamento 14° que:

“De los párrafos precedentes pueden desprenderse, por de pronto, las siguientes conclusiones:

- a) *que no fue en la computadora del recurrente donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino en la de un tercero, quien incluso no resulta ser el destinatario de los mismos, sino un nuevo usuario del equipo de cómputo que antes perteneció al verdadero receptor de tales mensajes;*
- b) *que pese a que los correos enviados pertenecieron a otra persona, en este caso, al señor Javier Arévalo, el señor Roger Zagaceta procedió*

motu proprio a abrirlos y revisarlos sin encontrarse autorizado por quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos;

- c) *no se conoce denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia”.*

En ese sentido, el TC se plantea en el presente caso por primera vez la siguiente pregunta: *¿Cuál es la cuestión en discusión?* Se parte de la existencia de una vulneración al derecho de defensa y al debido proceso; empero, además, existe una necesidad por saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus funciones pueden o no considerarse de dominio absoluto de la entidad, empresa o empleador; o si, por el contrario, hay un grado de protección respecto a determinados aspectos en donde el empleador no puede llegar de manera razonable.

Al respecto, el TC sostiene que, si bien el empleador cuenta con facultades y se erige como un poder fiscalizador sobre los trabajadores; este poder tiene límites, los cuales se encuentran establecidos por la propia Constitución. En ese sentido, el empleador debe ejercer sus facultades a través de mecanismos que resulten razonables para el contenido de los derechos protegidos, los que —a su vez— se encuentren alineados con los objetivos que posee toda empresa u organización. Así, los límites que tiene el empleador son: razonabilidad, proporcionalidad y respeto de los derechos fundamentales.

Para el Tribunal Constitucional queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando **tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado. (Fundamento 17, negrita nuestra).**

En ese sentido, todo empleador en uso de su poder directriz puede y debe establecer límites al uso de las herramientas otorgadas en aras del cumplimiento de las obligaciones de trabajo, empero, esas medidas necesariamente deben respetar los límites impuestos por la propia Constitución, así

como el empleador solo puede implementar mecanismos razonables que permitan cumplir los objetivos laborales sin afectar el ejercicio de los derechos constitucionales.

En este caso el Tribunal Constitucional estableció que, si el empleador sospecha de un uso indebido de los medios electrónicos proporcionados, la única forma posible de actuar, es a través de una investigación autorizada judicialmente. En el caso concreto, el demandado no siguió una investigación de ese tipo sino que en uso de su poder directriz accedió a los correos personales de sus trabajadores, afectando la reserva que protegía a las comunicaciones contenidas en documentos privadas incluso en medios electrónicos, cuando esa reserva solo puede ser verse limitada por un mandato judicial.

Por consiguiente, si no se cumple con los mandatos y el respeto a la constitucionalidad en el ejercicio de dichos derechos; entonces, la prueba que se obtendrá será de naturaleza ilegal. Esto es, no será válida y se convertirá en prueba prohibida.

4. Expediente N.º 04224-2009-PA/TC

El presente pronunciamiento refiere al caso *Angelina María Huamaní Vargas contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna*. En este, acorde al tenor de los hechos, una trabajadora es despedida por cometer una falta grave; toda vez que se le imputa haber utilizado una computadora otorgada por la empresa con el fin realizar comunicaciones a través de su correo personal y compartir información confidencial a un extrabajador, dañando la honorabilidad del presidente del directorio y de la gerencia. De esta manera, la demanda se declara infundada en una primera instancia; mientras que, en la segunda, se declara improcedente, ya que se determina que este caso debería procesarse en la vía ordinaria, donde existe una etapa probatoria.

Lo importante de esta sentencia se encuentra en que los magistrados se vuelven a preguntar si los medios informáticos empleados por los trabajadores en el ejercicio de sus funciones son de dominio absoluto del empleador o se trata, más bien, de comunicaciones que deben ser protegidas porque se encuentran dentro de la esfera de las comunicaciones personales.

Sobre este punto, la sentencia del Tribunal Constitucional establece en su fundamento 16º lo siguiente:

“Este Colegiado estima que es necesario recordar que si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a

la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”.

En el caso, se determina que los correos han sido enviados desde una cuenta hotmail que pertenece a la demandante hacia cuentas de un servidor de MiBanco. Ergo, estos documentos que fueron obtenidos sin la autorización de ninguna de las partes que intervienen en las comunicaciones, ni mediante el permiso de una autoridad judicial; por ende, no pueden ser la base o fundamento de un despido.

Asimismo, en el fundamento mencionado con anterioridad, el TC sostiene que:

“En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso”.

Existe, además, un voto singular —mas no contrario— que pertenece al Dr. Mesía Ramírez, quien concluyó que el despido de la demandante es inconstitucional debido a que se encuentra justificado en pruebas que han sido obtenidas con manifiesta vulneración de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones; es decir, el despido de la demandante se sustenta en pruebas prohibidas.

Como vemos, en este caso también se privilegia el derecho a la reserva de las comunicaciones, el cual no es absoluto, pues el empleador puede hacer uso de su poder directriz en caso quiera levantar esa reserva y acudir a una investigación judicial cuando presuma que el trabajador comete faltas.

5. Expediente N.º 00114-2011-PA/TC

Consiste en el caso *Roberto Nieves Albán contra Telefónica Centros de Cobro SAC*. En este, el trabajador solicita la nulidad de su contrato y —a raíz de eso— afirma que la empresa lo está hostilizando, por lo que exige el cese de la amenaza de despido. La demanda se declara improcedente por considerar que existen otras vías para poder hallar una solución al conflicto.

Sobre la sentencia de primera instancia, el demandante interpone recurso de apelación, argumentando que la amenaza de su despido es evidente porque la empresa emplazada, a pesar de que se encontraba con descanso médico, le ha cursado una carta de preaviso de despido, imputándole como falta grave el hecho de haber entablado comunicaciones personales a través del chat o mensajería interna de la empresa y en términos indecorosos con una trabajadora bajo su subordinación. Al respecto, se confirma la apelada y el demandante interpone recurso de agravio constitucional.

En este caso, los magistrados coinciden en el voto, pero cada uno establece fundamentos distintos. Verbigracia, el Dr. Mesías Ramírez invoca a la doctrina dividida en dos posturas: Una primera, la cual considera que los correos electrónicos y los programas de mensajería instantánea son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas y registradas por el empleador sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. En cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico y el comando —o programa de mensajería instantánea— proporcionados por el empleador son medios de comunicación incluidos dentro del ámbito de protección del derecho del secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Por consiguiente, el magistrado se pronuncia en el fundamento 6° de su voto, sosteniendo lo siguiente:

“Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones”.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los Casos Halford vs. Reino Unido, del 25 de mayo de 1997 y Copland vs. Reino Unido, del 3 de abril de 2007, ha precisado que las comunicaciones que se realizan desde el lugar de trabajo o los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo, pueden incluirse en los conceptos de vida privada y de correspondencia, por lo que se encuentran dentro del ámbito de protección del derecho al respeto a la vida privada y la correspondencia. (las cursivas son propias)

Igualmente el Magistrado se refiere al caso *Escher y otros vs Brasil* en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite la sentencia del 6 de julio del 2009 *enfatisando la protección a la confidencialidad e inviolabilidad de la comunicaciones frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares, razón por la cual tanto la vigilancia como la inter-*

ención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana. (Fundamento 7).

Por su lado, el Magistrado Eto Cruz realiza también un voto singular que resalta el derecho a la inviolabilidad en las comunicaciones a través del a proscripción de las injerencias arbitrarias reconocido por el artículo 12° de la Declaración Universal de Derecho Humanos.

6. Expediente N.º 00962-2019-PA/TC

Se trata del caso *Hernán Rivelino Córdova Ccma vs. Sociedad Minera Cerro Verde*. Este es un caso diferente a los que anteriormente hemos comentado, en este supuesto, se tiene la existencia de un grupo de conversación de WhatsApp, el cual está conformado por los trabajadores del sindicato. Luego, un trabajador proporciona el contenido de este chat a la empresa y esta última encuentra, en las conversaciones, denominaciones ofensivas para los funcionarios; por lo que procede a sancionar al autor de dichas alegaciones.

El trabajador demanda que: *i)* Se disponga que su empleador, Sociedad Minera Cerro Verde SAA, deje de incautar, sustraer, abrir, interceptar o intervenir las conversaciones, textos e imágenes contenidos en el chat grupal de trabajadores alojado en la aplicación WhatsApp, *ii)* Se declare la nulidad e ineficacia de los documentos impresos de las conversaciones de WhatsApp sostenidas por el actor con sus compañeros de trabajo, pues constituyen medios probatorios ilícitos, obtenidos vulnerando el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, *iii)* Se restituya y restablezca el pleno goce de los derechos constitucionales y sindicales del actor, y se ordene que las cosas vuelvan al estado anterior a la violación del derecho alegado, y *iv)* Se imponga una multa a la empresa demandada.

Al respecto, se debe partir de lo decidido, donde se declara infundada e improcedente la demanda —primero en el juzgado y luego en el Tribunal Constitucional—; debido a que se considera que no hubo violación al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que el empleador no ha interceptado estas; sino que ha obtenido las conversaciones gracias a un tercero que participa en las comunicaciones y ha compartido su contenido. De esta manera, en su fundamento 11°, el Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

En el presente caso, no advierte este Tribunal que la revisión de los mensajes contenidos en la aplicación del WhatsApp haya sido producto de alguna orden directa de la entidad emplazada o de algún proceder antijurídico.

Tampoco es posible concluir que hubiera existido algún nivel de coacción para que esta información fuera otorgada al empleador, lo cual no permite inferir alguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. (las cursivas son propias)

En ese sentido, a diferencia de los demás casos comentados, se determinó que no existe una vulneración al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

7. Conclusiones

- En las relaciones laborales se debe respetar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, aunque el empleador sea el propietario de los medios informáticos o sean de propiedad del trabajador.
- Este derecho no es irrestricto, por el poder de fiscalización el empleador puede establecer mecanismos de control previamente establecidos, razonables y comunicados al trabajador.
- De lo contrario, el empleador debe solicitar autorización judicial para intervenir cualquier comunicación del trabajador.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Cómo se aplica lo de la inviolabilidad de las comunicaciones en las relaciones laborales de las personas públicas?

En el presente artículo se hace referencia a las relaciones laborales. En ese sentido, toda esta esfera de la inviolabilidad de comunicaciones, que corresponde a un derecho de los ciudadanos, se traslada a las relaciones laborales; empero, las personas públicas siguen teniendo derechos y sus comunicaciones —por ende— también se encuentran protegidas.

Sobre este punto, resulta relevante resaltar que, más allá de la prohibición de obtener indicios o evidencias a través del empleo de la prueba prohibida —es decir, aquella que se pueda obtener a través de medios no lícitos— cuando se tiene en cuenta las consecuencias de la publicación de estas comunicaciones, se encuentra lo mediático que se puede volver un tema. Esto provoca que los personajes públicos pasen por alto una denuncia por la invasión a su privacidad o vulneración a su derecho al secreto de las comunicaciones; puesto que, como personas públicas, mantienen una imagen frente a la ciudadanía que les es preponderante conservar.

El panorama expuesto en el párrafo anterior no pretende establecer la idea de la inexistencia del derecho, toda vez que se encuentra presente para to-

dos los ciudadanos; sino que admite matices, como aquellas situaciones en las que estas comunicaciones son públicas y se realizan en medios abiertos; no solo por televisión o radio, sino —inclusive— mediante las redes sociales, como Facebook, Twitter u otras semejantes.

8.2. Si se comete un daño contra el honor del superior por parte del empleado en medios digitales, ¿cómo se demostraría la autoría de los mensajes de texto? Máxime si la jurisprudencia los coloca como prueba indiciaria.

En este tipo de situaciones, mediante un proceso de amparo se podría ventilar la vulneración a los derechos constitucionales. Sin embargo, en este caso concreto, el análisis respecto al derecho constitucional del secreto y la inviolabilidad de comunicaciones da por sentado que este derecho no ha sido vulnerado; por lo tanto, será la vía ordinaria por donde se deberá ventilar el tema relacionado a si existe o no una falta del trabajador.

Asimismo, se debe tener en cuenta la posibilidad de que las aparentes comunicaciones contenidas dentro del chat podrían ser manipuladas. Por consiguiente, si el trabajador sancionado por efectuar palabras ofensivas en un chat demuestra, en la vía ordinaria, que no se enviaron dichos mensajes desde su teléfono —por lo que no sería este el autor de los mensajes imputados—; entonces, válidamente podrá obtener una sentencia favorable y dejar sin efecto la sanción. No obstante, solo se hace referencia al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones; debido a que, si en un *chat* interactúan —por ejemplo— cincuenta personas, serán esas mismas las encargadas de proteger las comunicaciones realizadas entre ellos. Ergo, si una de esas personas distribuye o filtra las conversaciones de las que es parte, se rompe dicha protección, pues es una de las personas que interviene en esa conversación.