

ISSN 0034-7949

Vol. 74
2018 - 2019



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS**

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



**ÓRGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE
LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

DECANO

Dr. GERMÁN SMALL ARANA

DIRECTOR

Dr. FRANCISCO ROGGER CARRUITERO LECCA

COMITÉ DE REDACCIÓN

Dra. Jesús María Elena Guerra Cerrón

Dr. Francisco José Miró Quesada Rada

Mg. José Enrique Benjamin Palma Navea

Mg. Juan Gualberto Chávez Marmanillo

Mg. Héctor Elvis Martínez Flores

Vol. 74 - Año 2018 - 2019

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
FUNDADA EN 1936

Vol. 74. Año 2018 - 2019

FUNDADORES

Drs. Pedro M. Oliveira, Decano (+1958), Alberto Ulloa Sotomayor (+1975),
Angel Gustavo Cornejo (+1943), Juan Bautista de Lavalle (+1970), Jorge Basadre (+1980) y
Manuel G. Abastos (+1983)

Director

Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca

Comité Directivo

Dra. Jesús María Elena Guerra Cerrón

Dr. Francisco José Miró Quesada Rada

Mg. José Enrique Benjamin Palma Navea

Mg. Juan Gualberto Chávez Marmanillo

Mg. Héctor Elvis Martínez Flores

Diseño y Diagramación

Jorge Fernando Gómez Bautista

La RDCP está abierta a los especialistas nacionales y extranjeros que se ocupan de temas afines a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Invita a colaborar de distintas formas ya sea enviando un artículo, una nota de investigación, informes sobre la actualidad científica, documentos, comentarios de jurisprudencia o recensiones de libros. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Correspondencia y Canje:
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho
Av. Venezuela, cuadra 34
Apartado 524
Lima 1 - Perú
Telfs : 452-0279 Telefax: 452-0550

INDICE GENERAL

Nómina de las Autoridades de la Facultad
Nómina de los Profesores Honorarios y Eméritos de la Facultad
Nómina de los Profesores de la Facultad

EDITORIAL

Págs.

Derecho Bancario y Financiero

HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE. *Tendencias recientes del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil en el Perú.*

19 - 44

Derecho Civil

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA. *La lucha contra las cláusulas abusivas.*

45 - 61

Derecho Constitucional

FRANCISCO ROGGER CARRUITERO LECCA. *Fundamentos para el reconocimiento del Derecho Constitucional Ambiental en el Perú.*

63 - 84

RAÚL ROOSEVELT CHANAMÉ ORBE. *Actualidad y Debate: La acusación Constitucional.*

85 - 103

CHEDORLAOMER RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA. *Enfoque Constitucional de la sobre victimización de menores en el delito de violación sexual.*

105 - 124

Derechos Humanos

JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE. *El bloque de constitucionalidad y la protección de los Derechos Humanos.* 125 - 148

RAMÓN RAMÍREZ ERAZO. *Derechos Humanos: Naturaleza, fundamentos, generaciones y su Constitucionalización.* 149 - 204

Derecho Jurisdiccional

FRANCISCO JAVIER ROMERO MONTES. *La Justicia colapsada en el Perú.* 205 - 236

Derecho Laboral

LEOPOLDO FÉLIX GAMARRA VILCHEZ. *El significado del trabajo en el Virreynato del Perú.* 237 - 272

Derecho Penal

ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES. *La imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú.* 273 - 301

GERMÁN SMALL ARANA. *La sobrepoblación carcelaria y los beneficios penitenciarios en el Perú.* 303 - 315

SILFREDO JORGE HUGO VIZCARDO. *Política Penal Peruana aplicada a los delitos de hurto simple y agravado, en el contexto de los acuerdos plenarios y los precedentes vinculantes.* 317 - 364

Derechos Procesal Civil

CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS. *La Declaración de Parte en el Proceso Civil.* 365 - 382

Derecho Militar

JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO. *El Fuero Militar: Alcances, naturaleza y contenido en el devenir histórico.* 383 - 482

SECCIÓN UNIDAD DE POST GRADO

ALEJANDRO LEGUA QUISPE-INGA. *Clasificación de la nulidad procesal. Relación con la nulidad procesal insubsanable.* 485 - 542

ANGÉLICA BARTURÉN NUÑEZ. *El derecho a la vivienda digna: El caso peruano.* 543 - 568

DANTE PAIVA GOYBURU. *El Título preliminar del Código Procesal Constitucional (2004): Propuestas de reforma.* 569 - 577

RICARDO ROBINSON SÁNCHEZ ESPINOZA. *Reconocimiento constitucional del estado plurinacional para la tutela efectiva de derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú.* 579 - 616

SECCIÓN EXTRANJEROS

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO. *Constitución y fenómeno religioso: Algunas consideraciones sobre el modelo español en el contexto europeo.* 619 - 648

RENZO ORLANDI. *Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual.* 649 - 661

**AUTORIDADES ACTUALES DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

Dr. ORESTES CACHAY BOZA
(Rector)

Dra. ELIZABETH CANALES AYBAR
(Vicerrectora Académica de Pregrado)

Dr. FELIPE SAN MARTÍN HOWARD
(Vicerrector de Investigación y Postgrado)

**AUTORIDADES ACTUALES DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

Dr. GERMÁN SMALL ARANA
Decano

Vice Decano Académico
Dr. VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS

Director de la Unidad de Postgrado
y
Vice Decano de Investigación y Postgrado
Dr. JOSÉ ALBERTO RETAMOZO LINARES

Director de la Escuela Profesional de Derecho (e)
Dr. JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE

Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política
Dr. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA

Directora Administrativa (e)
Lic. DIANA CCAHUAY GARRIAZO

Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria
Dr. ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES

Director de la Unidad de Investigación
Dr. CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS

PROFESORES HONORARIOS (Derecho)

Alexy, Robert	Fernández Segado, Francisco	Niles, Russel D.
Alessandri, Arturo (+)	Franca, Rubens Limongi	Parejo Alfonso, Luciano
Alterini, Atilio Aníbal	Franco, Manuel de Oliveira	Peyrano, Jorge W.
Asencio Mellado, José María.	García de Enterría, Eduardo	Rébora, Juan Carlos
Atienza Rodríguez, Manuel	García Maynes, Eduardo (+)	Recaséns Siches, Luis (+)
Baratta, Alessandro	Garrido, Luis	Rescigno, Pietro
Barcía Trelles, Camilo	Ghezzi, Giorgio	Roca Roca, Eduardo
Bedoya Reyes, Luis	Gómez de la Torre, Ignacio	Rocco, Emma Adelaida
Bidart Campos, Germán J.	Gordillo, Agustín	Romagnoli, Umberto
Borda, Guillermo Antonio	Kemelmajer de Carlucci, Aida	Rousseau, Charles (+)
Calmón, Pedro (+)	Laplaza, Francisco P. (+)	Roxin, Claus
Cançado Trindade, Antonio	Lene, Ernesto (+)	Tiedemann, Klaus
Cappelletti, Mauro	Malherbe, Jacques	Sieber, Ulrich
Cortiñas Peláez, León	Martí Bufill, Carlos	Soler, Sebastián (+)
De Barros Carvalho, Paulo	Massimo Bianca, Cesare	Visintini, Giovanna
De Buen Lozano, Nestor	Mateo, Ramón Martín	Zamudio, Héctor Fix
De Rego Monteiro, Luis A.	Mozart Victor Russomano,	
Díez-Picazo, Luis	Muñoz Conde, Francisco	
Espin Cánovas, Diego	Nieto García, Alejandro	

PROFESORES EMÉRITOS (Derecho)

Abastos, Manuel G. (+)	Fernández Sessarego, Carlos	Moisset de Espanés, Luis
Acevedo Criado, Luis (+)	Ferrero Costa, Augusto	Montoya Manfredi, Ulises (+)
Alzamora Silva, Lizardo (+)	Ferrero Costa, Raúl Enrique J.	Nugent, Ricardo (+)
Alzamora Valdez, Mario (+)	García Calderón, Manuel (+)	Parodi Remón, Carlos
Aparicio Valdez, Germán	García Montúfar, Guillermo (+)	Quispe Correa, Alfredo (+)
Aramburú Menchaca, Andrés (+)	García Rada, Domingo (+)	Rendón Vásquez, Jorge
Arias Schreiber Pezet, Max (+)	Gazzolo Miani, Luis (+)	Rodríguez Pastor, Carlos (+)
Bacacorzo, Gustavo	Heraud Cricet, Luis (+)	Roy Freyre, Luis Eduardo
Basadre, Jorge (+)	Herrera Paulsen, Dario (+)	Ruiz Eldredge Rivera, Alberto (+)
Bramont Arias, Luis A. (+)	La Hoz Tirado, Ricardo (+)	Solís Espinoza, Alejandro
Cabredo Ríos, María Jesús	Lanatta, Rómulo E. (+)	Tello Johnson, Jacinto (+)
Castañeda, Jorge Eugenio (+)	León Barandiarán, José (+)	Thol, Juan (+)
Castillo Colonna, Luciano (+)	Llontop Amorós, Carlos	Vásquez de Velasco Prentice, Rafael (+)
Castillo Dávila, Melquíades (+)	Maúrtua Vásquez, Víctor (+)	Vicente Ugarte del Pino, Juan (+)
Dumbar Temple, Ella (+)	Mimbela de los Santos, Eduardo	

DOCENTES DE FACULTAD

PROFESORES PRINCIPALES

Brouset Salas, Ricardo Alberto	Ñique De La Puente, José Antonio
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro	Palomino Manchego, José Félix
Chanamé Orbe, Raúl Roolsevelt	Pérez Ríos, Carlos Antonio
Chávez De Paz, Gregorio Dennis	Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Delgado Guzmán, Octavio Galvarino	Ramirez Erazo, Ramón
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro	Retamozo Linares, José Alberto
Gonzales Espinoza, Chedorlaomer Rubén	Romero Montes Francisco Javier
Gutiérrez Tudela, Jorge Guillermo	Romero Quispe, Jacobo
Huanchuari, Flores Simeón	Sáenz Torres, Alexei Dante
Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge	Sánchez Velarde, Pablo Wilfredo
Jaeger Requejo, Rafael Eduardo	Silva Vallejo, José Antonio Nicanor
Landa Arroyo, César Rodrigo	Small Arana, Germán
Magallanes Reyes, José	Toro Llanos, Víctor Enrique
Mallqui Quijano, William Gaudencio	Torres Vásquez, Anibal
Martínez Flores, Héctor Elvis	Urquizo Olachea, José Francisco
Miró Quesada Rada, Francisco José	Villa Stein, Javier
Nizama Valladolid, Medardo	Zárate Del Pino, Juan Belfor

PROFESORES ASOCIADOS

Abregú Baez, María Del Carmen
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bazán Chávez, Juan Antonio
Bolaños Velarde, Víctor Hugo
Canelo Rabanal, Raúl Bladimiro
Carruitero Lecca, Francisco Rogger
Chávez Marmanillo, Juan Gualberto
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
Cueto Chumán, Pedro Gustavo Alberto
Fernández Cartagena, Julio Augusto
Fernández Fontenoy, Carlos
Figueroa Bustamante, Julio Hernán
Gamarra Vilchez, Leopoldo Félix
Gonzales Campos, Robinson Octavio
Guerra Cerrón De Muller, Jesús María Elena
Grandez Castro, Pedro Paulino

Hernández Campos, Carlos Augusto L.
Lama More, Héctor Enrique
Mávila León, Rosa Delsa
Palma Navea, José Enrique Benjamín
Pariona Arana, Raúl Bealdeo
Peña Farfán, Saúl
Portocarrero Quintana, Jesús Mario
Principe Trujillo, Hugo Herculano
Seijas Rengifo, Teresa De Jesús
Soto Vallenas, Víctor Gastón Aquiles
Tapia Cabañin, Miguel Angel
Vargas Jaramillo, Guillermo Julio
Varsi Rospigliosi, Enrique Antonio
Vigil De Quiróz, Clotilde Cristina
Zelada Bartra, Jaime Víctor

PROFESORES AUXILIARES

Aliaga Jibaja, Luis Augusto
Arbulú Martínez, Jimmy
Arana Yances, Daniel Martín
Bernui Oré, Pedro Enrique
Castañeda Gonzáles, Vlado Erick
Cabrejo Ormachea, Napoleón
Ciudad Renaud, Adolfo Alberto
Estela Huamán, José Albero
Huerta Ayala, Óscar Alberto
Ledesma Narvaez, Marianella Leonor
Loayza Lazo, Alberto Antonio Martín
Ninamanco Córdova, Jhushein Fort

Morales Hervías, Rómulo Martín
Peña Jumpa, Antonio
Peralta Francis, Saulo Yensqui
Ramos Montes, Carlos
Ramos Morales, Leonidas Lucas
Ramos Padilla, César Eusebio
Rivas Cossio, Rubi Elizabeth
Robles Moreno, María Del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo Juan Francisco
Sánchez Manrique Tavella, Carlos
Ugarte Boluarte, Krupskaya Rosa Luz

EDITORIAL

La presente *Revista de Derecho y Ciencia Política volumen 74 año 2018 - 2019*, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política que hoy presentamos, data sus inicios desde 1936, entre los cuales Jorge Basadre fue uno de sus directores. Esta revista presenta ensayos e investigaciones de suma trascendencia para el derecho nacional e internacional.

En este número escriben profesores universitarios e investigadores de reconocida trayectoria en distintas áreas del Derecho y la Ciencia Política. Los artículos son producto de los trabajos de investigación muestran preocupación por temas de actualidad; y por lo mismo, suscitan el interés para hacerlos llegar al público sanmarquino y a la comunidad jurídica nacional e internacional.

Dichos ensayos son:

El profesor Hernán Figueroa Bustamante, en su trabajo “*Tendencias recientes del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil en el Perú*”, nos presenta de manera didáctica las innovaciones fruto de los avances tecnológicos ocurridos en la banca y en las finanzas. Juan Alejandro Espinoza Espinoza, en su estudio “*La lucha contra las cláusulas abusivas*”. Derecho Civil en el cual todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario.

En el área del Derecho Constitucional Francisco Rogger Carruitero Leca, en su investigación “*Fundamentos para el reconocimiento del Derecho Constitucional Ambiental en el Perú*”, nos invita a reflexionar sobre la necesidad de reconocer la dimensión constitucional del ambiente y entenderlo como un derecho humano preferente. Por su parte Raúl Roosevelt Chanamé Orbe en su estudio “*Actualidad y Debate: La acusación Constitucional*”, analiza una institución de vital importancia para el constitucionalismo actual. Chedorlaomer

Rubén Gonzáles Espinoza, en su ensayo *“Enfoque Constitucional de la sobre victimización de menores en el delito de violación sexual”*, nos presenta su investigación desde una doble perspectiva constitucional y penal.

En el área de los Derechos Humanos José Antonio Ñique De La Puenta, en su trabajo *“El bloque de constitucionalidad y la protección de los Derechos Humanos”*, desarrolla ideas importantes sobre la función que cumple los órganos constitucionales cuya función es velar por los Derechos Humanos. Ramón Ramírez Erazo, en su ensayo *“Derechos Humanos: Naturaleza, fundamentos, generaciones y su Constitucionalización”*, nos presenta un estudio sistemático sobre esta importante institución del derecho.

Por su parte Francisco Javier Romero Montes, en su trabajo *“La Justicia colapsada en el Perú”*, nos presenta un importante estudio desde una perspectiva del derecho jurisdiccional.

Desde el enfoque del Derecho Laboral y la historia, el profesor Leopoldo Félix Gamarra Vilchez, nos presenta un importante ensayo académico *“El significado del trabajo en el Virreynato del Perú”*.

En el área del Derecho Penal y Penitenciario, él profesor Alexei Dante Sáenz Torres, en su estudio *“La imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú”*, desde una perspectiva científica expone los fundamentos de la imprescriptibilidad de esta institución. Por su parte nuestro Decano Germán Small Arana, en su ensayo *“La sobrepoblación carcelaria y los beneficios penitenciarios en el Perú”*, con información actualizada y desde la perspectiva de los Derechos Humanos nos explica la correlación necesaria estas variables y nos propone como enfrentar a través de una política pública el problema de la sobrepoblación. También el profesor Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, en su ensayo *“Política Penal Peruana aplicada a los delitos de hurto simple y agravado, en el contexto de los acuerdos plenarios y los precedentes vinculantes”*, reflexiona desde la dogmática penal esta institución y propone una serie de soluciones a esta situación penal.

En el área de los Derechos Procesal el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos, nos presenta el estudio *“La Declaración de Parte en el Proceso Civil”*, insti-

tución de suma importancia en el derecho procesal, sin embargo es una institución que la doctrina nacional no lo ha tratado de manera adecuada.

José Félix Palomino Manchego profesor investigador, especializado en Derecho Constitucional, nos presenta su investigación *“El Fuero Militar: Alcances, naturaleza y contenido en el devenir histórico”*, en el cual desde una perspectiva histórico constitucional estudia esta importante institución.

Asimismo, en este volumen presentamos los aportes de los alumnos de la Unidad de Postgrado:

Alejandro Legua Quispe-Inga, con su trabajo *“Clasificación de la nulidad procesal. Relación con la nulidad procesal insubsanable”*. Angélica Barburén Nuñez, nos presenta su investigación *“El derecho a la vivienda digna: El caso peruano”*. Y Ricardo Robinson Sánchez Espinoza, presenta su estudio *“Reconocimiento constitucional del estado plurinacional para la tutela efectiva de derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú”*.

Asimismo, los profesores José Félix Palomino Manchego y Dante Paiva Goyburu, nos presentan un importante ensayo académico *“El Título preliminar del Código Procesal Constitucional (2004): Propuestas de reforma”*.

En el ámbito extranjero el profesor Francisco Javier Díaz Revorio, nos hace llegar su estudio *“Constitución y fenómeno religioso: Algunas consideraciones sobre el modelo español en el contexto europeo”*. Y el profesor Renzo Orlandi nos hace entrega su trabajo denominado *“Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual”*.

Finalmente, la preocupación de la Universidad, específicamente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política es propiciar la investigación en temas de actualidad como el que se plantea en éste volumen.

Director

ESTUDIOS

Tendencias recientes del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil en el Perú

Hernán Figueroa Bustamante*

Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
herfilaw@hotmail.com

SUMARIO: 1.- Cuestiones Básicas. 2.- Introducción. 3.- La Regulación del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil. 3.1. Revolución histórica. 3.2. Alcances de las nuevas tendencias. 3.3. Aproximación entre banca y bolsa. 3.4. El convenio de Basilea y los riesgos sistémicos no tradicionales. 3.5. Cooperación fiscalizatoria internacional y normas internacionales. 4.- Del Derecho Bancario, Financiero y bursátil, resolución alternativa de conflictos y otros componentes relacionados con el marco legal. 4.1. Derecho Comercial, Bancario y Bursátil. 4.2. Resolución alternativa de conflictos: Arbitraje. 4.3. Otros aspectos relacionados con el marco legal. 5.- ¿Las modificaciones adoptadas responden efectivamente a nuestra realidad. Cumplen con el propósito de ser más flexibles y menos reglamentaristas? ¿Son necesarios para el sistema financiero peruano?. 6.- Repercusión en el sistema financiero peruano de la crisis financiera internacional. CONCLUSIONES. RECOMENDACIONES y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM

PRESENTACIÓN

El presente artículo tiene como finalidad analizar el desarrollo y enseñanza del derecho bancario, financiero y bursátil desde un punto de vista comparado e internacional, conforme a las nuevas realidades y tendencias económicas, jurídicas y tecnológicas en los países, como consecuencia de las crisis financieras producidas en Asia, América Latina y otras regiones del mundo en los últimos años. Así, el autor resalta la etapa de transformación en que se encuentran las entidades bancarias y mercados financieros a nivel mundial, lo cual repercutirá en la innovación académica del derecho bancario, así como en su constante evolución y regulación.

1.- CUESTIONES BÁSICAS

La modernización del Derecho Comercial y Económico es de interés primordial para la política y la sociedad. La creación y el carácter sostenible del crecimiento económico, de una mejor calidad de vida para el ciudadano medio y de la estabilidad de los sistemas económico y financiero, constituyen un Imperativo Insoslayable. Esta coyuntura requiere de un Derecho Bancario viable (seguro), así como de otros sistemas de derecho Comercial, Financiero y Bursátil de considerable sofisticación y elevada integridad y transparencia. Para que la educación jurídica tenga relación con estos urgentes así como la cartera de mercados financieros de todo el mundo se tornan cada vez más interconectados e interdependientes.

En este contexto, es imperativo desarrollar y sostener mercados económicos y financieros viables, sustanciales e internacionalizados cada vez más. Por consiguiente, los enfoques tradicionales de la educación jurídica sobre planes de estudio, deben facilitar el desarrollo de un nuevo Derecho Bancario, Financiero y Bursátil en el siglo XXI.

2.- INTRODUCCIÓN

Debemos formular en la presente ponencia varias observaciones fundadas sobre asuntos de importancia para el futuro desarrollo y enseñanza del

Derecho Bancario, Financiero y Bursátil, así como afines en todo el mundo; con particular referencia a las cuestiones que estarán sometidas a considerables presiones externas a nivel regional y a nivel Internacional.

Debemos precisar que la relación entre el Derecho y la Banca es un proceso evolutivo, polifacético, que involucra una rica matriz de normas jurídicas públicas y privadas, de leyes nacionales, regionales e internacionales y una combinación de reglamentaciones administrativas y jurisprudencia. Este nuevo marco legal que se despliega ante nosotros abarca tanto a los conceptos tradicionales sobre la banca y actividades bancarias; como nociones más amplias acerca de "servicios financieros" y "entidades financieras". En dicho carácter el desarrollo del Derecho Bancario en todo el mundo, necesitará ponerse a tono y mantenerse receptiva frente a estas nociones que cambian con gran velocidad de manera espectacular, ante las nuevas realidades económicas y jurídicas de los países en forma individual, la creciente interdependencia económica general dentro de cada región del planeta y los desarrollos más generalizados en los mercados financieros internacionales.

El futuro de la banca nacional y del Derecho Bancario, Financiero Bursátil deberá continuar bajo la influencia y la configuración, en gran medida, de las innovaciones externas en materia de supervisión regional e internacional. Las presiones externas bien pueden favorecer una gradual integración y armonización "gradual", respetando los sistemas bancarios de cada nación soberana; y, por otra parte, debería ayudar a fomentar en general una mayor transparencia y estabilidad en los mercados financieros a nivel nacional, regional e internacional.

En la relación tradicional entre banca privada y cliente, parecen existir similitudes esporádicas que indican la tendencia hacia una mayor cantidad de responsabilidades y deberes impuestos por ley o por los mismos actores, para los bancos y otras entidades financieras. Se concilian la era de la "desregulación" y de la gran confianza en los "libres mercados", con el carácter de las entidades financieras que cada vez se esclarece más a la luz pública o casi pública.

La conexión entre el Derecho Bancario y los campos de los conceptos tradicionales del Derecho Comercial, así como de nociones innovadoras sobre resolución de controversias por vía extrajudicial, que tiene grandes probabilidades de continuar adquiriendo importancia en el futuro.

Estas materias deberán ser objeto de estudio en las facultades de Derecho de todo el mundo, no sólo desde el punto de vista nacional, sino desde una perspectiva comparada e internacional.

3.- LA REGULACIÓN DEL DERECHO BANCARIO, FINANCIERO Y BURSÁTIL

Un componente muy importante del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil en el siglo XXI necesariamente implica una conceptualización Internacional e interdisciplinaria, del modo en que las fuerzas del mercado y de la regulación pueden interconectarse en forma compatible para brindar un entorno jurídico apropiado, para la definitiva constitución de una nueva asociación entre los diversos entes reguladores de entidades financieras entre sí y luego en forma combinada con otros entes reguladores, con sectores de entidades financieras y con las principales entidades financieras internacionales.

La pertinencia tradicional de los aspectos de derecho privado propios del Derecho Bancario, relativos a la relación banca, cliente y a los instrumentos financieros, seguirán siendo una parte importante de la práctica y del estudio del Derecho Bancario. Los aspectos de Derecho Comercial y banca privada deberían adquirir cada vez más relevancia educativa y práctica. Sin embargo, se sugiere evaluar la dimensión de derecho privado en el contexto global de un marco regulatorio expansivo, interconectado y convergente (a nivel nacional, regional e Internacional) para las entidades financieras y los servicios financieros.

3.1 Evolución histórica

Históricamente, la mayoría de los gobiernos y de los entes reguladores del mercado financiero han operado según la premisa de que la estabilidad del mercado financiero requiere limitar la competencia y segmentar la estructura del mercado Bancario Financiero y Bursátil, separando claramente los bancos Internacionales, las sociedades de bolsa y compañías de seguros, para facilitar el control fiscalizador de dichos mercados. Sin embargo, a fines de la década de los años setenta y particularmente en los años ochenta, la innovación tecnológica comenzó a facilitar la competencia entre todos los segmentos de la Industria financiera. Este hecho fue el Inicio del proceso de adaptación regulatoria a los cambios de ipso, producidos en las estructu-

ras del mercado y en las entidades financieras. Las restricciones se redujeron y el acceso a los mercados para la competencia nacional y extranjera se expandió, originando ganancias netas por mayor eficiencia para el sistema financiero internacional, inclusive por los bancos internacionales que aún desarrollaban de manera primaria formas tradicionales de intermediación, es decir, el negocio de tomar dinero de los inversores y de los depositantes para luego otorgarlo en préstamo a empresas y personas físicas.

El riesgo crediticio era el de mayor envergadura para dichas entidades financieras, ya que el riesgo de oscilaciones en la tasa de interés podía manejarse, asegurándose de que la tasa de interés contractual sobre los fondos prestados variara con el costo de los fondos.

A mediados de la década de los ochenta, en medio de la crisis de la deuda soberana de los países menos desarrollados, la vulnerabilidad de los bancos individuales y del sistema financiero internacional aumentó en forma exponencial y la vinculación de la banca al riesgo crediticio dominó la agenda de temas regulatorios. La crisis de endeudamiento de los países mencionados llevó a que los prudentes esfuerzos internacionales, centralizados en el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria, fortalecieran las defensas sistémicas ante el riesgo crediticio a través de la formulación de requisitos de capital mínimo basados en el riesgo, según consta en el "Acuerdo de Capital" de 1988; que enfocaba la atención en el riesgo crediticio de los bancos internacionales. Estas entidades, en su carácter de principales prestadores de servicios de pagos, eran los medios primarios de interconexión de operaciones financieras.

Adicionalmente, la exposición a la falta de liquidez y de crédito se concentraba en forma natural dentro del sistema bancario. Asimismo, los bancos normalmente canalizaban la intermediación de fondos de corto plazo hacia activos de largo plazo sin oferta pública, determinando así que los bancos fueran más susceptibles al riesgo crediticio y a la falta de confianza del público que otras entidades.

3.2 Alcances de las nuevas tendencias

Durante la última década de la intermediación bancaria tradicional cambió de manera espectacular; las grandes entidades no bancarias (incluso sociedades de bolsa, compañías financieras y empresas de seguros) se transfor-

maron en los actores principales del proceso de intermediación, forzando a los bancos ampliar su espectro de actividades financieras en otros sectores que antes se hallaban segmentados. Por ende, en los años noventa, los bancos internacionales expandieron de modo significativo el alcance de sus actividades hacia áreas, que directamente tenían impacto en el riesgo crediticio o producían su reasignación, con la consiguiente exposición a tipos diferenciados de riesgo que antes eran objeto de control fiscalizadorio.

La expansión de la banca hacia actividades no tradicionales despertó la conciencia de que los riesgos financieros podrían desagregarse, valuarse por separado y negociarse en los mercados financieros globales. Esta conciencia tiene destacadas implicancias para la supervisión y regulación del mercado financiero a nivel nacional, regional e internacional. Los tipos especiales de riesgo ya no se encuentran limitados a categorías institucionales específicas. En ese sentido, las entidades financieras han llegado a reconocer, que los riesgos desagregados pueden recombinarse en formas que reflejen los perfiles de riesgo de las entidades financieras, que hasta hace poco tiempo se distinguían por su carácter único e independiente. Esta explosión de productos financieros innovadores plantea miles de nuevas cuestiones de orden jurídico y práctico (de índole pública y privada del sector), que será necesario dentro de los parámetros ampliados del nuevo Derecho Bancario.

No obstante, la globalización de las actividades financieras conduce de manera inevitable a la necesidad de mayor comunicación, cooperación y coordinación entre los entes de regulación bursátil y supervisión bancaria, sobre una base internacional más amplia, para reducir los riesgos crediticios.

3.3 Aproximación entre banca y bolsa

El proceso de convergencia internacional entre banca y Bolsa evoluciona a través de pautas similares de regulación y supervisión para las actividades comunes, que los bancos y las sociedades de bolsa internacionales desarrollan actualmente en forma cada vez más internacional. Este concepto guía a los entes de supervisión bancaria y de regulación bursátil a emprender esfuerzos conjuntos y coordinados, para comprender mejor los negocios de la Banca y la Bolsa, las estructuras de las empresas y los riesgos inherentes a cada tipo de negocio y las crecientes complejidades de las operaciones financieras internacionales no tradicionales.

En los sectores bancario y bursátil, gran parte de la consulta internacional entre los entes reguladores bancarios durante los últimos años se gestiona de manera efectiva a través del Comité de Basilea. En cuanto al mercado de valores, la IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de valores), constituye un foro internacional similar.

Si bien la convergencia internacional de las pautas y las perspectivas del Comité de Basilea y de la IOSCO tuvo éxito en producir una serie de principios rectores en materia de regulación del mercado financiero, el hecho ocurrió como respuesta directa a la creciente conciencia de que los bancos y las sociedades de bolsa internacionales tienen la experiencia técnica y la capacidad tecnológica para desarrollar el amplio espectro de actividades de servicios financieros en cualquier parte del mundo. Los avances en informática y telecomunicaciones brindan a los bancos y a las sociedades de bolsa nuevas oportunidades más eficaces, de expandirse a nivel nacional, regional e internacional en busca de nuevas actividades financieras, plazas y ganancias. En este aspecto, el empleo combinado de la experiencia técnica del hombre y de la innovación tecnológica está produciendo como resultado una intensa competencia a nivel internacional. Dicha competencia orienta a las entidades financieras a detectar los riesgos no tradicionales en cada negocio respectivo, en busca de mayores utilidades. Por lo tanto, la línea divisoria entre los sectores bancario y bursátil se desdibuja con firmeza, quizás hasta el punto en que ya no existan distinciones fundamentales en ciertas áreas operativas.

En términos de educación jurídica, se determina la necesidad de realizar un estudio más coordinado del Derecho Bancario y Bursátil, a través de conceptos y escenarios más amplios como "entidades financieras", "mercados financieros", "derecho de las entidades financieras y del mercado financiero" y "derecho de las finanzas públicas". Es necesario analizar en forma comparada los sistemas jurídicos que rigen las finanzas públicas en diversos países y comprender a nivel internacional los procedimientos del Comité de Basilea u de la IOSCO.

3.4 El Convenio de Basilea y los riesgos sistémicos no tradicionales

El nuevo Derecho Bancario deberá considerar los nuevos riesgos implícitos en el sistema financiero, ya que el derecho puede emplearse como medio

para identificar y gestionar dichos riesgos. Mientras las innovaciones financieras brindaron nuevas oportunidades de funcionar con eficiencia, así como gestionar y controlar los riesgos de la eficacia, también crearon para las entidades financieras el potencial de acumular enormes pérdidas en lapsos breves.

Asimismo, las innovaciones pueden aumentar la posibilidad de que surjan riesgos sistémicos no tradicionales que deban enfrentar las entidades y los entes reguladores en forma conjunta.

Los riesgos sistémicos no tradicionales surgen, porque las conexiones mejoradas entre los mercados financieros nacionales e internacionales aumentan la volatilidad de los flujos de capitales y la posibilidad de que las perturbaciones concentradas se transmitan con mayor amplitud entre los grupos o los mercados institucionales. Los enlaces crecientes entre los mercados y la volatilidad de los flujos de capital pueden producir un rápido contagio entre los mercados y, por consiguiente, dificultades sistémicas, como la crisis de liquidez mexicana y las crisis financieras de este asiático y rusa.

Los entes reguladores bancarios deben abordar cuatro principales áreas no tradicionales de potencial riesgo sistémico en el actual sistema financiero internacional. Estos riesgos sólo pueden ser tratados en forma adecuada por entidades financieras y entes reguladores internacionales que colaboren entre sí, constituyendo "asociaciones", simbiosis funcional y complementaria.

Se debe considerar la amenaza del surgimiento de crisis de deudas soberanas debido al incumplimiento de los países en desarrollo de sus obligaciones financieras. Estas inquietudes se exacerban ante la tenencia generalizada de dichas obligaciones entre los inversores institucionales y frente al hecho de que las cláusulas y condiciones contempladas en instrumentos como los Bonos Brady, no conducen a reprogramaciones ni reestructuraciones de la deuda soberana.

Adicionalmente, existe la espectacular y creciente exposición al riesgo de liquidación y pago en moneda extranjera, considerando que los sistemas de comprensión multimonedada actualmente en vigencia no se hallen sometidos a control regulatorio.

También, existe el efecto potencial desestabilizador de lavado de dinero por parte de organizaciones delictivas que operan en el sistema financiero internacional. El "contagio" del lavado de dinero puede surgir como riesgo sistémico si las entidades o comunidades financieras se someten a la influencia de delincuentes y se saturan con fondos provenientes del lavado de dinero. En resumen, los intereses de las organizaciones delictivas internacionales no fomentan justamente la preservación de la estabilidad del sistema financiero internacional. Si la influencia de estos grupos se infiltra en las entidades o las comunidades financieras, cualquier aspecto del sistema financiero internacional puede encontrarse en situación de riesgo, en caso de ignorarse las obligaciones financieras a corromperse las instituciones y los gobiernos.

Igualmente, existe el "riesgo de contagio de crisis financieras internacionales", como sucedió en la década de los noventa.

A pesar de estos riesgos sistémicos potenciales, los constantes intentos legislativos o regulatorios por mantener segmentada la reglamentación entre los bancos y las sociedades bolsa internacionales, sólo servirán para trasladar las actividades hacia jurisdicciones más favorables dentro de la comunidad financiera global. En efecto, el proceso de convergencia regulatoria internacional en materia de supervisión bancaria y regulación bursátil, no es un intento de restringir la expansión hacia nuevas actividades o áreas de competencia entre las entidades financieras. Al contrario, el proceso se orienta en forma internacional para que los entes reguladores "acojan" las modernas innovaciones financieras internacionales, que se está produciendo con una velocidad increíble vertiginosa, como resultado del acelerado avance tecnológico.

En esa orientación, las reformas del mercado impulsadas por la tecnología, están precipitando cambios revolucionarios dentro de los sectores bancario y bursátil a nivel internacional. Al mismo tiempo, se engendran cambios en la metodología adecuada para la supervisión o la regulación de las entidades financieras. Los cambios ya están ocurriendo en cierto grado dentro del espectro mundial. Esta dimensión tecnológica es otro elemento de importancia clave, que deberá considerarse como factor destacado en todo esquema futuro de educación jurídica sobre crisis que afecten el Derecho Económico y Financiero.

El proceso de convergencia internacional se ha producido – hasta la fecha – en gran medida de manera fragmentada y desorganizada. Se deberá superar un regulatorio fragmentado de base nacional en los sectores bancario y bursátil, hacia un sistema de principios y normas internacionales. Los principios se aplicarán en un sector de servicios financieros globales integrados de manera funcional, que comprenderán a los negocios bancario y bursátil, y deberán asimilarse en toda propuesta para “repensar” la enseñanza del derecho”.

3.5 Cooperación fiscalizatoria internacional y normas internacionales

El consenso financiero emergente puede visualizarse, como el resultado de dos series independientes de sucesos ocurridos desde el colapso del sistema Bretton Woods en 1972. Dicha serie de hechos puede clasificarse en función de dos ejes, uno basado en la experiencia de las economías desarrolladas y el otro fundado en las experiencias vividas dentro de las economías emergentes.

Primero, el crecimiento de la cooperación internacional y la creación de pautas mínimas en el área de la regulación de las entidades financieras, ha llegado a considerarse un factor esencial para mantener y fortalecer la confianza y la integridad del sistema financiero internacional. Esta tendencia se refleja en el papel evolutivo del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria, como respuesta a las diversas crisis que involucran a las entidades financieras internacionales desde la década de los setenta y a la creciente importancia de la efectividad de sus pronunciamientos en el campo de regulación y supervisión de las entidades financieras. Asimismo, la cooperación internacional en dicha área continúa siendo de gran importancia para las economías desarrolladas, como innovación tecnológica y financiera; asimismo la internacionalización prosigue con velocidad inusitada, como queda demostrado por el reciente interés concentrado en el campo de los productos derivados y de los sistemas de liquidación y pago en todo el futuro.

El segundo elemento del creciente consenso internacional, es la conciencia sobre la importancia de la estabilidad financiera nacional para los países en desarrollo, en especial dado su potencial vulnerabilidad ante las variaciones de los flujos de capital dentro del sistema financiero internacional. El consenso en esta área consiste en que, para desarrollarse económicamente, los merca-

dos emergentes deben implementar estructuras adecuadas que garanticen la estabilidad financiera, en especial dada la creciente movilidad de los capitales internacionales y la dependencia de los mercados emergentes en esos capitales para financiar sus propios procesos de desarrollo.

En la actualidad, los dos elementos mencionados se ponen en estrecho contacto, a medida que se desdibuja aún más la línea divisoria entre economías desarrolladas y economías emergentes; y ambas se integran cada vez más en el sistema financiero internacional.

En realidad, la infraestructura financiera efectiva es tan necesaria para una economía desarrollada como para una economía emergente. El consenso también se aplica de manera similar a la mayoría de las novedades regulatorias, como respuesta a una importante crisis que ponía a descubierto las debilidades del sistema vigente en ese momento; las que en general sólo se manifestaban con la innovación financiera y tecnológica.

Como se mencionó anteriormente, el derecho Bancario está adquiriendo una creciente presencia internacional, la congruencia global en materia de prudente regulación de similares actividades y servicios financieros de bancos y sociedades de bolsa internacionales, sólo puede advertirse a través de mayores iniciativas sobre coordinación fiscalizadora internacional y acuerdo de cooperación e intercambio de información. Con respecto de la supervisión bancaria, el Comité de Basilea fue el vehículo de la cooperación regulatoria internacional para los entes reguladores de la banca y el motor que impulsó la supervisión coordinada para los mercados globales. El Comité de Basilea adoptó los conceptos de supervisión consolidada y de clara división de responsabilidades, entre los entes reguladores del país de origen y del país de actuación para los grupos bancarios internacionales en este aspecto.

Con respecto a la regulación bursátil, la IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores), creada en 1983, cuenta con alrededor de 120 miembros plenos, afiliados y asociados, en su mayoría entes reguladores bursátiles, entidades autorreguladas y organizaciones internacionales afines. El comité técnico de la IOSCO – compuesto de representantes de países desarrollados – y los comités de desarrollo – integrados por miembros de países con mercados emergentes – son las dos categorías de comité, a través de las cuales

se proponen políticas y recomendaciones, que constituyó el foro colectivo para el desarrollo de la cooperación y el intercambio de información a nivel internacional entre los entes reguladores bursátiles. Si bien la IOSCO carece de la influencia fiscalizatoria que gozan los miembros del Grupo de los Diez del Comité de Basilea, los miembros de la IOSCO que tienen una base geográfica más amplia emitieron varias resoluciones sobre cumplimiento de los principios básicos de las IOSCO sobre elevadas pautas regulatorias, cooperación y asistencia mutua. Las iniciativas de la IOSCO en materia de coordinación internacional y cooperación de intercambio de información, se llevaron a cabo en gran medida en forma bilateral entre los entes reguladores bursátiles nacionales a través de memorandos de entendimiento.

Los mayores emprendimientos conjuntos del Comité de Basilea y de la IOSCO han tenido y debería seguir teniendo una influencia positiva e importante en los procesos de convergencia, coordinación e intercambio de información a nivel internacional. El futuro de la regulación financiera a nivel nacional, debería reflejar los esfuerzos continuos de estas dos organizaciones internacionales.

Debe existir una perfecta coordinación y cooperación entre los entes de supervisión bancaria y de regulación bursátil. La coordinación puede concretarse con celeridad mediante la constitución de un nuevo panel de entes reguladores financieros a nivel mundial denominado "Foro Conjunto" integrado por directivos del Comité de Basilea, la IOSCO y las IAIS (Asociación Internacional de entes de Contralor de Seguros), para tratar cuestiones más definitivas sobre supervisión de grupos financieros internacionales.

Es importante destacar que, dado el carácter fundamental de un sistema financiero sano y eficiente para el funcionamiento de cualquier economía, el Grupo de los Siete, en la cumbre de Lyon de 1996, apenas superada la crisis monetaria de México de 1994-1995, indicó a las entidades financieras internacionales, en especial el FMI, el Banco Mundial y el Comité de Basilea sobre Supervisión bancaria, el diseño de pautas para la regulación financiera que debían implementarse, tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo, así como el desarrollo de soluciones para crisis nacionales con implicancias internacionales, tal es el caso de la crisis mexicana. En consecuencia, las organizaciones financieras internacionales vienen produciendo normas

en diversas áreas: el Comité de Basilea publicó sus *Principios Básicos para la Efectiva Supervisión Bancaria* (de reciente conclusión); la IAIS publicó principios de supervisión en Septiembre de 1994; la IOSCO presentó principios sobre títulos valores; y el IASC (Comité de normas Contables Internacionales) presentó un amplio conjunto de normas contables internacionales. Asimismo, el foro conjunto sobre grupos financieros (esfuerzo cooperativo del Comité de Basilea, de la IAIS) deberá dar a conocer un documento sobre principios en esta materia.

La coordinación internacional de la supervisión bancaria y bursátil debería complementarse con una creciente transparencia de la operatividad, de la estructura transfronteriza y de las actividades financieras de los bancos y de las sociedades de bolsa internacionales (es decir, los grupos financieros internacionales). Esto puede lograrse orientando a los bancos y a las sociedades de bolsa internacionales en materia de supervisión como ayuda para el desarrollo, la implementación y la ejecución minuciosa de una efectiva estructura corporativa, de controles internos y de programas de gestión de riesgos. Dichas iniciativas servirán también como medidas preventivas contra el contagio dentro de los mismos grupos en tiempos de angustia financiera.

En resumen, el grado de coordinación y cooperación regulatoria internacional se intensifica a través del Comité de Basilea y de la OISCO en respuesta a la globalización de los mercados financieros. La iniciativa de coordinación internacional y cooperación en el intercambio de información fueron impulsadas, primero por las autoridades de contralor y será necesario que las empresas privadas se adapten de la información confidencial suministrada a los entes reguladores. Las iniciativas de contralor son tanto bilaterales como multilaterales, y la cobertura institucional y geográfica oscila desde normas específicas hasta recomendaciones de gran amplitud. Este proceso es alentador y debe continuar su evolución.

En dicho carácter, la necesidad de lograr un mayor desarrollo y de mantener los estándares internacionales en materia de regulación y control será cada vez más grande. Con este fin, se requerirá una mejor comprensión educativa, administrativa y judicial, así como una mayor apreciación, de las dimensiones regulatorias del *Derecho Bancario*. Asimismo, las implicancias de la liberalización de los servicios financieros deberán estudiarse con minuciosidad,

a medida que se persigue el ingreso en la OMC (Organización Mundial del Comercio) frente a las inquietudes prudentes en materia de supervisión.

4.- DEL DERECHO BANCARIO, FINANCIERO Y BURSÁTIL, RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y OTROS COMPONENTES RELACIONADOS CON EL MARCO LEGAL

Además de las crecientes dimensiones regulatorias *del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil* antes señaladas, el mundo del derecho privado propio del Derecho Comercial debería permanecer como una parte importante y expansiva del futuro Derecho bancario. Un postulado más sugerente es que el arbitraje y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos (RAC) también formen parte del campo de los servicios financieros en todo el mundo. Relacionada con la importancia de estas dos áreas del derecho privado, debería existir una mayor pertinencia para los estudios de derecho comparado y de derecho internacional (público y privado) y una mejor comprensión del derecho societario, de la legislación tributaria y de las normas contables, ya que se relacionan con una nueva visión más amplia del Derecho Bancario.

4.1. Derecho Comercial, Bancario y Bursátil

Muchas de las actividades de las entidades bancarias (por ejemplo, captar depósitos y negociar cheques y otros documentos comerciales, títulos de crédito y constituir garantías) seguirán siendo aspectos “básicos” de cualquier futuro derecho bancario. Más aún, la relación banca-cliente (ya sea como depositante o prestamista) conservará su naturaleza esencialmente contractual y comercial. Sin embargo, el creciente papel de la tecnología electrónica en la banca y los servicios financieros planteará nuevas cuestiones jurídicas, que será necesario tratar mediante un derecho comercial, y así permanecer como un importante componente básico e integral del *nuevo Derecho Bancario*.

4.2. Resolución alternativa de conflictos: arbitraje

¿Dónde encajan el arbitraje comercial y los MARC en el Derecho Bancario? Tradicionalmente, el arbitraje ha sido asumido con reservas por la banca y los banqueros (al menos en los países industrializados). El dinero facilita préstamos y su reintegro es exigible; en realidad, no queda mucho por

arbitrar. No obstante, cuando la operación es compleja (por ej. Financiación de proyecto), cuando está involucrada una entidad financiera internacional, cuando es conveniente mantener la informalidad o la confidencialidad (por ej. Controversias entre acreedores), o cuando existan transacciones internacionales que implican sistemas jurídicos diferentes, adquiere mayor sentido el uso del arbitraje financiero comercial. De hecho, en los Estados Unidos, el empleo del arbitraje en asuntos tanto bancarios como bursátiles, se está transformando en un recurso cada vez más común. Un número creciente de instituciones financieras norteamericanas y europeas utilizan una amplia cláusula compromisoria en todos sus contratos de préstamo comercial.

4.3. Otros aspectos relacionados con el marco legal

La nueva dinámica política y económica que enfrentan profesiones y eruditos, la diversidad de culturas subyacentes y valores afines, la disparidad de sistemas jurídicos y enfoques en todo el mundo, la cruda realidad de los enormes cambios que ocurren en el mundo, la permanente necesidad de efectuar reformas jurídicas viables en el sistema financiero, la creciente importancia de los esfuerzos de cooperación regional e internacional, y el papel de las entidades monetarias y financieras regionales e internacionales; tendrán un impacto jurídico significativo en el futuro alcance de la enseñanza del Derecho Bancario.

El entendimiento comparado de las expectativas de las experiencias jurídicas de los demás (por ej. Los Estados Unidos, Japón, el Reino Unido, América Latina) será muy conveniente, así como entender las implicancias de los procesos de convergencia y cooperación internacional, subyacente en el área de los mercados y las entidades financieras. Asimismo, una mejor comprensión del Derecho Internacional privado (conflicto de leyes) será muy importante a medida que las operaciones financieras adquieren mayor naturaleza externa.

Al desarrollar un pensamiento lógico a través de una matriz de educación óptima para el estudio del derecho bancario en el siglo XXI, también resulta evidente la importancia de interrelacionar principios contables, normas impositivas, derecho societario, afectación de bienes en garantía, legislación concursal y enfoques jurídicos sobre las últimas innovaciones del mercado financiero; por ejemplo, las operaciones de pase, los productos derivados y

la securitización o titulización de activos. Los componentes de la matriz del nuevo Derecho Bancario deberán articularse desde el punto de vista pedagógico, en un marco de estudios coordinados e interdisciplinarios.

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO, TENIENDO EN CUENTA LOS CONVENIOS DE BASILEA 1,2 Y 3

Ventajas y desventajas que proporcionan las modificaciones a la Ley General del Sistema Financiero .En su opinión ¿en qué radica el cambio fundamental que se producirá a raíz de esta medida?

Hay que promover modificaciones estructurales en la Ley de Bancos, por un contexto mundial, que es una corriente internacional de adecuación de todas las regulaciones bancarias y financieras del planeta al régimen de Basilea 1y ,desde hace unos 5años, a Basilea 2 y 3; otro que fue el conjunto de normas en una serie de industrias y actividades) principalmente económicas) en el Perú para adecuar a la legislación y la estructura social económica del país al tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Es necesario reforzar el patrimonio efectivo de los bancos para proyectar el control de riesgos de las actividades de los bancos. Hay una serie de cambios en términos de ponderación y términos de cuantificación del patrimonio efectivo que a mi parecer, son la ventaja más importante. Todas las discusiones de Basilea – tanto de Basilea 1 en el contexto de 1998 como de Basilea 2 en el año 2004- fueron generadas pensando básicamente en la banca internacional y en la banca cruzada, un nivel de bancos con muchas entidades a nivel ramificado o internacional.

Es determinar si los bancos medianos o pequeños van a estar preparados en términos de costo, administración ,sistemas de logísticas para poder adecuarse con el tiempo a regímenes que son mucho más estrictos ,que van a demandar mayor capital ,que van a demandar mayor rigurosidad en el control de riesgos .Podría darse el caso que algunas entidades bancarias) o cercanas a entidades bancarias) pequeñas o medianas tengan que sufrir mayores costos de adecuación a la regulación más prudencial o más estricta de Basilea.

La gran ventaja de esta regulación es que adecua la regulación peruana a lo que por ahora es el estándar mundial, que es Basilea 2, así como en su momento la regulación peruana hizo la adecuación al estándar de Basilea

El Perú tiene un cierto prestigio de cumplimiento de las normas de Basilea bastante alto, por lo cual no podíamos quedarnos atrás en el cumplimiento de las normas de Basilea.

Basilea 2 y Basilea 3, estándares pensados por muchos años y con un diseño del que han participado reguladores de economías bastante más desarrolladas, el Perú está siguiendo ese mismo estándar. En ese sentido, hay cambios buenos. En concreto, el capital de un banco, que tiene que ser sensible a los riesgos que se presentan en ese banco en particular ,hoy día, con los cambios, se vuelve mucho más sensible todavía, en el sentido de que permite identificar mejor y de manera mucho más fina cuales son los riesgos. En la actividad principal del banco, que es la de incurrir en riesgos crediticios, el sistema de hoy va a requerir que los bancos implementen sistemas mucho más sofisticados que van a permitir identificar de mucho mejor manera el riesgo. El sistema anterior era un sistema que generalizaba mucho, no discriminaba los distintos niveles de – por ejemplo – las contrapartes con la que contrataba el banco.

Esta vez si se va a permitir una discriminación mayor y una mayor identificación de los riesgos: cuando se les identifica, estos envían una señal para el requerimiento del capital. Entonces, aquellos bancos que identifiquen riesgos mayores tendrán un requerimiento de capital mayor. Esta es la regla que siempre ha habido: que el capital tiene que ser suficiente para soportar riesgos. Cuando me refiero a que ahora el capital va a ser más sensible a los distintos riesgos crediticios en los que incurre el banco, pero el capital va a responder por los otros riesgos en los que incurre el banco. Riesgo de Mercado sobre el que ya existían ciertas reglas en Basilea 1, pero que se profundizan acá, y un tema innovador es el riesgo operativo.

Así, si un banco decide, por ejemplo, no modernizar su sistema tecnológico o su control de fraudes, los mecanismos van a identificar que existe un mayor riesgo y, en consecuencia, van a exigir un mayor un mayor requerimiento de capital que a aquel otro banco que si se cuidó y redujo el riesgo operativo. En términos generales estas serían grandes ventajas. Ahora, hay también ven-

tajas por el tema de la banca del futuro en el Perú, la banca de micro finanzas, banca que va a llegar a ese sector no bancarizado hoy día. Los cambios permiten mucha mayor flexibilidad para que estas entidades sujetas a la supervisión de la SBS puedan acceder a nuevos tipos de operaciones sin tener que recurrir a – como lo exigía la norma anterior – licencias nuevas. Por el lado de las desventajas, todos estos cambios se vuelven mucho más sofisticados y van a importar que todo el mundo tenga que aprender de nuevo. Seguramente, se va a requerir mucha mayor inversión en sistemas y esto puede impactar en los bancos más chicos. Por otro lado, la norma se restringe exclusivamente a implementar en el Perú la regulación de Basilea 2 y adecuarnos a los que exige el TLC, pero, lamentablemente hemos dejado pasar la oportunidad de corregir una serie de defectos importantes que tiene el marco regulatorio del sistema financiero del Perú y que van a persistir ahí. En mi opinión, la ley vigente regula demasiadas cosas que no deberían estar reguladas; por ejemplo, la actividad de intermediarios financieros que, en realidad, no están intermediando o, por lo menos, no están captando depósitos, que hace que la Superintendencia ocupándose de las compañías de leasing si estas no captan depósitos, sino solo emiten valores. En vez de estar enfocándose ahí en donde la constitución señala que debe enfocarse, que es la protección del ahorro, tiene que perder el tiempo supervisando a entidades que no captan depósitos.

La ventajas y desventajas de las dos normas que se han dado, la realidad es que, en el marco de un decreto dado por delegación de facultades otorgadas con ocasión de la adecuación del TLC, se produjeron un aserie de medida orientadas a lo señalado. Se ha producido una revisión de la ley original y se ha tratado de ir cubriendo unos puntos en aras de hacer un poco más competitivo el mercado. Eso nos explica, por ejemplo, el tema de la incorporación de las recomendaciones de Basilea para generar mayor acogida dentro del sistema a las reglamentaciones internacionales en materia de administración de los riesgos, que es fundamental para tener un sistema financiero cada vez más sólido, teniendo en cuenta las experiencias que han ocurrido recientemente en el mundo. La norma también destaca el tema de la competitividad al eliminar el esquema modular, en línea para desarrollar el esquema de microfinanzas que resulta siempre muy importante. En un mercado como el nuestro, el mercado microfinanciero también es un mercado relevante y, a través de la eliminación de este esquema modular, se permite un poco más de desarrollo. Es relevante ,dentro de lo que es como destacable dentro de esas normas, el rescatar esas re-

comendaciones internacionales en aras a hacernos cada vez más competitivos teniendo en cuenta el desarrollo de este país. La administración de estos riesgos es un elemento fundamental para lo que se refiere a tener un sistema financiero más sólido. Las consecuencias de no adecuarse a Basilea son bastante altas, lo que obliga a que todos tengan que familiarizarse, capacitarse, conocer lo que estos retos suponen.

Tengo que agregar algunos puntos. El primero es que esta ley, la vigente, es del año 1996. A mi modo de ver, es una buena ley en el modo en cómo estaba salvo algunas cosas, como la redacción, que no es una redacción muy feliz. En realidad, hay muchas cosas que no deberían estar ahí, como es el caso del fideicomiso que debería estar en una ley aparte. Creo que el contrato de fideicomiso en la Ley de Banco tiene más artículos que todo el capítulo de riesgos operacionales o de límites operativos, incluyendo cosas como el fideicomiso testamentario. La gran pregunta aquí es si nos merecemos este cambio, es decir, si siendo una buena norma y que ha funcionado relativamente bien desde el año 1996 hasta el 2008. Casi sin mayor cambio, ¿qué hacemos implementando Basilea 2? Como todos sabemos, Basilea 2 son recomendaciones, no son normas o sugerencias o preceptos imperativos. Basilea 2 si está pensada para países industrializados o grandes países. Entonces, tenemos, por un lado, al Perú, que puede ser denominado como un país emergente y, por otro lado a Basilea 2, que es una norma del primer mundo. Los bancos que venían aplicándola han quebrado ósea que tampoco es una panacea. Ya teníamos un estándar. A menos a nivel latinoamericano, nuestra legislación era sumamente adecuada para nuestra realidad. Me preocupa el aspecto económico, no por los bancos grandes, porque estos si tienen recursos y capital como adecuarse a las nuevas exigencias sino por los bancos me media talla para abajo ¿van a tener la capacidad para llevar esos nuevos estándares? Si no, de los 15 bancos quedaran quizás 7 y el efecto sería contraproducente porque lo que quiere la nueva ley y las nuevas reguladoras es que haya más bancos, que no haya una concentración en bancos sino más bien que los bancos sean unos 20 o 30 aproximadamente. La regulación del sistema financiero incentiva la competencia entre los bancos. No obstante, el hecho de que recién se incorporen estas recomendaciones a nuestra legislación no quiere decir que la Superintendencia no haya estado monitoreándolas desde hace tiempo, es decir, por lo menos en bancos grandes, muchas recomendaciones de Basilea ya han estado probándose o implementándose desde hace 3 o 4 años. Los grandes bancos tienen ya desde

hace muchos departamentos y gerencias de riesgo operacional caminando. Sin embargo, cuando yo leí el decreto que ya está en vigencia desde diciembre del 2008, vi que se estaban liberalizando o liberando gran parte de las actividades del artículo 221 de la ley para entidades que no son bancos como por ejemplo en el caso de la PYMES o empresas pequeñas como fiduciarias, lo que antes estaba limitado para una serie de instituciones. Así que esa liberación va a tener sus pros y sus contras. Sin embargo coincidió con todos en una visión optimista y creo que hay más ventajas que desventajas.

5.- ¿LAS MODIFICACIONES ADOPTADAS RESPONDEN EFECTIVAMENTE A NUESTRA REALIDAD. CUMPLEN CON EL PROPÓSITO DE SER MÁS FLEXIBLES Y MENOS REGLAMENTARISTAS? ¿SON NECESARIOS PARA EL SISTEMA FINANCIERO PERUANO?

Yo estaba pensando en esa pregunta porque, si nos ponemos a pensar, es mucho más reglamentarista aún. Es más complicado ser banquero y hay más regulación, pero me animo a proponer una respuesta distinta. Claro que hay mucha más regulación porque se pone mucha más responsabilidad al banquero al asumir los riesgos que tiene que asumir y sufrir las consecuencias. Es un sistema que va a permitir que se asignen mejor las externalidades. En ese sentido, yo no diría que es más reglamentarista como para dar un sentido negativo. Está poniendo las reglas de juego más claras, pero que van a permitir que las externalidades se asuman por quien deben asumirse.

Ahora, en complemento a eso, hay un tema que no hemos mencionado y diría que es un cambio no menor de la ley. Es el incentivo a estructuras de supervisión y autorregulación. Hay no pocos artículos en las modificaciones a la ley que te llevan a metodologías de supervisión bajo parámetros internos, que no hace otra cosa más que adecuar los requerimientos de regulación al tipo de banca que haces. No todos los bancos son iguales. Hay bancos en el Perú que son múltiples de nombre y múltiples de realidad porque asumen diversos tipos de riesgo que están en diversos nichos y hacen operación o dan créditos corporativos a nivel microempresarial, dan crédito comercial, dan servicios hipotecarios, o tienen una diversificación geográfica y son bancos realmente universales no solo de nombre sino de realidad. Hay bancos de nicho y son claramente típicos como bancos tarjeteros, de consumo, bancos incluso más

corporativos a nivel mediano. Entonces, si se establecen parámetros estandarizados de supervisión – que fue uno de los grandes cuestionamientos que tuvo desde los años 90 las discusiones de Basilea 1-, o sea, cuando la tendencia bancaria es una banca universal de no establecer licencias de nichos, estaban dando sobrecostos a ciertos bancos porque les estaban exigiendo patrimonios o reportes o determinadas obligaciones legales de operaciones que los bancos no hacían. Una virtud bien importante de las modificaciones es que permite que te puedas autorregular. Por ejemplo, el Directorio de un banco puede escoger la metodología más adecuada dependiendo la naturaleza de tu actividad. Eso yo creo que tiene directa relación con la pregunta. Curiosamente es más reglamentarista porque es más estricto en regulación patrimonial, pero es más flexible en términos de autoregulación.

No es tan reglamentarista sino más explicativa. Coincido con Lucho en el tema de autorregulación que parte de que la entidad sea consciente de los riesgos que significa manejar con el sistema financiero y que sea consciente de que, en la medida, que quiera realizar nuevas operaciones, ello tiene ciertas consecuencias que deben asumirse. Creo que eso es fundamental. Podemos vivir como lo hemos venido haciendo, no son cambios necesarios como de vida o muerte, pero si son sugerencias que se han hecho de manera adecuada. Hay una visión muy clara sobre el asunto. Ahora que se dan en un contexto bien trágico o dramático, pre- crisis, también la Superintendencia tuvo una visión clara en ese sentido.

Un efecto bueno de que el sistema peruano se adecue a Basilea es que permite a los bancos peruanos estar mucho más integrados con el sistema financiero mundial. El estándar de Basilea es una marca. Cuando en el mundo alguien viene y te pregunta cómo es el sistema bancario en el Perú, tienes dos posibilidades; o te sientas explicarle o contárselo todo con detalles o simplemente le dices cumplimos con el estándar de Basilea y para todos es sencillo entenderlo. Entonces, ha habido caso de bancos en el Perú que han estado activos en los últimos años en salir a los mercados internacionales a tratar de financiarse y diversificar sus fuentes de fondeo. Cuando tú haces eso, es mucho más difícil generar confianza por ejemplo comprar un bono – si tienes que explicar que el sistema peruano tiene un sistema financiero muy particular y muy distinto a Basilea, adecuado a la realidad peruana. En cambio, si tú sales y dices que el estándar peruano es Basilea, es mucho más fácil. Entonces, desde esa

perspectiva, la de la integración de los bancos peruanos al sistema financiero internacional, es mucho mejor estar adecuados al estándar. Nuestra misma ley impone límites mucho más estrictos a los riesgos de cuando un banco peruano le va a prestar a un banco del exterior y le pone más o menos la marca de Basilea: si en ese país las supervisiones bancaria es como en el Perú, entonces te puedes arriesgar, pero si en ese país la regulación, no es como la peruana entonces no te puedes arriesgar.

6.- REPERCUSIÓN EN EL SISTEMA FINANCIERO PERUANO DE LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL

A ver en orden, yo dudo mucho que alguien haya afirmado eso. Inmunes no lo somos. Quizás si somos en la región, por diversas razones internas, los más preparados para afrontar esto, pero es obvio que nos va afectar. Lo que no sabemos – y aquí hay que especular mucho- es cuando y cuanto nos va afectar. Es más, yo creo que ya nos está afectando. Afectará al sistema bancario sin duda porque es la industria más relacionada con todas las actividades y con lo que ocurra a nivel de precios de minerales, precios de commodities, indicadores de comercio, bajas de inversiones, etc. Ósea lo que ocurra en la economía en su conjunto va afectar a la Banca por lo tanto, no se necesita ser un economista muy sofisticado para afirmar que el Perú va a tener indicadores comparativamente menos buenos en los siguientes meses que los que ha tenido en los últimos años. Probablemente, las moras en los bancos se incrementen; las tasas de interés- sobretodo corporativas de mediano y largo plazo-aumenten; la calidad de la cartera, que no necesariamente tiene que ver con la mora como tal, aumente; las fuentes de fondeo de los bancos se restrinjan o se encarezcan. Dependiendo del grado crisis que afecte al Perú, hay bancos que se afectaran más que otros. A mí lo que me preocupa – como para hacer un comentario regulatorio para la mesa- no es tanto la crisis misma, sino la reacción de los estados hacia la crisis. Yo lo que temo en un país con el pasado que tenemos es que , cuando venga una crisis y se presenten ciertos problemas con los indicadores de la banca y los indicadores de la economía, el Estado peruano decida controlar las tasas de interés o se pretenda crear más bancos estatales o se pongan más barreras de acceso. Que el Estado se ponga bajo el pretexto de la crisis más paternalista, más intervencionista, más protector. No solo desde el 96 sino desde la gran reforma bancaria de liberalización de la economía de principios

de los 90, se hizo una fortaleza de la regulación con una Superintendencia independiente, con una banca privada con cero participaciones estatales hasta el momento – salvo sus excepciones. Esos grandes parámetros fueron la fortaleza para que la banca peruana crezca sólidamente y eso no debería reformarse. El riesgo que tengo es que sobre todo entrando en escenarios políticos, campañas electorales, la crisis promueva la intervención. Las finanzas en el Perú no deberían tener mano estatal; o, mejor dicho, la calidad de la mano estatal. El tema no es tanto si regulas o no, porque tienes que regular. El tema es la calidad de la regulación, porque debe ser una regulación buena pro-competencia, pro-mercado, pro fortaleza de los bancos, pero no promover condonaciones, perdones a moras en ciertos sectores, o a los microempresarios o agricultores. Hemos tenido esa experiencia y, lamentablemente, los resultados para la banca y la economía han sido malos. La gran reflexión es, obviamente, que en un contexto de crisis, esta nos va afectar y también a la banca peruana, aunque yo tengo la sensación de que la banca peruana no va a tener una corrida, ni una afectación patrimonial, ni una quiebra de entidades, porque sus indicaciones de fortaleza son muy buenos y están por encima del estándar internacional. La crisis no debería ser, y de alguna manera esta mesa debe servir de alerta para después no lamentarnos, es un pretexto para regulación o intervención estatal equivocada.

Coincido plenamente. El gran reto es ver nuestra reacción en caso de que se vea afectada una empresa grande y que se afecten a trabajadores o varios proveedores. Con un mensaje que ha venido del gobierno siendo en sumo hipe-optimista, de repente un golpe duro a dos o tres grandes empresas que comienzan en insolvencia y lo peor que nos podría ocurrir, como dice Lucho, es que eso justifique ciertas medidas proteccionistas de las que ya tuvimos muchas.

El decir que somos inmunes a la crisis, además de un buen deseo, no es realista, pues, como se está dando la crisis, de que nos va a tocar. La pregunta sería el cómo y el cuándo y frente a eso está el reto de la reacción. Con todo lo que está ocurriendo, estamos hipersensibles. Esa primera decisión va a incidir en si se mantiene o no la confianza y, frente a eso, la mejor respuesta debe ser una técnica y adecuada a las políticas del negocio. En este sentido, el sistema financiero creo a ser merecedor de la confianza en tanto la actitud que esta tenga sea esencialmente técnica, correspondiente a las reacciones tratándolas como deben ser sin tratar de acrecentar más el problema.

La crisis está presente en nuestro sistema. No sé si se ha notado pero ya está desde hace varios meses. Hay toda una campaña de captación de recursos de depósitos mucho más agresiva. Hay bancos que pagan más de 8% por los depósitos y si son por encima de un millón de soles, te llevas un carro y la tasa es de 6%. El impacto se siente. Ahora bien, en medidas concretas que el gobierno puede hacer, hay mucho de por medio. Una es la famosa repatriación de capitales, una medida de impacto porque hay mucha plata afuera. Sería una medida de impacto económico a partir de la fecha imponer, por ejemplo, una moratoria o podría ser una medida alentadora, generadora de empleo y demás.

Para concluir, es un buen momento para afina unas trabas que hay en el tema tributario del sistema financiero, hay muchos defectos, no solamente en los bancos, sino en el mercado de capitales. Todo el crecimiento del mercado de valores en el Perú se ha hecho artificialmente sobre la base de las exoneraciones a las ganancias de capital, sobre estas se ha formado todo este mercado de ofertas públicas que es totalmente artificial porque sino hay exoneración no hay mercado de ofertas públicas.

Es muy importante estudiar y aprender la importancia del derecho Bancario y Financiero Internacional vía los convenios de Basilea. Es digno de elogiar el esfuerzo unificador de la Unión Europea en materia monetaria.

CONCLUSIONES

1. En términos del futuro contenido expansivo del derecho Bancario para la educación jurídica, los esfuerzos generales y específicos a favor de la convergencia y fiscalizatoria internacional respecto de bancos, sociedades de bolsa y de otras entidades financieras internacionales, deberían seguir teniendo indudablemente importancia para los docentes del derecho a medida que nos encontraremos en pleno siglo XXI.
2. Una mejor convergencia en la regulación en la regulación y control de grupos financieros, productos derivados, información de actividades de negociación y medidas efectivas contra el lavado de dinero, figuran en todas las agendas actuales de la banca internacional y de las autoridades bursátiles.

3. Tomando en consideración lo precedente, se advierte con premura que la naturaleza del negocio bancario (y de las entidades bancarias y los mercados financieros) se encuentra en un profundo estado de transformación. La metamorfosis no sólo afecta a las interconexiones entre los mercados, y la interdependencia a nivel nacional, regional e internacional; en el aspecto de las instituciones educativas, parecería muy conveniente lograr una estrecha coordinación internacional e interdisciplinaria entre las principales universidades internacionales. De todos modos, el estudio del nuevo Derecho Bancario en el siglo XXI estará influido radicalmente por esta metamorfosis permanente.
4. En cuanto a las dimensiones de derecho privado del nuevo Derecho Bancario, se verán influidas en gran medida por las innovaciones en materia de productos y de tecnología que se insertan en las crecientes dimensiones de las operaciones financieras y bancarias.
5. En resumen, el futuro de la educación jurídica no debería empañarse con la ignorancia legal, cultural o ideológica ni con una actitud nostálgica, sino que debería acoger la innovación académica, la apertura e incluso la audacia para crear un proceso educativo de transmisión y asimilación de conocimientos. Un enfoque de esta índole, conducirá sin duda a una mayor inteligibilidad y receptividad (a nivel nacional, subregional, regional e internacional) de los permanentes cambios e innovaciones en las áreas de servicios financieros. Todo lo expuesto debería contribuir a parámetros académicos aún más elevados en la docencia y la erudición del derecho en todo el mundo, que deberían enriquecerse y adquirir mayor pertinencia a través de la experiencia.

RECOMENDACIONES

- Las Universidades deben propiciar la formación de sus alumnos en el conocimiento de las nuevas tendencias del Derecho Bancario Financiero y Bursátil.
- Es muy importante que la Superintendencia de Banca y Seguros sepa desarrollar su rol de supervisión bancaria implementando las recomendaciones de los Convenios de Basilea.
- El Banco Central de Reserva debe atender permanentemente la evolución de las políticas monetarias internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Villegas Carlos Gilberto: Operaciones Bancarias. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 1998.
- Rodríguez Azuero Sergio: Contratos Bancarios Editorial Temis de Bogotá 2003.
- Vidal Ramírez Fernando: La Bolsa de valores Cultural Cuzco Lima 1988.
- Klingemberger Juan: La Supervisión Bancaria en el Perú Editorial Studium Lima 1986.
- Serra Puente Arnao Gerardo: El Mercado de valores en el Perú Cultural Cuzco Lima 2003.
- Figueroa Bustamante Hernán: Temas de derecho Bancario Financiero y Bursátil Editorial San Marcos Lima 1998.
- Figueroa Bustamante Hernán: Derecho Bancario Editorial Librería Ediciones Jurídicas Lima 2000.
- Marthans León Juan José: La Banca y los procesos de Estabilización Financiera Lima 2001.
- Verchik Ada: El Mercado de Capitales Buenos Aires 1999.
- Novoa Narvaez Ismael: Derecho del Mercado de Capitales Santiago de Chile 1998.

La lucha contra las cláusulas abusivas

Juan Alejandro Espinoza Espinoza*

*Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
juanespinoza@speedy.com.pe*

SUMARIO: *1.- La sobrerregulación y sobreprotección administrativa de las cláusulas abusivas. 2.- El caso de los cines.*

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

1.- LA SOBREGULACIÓN Y SOBREPOTECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como una atenta doctrina ha señalado, “los contratos por adhesión y la contratación estandarizada representan el genotipo de la contratación asimétrica de la empresa y su disciplina refleja las exigencias de tutela del sujeto débil del contrato. Se colocan en la lógica de protección del adherente/consumidor en el contrato (en todas sus fases, desde la pre-negocial al momento patológico), como condición previa para el correcto funcionamiento del mercado”¹. Sin embargo, **la paradoja de la lucha contra las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico peruano se da con la “sobregulación”**. En efecto, no por tener muchas normas se da una tutela efectiva a los derechos del consumidor. Un ejemplo lo tenemos con la **Ley N° 29946.- Ley del Contrato de Seguro (26.11.12)**, el art. 39 (re)define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“I) Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido.

II) El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato por adhesión.

III) El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta, además de la situación ventajosa que se genere para el asegurador en perjuicio del asegurado, la naturaleza de los bienes o servicios materia del contrato y de su celebración, así como el resto de cláusulas del contrato.

IV) El carácter abusivo de una cláusula subsiste aun cuando el contratante y/o asegurado la haya aprobado específicamente por escrito.

1 Maria Luisa CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016, 68.

V) Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho por lo que se las tiene por no convenidas.

VI) Cuando el juzgador declare la nulidad parcial del contrato puede integrarlo si es que el mismo puede subsistir sin ver comprometida su finalidad económico-jurídica.

VII) Las cláusulas o prácticas abusivas no dejan de serlas por el hecho de que en la celebración del contrato de seguro haya participado un corredor de seguros”.

Sin embargo, frente a la sanción de ineficacia regulada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, opta por la sanción de nulidad, prescrita por el Código Civil. En efecto, el art. 40 norma que:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, con carácter enunciativo, las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones, que serán nulas de pleno derecho:

- a. Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que los favorezcan.
- b. Cláusulas que establezcan plazos de prescripción que no se adecúen a la normatividad vigente.
- c. Cláusulas que prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su derecho de acordar con el asegurador, recién una vez producido el siniestro, el sometimiento del caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias.
- d. Cláusulas que dispongan la pérdida de derechos del asegurado y/o beneficiario por incumplimiento de cargas que no guardan consistencia ni proporcionalidad con el siniestro cuya indemnización se solicita.
- e. Cláusulas que limitan los medios de prueba que puede utilizar el asegurado o que pretendan invertir la carga de la prueba en perjuicio del asegurado.
- f. Cláusulas que establecen la caducidad o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas excesivamente difíciles o imposibles de ser ejecutadas.

- g. Cláusulas que imponen la pérdida de derechos del asegurado en caso de violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que esta violación corresponda a un delito o constituya la causa del siniestro.
- h. Otras que establezca la Superintendencia en protección de los intereses de los asegurados.

La Superintendencia identifica aquellas cláusulas abusivas de los contratos de seguros y emite normas de carácter general que prohíban su inclusión en futuros contratos. Asimismo, difunde en su portal institucional todas aquellas cláusulas abusivas identificadas”.

No sólo hay sobrerregulación, sino una **sobreposición** de autoridades administrativas que tienen competencia primaria para “inaplicar” las cláusulas abusivas. Como puede observarse, en materia de contratación de seguros, la tiene la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs. Así, el primer párrafo del art. 46 del Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del Sistema Financiero aprobado por Resolución SBS N° 1765-2005, del 29.11.05, define a las cláusulas abusivas como:

“Todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”.

Sólo para citar un caso más, **en materia sanitaria**, es competente la Superintendencia Nacional de Salud. Así el art. 5.2 del **D. S. N° 026-2015-SA.- Decreto Supremo que aprueba Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI a la Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD, en el marco del Decreto Legislativo N° 1158 del 12.08.15**, establece que:

“SUSALUD es competente también para identificar las cláusulas abusivas en los contratos o convenios que suscriben las IAFAS con los asegurados o entidades que los representen, según las disposiciones aplicables de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, con excepción de las pólizas de seguros de las Empresas de Seguros bajo el control de la Superintendencia de

Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de la protección al consumidor o usuario directamente afectado respecto de la aplicación de la referida cláusula en el caso en concreto” (el subrayado es mío).

Mediante Resolución Final No. 960-2014/CC1, del 11.09.14, la Comisión de Protección al Consumidor No. 1, Sede Central, calificó como abusiva una cláusula en un contrato de préstamo vehicular, que facultaba **bloquear los vehículos por falta de pago**, eximiendo de responsabilidad al proveedor frente a los consumidores y terceros, por cuanto representa una desventaja injustificada para el consumidor. Así:

“Dicho apagado podría ocurrir incluso mientras los vehículos se encuentren en marcha, por lo que la facultad conferida contractualmente a la Caja atenta contra otros bienes jurídicos fundamentales como lo son el derecho a la vida y la integridad física de los denunciantes y/o terceros que estén ocupando los vehículos al momento del apagado². Ello, viene agravado por el eximente de responsabilidad por parte de la Caja relativo a las consecuencias que pudiesen resultar de tal exposición al riesgo para los clientes u otras personas.”

La misma resolución también consideró como abusiva la cláusula que **obligaba a contratar seguros adicionales** (como seguros de Plan de Previsión de Salud y Renta Hospitalaria) a aquellos aprobados administrativamente. Ello, por cuanto:

“Constituye una limitación a los derechos de los taxistas en su calidad de consumidores, el hecho de incluir la venta y contratación de dos seguros adicionales cuya cobertura no guarda relación alguna con el producto principal, siendo que no resulta complementario a éste”.

El sistema jurídico peruano, a efectos de proteger al consumidor frente a la *mala praxis* de las cláusulas abusivas, ha establecido, al lado del remedio

2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)

(...)

de la responsabilidad civil, el de la responsabilidad administrativa. Sin embargo (y aquí una ironía de la vida) el legislador ha “abusado” con su excesiva regulación y ha generado no pocas sobreposiciones a nivel de competencia de autoridades administrativas, creado confusión en los consumidores y en los propios operadores jurídicos.

2.- EL CASO DE LOS CINES

Gran trascendencia mediática ha tenido el caso iniciado por una denuncia realizada por una asociación de consumidores debido a la práctica comercial de **restringir el ingreso con alimentos y bebidas en los cines** a menos que no sean los adquiridos por el propio local, en el entendimiento que se trata de una cláusula abusiva. Por su lado, los cines argumentaban que ello perjudicaría su libertad de empresa y su diseño de negocios. Mediante **Resolución Final No. 849-2017/CC2, del 26.05.17**, la denuncia fue declarada infundada. Respecto al **precio**, se afirmó que no hay infracción de los arts. 47.b, 48.c ni 57 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en atención a que:

“El hecho que Cinemark ponga a disposición de los consumidores diversos productos alimenticios a determinado precio, no implica que este proveedor estuviera imponiendo obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en un contrato de consumo; por el contrario, se encuentra ejerciendo libremente su derecho de libertad de empresa. Asimismo, dicha conducta tampoco puede ser considerada como un aprovechamiento de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, pues este toma conocimiento de los precios de los productos alimenticios -antes de adquirirlos- y decide libremente si concreta su adquisición”.

Respecto de la **restricción** del ingreso con alimentos ni bebidas no adquiridos en el local comercial, se argumentó que:

“Esta Comisión considera que la referida conducta se encuentra justificada en que dichos proveedores también comercializan productos alimenticios y bebidas en dulcerías o confiterías ubicadas en sus propias salas de cine, con lo cual el hecho de permitir el ingreso de alimentos adquiridos fuera del establecimiento afecta su propia actividad; asimismo, dicha restricción busca evitar incomo-

didades que podrían perturbar la tranquilidad del sus asistentes (como pueden ser olores desagradables, ruidos, posibles accidentes, entre otros); y, entre otros factores de índole económico” (el subrayado es mío).

Dentro de esta línea argumentativa, se sostiene lo siguiente:

“48. Asimismo, a criterio de este Colegiado la restricción -no ingresar con alimentos y/o bebidas que sean ajenos a sus establecimientos- consignada por los proveedores dedicados a la exhibición de películas cinematográficas, forma parte de su modelo empresarial; pues, de lo contrario, se vería afectada su estructura de costos; esto es, que los costos de dichas empresas se incrementarían, ya sea porque, entre otros, tales proveedores: i) deberían contratar mayor personal de limpieza; o, ii) perderían los auspicios/publicidad que ofertan. Asimismo, de no permitir o respetar las políticas de empresa de tales proveedores se desnaturalizaría su derecho de libertad de empresa.

49. A mayor abundamiento, esta Comisión considera que en caso se permitiera el ingreso de los consumidores con cualquier tipo de alimentos y/o bebidas a las salas de cine, los proveedores no podrían tener control de estos, lo que implicaría que se afecte la seguridad de todos los asistentes (por ejemplo, que un consumidor ingrese con una bebida caliente; y, dada la distribución de las butacas en las salas de cine y la iluminación de estas, derrame dicha bebida sobre otro cliente). Asimismo, este Colegiado considera que el permitir el ingreso de cualquier tipo de alimento y/o bebida en las salas de cine podría afectar la comodidad de los demás asistentes -teniendo en cuenta que la finalidad de la adquisición de una entrada a un cine por parte de algún consumidor es poder ver y disfrutar la película de su elección-.

50. A la luz de los argumentos antes expuestos, esta Comisión considera que la restricción consignada por Cinemark -prohibición de ingresar a sus salas de proyección con alimentos y bebidas que no hayan sido adquiridos en sus confiterías- se encuentra justificada y por tanto no resulta lesiva a la moral, la salud o seguridad pública, sino que se encuentra dentro del ámbito de la libertad de empresa (auto-organización empresarial).

51. De otro lado, este Colegiado considera que la restricción planteada por Cinemark -como una de sus condiciones para la prestación del servicio que ofrece- no ocasiona una desventaja en el consumidor; toda vez que, este toma conocimiento de las restricciones antes de contratar el servicio en cuestión; por lo que, no podría alegarse que dicha restricción implica una cláusula abusiva.

52. Asimismo, en el presente caso, no ha quedado acreditado que se haya afectado la libertad de elección de los consumidores mediante métodos comerciales agresivos o engañosos, pues estos son libres de poder adquirir los productos alimenticios en las confiterías de Cinemark; o, ingresar a las salas de cine sin adquirir alimento alguno.

53. En ese sentido, dicha conducta no puede ser considerada como una cláusula abusiva o un método comercial agresivo o engañoso; pues, por el contrario, esta -en este tipo de servicio- se encuentra justificada y resulta ser una práctica usual en el mercado” (el subrayado es mío).

En el mismo sentido, se decidió en la **Resolución Final No. 850-2017/CC2, del 26.05.17**. En vía de apelación, mediante **Resolución No. 0219-2018/SPC-INDECOPI, del 02.02.18**, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, falló lo siguiente:

“Se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cineplex S.A., por presunta infracción de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; toda vez que, el deber de idoneidad, la protección mínima del contrato de consumo, cláusulas y prácticas abusivas, no implica la regulación de precios en el mercado.

Asimismo, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex S.A. habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento comercial como una infracción del artículo 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que la conducta antes mencionada se encuentra contemplada únicamente como una presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En consecuencia, se ordena el archivo de dicho extremo de la denuncia.

Por otro lado, se revoca la resolución apelada, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cineplex S.A., por presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, al haberse acreditado que la restricción consistente en la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del

establecimiento comercial, aplicada por la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores.

De otra parte, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cineplex S.A. por no haber sustentado y/o explicado la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines, toda vez que este cargo fue analizado como parte integrante de la imputación referida a la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines. En consecuencia, se ordena el archivo de la denuncia en el presente extremo.

Finalmente, se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cineplex S.A., por presunta infracción de los artículos 1º.1 inciso f), 18º y 19º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que el hecho de que ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos y/o bebidas en sus salas de cine, no implica una afectación a las normas de protección al consumidor” (el subrayado es mío).

El fundamento por el cual se considera una cláusula abusiva la restricción del ingreso con alimentos ni bebidas no adquiridos en el local comercial es el siguiente:

“70. Así, en el presente caso, se advierte que tal restricción obliga a los consumidores a aceptar la condición establecida por el proveedor de adquirir los productos en el interior de sus cines, si desea ingresar a éstos. Cabe señalar que dicha situación se agrava, si se tiene en cuenta que, en algunos supuestos, la calidad de los alimentos ofertados es inferior a los que pueden comprarse en el exterior; e, incluso más costosos.

71. Al respecto, este Colegiado considera que distinto sería el caso en que un determinado proveedor prohibiera de manera general y absoluta el ingreso a un establecimiento con alimentos, en atención a la existencia de una causa objetiva y justificada; tal como por ejemplo sucede en el caso de los teatros. No obstante, esta Sala verifica que, en el presente caso, tal restricción únicamente alcanza a los productos que el consumidor adquiere en el exterior del mismo. Bajo tal criterio, y, en la medida que el proveedor está permitiendo el ingreso de los consumidores al cine con los alimentos adquiridos en su local, no resultaría justificado que se impida el ingreso de aquellos que fueron adquiridos al exterior.

72. Es importante precisar además que, dicha infracción no nace con la efectiva consumación de la prohibición a través de la compra de productos al interior del cine sino desde el momento en que la prohibición es informada a los consumidores por parte del proveedor, limitándose con ello el derecho de elección de los consumidores, el cual se encuentra reconocido legalmente por nuestro ordenamiento jurídico nacional.

73. Por otro lado, esta Sala considera pertinente precisar que no desconoce las libertades consagradas en los artículos 58^{o3} y 59^{o4} de la Constitución Política del Perú, referidas a la libertad de empresa e iniciativa privada; no obstante, considera que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a lo establecido en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú, el mismo que propugna que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios^{5''}.

A nivel de experiencias jurídicas comparadas, en esta resolución se da cuenta que si bien en **Chile**, la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos o bebidas adquiridos en el exterior no se considera una infracción a la normativa de protección al consumidor; en **Brasil**, la Primera y Tercera Clase del Superior Tribunal de Justicia (STJ) en los Estados de Río de Janeiro (Recurso Especial N° 744.602–RJ (2005/0067467–0) y Sao Paulo (Recurso Especial N° 1.331.948–SP (2012/0132555-6), señaló respectivamente, en los citados pronunciamientos que prohibir la entrada de los consumidores a las

3 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58°.**- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

4 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59°.**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

5 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 65°.**- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

salas de cine con alimentos y/o bebidas compradas fuera de dichos establecimientos, constituía una *venta atada* (venta casada), por tanto, una práctica abusiva que vulneraba el derecho de los consumidores. En **Bolivia**, dicha conducta constituye una vulneración al derecho a la libre elección de los consumidores, contenida en el artículo 24° de la Ley 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores, norma promulgada en el 2013, siendo que se venía aplicando a las salas de cine desde julio del 2016; por lo cual dicha conducta constituía una infracción a la normativa en materia de protección al consumidor. En **Argentina**, la prohibición materia de denuncia, se considera una práctica abusiva que atenta contra la libertad de elección de los consumidores, así como el derecho al trato digno y equitativo de los mismos contenido tanto en los artículos 8°bis y 37° inciso b) de la Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor, como en el artículo 42° de la Constitución Nacional Argentina. En **España**, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) del 08.01.03, consideró que la restricción ejecutada por los cines no estaba amparada por el derecho de admisión, pues introducía una discriminación injustificada respecto de los productos alimenticios y bebidas adquiridos en establecimientos que se encontraban en el exterior.

Igual criterio se siguió en la **Resolución No. 0243-2018/SPC-INDECOPI, del 07.02.18.**

Ante un pedido de aclaración formulado por la parte denunciada, que fue declarado improcedente, mediante **Resolución No. 0467-2018/SPC-INDECOPI, del 05.03.18**, la Sala aprovechó para reafirmar su posición respecto del argumento de la afectación del “modelo de negocios” del empresario. Así:

“El modelo de negocio y la oferta comercial de Cineplex deben ser entendidos y analizados no solo en el marco de lo dispuesto en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú, que garantiza la libertad de empresa, comercio e industria⁶, sino también deben ser entendidos y analizados en concordancia con

6 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59°.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

lo establecido en el artículo 65° de la Carta Magna⁷, que le otorga al Estado la defensa de los derechos de los consumidores; en tal sentido, esta Sala entiende que una interpretación constitucional hace que el modelo de negocio y la oferta comercial planteados por Cineplex deban ser concordados con la tutela de los derechos de los consumidores: ello no constituye, ni puede constituir una afectación al mercado ni a la autonomía de las empresas”.

Por otro lado, se formuló la siguiente aclaración de oficio:

“Finalmente, respecto a la solicitud de Cineplex de excluir las salas *Prime* del alcance de la medida correctiva, es pertinente indicar que -si bien de la lectura de la denuncia, así como de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI- no se hace mención alguna sobre la inclusión de las salas *Prime*, esta Sala, en voto en mayoría, considera que dicho tipo de servicio no se encuentra comprendido dentro del mandato dispuesto en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI. Ello, en tanto dicho modelo de negocio resulta distinto del formato denunciado y analizado en el presente procedimiento (salas de cine regular)⁸. Por consiguiente, corresponde aclarar que la medida correctiva dictada en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI no alcanza a las salas de Cineplex de formato *Prime*”.

En efecto, los dos procedimientos siempre se refirieron a salas de **cine regular**, en las cuales la actividad principal es la de exhibición de películas, en donde la venta de bebidas y *snacks* es **acesoria** y es por ello que la restricción de entrar con productos similares es abusiva. En este sentido, se afirma que “de acuerdo al criterio de **la naturaleza del bien o del servicio** los productos alimenticios y bebidas son bienes que no están vinculados con la ejecución de

7 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.**- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

8 Dichos tipos de sala en su interior cuentan -en su totalidad- con características plenamente distinguibles del formato regular, esto es, sillones ergonómicos, reclinables, con apoya pies, acompañados con mesas y lámparas, además de expendirse comidas a los consumidores de manera personalizada (a diferencia del formato de salas regular). Ver artículo: “*Cineplanet anunció apertura de las primeras salas Prime en el Perú*”, publicado en RPP Noticias el 5 de febrero de 2013.

<http://rpp.pe/economia/negocios/cineplanet-anuncio-apertura-de-las-primeras-salas-prime-en-el-peru-noticia-564385>.

(Consulta realizada el 5 de marzo de 2018).

la proyección de películas, servicio por el cual se paga un precio determinado y sobre el que hay un interés específico del consumidor, siendo vejatorio que su interés se extienda forzosamente mediante un pacto de exclusividad a la no compra de otros bienes no relacionados con el servicio principal”⁹.

También se ha expresado que “debe saludarse la decisión de la Sala de considerar a dicha práctica comercial como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, incluida en el contrato de consumo celebrado con los consumidores peruanos, que no otra cosa logra sino cercenar su derecho a la libre elección que la norma tuitiva les garantiza; posición sustentada en los artículos 49 y 50 e) del CDPC, en este último caso por excluir o limitar los derechos legales reconocidos a los consumidores. Un fallo como este –que se coloca a la par de otros emitidos por autoridades judiciales y administrativas de otros países– hace realidad el principio de soberanía del consumidor sobre el cual se asienta el Código, como poner en práctica las políticas públicas que el mismo señala en los artículos VI.8 (promoción de una cultura de protección al consumidor y el comportamiento de buena fe de los proveedores) y VI.9 (promoción del consumo libre y sostenible de productos y servicios, mediante el incentivo de la utilización de las mejores prácticas de comercialización...), de su Título Preliminar”¹⁰.

En el caso de las salas *Prime*, el modelo de negocio es diferente: tanto la exhibición de la película como venta de las bebidas (incluso las alcohólicas) y los alimentos forman parte del servicio ofrecido.

Volviendo a los cines regulares, esta cláusula ha sido calificada como una de **ineficacia absoluta**. El art. 49.1, como se recordará, define la cláusula abusiva. En este caso:

9 Luis BARDALES SIGUAS, ¿Libertad de los Espectadores contra Libertad de los Cines? La causa practica del contrato, las cláusulas abusivas y las ventas atadas contra los pactos impuestos de exclusividad. *A propósito de las restricciones del ingreso con alimentos a las Salas de Cine*, *Actualidad Civil*, No. 48, Instituto Pacífico, Lima, junio 2018, 58.

10 César CARRANZA ÁLVAREZ, *Prohibición de ingresar alimentos a salas cinematográficas ¿Tensión entre la libertad empresarial y los derechos del consumidor?*, *Diálogo con la jurisprudencia*, No. 236, año 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2018, 79-80.

- a. No ha sido negociada individualmente la restricción de ingresar con alimentos y bebidas similares a las que se venden en el cine.
- b. Esta restricción va en contra de las exigencias de la buena fe al generar la desventaja manifiesta al consumidor de limitar su derecho de elección frente a los productos que desea adquirir, al punto que sólo puede comprar lo que le ofrece el cine.

Es de ineficacia absoluta porque, de acuerdo al art. 50.e, limita “los derechos legales reconocidos a los consumidores”. ¿Cuáles son esos derechos? En la Resolución No. 0219-2018/SPC-INDECOPI y la Resolución No. 0243-2018/SPC-INDECOPI se precisa que:

“Sobre el particular, el artículo 65° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios¹¹. A fin de cumplir con dicho deber de defensa, el artículo 1°.1 literal c) del Código reconoce el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos. De igual manera, el artículo 1°.1 literal f) del Código establece el derecho de los consumidores a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado¹²”.

11 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

12 **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.**

1.1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

(...)

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

(...).

Se afirma que “la cláusula en cuestión es vejatoria en tanto no existe una razón objetiva que justifique la restricción a los consumidores de ingresar a las salas de cine con productos iguales o similares a los que ofrecen dichos establecimientos, pero adquiridos fuera de los mismos. En efecto, el ingreso a las salas de cine con productos iguales o similares a los que ofrecen dichos establecimientos en sus confiterías, en nada modificaría las situaciones de higiene y estructura del local, ni la seguridad y comodidad de las personas”¹³. En esta línea de pensamiento, se asevera que “ciertamente, si recordamos, en el artículo 57° del código del consumidor se señala que son métodos abusivos las prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le imponen condiciones excesivamente onerosas. Y ello es exactamente lo ocurre en el presente caso”¹⁴.

Respecto de la alegación que se estaría afectando a la libertad de la empresa, se debe tener presente que el “modelo de negocio” es en economía lo que en derecho es un acto de autonomía privada y como tal, debe estar en armonía con otros derechos y sobre todo, no colisionar con mandatos de carácter imperativo. Así, “Se está de acuerdo en lo resuelto por el Indecopi respecto a eliminar la restricción de los cines a los alimentos externos, no habiendo tenido alguna justificación su uso durante tantas décadas, y más aún cuando no es concordante con los preceptos constitucionales en materia de protección al consumidor, que conlleva a su vez a propugnar una mejor competencia entre los actores del mercado, siendo absurdo que ello afecte la libertad empresarial, ya que ésta libertad se refiere, en esencia, a la libre organización interna de la empresa mas no a actuar sin límite en sus relaciones contractuales con los consumidores, más aún cual el límite es el respeto a los derechos fundamentales de las personas”¹⁵.

13 Jimmy RONQUILLO PASCUAL, *Apuntes en torno a la cláusula de restricción a los consumidores de ingresar a las salas de cine con productos adquiridos fuera de dichos establecimientos ¿Es o no una cláusula vejatoria?*, *Actualidad Civil*, No. 48, cit., 95.

14 Reynaldo TANTALEÁN ODAR, “*El problema no es que veas, el problema es que es comiendo*”. *Sobre el caso de los cines*, *Actualidad Civil*, No. 48, cit., 30.

15 Oreste ROCA MENDOZA, *Sobre la prohibición de llevar alimentos ajenos al “negocio” de los cines*, cit., 74.

Frente a las alarmistas voces que la decisión afecta a los agentes económicos involucrados, se sostiene que “los consumidores difícilmente optarán por cargar consigo alimentos o bebidas “hechos en casa” para ir al cine, y más bien muchos preferirán las palomitas de maíz recién preparadas o los productos especiales ofrecidos por los cines, para lo cual las empresas tienen un amplio margen de desarrollo en estrategias de *marketing*. Asimismo, estas últimas saben muy bien que las pérdidas económicas que ya vienen sufriendo no se deben a la decisión del INDECOPI, sino al hecho que se desenvuelven en una economía de competencia imperfecta, en la que hay libre ingreso de otros competidores y dentro de estos están las plataformas de proyección vía *streaming* (como Netflix), cada vez más preferidas por los consumidores, pues allí pueden disfrutar una película sin las irrazonables restricciones de los cines que les prohíben ingerir alimentos mientras realizan su libre acto de ocio o entretenimiento”¹⁶.

En esto reside la economía social de mercado reconocida en el art. 58 de la Constitución, en los siguientes términos:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Por ello, se recuerda que “la Constitución es una norma de equilibrio, y en el plano económico el equilibrio ha de darse entre la libertad del mercado y el interés general”¹⁷. En mi opinión, el interés general se identifica –en este caso– con la tutela especial que merecen los consumidores que buscan un espacio para disfrutar de la proyección de una película y ven restringido su derecho de elección respecto de productos que son ofrecidos por proveedor –siendo una actividad complementaria– y no pueden ser adquiridos (pese a ser similares) en otro lugar. Es en esta línea de pensamiento que se ha afirmado que “la deci-

16 Leoni Raúl AMAYA AYALA, *Crítica a los críticos del caso de los cines y la venta de palomitas de maíz, Diálogo con la jurisprudencia*, cit., 70.

17 Walter GUTIÉRREZ CAMACHO, *Comentario al art. 58 de la Constitución, Iniciativa privada y economía social de mercado, La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, 798.

sión es un paso importante y fundamental para la formación de una verdadera cultura del consumidor y un hito histórico necesario en el desarrollo de las relaciones de consumo entre los peruanos”¹⁸. No se debe pasar por alto que, en una encuesta publicada por el diario de mayor circulación nacional (cuya línea editorial, dicho sea de paso, fue sumamente crítica con esta resolución), el 75% de los limeños manifestó que se trata de una decisión adecuada que protege al consumidor¹⁹. Ello no hace más que constatar lo que una precursora doctrina italiana observara en el segundo lustro la década de los setenta del siglo pasado: “las más vejatorias praxis de contratación uniforme no constituyen otra cosa que, en definitiva, formas no accidentales de “abuso” de la libertad contractual (extrañas a los modos institucionales de su desenvolvimiento) o de “degeneración” de un mecanismo de mercado con el cual estarían, por ello, en relación de contradicción”²⁰.

18 Óscar Alberto URIBE AMORÓS, *La fuerza y el poder de la libertad de elección. Indecopi, el cine y las relaciones de consumo*, *Jurídica, El Peruano*, Lima, martes, 13.03.18, 2.

19 Encuesta de El Comercio IPSOS en Lima, *El Comercio*, 11.03.18, 34.

20 Enzo ROPPO, *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Reimpresión integrada con nota bibliográfica, Giuffrè, Milano, 2017, 275.

Fundamentos para el reconocimiento del Derecho Constitucional Ambiental en el Perú

Francisco Rogger Carruitero Lecca*

Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.
francisco_carruitero@hotmail.com

SUMARIO: *Resumen. Summary. Résumé. Palabras claves. Keywords. Mots-clés. 1.- Introducción. 2.- Breve estado de la cuestión de los estudios en Perú en materia ambiental. 3.- La función del Derecho constitucional ambiental. 4.- El objeto del Derecho constitucional ambiental. 5.- La interpretación constitucional ambiental. 6.- La demarcación del derecho constitucional ambiental con las otras disciplinas jurídicas. 7.- El rol del Tribunal Constitucional del Perú en materia ambiental. 8.- A manera de balance. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Doctor en Derecho, por la Universidad de Castilla La Mancha Toledo España, Abogado, Magister y Doctor en Derecho (Revalida) por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Teoría de las Organizaciones, por la Universidad de Burdeos, Montesquieu IV, Francia, Bachiller y Doctor en Educación por la UNMSM. Es profesor titular y Director de la Revista de Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN

En el Perú si es posible hablar de la existencia del Derecho constitucional ambiental, pues su demarcación con las otras disciplinas como el Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público, Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Penal, Filosofía jurídica es de suma importancia pues el cual permite develar su objeto estudio del Derecho constitucional ambiental, pues está compuesta por principios jurídicos ambientales, como la sostenibilidad, prevención, precautorio, internalización de costos, responsabilidad ambiental, gobernanza ambiental, normas jurídicas constitucionales ambientales e infra constitucionales de desarrollo.

Por ello, nos compete a los constitucionalistas y a la magistratura constitucional y ordinaria desentrañar el sentido normativo de las disposiciones constitucionales relativas al medio ambiente. Finalmente, es importante señalar que el modelo de constitucionalización del Derecho ambiental tuvo sus inicios en Europa a inicios de 1970, en nuestro medio en la actualidad es una realidad.

SUMMARY

In Peru it is possible to talk about the existence of environmental constitutional law, because its demarcation with other disciplines such as administrative law, public international law, civil law, procedural law, criminal law, legal philosophy is of utmost importance because it allows unveil its object of study of environmental constitutional law, since it is composed of environmental legal principles, such as sustainability, prevention, precautionary, internalization of costs, environmental responsibility, environmental governance, environmental constitutional and infra constitutional legal norms of development.

Therefore, it is up to the constitutionalists and the constitutional and ordinary magistracy to unravel the normative meaning of the constitutional provisions relating to the environment. Finally, it is important to note that the constitutionalization model of environmental law had its beginnings in Europe at the beginning of 1970, in our environment it is now a reality.

RÉSUMÉ

Au Pérou, s'il est possible de parler de l'existence du droit constitutionnel de l'environnement, parce que sa démarcation avec d'autres disciplines telles que le droit administratif, le droit international public, droit civil, droit procédural, le droit pénal, la philosophie juridique est primordiale pour laquelle les permis dévoiler son étude du sujet de droit constitutionnel de l'environnement, car il se compose de principes juridiques, environnementaux tels que la durabilité, la prévention, de précaution, l'internalisation des coûts, la responsabilité environnementale, la gouvernance environnementale, les normes environnementales et juridiques constitutionnelles ci-dessous le développement constitutionnel.

Par conséquent, il incombe à la magistrature constitutionnelle et constitutionnel et résolvez le sens ordinaire réglementaire de l'environnement des dispositions constitutionnelles. Enfin, il est important de noter que le modèle constitutionnalisation du droit de l'environnement a fait ses débuts en Europe au début de 1970, aujourd'hui dans notre milieu est une réalité.

Palabras claves

Derecho constitucional ambiental, objeto, función, interpretación, normas constitucionales ambientales.

Keywords

Constitutional environmental law, object, function, interpretation, environmental constitutional rules.

Mots-clés

Droit constitutionnel de l'environnement, objet, fonction, interprétation, normes constitutionnelles environnementales.

1.- INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del Derecho es una realidad, tanto en la práctica diaria de los operadores jurídicos como en el ámbito académico, que merece especial atención no solo para dar cuenta de este fenómeno sino también para identificar el grado de avance de la presencia del derecho constitucional en las diversas ramas jurídicas¹.

Si bien, es cierto la constitucionalización del Derecho es un fenómeno europeo que recorre con mucha fuerza, pues la doctrina nacional y la jurisprudencia constitucional lo hace suyo, por su propia naturaleza, el Derecho ambiental, al presentar principios propios, técnicas jurídicas propias y a una determinada categoría de personas, de objetos o de relaciones, su constitucionalización encuentra sus límites en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En esta *lógica*, la Corte Constitucional de Colombia, haciendo suya la doctrina de la constitucionalización del Derecho ambiental sostiene que la defensa del medio ambiente es un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado constitucional de Derecho, porque se hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado ‘Constitución ecológica’, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección².

Así, el ambiente no solo es considerado como un asunto de interés general, sino como un Derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precavando cualquier injerencia nociva que atente contra su salud³.

1 L. HUERTA GUERRERO, “Constitucionalización del Derecho ambiental”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, núm. 71, 2013, p. 477.

2 SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-154/13.

3 *Ibidem*.

Con lo expresado brevemente en los párrafos anteriores, en este ensayo pretendemos demostrar desde una perspectiva del Derecho público, que si es posible la existencia del Derecho constitucional ambiental con un objeto delimitado de las otras ramas del derecho.

Sostener que el Derecho ambiental es Derecho público, es nuestra principal fuerza estructural, al igual que los ingenieros civiles para construir un edificio de cincuenta pisos, el primer examen que tiene que aprobar es el diseño estructural para demostrar que se encuentran inscritos en una perspectiva científica, para ello necesita los análisis sísmicos del modelo dinámico y respetar los parámetros de análisis y diseño exigidos por las normas peruanas, las normas de cargas, la norma de diseño sismo existente, y la norma de diseño en concreto armado.

Así, como hay un primer paso para los ingenieros civiles al momento de iniciar una construcción, existe también un primer paso para el Derecho ambiental, el cual es demostrar que es Derecho público, “(...) es público porque contiene un conjunto de normas que regulan el ejercicio de la autoridad estatal, determinando y creando el órgano competente para ejercitarla, el contenido posible de sus actos de autoridad estatal y el procedimiento mediante el cual dichos actos deberán realizarse”⁴.

Para López Sela y Ferro Negrete⁵, el Derecho ambiental es parte del Derecho público, por la importancia que el Estado tiene en la regulación del comportamiento del hombre en relación con el ambiente. En efecto, al encontrarse el Estado en una relación de supra-subordinación con los particulares en lo que se refiere a la materia ambiental se ha establecido que el Derecho ambiental debe situarse dentro del derecho público. Tal afirmación se refuerza si tomamos como base la teoría de los intereses en juego que pretende fundar la división del derecho en público y privado de acuerdo con el beneficio particular o colectivo que procura la norma.

4 P. LÓPEZ SELA Y A. FERRO NEGRETE, *Derecho Ambiental*, Iure Editores, México, 2006, p. 12.

5 *Ibidem*.

Partiendo del enunciado que el Derecho Ambiental es Derecho Público, nos va a permitir entender la naturaleza jurídica del Derecho constitucional ambiental en el Perú, para ello, en primer lugar, debemos realizar un breve estado de la cuestión de los estudios en Perú en Derecho ambiental; en segundo lugar, analizar las normas ambientales de rango constitucional e infra constitucional; en tercer lugar, demarcar el Derecho constitucional ambiental de las otras disciplinas: el Derecho administrativo, Derecho internacional público, Derecho civil, Derecho procesal, Derecho penal, Filosofía jurídica;⁶ y en cuarto lugar, estudiar el comportamiento de los operadores del sistema de justicia peruano, con especial referencia al Tribunal Constitucional para poder advertir si este ha coadyuvado o no en la delimitación de su objeto a través de sus resoluciones dentro del marco del Estado constitucional.

2.- BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LOS ESTUDIOS EN PERÚ EN MATERIA AMBIENTAL

El medio ambiente en la Constitución Política del Perú de 1993, cuenta con un conjunto de normas de gran amplitud las cuales reconocen los principios del Derecho ambiental. Los especialistas de Derecho civil, Derecho administrativo, derecho penal y de Gestión ambiental son los que más han presentado una serie de estudios e interpretaciones de las normas ambientales. Ciertamente los estudios desde la perspectiva del Derecho administrativo son los que más han influenciado.

Los estudios sobre la ordenación constitucional del medio ambiente por parte de los especialistas de Derecho constitucional en el Perú, sus contribu-

6 Véase los siguientes estudios entre otros, F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “Al borde del abismo”, en AA. VV. *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimaciones*. PUCP, Lima, 1997; F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental” en *Themis*, PUCP, núm. 30, Lima, 1994; A. FIGUEROA NAVARRO, *El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993*, en *Anuario de Derecho penal*, 1995; E. HERNANDO, “El liberalismo y los límites del Derecho Ambiental”, en *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimaciones*, Lima, PUCP, 1997; L. LAMAS PUCCIO, “Los Delitos contra el Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, vol. 48, Lima, 1991, p. 200 y A. LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental en el Perú*, Grijley, Lima, 2011.

ciones han sido muy pocas pero significativas a la delimitación del objeto del derecho constitucional ambiental, quedando aun una deuda pendiente en la doctrina nacional y la jurisprudencia, pues no existe una monografía sobre el ordenamiento constitucional ambiental en el Perú, como si ocurre en España⁷ y en otros países iberoamericanos.

Si bien es cierto, en el Perú, el reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente aparece tardíamente en el artículo 123 de la Constitución Política de 1979, en el capítulo de los recursos naturales dentro del régimen económico, trajo consigo una cantidad de normas constitucionales que tuvieron fundamentos adecuados y proteccionistas. Por su parte la Constitución Política de 1993 menos proteccionista, pero con mejor técnica reconoció el derecho al medio ambiente, ubicándolo en el capítulo de los derechos fundamentales en el artículo 2, inciso 22. Asimismo, dedica la Constitución el Capítulo II Del Ambiente y los Recursos Naturales del Título III del Régimen económico, a través de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución.

Huerta Guerrero (2012)⁸, entre los nuestros es quien más está contribuyendo en la delimitación del objeto del Derecho constitucional ambiental, pese a no haber centrado su objetivo de investigación en delimitar el objeto del derecho constitucional ambiental. Pues, su investigación doctoral se centra en el Derecho procesal constitucional ambiental denominado *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*, en el cual nos ilustra:

Que el reconocimiento del Derecho al medio ambiente como un derecho fundamental ha dado lugar a que se desarrollen a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte

7 Veamos entre otros los estudios de R. CANOSA UCERA, "Aspectos constitucionales del Derecho ambiental, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 94, octubre-diciembre 1996 y G. ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995.

8 L. HUERTA GUERRERO, *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*, Tesis para optar el grado de doctor en Derecho, PUCP, Lima, 2012, pp. 686-687.

del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva.

El reconocimiento constitucional del derecho fundamental al medio ambiente origina consecuencias importantes desde el punto de vista jurídico, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto pero con los que también debe ser armonizado. Este reconocimiento constitucional también le otorga una protección especial frente a las normas que sean contrarias a su ejercicio, pues pueden ser objeto de un control constitucional –a través del proceso de inconstitucionalidad- y, de ser el caso, expulsadas del ordenamiento jurídico. Se trata de una garantía que opera frente al legislador, quien al momento de regular un derecho fundamental, debe respetar su contenido constitucionalmente protegido.

Por su parte, Bruno Díaz (2014)⁹, desde una perspectiva de la teoría del desarrollo ambiental afirma, que “la amplia problemática ambiental nacional y global exige a la universidad adoptar un rol de liderazgo hacia el desarrollo sostenible. Por ello, la universidad, desde sus funciones esenciales, tiene el desafío de formar a ciudadanos y profesionales con la sensibilidad y las competencias necesarias para incorporar los aspectos ambientales en su quehacer, a la vez que le corresponde generar conocimientos que promuevan modelos de producción y consumo sostenibles, vincularse con los demás actores de la sociedad para impulsar una mayor gobernabilidad ambiental, y, desde sus funciones de gestión institucional, ejercer de modelo de organización ambientalmente sostenible a partir de sus buenas prácticas ambientales institucionales”.

Así, Pacheco Vargas (2004)¹⁰ en su investigación *Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano* para optar el grado de magister en Derecho constitucional, desde una perspectiva de la gestión ambiental sostiene

9 A. BRUNO DÍAZ, *Institucionalización de la sostenibilidad ambiental del campus universitario desde el enfoque de responsabilidad social universitaria en la Pontificia Universidad Católica del Perú entre los años 2007 y 2013*, Tesis para optar el grado de Magister en Desarrollo Ambiental, PUCP, Lima, 2014, p.193.

10 M.E. PACHECO VARGAS, *Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano*, Tesis para optar el grado de magister en derecho Constitucional, PUCP, Lima, 2004, p.4.

que “(...) La mayor parte de los temas de este trabajo se desarrollan en torno a instituciones del derecho ambiental: ordenamiento territorial, contaminación, áreas protegidas, recursos hídricos, conservación y desarrollo sustentable de la biodiversidad. Desde el inicio de la investigación apreció que resulta un ámbito extenso y general partiendo de lo que conceptuamos como biodiversidad, medio ambiente, conservación, preservación, derecho y gestión ambiental”.

De Trazegnies Granda,¹¹ desde la perspectiva de la filosofía del derecho, de la responsabilidad civil y el análisis económico del derecho afirma que, “si bien el Derecho no es una abstracta matemática de la normatividad ni un ejercicio de lógica pura, como lo hubiera querido Kelsen; si bien el Derecho no puede en ningún campo mantenerse ciego a los aspectos económicos involucrados, esta necesidad es particularmente apremiante y decisiva en el terreno del daño ambiental. Y precisamente a partir del enfoque económico del Derecho surgen algunas de las estrategias privadas de lucha contra dicho daño. La problemática del daño ambiental nos confronta con una patología de la economía liberal que desvirtúa el mercado al afectar gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. Dentro del sistema de precios, el productor en situación de competencia tiende a bajar al máximo sus costos y a no hacer uso de la tecnología disponible para evitar los subproductos nocivos de su actividad con el fin de ahorrarse un costo adicional. En la medida que el comprador del producto no siente ese daño ambiental en carne propia, sino que lo piensa referido a un tercero o a la comunidad en abstracto (sin comprender que él mismo forma parte de la comunidad), ese efecto nocivo no constituye un elemento en el cálculo de la demanda. En términos más simples, la gente no deja de comprar un producto debido a que su producción es contaminante. Pero de esta manera se introduce una distorsión del propio sistema de precios y se invalida el mecanismo porque se crean externalidades”.

11 F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental”, *op.cit.*, p. 209.

3.- LA FUNCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

De conformidad con los principios fundamentales del constitucionalismo la Constitución Política es la norma jurídica por excelencia a la cual todas las demás quedan subordinadas¹².

Ahora bien nos preguntamos ¿Cuál es la función del Derecho constitucional ambiental? Claro está, que es garantizar el medio ambiente a través de principios jurídicos y normas constitucionales.

Después de la Segunda Guerra Mundial a raíz de los desastres ocurridos, se inicia una regulación normativa internacional y constitucional en materia ambiental en todos los ordenamientos jurídicos. Nos ilustra Cabrera Madaglia¹³, que a nivel internacional aparecen las declaraciones de dos de las Cumbres Internacionales más importantes desde el punto de vista de la biodiversidad del ambiente las cuales han marcado hitos importantes y representan un punto de partida para el análisis de políticas, instituciones, leyes y el estado de los recursos naturales y el ambiente. Se trata de la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente humano celebrada en Estocolmo en 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, efectuada en Río de Janeiro en 1992. Ambas Cumbres, las cuales presentan diferencias relevantes, reunieron un impresionante número de Jefes de Estado y Dignatarios y conclu-

12 Sobre el particular véase los trabajos entre otros, de F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006. G. ZAGREBELSKY en su libro *El derecho Dúctil, derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trota, 2003, explica el profesor italiano que en el Estado constitucional de hoy, las reglas de la ley ya no puede ser una expresión de los intereses de partido o fórmulas para concepciones universales e inmutables que alguien puede imponer y otros deben sufrir. Los principios de libertad y justicia entran en contacto con los casos de la vida -los ejemplos van desde el aborto hasta el drama de Serena- y deben guiar la aplicación de la ley por parte de los jueces, que tienen mucho más que hacer que la tarea de simple “bocas de la ley. En resumen el Juez en toda interpretación jurídica debe remitirse en primer lugar a la Constitución como un conjunto de principios y valores y resolver dentro de un marco de igualdad, libertad y dignidad como parámetros.

13 J. CABRERA MADAGLIA, “El impacto de las declaraciones de Río y Estocolmo sobre la legislación y las políticas ambientales en América Latina” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica, núm.100, 2003, p. 303.

yeron con acuerdos, declaraciones y planes de acción dirigidos a la protección del medio y a afianzar el concepto de desarrollo sostenible.

En el Perú, la incorporación de las normas constitucionales ambientales a nivel constitucional se da en el año 1979 con la incorporación del artículo 123 en la Constitución Política el cual prescribe lo siguiente:

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

Así pues, la positivización constitucional del medio ambiente fruto de la Declaración de Estocolmo, fue el inicio de la configuración del derecho ambiental constitucional.

Ciertamente, la configuración constitucional del Derecho ambiental en la actualidad se desprende de la interpretación de las normas ambientales reguladas en la Constitución Política de 1993.

Ahora bien, nos encontramos con un problema respecto al concepto de medio ambiente, este es polisémico, pues puede ser interpretado con significados amplios como restringidos. La legislación en materia ambiental no es uniforme, ello ha generado, que el Derecho Ambiental peruano en la actualidad sea difuso, por una sola razón: la existencia de una infinidad de Leyes Sectoriales, Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Directorales, Ordenanzas Regionales, Ordenanzas Municipales con un alto índice de contradicción.

4.- EL OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

El objeto del Derecho ambiental está conformado por normas que regulan el medio ambiente, es decir, tiene autonomía. Su autonomía académica se encuentra regulada en los planes de estudios de las Facultades de Derecho del Perú y regulada en la Constitución Política de 1993 como en otras constituciones. El Derecho ambiental debe tener necesariamente un ámbito constitucional específico.

El Derecho Constitucional ambiental debe privilegiar los principios constitucionales en función del medio ambiente; y en la dimensión subjetiva de los intereses medio-ambientales y su protección; lo fundamental de la organización y acción de los poderes públicos con atribuciones ambientales; y, la distribución de competencias entre Estado Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local.

Coincidimos con Canosa Usera¹⁴, pues afirma que “(...) el objeto del derecho constitucional ambiental lo componen aquellas normas que regulan lo esencial del Derecho ambiental. En especial, compete a los constitucionalistas desentrañar el sentido normativo de las disposiciones constitucionales relativas al entorno. Esa aclaración en parte la realizan ya las normas infraconstitucionales ambientales, pero aunque éstas se simplificaran y mejoraran habría que dotarlas de un sentido, clasificarlas, explicarlas y extraer sus principios. Y todo lo anterior corresponde a los constitucionalistas en primer lugar. En resumidas cuentas, objeto del Derecho constitucional ambiental son las normas, constitucionales e infraconstitucionales, que regulan las facetas del medio ambiente apuntadas (principios constitucionales ambientales, derechos subjetivos ambientales y separación horizontal y vertical de poderes ambientales)”.

Asimismo, explica Canosa Usera¹⁵, que sin embargo “la mayoría de las normas ambientales son de naturaleza administrativa; y, en efecto, el Derecho administrativo ambiental forma el bloque cuantitativamente principal de la ordenación ambiental. Se encuentra, pues, con una parte del Derecho público dedicada a lo medioambiental y dentro de él pasa de las disposiciones constitucionales a las normas sectoriales, sin que entre ambas se anteponga la ausente, por el momento, ley general y básica en la materia. Falta, por tanto, un inmediato desarrollo de las disposiciones constitucionales en la materia”.

También es importante señalar que el método que debe emplearse en la aclaración del sentido normativo de las disposiciones constitucionales ambientales es el propio del Derecho constitucional.

14 R. CANOSA USERA, “Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 94, octubre-diciembre 1996, p. 77.

15 Ídem, p. 78.

5.- LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Nos enseña Díaz Revorio¹⁶, que “la interpretación de la Constitución es una tarea compleja y llena de dificultades, relativas al “cómo” y al “quién”. Se trata de un proceso que comparte algunas características con la interpretación de cualquier otra norma, pero que reviste también notorias peculiaridades. Éstas derivan, en buena medida, de las características de la propia norma constitucional; en especial su generalidad, ambigüedad, politicidad y carácter axiológico, así como de la notable presencia de principios en la norma fundamental. Por ello, sin perjuicio de la aplicabilidad a la Constitución de los criterios o elementos habitualmente utilizados en la interpretación jurídica, se han propuestos diversos métodos específicos para la interpretación constitucional, como la concretización, el método tópico, o la ponderación. Pero todos ellos presentan alguna carencia cuando se les quiere utilizar como un método global y universal de interpretación constitucional”.

Así el Tribunal Constitucional del Perú¹⁷ acogiéndose a esta importante doctrina del Estado constitucional el cual es dominante en Europa continental, afirma que “reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse ‘también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo - subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.

En este mismo sentido Canosa Usera sostiene¹⁸ “que con acierto se discute el alcance y grado de esas peculiaridades, pero se conviene en que esas singularidades hermenéuticas existen. Convergen, asimismo, las opiniones doctrinales en que el punto de partida de la interpretación constitucional es

16 F. J. DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional” en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 37 enero - junio de 2016, p. 9.

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC.

18 R. CANOSA USERA, “Aspectos constitucionales del Derecho ambiental”, *op.cit.*, p. 78.

el propio texto de la Norma fundamental; los elementos metajurídicos, si son necesarios, operan para facilitar el esclarecimiento del sentido normativo del texto. Hay que operar, pues, al interpretar las disposiciones constitucionales ambientales, con el método técnico-jurídico y partir del texto. Empero, la finalidad de la interpretación, el sentido normativo, sólo se alcanza, poniendo en juego elementos propios de la hermenéutica constitucional. Precisamente esos elementos peculiares se proyectan con gran intensidad en la interpretación de lo que podríamos llamar la «Constitución ambiental».

Por ello, nos ilustra Canosa Usera¹⁹ que “(...) en la parte ambiental de la Constitución aparecen los rasgos más característicos de las normas constitucionales, a saber, su indeterminación, su vaguedad, su abstracción en suma. Se trata además de incorporaciones recientes al mundo de lo jurídico y, por eso mismo, desprovistas aun del substrato teórico que facilita la interpretación de otros preceptos constitucionales igualmente abstractos, pero ya madurados doctrinalmente. Si los términos «igualdad», «justicia» o «democracia», a pesar de su vaguedad, pueden ser más fácilmente interpretados porque ya tienen acomodo, de antiguo, en la dogmática constitucional, voces como «medio ambiente» o «calidad de vida» son, por su novedad, tanto legislativa como doctrinalmente de muy difícil aprehensión hermenéutica. Hay que configurar dogmáticamente estos conceptos, llenarlos del sentido jurídico que todavía no poseen. Para ello, hemos de apoyarnos en conceptos más consolidados también recogidos en la Constitución. Es aquí cuando los valores constitucionales, como desiderata del Orden jurídico, intervienen para apoyar sobre ellos la interpretación de los preceptos medio ambientales. En otras palabras, el sentido normativo de éstos últimos se halla en la proyección ambiental de los valores y fines que la Constitución recoge”.

En el mismo sentido Quiroga León²⁰, afirma que en el Derecho constitucional, la interpretación es de importancia decisiva porque en vista de la apertura y amplitud de la Constitución, aparecen problemas interpretativos con mayor frecuencia que en otros campos jurídicos, cuyas normatividades suelen

19 R. CANOSA USERA, “Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental”, *op.cit.*, pp. 78-79.

20 A. QUIROGA LEÓN, “La interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 39, año 1985, Lima, p. 327.

introducirse más en el detalle. Esta importancia aumenta en los casos de ordenamientos con jurisdicción constitucional desarrollada, como nuestro caso con la implantación del Tribunal de Constitucional del Perú.

Debemos señalar que la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión²¹.

Al respecto, el profesor Hesse²² en su trabajo *Grundzüge de Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* advierte que frente a estas peculiaridades y de la indeterminación de las normas constitucionales es quien propone un nuevo modelo de los principios de la interpretación constitucional y estos son:

El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana.

El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, paci-

21 H.G. GADAMER, *Verdad y Método*, Editorial Sígueme, Salamanca, 1984, p. 12.

22 Cfr. K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 45-47.

ficar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

Es en base a estos criterios en nuestra opinión debe llevarse a cabo la interpretación de los referidos artículos 2 inc. 22 y 66, 67, 68 y 69º en materia ambiental de la Constitución Política de 1993.

6.- LA DEMARCACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL CON LAS OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

El abandono de los constitucionalistas al estudio del medio ambiente, sumado a ello la indeterminación y la polisemia de las normas constitucionales ambientales fue al inicio un obstáculo para la demarcación del derecho constitucional ambiental de las otras ramas del derecho.

En el Perú, los filósofos del derecho, los penalistas, muy en especial los expertos en Derecho administrativo desarrollaron el Derecho ambiental, aprovechándose de la ausencia estudios de interpretación constitucional por parte de los constitucionalistas, permitió que los profesores de Derecho administrativo en especial interpreten los aspectos constitucionales ambientales desde esta óptica del Derecho Liberal, el cual sin duda llevó a ciertas interpretaciones erróneas que privilegiaban la legalidad y no la constitucionalidad del medio ambiente.

Asimismo, su delimitación aún es una tarea que la dogmática constitucional tiene que llevar a cabo importantes estudios y el cual se irá reflejando en próximos años. Es decir, los que nos encontramos en el área constitucional enfrentamos una tarea pendiente.

7.- EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ EN MATERIA AMBIENTAL

La Constitución Política de 1993 en su artículo 2º, inciso 22 prescribe como fundamental el derecho de la persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, se regula un derecho, que también es un principio.

Para el Tribunal Constitucional del Perú, el constituyente, al incluir el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de su vida en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, prescribió el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano como un derecho de la persona en base a los siguientes fundamentos²³:

El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido. Ello, no obstante, exige analizar previamente el significado de “medio ambiente”, pues es un concepto consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión. Desde la perspectiva constitucional, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros. De otro lado, en tanto derecho, nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como de prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

Por ello, el Tribunal Constitucional del Perú en reiterada jurisprudencia desarrolló doctrina constitucional obligatoria al afirmar que el contenido constitucional del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.º 00470-2013-PA/TC.

Como bien señala Huerta Guerrero²⁴, “si bien una de las características de la Constitución de 1993 fue reducir el contenido de los derechos fundamentales, en particular los de índole social, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente, ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos fundamentales (artículo 2º, inciso 22º), aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con el medio ambiente, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. A diferencia del texto constitucional anterior, la actual Constitución no señala –junto con el reconocimiento del derecho- obligación alguna del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o evitar la contaminación ambiental. Estos temas aparecen tratados en una sección diferente de la Constitución, en el Capítulo II (Del Ambiente y los Recursos Naturales) del Título III (del Régimen económico), a través de los artículos 66, 67, 68 y 69”.

8.- A MANERA DE BALANCE

Coincidimos con Sotelo Pérez²⁵ cuando afirma “que el desconocimiento del Derecho Ambiental no exime de su conocimiento y, lo que es más importante, de su cumplimiento. El medio ambiente, comprendido como bien constitucional cuyo contenido y pretensiones ambientales, puede ir acompañado de otros derechos mejor protegidos por el ordenamiento y en donde, con el mismo procedimiento de yuxtaposición de pretensiones, podrían en nuestro ordenamiento articularse los derechos ambientales cobijados bajo invocaciones de otros derechos constitucionales con mayor grado de protección que, junto con las buenas disposiciones de los tribunales, harían del derecho ambiental un derecho, ya no entendido, como algo anómalo producto de una serie de necesidades y problemáticas excepcionales que tendrían que ser resueltas en un futuro, para introducirlo como una materia en la que el justiciable es capaz de dar soluciones y respuestas actuales, sencillas, eficaces y rápidas”.

24 L. HUERTA GUERRERO, *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente*, *op.cit.*, p. 688.

25 I. SOTELO PÉREZ, “Una aproximación a la dualidad, Derecho Constitucional y Medio Ambiente en España”, en *Revista Observatorio Ambiental*, Universidad Complutense de Madrid, vol. núm. 20, 2017, p. 18.

Para Figueroa Navarro²⁶, “la noción de bien jurídico, no obstante la incertidumbre semántica que plantea, es una categoría deducible de manera general de las normas y principios constitucionales, como criterios objetivos vinculantes del legislador. En el caso del ambiente, nos encontramos ante un bien jurídico complejo, dinámico y colectivo cuya funcionalidad reside en que sirve para garantizar las condiciones naturales de existencia del hombre y las especies biológicas así como de una calidad de vida adecuada a la dignidad del ser humano. El hecho que el ambiente sea considerado como derecho fundamental, se complementa con la obligación positiva del Estado de proveerle una protección efectiva, dinámica e integral, a través de la formulación y ejecución de la política nacional del ambiente. La importancia que merezca el ambiente no radica tanto en su reconocimiento como derecho fundamental, sino en la voluntad política real que tenga el Estado para defenderlo”.

Un breve estado de la cuestión de los estudios en Perú en materia ambiental y con especial referencia al Derecho ambiental, nos permite afirmar que los principales estudios provienen del Derecho administrativo, Derecho civil, Filosofía del derecho, si bien es cierto, hay pocos estudios significativos desde la perspectiva del Derecho constitucional; También está claro que existen importantes normas ambientales de rango constitucional e infra constitucional; la demarcación con las otras disciplinas jurídicas es de suma importancia. Esta delimitación nos ayudó a develar el objeto de estudio del Derecho constitucional ambiental, está compuesto principios jurídicos ambientales, como la sostenibilidad, prevención, precautorio, internalización de costos, responsabilidad ambiental, gobernanza ambiental y normas jurídicas constitucionales ambientales. Asimismo, nos compete a los constitucionalistas desentrañar el sentido normativo de las disposiciones constitucionales relativas al medio ambiente, tarea de manera conjunta con la magistratura constitucional y ordinaria.

Finalmente, es importante señalar que el modelo de la constitucionalización del derecho es ya una realidad y el ambiental se encuentra en este camino en el Perú, recorrido que por cierto se inició a partir de 1970 en Europa.

26 A. FIGUEROA NAVARRO, *El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993*, *op.cit.*, consultado el 02 de mayo de 2018, pp.15-16.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRUNO DÍAZ, A., *Institucionalización de la sostenibilidad ambiental del campus universitario desde el enfoque de responsabilidad social universitaria en la Pontificia Universidad Católica del Perú entre los años 2007 y 2013*, Tesis para optar el grado de Magíster en Desarrollo Ambiental, PUCP, Lima, 2014.
- CABRERA MADAGLIA, J., “*El impacto de las declaraciones de Río y Estocolmo sobre la legislación y las políticas ambientales en América Latina*” en Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica, núm. 100, 2003.
- CANOSA UCERA, R., “*Aspectos constitucionales del Derecho ambiental*”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) núm. 94, octubre-diciembre 1996.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F., “*Al borde del abismo*”, en AA. VV. Derecho y ambiente: aproximaciones y estimaciones. PUCP, Lima, 1997.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F., “*Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental*” en *Themis*, PUCP, núm. 30, Lima, 1994.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “*Interpretación de la Constitución y juez constitucional*” en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, núm. 37 enero - junio de 2016.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “*Valores superiores e interpretación constitucional*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- ESCOBAR ROCA, E., “*La ordenación constitucional del medio ambiente*”, Dykinson, Madrid, 1995.
- FIGUEROA NAVARRO, A., “*El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993*”, en Anuario de Derecho Penal, 1995.

- GADAMER, H.G. “*Verdad y Método*”, Editorial Sígueme, Salamanca, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*”, Civitas, Madrid, 2006.
- HERNANDO, E., “*El liberalismo y los límites del Derecho Ambiental*”, en *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimaciones*, Lima, PUCP, 1997.
- HESSE, K., “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- HUERTA GUERRERO, L., “*Constitucionalización del Derecho ambiental*”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, núm. 71, 2013.
- HUERTA GUERRERO, L., “*Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*”, Tesis para optar el grado de doctor en Derecho, PUCP, Lima, 2012.
- LAMADRID UBILLÚS, A., “*El Derecho penal ambiental en el Perú*”, Grijley, Lima, 2011.
- LAMAS PUCCIO, L., “*Los Delitos contra el Medio Ambiente*”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, vol. 48, Lima, 1991.
- LÓPEZ SELA, P. y FERRO NEGRETE, A., “*Derecho Ambiental*”, Iure Editores, México, 2006.
- PACHECO VARGAS, M.E., “*Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano*”, Tesis para optar el grado de magister en derecho Constitucional, PUCP, Lima, 2004.
- QUIROGA LEÓN, A., “*La interpretación constitucional*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 39, año 1985, Lima.

- SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-154/13.
- SOTELO PÉREZ, I., “Una aproximación a la dualidad, Derecho Constitucional y Medio Ambiente en España”, en *Revista Observatorio Ambiental*, Universidad Complutense de Madrid, vol. Núm. 20, 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.º 00470-2013-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.º 05854-2005-PA/TC.
- ZAGREBELSKY, G., “*El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*” (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Editorial Trota, Madrid, 2003).

Actualidad y Debate:

La acusación Constitucional

Raúl Chanamé Orbe*

*Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
abogadochaname@gmail.com*

SUMARIO: *1.- La Acusación constitucional. 1.1. El Antejuiicio Político. 1.1.1. Legitimidad en el antejuiicio 1.1.2. La procedencia del Antejuiicio Político. 1.2. El juicio político o impeachment. 1.3. El procedimiento en la acusación constitucional 2.- Otros mecanismos y su relación con la Acusación Constitucional. 2.1. La Inmunidad parlamentaria. 2.2. El desafuero Parlamentario. 2.3. La vacancia presidencial. 2.4. La Acusación directa contra el Presidente. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Magistrado del Jurado Nacional de Elecciones. Abogado. Doctor por la UNMSM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Posee Postgrado en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza y Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid, España. Diplomado en Políticas Públicas por la George Washington University, EE.UU. Profesor Honorario de la Universidad Autónoma de México. Es profesor principal de la cátedra de Historia del Perú en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1.- LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

Históricamente, desde la experiencia de Inglaterra, se ha tratado de limitar el ejercicio del poder, inicialmente desde el parlamento, con ello no solo se proscribía cualquier acto contrario a los mandatos constitucionales vigentes sino además a la honorabilidad del alto cargo que se ostentaba.

La acusación constitucional viene a ser, en líneas generales, un procedimiento que se va activar, siempre que se identifique alguna infracción a la Constitución o la comisión de un ilícito penal en el ejercicio del cargo y se prolongará hasta después de producirse el cese de la autoridad. Estos procedimientos solo pueden instaurarse contra altos funcionarios que vienen expresamente señalados por la norma.

Supone esta un procedimiento que la norma constitucional especifica de modo *numerus clausus* a fin de permitir la determinación específica o no de la responsabilidad ya sea jurídica, ya sea política.

En nuestra tradición constitucional este procedimiento de acusación constitucional ha sido previsto desde la Constitución de 1823 hasta la Carta política que nos rige en la actualidad¹.

Cabe señalar que hasta la Constitución de 1979 no se preveía sanción: destitución, inhabilitación o suspensión como competencia del Congreso ante el alto funcionario, sino solo el procedimiento de acusarlo.

1 El procedimiento de acusación constitucional desde 1823 ha sido regulado por los siguientes preceptos constitucionales: Constitución de 1823 (art. 59,90,91,100,186 y 187); Constitución de 1826 (Artículos 30, 51, 52, 53, 54, 55, 56, y 105); Constitución de 1828 (22, 31, 32, 43,44,94 111 y 112) Constitución de 1834 (Artículos 22, 32, 33, 46, 78, 95, 101 y 114) Constitución de 1839 (Artículos 18, 19, 35, 42 y 43) Constitución de 1856 (Artículos 51, 54, 61 y 62); Constitución de 1860 (11, 13, 55, 59, 64, 65, 66 y 107); Constitución de 1867 (Artículos 54, 55 y 59); Constitución de 1920 (Artículos 80, 83, 95,96 y 97) Constitución de 1933 (Artículos 26, 105, 121, 122, 123, 144 y 150) y la Constitución de 1979 (Artículos 183, 184, 206 y 210) Fuente. El proceso Constitucional en el Perú. Marco Falconí Picardo. Fondo Editorial del Congreso de la República. Año 2016, pp, 13-19

Actualmente, son los artículos 99° y 100° de la Constitución Política los que determinará quienes son pasibles de someterse a estos procedimientos de antejuicio político y juicio político respectivamente.

Estos procesos, han despertado gran debate en relación a su naturaleza, pues un sector de la doctrina considera que lo regulado por los art. 99° y 100° se trata de un mismo procedimiento², contrario sensu, otro sector, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considera que se trata de dos procedimientos totalmente distintos.

Para García Toma, la acusación constitucional se entiende como un mecanismo procesal de control político destinado a promover, de un lado, la defensa y eficacia de las normas e instituciones previstas en la Constitución, contra el abuso del poder en que pudiesen incurrir los altos funcionarios públicos; y del otro, la intervención del órgano judicial –a través de la Corte Suprema– en la investigación, juzgamiento y eventual penalización de determinadas altas autoridades o ex autoridades estatales, cuando pesaren sobre ellas denuncias con razonabilidad jurídica de perpetración de un ilícito penal cometido en el desempeño de la función pública³.

En el presente análisis hemos previsto metodológicamente dos procedimientos de forma separada a fin de identificar sus principales características y procedimientos, a partir de los cuales analizaremos su eficacia e idoneidad.

2 En este razonamiento tenemos a Francisco Eguiguren Praeli quien señala que: “Por mi parte, considero que los artículos 99° y 100° de la Carta de 1993 corresponden a un mismo proceso, el Antejuicio o Juicio Político, por lo que deben leerse e interpretarse de manera integrada y conjunta. Ello quiere decir que solo si el Congreso aprueba la acusación constitucional, puede proceder a imponer las sanciones políticas de suspensión, destitución o inhabilitación del funcionario. Pero esta acusación no está restringida a un contenido penal pero que si son de índole política. Puede ocurrir que la acusación verse sobre alguno de estos ámbitos o sobre ambos, pero en cualquiera de los casos puede ser procedente la imposición de las sanciones políticas por el Congreso”. (Eguiguren Praeli. Francisco. Antejuicio y Juicio Político. El control del Poder. Libro Homenaje a Diego Valadez. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Edición, p, 409)

3 GARCÍA TOMA, Víctor. La acusación constitucional, Editorial *Advocatus*. 2011, p, 249

1.1. El Antejudio Político

Esta institución, tiene una naturaleza procesal y busca controlar previamente la acusación que se dirige sobre quienes recae la responsabilidad de la función pública a fin de evitar se perturbe la continuidad en el desempeño de estos por razones meramente políticas. De modo que, cuando se tome conocimiento de algún presunto delito cometido en el ejercicio de las funciones y descartado cualquier móvil político se habilita a la justicia ordinaria para que sea esta la que finalmente determine si existe o no responsabilidad jurídico – penal.

El antejudio es solo el paso previo del derecho parlamentario para autorizar a la Corte Suprema, como máxima autoridad jurisdiccional, a que se avoque a juzgar la supuesta responsabilidad penal del alto funcionario perpetrador de ilícitos penales y no necesariamente políticos, en ejercicio de la función punitivo –jurisdiccional, sobre la base de la razón jurídica que es privativa del Poder Judicial⁴.

Para Jorge Santistevan de Noriega, el antejudio será un añadido que se hace al impeachment de origen anglosajón, por cuanto señala que: “Todo ello tiene su origen en el juicio político, heredero del impeachment anglosajón destinado a separar del cargo a los funcionarios que - por violar la Constitución – atentan contra la confianza pública depositada en ellos”⁵.

A diferencia del juicio político el antejudio ha sido reconocido por todas las Constituciones que nos han precedido e incluyendo la de 1993. Donayre Montesinos sostiene que el reconocimiento del juicio político es contrario a nuestra tradición constitucional, debido a que en las doce constituciones que hasta el momento ha tenido nuestro país (1823, 1826, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993) el procedimiento parlamentario que se ha consagrado ha sido el del antejudio, siendo tan solo la Carta de 1993,

4 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Acusación constitucional y juicio constitucional político, p, 314

5 Santistevan de Noriega, Jorge. Acusación constitucional y juicio constitucional político. En Constitución Comentada. Artículo por artículo. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima 2013, p, 603

actualmente vigente la que ha incorporado la figura del juicio político a nuestro ordenamiento jurídico⁶.

Por su parte el artículo 99° de la Constitución señala que:

Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

En el caso 65 congresistas de la República, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), interpretando el art 99°, señaló que:

En ese sentido, en el antejuicio sólo cabe formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99° de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en: cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (Porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

6 Donayre Montesinos, Cristian. Delito de función y delito cometido en el ejercicio de las funciones. En revista *JUS Doctrina & Práctica*. N° 04. Año 2008, p. 270

En la sentencia citada el TC, agregará: “que el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo”.

1.1.1. La Legitimidad en el antejuicio

Aquí hacemos referencia a aquellos funcionarios que serán pasible de ser sometidos al procedimiento de acusación constitucional, además de los funcionarios ya establecidos por las anteriores cartas constitucionales (es decir, el Presidente de la República, los congresistas, los ministros, los vocales y fiscales supremos y los miembros del Tribunal Constitucional), la nómina del artículo 99° incluye ahora también a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República⁷. Se aprecia un incremento del número de los altos funcionarios pasibles de ser acusados constitucionalmente, pues ahora se comprende también a las máximas autoridades de algunos de los organismos constitucionalmente autónomos⁸.

El TC ha señalado en el caso citado que:

“Este Colegiado observa que los miembros del JNE, el Jefe de la ONPE y el Jefe del RENIEC no cuentan con la prerrogativa del antejuicio político, no obstante ser funcionarios públicos de la mayor importancia en un Estado democrático de derecho, teniendo la obligación de “asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad

7 Existe, actualmente, en el Congreso de la República, el Proyecto de Ley N° 3134/2017-CR presentado por el congresista Víctor Andrés García Belaunde, integrante de la Bancada Acción Popular, a fin de incluir a los magistrados de Jurado Nacional de Elecciones y a los jefes tanto del Organismo Nacional de Procesos Electorales, así como del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil dentro de los alcances del art. 99°, es decir pasibles de ser acusados constitucionalmente.

8 García Chavarry, Abraham. Juicio político, antejuicio y acusación constitucional en el sistema de gobierno peruano, Noveno Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Lima, 2008, p. 20.

del elector expresada en las urnas por votación directa” (artículo 176° de la Constitución). Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a reformar el artículo 99° de la Constitución, incluyendo a los mencionados funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejuicio político, o, en su caso, incluyendo una disposición que permita ampliar el privilegio de antejuicio a aquellos funcionarios que la ley establezca, tal como lo hiciera el artículo 183° de la Constitución de 1979”.

Como se puede apreciar, el legislador aún no ha consignado lo que el máximo intérprete de la Constitución ha dispuesto, pues consideramos necesaria la reforma del art. 99° a fin de ampliar los supuestos previstos para el antejuicio por la especial función que desempeñan estos altos funcionarios del Estado.

Por otro lado, existían dudas sobre si el juicio político podría instaurarse contra jueces supremos provisionales, en tanto que no tenían la calidad de jueces titulares; no obstante, mediante acuerdo, el pleno de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales periodo anual de sesiones 2013-2014 determinó que la condición del juez es irrelevante a efectos de iniciar el procedimiento de antejuicio toda vez que la Constitución no hace distinción sobre la condición.

1.1.2. Procedencia del Antejuicio Político

Como ya se expuso líneas arriba, solo determinados funcionarios y no otros gozan de la prerrogativa del antejuicio a fin de descartar cualquier móvil de índole política, es por ello que la decisión del Pleno decidirá acusar siempre que existan algunos elementos de la presunta comisión de un delito.

Va a ser el ejercicio de funciones particulares orientadas a proteger, además, ciertos bienes jurídicos específicos, lo que va a circunscribir la comisión de estos delitos a aquellos que se encuentran en posibilidad de ejercerlas, toda vez que solamente ellos, por las funciones que ejercen, se encuentran en condiciones de lesionar o poner en riesgo dichos bienes jurídicos⁹.

9 Donayre Montesinos, Cristian. Delito de función y delito cometido en el ejercicio de la función.

Entonces, serán los delitos que los funcionarios cometan en el ejercicio de sus funciones como por ejemplo que un magistrado incurra en delitos de tráfico de influencias, o que los congresistas intercedan subrepticamente a fin de quebrantar la voluntad de otros parlamentarios.

Esta garantía de la función pública tiene vigencia hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones. Esta institución es conocida en otros ordenamientos como el antejuicio político, o tamiz para evitar los excesos que conllevan las controversias políticas.

Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política.

Respecto del tratamiento de la acusación constitucional por parte del Tribunal Constitucional peruano, el supremo intérprete, en un primer momento, utilizó de modo indistinto, los términos de juicio político y antejuicio. Posteriormente, a raíz de las demandas de amparo presentadas por los entonces ex magistrados Aguirre Roca y Rey Terry destituidos por el Congreso en 1997, el alto colegiado distinguió tres posibilidades para una misma conducta: i) que pueda sólo ser infractora de la Constitución, ii) que exclusivamente importe responsabilidad penal o iii) que implique ambos contenidos. Finalmente, en las sentencias más recientes, el órgano de control de la Constitución ha señalado que el derecho fundamental a un debido proceso debe igualmente ser respetado en todo procedimiento de acusación constitucional.

Modelo	Contenido de la acusación	Órgano encargado de la investigación	Entidad que formula la acusación	Forma de determinación de la responsabilidad política
<u>Antejuicio</u> Político	Ilícito penal y, eventualmente, infracción constitucional.	Comisión Permanente del Congreso de la República	Congreso de la República	Requiere de sentencia condenatoria previa del Poder Judicial.
<u>Juicio</u> Político	Solo por infracción constitucional	Comisión Permanente del Congreso de la República	Congreso de la República	No requiere de sentencia condenatoria previa del Poder Judicial.

1.2. El Juicio Político

Domingo García Belaunde, señala que fue en 1376 que en Inglaterra bajo el reinado Eduardo III, se estableció, por primera vez, lo que hasta ahora se conoce como impeachment, terminología vetusta, pero que todavía se sigue empleando y así lo entienden todos.

El juicio político, previsto en el art. 100° de nuestra Constitución, en nuestro medio, constituye, un elemento nuevo, que no deja de ser objeto de discusión, pues objetivamente constituye una seria restricción al ejercicio de los derechos civiles y políticos de las personas afectadas que no emana de una decisión jurisdiccional sino de una sanción eminentemente política¹⁰.

Constituye una evaluación de la responsabilidad del alto funcionario – en sede exclusivamente parlamentaria – con un pronunciamiento final de carácter político destinado a separar del cargo al infractor de la Constitución; el objetivo buscado es proteger al Estado de los malos funcionarios y preservar la confianza pública depositada en ellos, por lo que cumple una función político punitiva sobre la base de una razón política¹¹.

García Chávarri, señala que: “se puede estimar que la finalidad del modelo de acusación constitucional peruano ya no es solamente el permitir el procesamiento de los altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos antejuicio-. Sino también el sancionar o reprimir con la destitución y/o la inhabilitación política conductas contrarias a la dignidad de su cargo juicio político o impeachment y hacer efectiva, de ese modo, su responsabilidad política o constitucional a consideración del Congreso”¹².

Por su parte, Chirinos Soto refiere que: “La acusación constitucional contra los altos funcionarios puede ser “por infracción de la Constitución” y también puede ser “por todo delito que cometen (los altos funcionarios) en el

10 Santistevan de Noriega, Javier. Acusación constitucional y juicio constitucional político, p, 311.

11 *Ibíd.*, p, 114.

12 García Chávarri, Abraham. Acusación constitucional, juicio y antejuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Cuaderno de Trabajo 9, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pág. 21.

ejercicio de sus funciones”¹³. Pero hay infracciones de la Constitución que no están tipificadas en el Código Penal. Por eso, el Congreso puede suspender al alto funcionario o inhabilitarlo o destituirlo, sin deducir responsabilidad de tipo penal.

En esa misma línea ha señalado Domingo García Belaunde que los artículos 99° y 100° de la Constitución “conforman una muestra de que la Constitución rompe el principio del juez natural y altera el principio de igualdad ante la ley”¹⁴.

Decimos que el reconocimiento del juicio político es contrario a nuestra tradición constitucional, debido a que en las doce constituciones que hasta el momento ha tenido nuestro país (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993), el procedimiento parlamentario que se ha consagrado ha sido el del antejuicio, siendo tan solo la Carta de 1993, actualmente vigente, la que ha incorporado la figura del juicio político a nuestro ordenamiento jurídico.

Con singular regularidad, la acusación ante el Congreso por infracciones a la Constitución y frente a todo delito cometido en el ejercicio de las funciones del alto funcionario (como aparece en la Constitución de 1993 y en su predecesora, la de 1979) ha estado presente en nuestras constituciones desde 1828.

1.3. El Procedimiento en la acusación Constitucional

Hemos señalado que la acusación tiene una naturaleza procedimental, de modo que los dos subtipos que se desprenden de esta categoría (Antejuicio y Juicio político) encuentran regulado el procedimiento que la hará efectiva en el art. 89 del reglamento del Congreso de la República.

13 Chirinos Soto, Enrique Constitución de 1993: Lectura y Comentario. Cuarta Edición. Lima: s.e., 1997. Págs. 169- 170

14 García Belaunde, Domingo. “¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político? En: Revista Jurídica del Perú. Año LIV, N° 55, Trujillo, 2004, págs.79-88.

Se considera como competencia de la Comisión Permanente la acusación constitucional de altos funcionarios o representantes del Estado por cometer infracciones de la Constitución y delitos en el ejercicio de sus funciones, quien a la vez están protegidos por este artículo de acusaciones de cualquier persona o índole, es decir, que para ser enjuiciados o sancionados (de acuerdo a ley) necesariamente tienen que ser acusados de manera formal (debido proceso parlamentario), significa que inicia la acusación la comisión permanente quien lo transfiere al pleno del Congreso que es donde se toman las decisiones según el caso, evitando así que se cometan arbitrariedades.

En ese sentido, las actuaciones de los congresistas en este procedimiento (sea en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, la Comisión Permanente o el pleno del Congreso) deben estar acordes con parámetros de razonabilidad (esto es, la consecución de un fin lícito o, por lo menos, no prohibido por el ordenamiento jurídico, plasmado mediante medios proporcionales). Es preciso incluir también, dentro del debido proceso sustantivo aplicado a la acusación constitucional, la debida motivación de las decisiones parlamentarias en esta materia¹⁵.

En la actualidad, se puede estimar que la finalidad del modelo de acusación constitucional peruano ya no es solamente el permitir el procesamiento de los altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos –antejuicio, sino también el sancionar o reprimir con la destitución y/o la inhabilitación política conductas contrarias a la dignidad de su cargo –juicio político o “impeachment”¹⁶- y hacer efectiva, de ese modo, su responsabilidad política o constitucional a consideración del Congreso. Ahora, con independencia de la responsabilidad penal que eventualmente establezca el

15 Ibid. 59.

16 El “impeachment” es una institución de clara naturaleza política, que se lleva a cabo a través de un órgano eminentemente de ese tipo, como es el Parlamento o Congreso. Sus fines, objetivos y actos materia de su procedimiento son de absoluta índole política. El “impeachment”, que nació en Inglaterra, era entendido como la solemne acusación llevada por los comunes a la Cámara Alta o de los Loes, en tanto tenían estos últimos un carácter de gran inquisición de la nación y obraban como suprema Corte de justicia. Cf. PANIAGUA CORAZAO, Valentín. “La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 3, 1999, p. 184.

máximo grado de la judicatura ordinaria, el Congreso sanciona estas mismas conductas si las considera reprobables desde un punto de vista político (y/o moral)¹⁷.

El procedimiento que tiene la acusación constitucional es el siguiente:

- La denuncia se presenta únicamente por escrito, la cual debe contener la fecha de presentación, los nombres de los denunciantes, la descripción concreta de los hechos que se denuncian, con los respectivos documentos que acrediten o sustenten la denuncia presentada, la referencia a las normas constitucionales y legales en que se ampara, el número de libreta electoral del denunciante, la dirección y la firma o las firmas de los denunciantes. La carencia de alguno de estos requisitos determina la improcedencia de la denuncia.
- Las denuncias presentadas por las personas directamente agraviadas son puestas a conocimiento de los Congresistas a través de los Grupos Parlamentarios hasta por siete días útiles. Transcurrido este plazo sin que ningún Congresista las haga suyas, las denuncias serán enviadas por el Oficial Mayor a una Comisión Especial Calificadora.
- La referida Comisión Especial debe evaluar las denuncias puestas a su conocimiento y determinar su procedencia, de ser así estas son enviadas a la Comisión Permanente que si no está reunida, el Presidente la convoca de inmediato, nombrando una Sub - Comisión que realice las investigaciones, la cual debe emitir un informe en el plazo que se acuerde con el voto aprobatorio de la mitad más uno del número legal de sus miembros. El informe puede concluir en la propuesta de la absolución de cargos al funcionario denunciado o de formulación de Acusación Constitucional ante el Pleno del Congreso.
- Recibido el informe de la Sub – Comisión, el Presidente ordena su distribución entre los miembros de la Comisión Permanente y convoca a sesión de la misma, la que no se realiza antes de los tres días útiles siguientes ni, de ser el caso, puede coincidir con la sesión del Pleno del

17 Ibid. 23.

Congreso. Si el informe señala la absolución de los cargos se procederá a votar sin debates. Si por el contrario se propone Acusación ante el Pleno del Congreso, se debatirá el informe y se votará, pronunciándose por la acusación o no ante el Pleno.

- Si el informe es aprobado, la Comisión Permanente nombra una Sub – Comisión Acusadora que estará integrada por tres de sus miembros, a efecto que sustenten el informe y formulen acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso.
- El Consejo Directivo fija fecha, hora y define las reglas a ser aplicadas para el debate de la Acusación Constitucional. Luego de la sustentación del informe y la formulación de la Acusación Constitucional por la Sub – Comisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución Política del Perú. En el segundo caso el expediente se archiva.
- En la votación están impedidos de participar en ella los miembros de la Comisión Permanente. El acuerdo de haber da lugar a formación de causa o no, el cual debe constar asimismo en Resolución del Congreso.
- El expediente con la Acusación Constitucional es enviado al Fiscal de la Nación, el que debe formular denuncia penal ante la Corte Suprema de Justicia en el plazo de cinco días naturales. El Vocal Supremo en lo Penal abre la instrucción correspondiente.
- Cabe acotar que durante las diferentes etapas del procedimiento de Acusación Constitucional, el denunciado, puede ser asistido o representado por su abogado¹⁸.

18 Extraído de: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1997/acusaciones/procede.htm>

Se pueden encontrar tres grandes problemas al modelo de acusación constitucional previsto por la Constitución de 1993: 1) la inclusión de elementos del juicio político a un modelo de antejuicio y la colisión con la función jurisdiccional reservada a la judicatura ordinaria, 2) la irrazonable restricción de las atribuciones de la judicatura ordinaria y del Ministerio Público en materia de la acusación constitucional, 3) la atipicidad de la infracción constitucional y los riesgos de la muy probable vulneración al derecho a un debido proceso¹⁹.

2.- OTROS MECANISMOS Y SU RELACIONES CON LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. La Inmunidad Parlamentaria

El último párrafo del artículo 93° de la Constitución señala que: Los congresistas (...) No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

De modo que, la inmunidad parlamentaria es el atributo que poseen los congresistas, que los exceptúa de ser detenidos o procesados judicialmente por sus actos u opiniones en el cumplimiento de sus funciones como representantes de un mandato legal, salvo autorización motivada de la cámara a la cual pertenecen.

La inmunidad parlamentaria no protege a los congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerce en su contra, ni respecto de los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni se suspenden²⁰.

19 García Chavarry, Abraham. Juicio político, antejuicio y acusación constitucional en el sistema de gobierno peruano, Noveno Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. 2008, p.14.

20 Resolución Legislativa del Congreso N° 015-2005-CR, párrafo modificado a partir de su publicación el 3 de mayo de 2006.

Esta figura, es una prerrogativa que corresponde principal y únicamente a los congresistas, a diferencia del antejuicio o juicio político que se extiende a otros altos funcionarios.

Señala el Reglamento del Congreso: “La petición para que se levante la inmunidad parlamentaria y se autorice a tramitar un proceso penal en contra de un Congresista, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política del Perú, será formulada por una Comisión conformada por Vocales Titulares de la Corte Suprema de Justicia designada por su Sala Plena”.

En el caso que un congresista sea sometido al procedimiento de antejuicio o juicio político, cuyo resultado sea la acusación, implicaría necesariamente el levantamiento de su inmunidad, pues se habilita a la justicia penal a incoar un proceso y determinar si existe o no responsabilidad.

2.2. El Desafuero Parlamentario

El desafuero parlamentario es el acto que sigue como consecuencia de haberse determinado la responsabilidad penal del congresista sometido a investigación. Si la condición previa para que un congresista sea sometido a un proceso penal es el levantamiento de la inmunidad parlamentaria el desafuero es la etapa final, pues con él se decidirá su retiro definitivo del cargo que venía ocupando para que asuma su accesitario.

El desafuero, solo aplica para los congresistas, en el caso de que se haya autorizado el levantamiento de su inmunidad de arresto. Solo procederá el levantamiento del fuero si el acuerdo adoptado cuenta con el voto de la mayoría absoluta del número legal de congresistas. Este acuerdo lo adopta el Pleno del Congreso, no obstante durante el tiempo de receso de este lo hace la Comisión Permanente.

2.3. La Vacancia Presidencial

La vacancia se ha entendido como el procedimiento en virtud del cual se separa de manera definitiva a la autoridad del cargo que viene ejerciendo por causales expresamente señaladas en la norma.

En el caso especial del Presidente de la República, se verifican hasta dos procedimientos, mediante los cuales se ejercerá el control político de su ejercicio en el cargo.

Al respecto, el artículo 113 de la Constitución señala:

La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117° de la Constitución.

Por lo que la declaratoria de vacancia procederá siempre que se acredite la existencia de una de estas causales y la competencia de declararla le corresponde al Pleno del Congreso de la República.

Uno de los últimos procesos sobre vacancia presidencial fue el que se revisó a fines de diciembre del año 2017. Este proceso fue interpuesto en contra del entonces Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczinsky, la causal era la prevista en el inc. 2 del artículo 113° de la Constitución.

En el Perú, han sido vacados, hasta el momento, cuatro presidentes por incapacidad moral²¹: José Mariano de la Riva Agüero (1823); Guillermo E. Billingurths (1914), Alberto Fujimori Fujimori (2000) y, el último presidente vacado fue Pedro Pablo Kuczinsky (2018) por la causal de renuncia.

En el caso de Pedro Pablo Kuczinsky, hubo un antecedente en diciembre del 2017, la causal invocada no era la renuncia (esa era una opción para el

21 La Constitución de 1834 es la primera Carta peruana en contemplar, de modo explícito, la figura de la vacancia. Así, el artículo 80 señala que «El Presidente de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su periodo constitucional». (Abraham García Chávarri. La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8962/9370>

entonces Presidente) sino la incapacidad moral, puesto que se habían descubierto la constitución de empresas que brindaron asesorías financieras a la empresa constructora Odebrecht mientras ejercía el cargo de Ministro de Economía durante el año 2004.

El procedimiento de vacancia había despertado varias interrogantes, precisamente por la causal que se estaba invocando. No se tenía claro si se cuestionaba verdaderamente los actos ocurridos en el año 2004 o la conducta actual del entonces presidente al momento de enfrentar la acusación, se alegó mentiras y contradicciones sostenidas en un lapso de tiempo.

La vacancia recién se dio con el segundo procedimiento impulsado por el parlamentario del Alianza Para el Progreso, Cesar Villanueva, esta vez sí era inminente, pues se hicieron públicos videos y audios en los que funcionarios del entorno del Ejecutivo estaban coordinando el resultado de las votaciones. Moises Mamani, congresista de Fuerza Popular, puso en evidencia, mediante audios y videos, los pedidos de personas allegadas al entonces Presidente de la República. El presidente formalizó su renuncia y el Congreso aceptó vacarlo por dicha causal.

2.4. La acusación directa contra el Presidente

Este es uno de los procedimientos orientados a determinar la responsabilidad política del presidente, es un procedimiento de control político sobre el ejercicio de las atribuciones que tiene el Presidente. Las causales por las cuales se puede activar este procedimiento vienen expresamente señaladas en la norma, específicamente en el art. 117 de la Constitución, el cual señala que:

El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

En resumen la acusación constitucional es una manifestación del control del ejercicio del poder por parte de los altos funcionarios, este sistema de

control hace que se garantice que dicho poder sea ejercido de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y las normas. Observando siempre lo dispuesto por el art. 44° de nuestra Constitución.

CONCLUSIONES

Según lo expuesto y luego de haber analizado las instituciones que contiene la acusación constitucional llegamos a las siguientes conclusiones.

1. El desempeño de los altos funcionarios debe estar de acuerdo a las exigencias éticas y jurídicas, asimismo deberá de observarse principalmente los principios y valores constitucionales a fin de contribuir a alcanzar los objetivos que socialmente se persiguen como nación. Es por ello que la acusación constitucional, en tanto mecanismo de control, resulta bastante importante.
2. Si bien es cierto la constitución histórica construyó un modelo de acusación constitucional únicamente con fines acusadores – hasta 1979- hoy se puede apreciar, a partir de 1993, que también puede aplicar otras medidas que pueden ser más efectivas en el ejercicio del control del poder a fin de garantizar un cabal desempeño de los altos funcionarios.
3. Existe marcadas diferencias entre los dos subtipos en la acusación constitucional, pues en el antejuicio solo se actúa como paso previo descartando cualquier móvil político, mientras que en el juicio político se determina la responsabilidad, ya no del actuar externo, sino propio del funcionario, para ver si cometió o no infracción a la Constitución.
4. El antejuicio político opera como una condición previa en su relación con el desafuero, en tanto que sirve de procedimiento para determinar o no el retiro de prerrogativas o fuero parlamentario.
5. La inmunidad parlamentaria se diferencia del antejuicio o juicio político, en tanto que el levantamiento de esta será a pedido del Poder Judicial por delitos comunes mientras que en el antejuicio serán los delitos que se cometan en el ejercicio de las funciones.
6. La acusación contra el Presidente de la República será únicamente por las razones que establece el artículo 117 de la Constitución y se diferencia con las que establece el art. 113, puesto que en este se establecerán las causales de vacancia, procedimiento de distinta naturaleza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Chirinos Soto, Enrique. Constitución de 1993: Lectura y Comentario. Cuarta Edición. Lima.
- Donayre Montesinos, Cristian. (2008) Acerca de la necesidad de distinguir entre delito de función y delito cometido en el ejercicio de las funciones a propósito del marco constitucional previsto para el antejuicio en el Perú. *Jus & practica*. Abril. Año 2008.
- Eguiguren Praeli, Francisco. (2012) Antejuicio y Juicio Político. El control del Poder. Libro Homenaje a Diego Valadez. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo de la Vega
- Delgado Guembes, Cesar. (2010) Gaffes políticos y desbordes constitucionales en la racionalidad del Tribunal Constitucional. En *Gaceta Constitucional y & Procesal Constitucional*. N° 26 Febrero
- Falconí Picardo, Marco. (2016) El proceso Constitucional en el Perú. Fondo Editorial del Congreso de la República.
- Flores Nano, Lourdes. (2013) El control constitucional sobre el antejuicio político y el juicio político parlamentarios. *Revista Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. N° 68 Ago.
- García Belaunde, Domingo. (2004) ¿Antejuicio, Acusación constitucional, juicio político? En: *Revista Jurídica del Perú* N° 55 Mar- Abril.
- García Chavarry, Abraham. (2006) Juicio político, antejuicio y acusación constitucional desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional En *Revista Jurídica del Perú: Derecho Público y Privado* N° 66 Ene- Marz.
- García Toma, Víctor. (2011) La acusación constitucional, Editorial *Advocatus*.
- Ruíz Peralta, Humberto. (2014) Dilemas del Antejuicio político en la Constitución de 1993. En: *Gaceta Constitucional y & Procesal Constitucional*. N° 77 Mayo.
- Landa Arroyo, César. (2016) Antejuicio político. En *Elecciones*. N° 5 Octubre. Año.
- Santistevan de Noriega, Jorge. (2012) Acusación constitucional y juicio constitucional político. En *Gaceta Constitucional y & Procesal Constitucional*. N° 52 ENERO.
- (2013) Acusación constitucional y juicio constitucional político. En *Constitución comentada*. Artículo por artículo. Editorial *Gaceta Jurídica*. Segunda Edición.

Enfoque Constitucional de la sobre victimización de menores en el delito de violación sexual

Constitutional approach victimization of children in the crime of rape

Chedorlaomer Rubén Gonzáles Espinoza*

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.
chgonzalese@yahoo.com*

SUMARIO: *Resumen. Abstract. Palabras claves. Abstract. I.- Introducción. II.- Historia de la niñez. III.- Derechos fundamentales de la niñez. 3.1. Ámbito nacional. 3.2. Tratados Internacionales. IV.- El Interés superior del niño. V.- El Delito de violación sexual de menores. VI.- Análisis y discusión. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN

La violación sexual de menores, además de constituir un grave atentado contra la libertad de personas inocentes, cuyas consecuencias no son solo de orden material, sino que tiene secuelas de orden moral y psicológico difíciles de superar y que marcan definitivamente a las víctimas de tan atroz delito.

A las consecuencias del propio delito, se suman, lamentablemente, el maltrato y la indiferencia del Estado, no obstante lo previsto por la legislación penal. Nos referimos a la sobre victimización de los menores durante el examen médico legal, que no cuenta con las debidas garantías de privacidad y respeto de los menores, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Asimismo, otra forma de sobre victimización se hace presente luego del examen del médico legista y es que, a pesar que lo dispone la ley, no se presta el apoyo psicológico a los menores, situación que transcurriendo el tiempo, se convierte en un trauma permanente.

Palabras clave:

Violación sexual, sobre victimización, derechos fundamentales

Abstract

The rape of minors, besides constituting a serious attack on freedom of innocent people, whose consequences are not only of a material nature, but has consequences of difficult moral and psychological overcome and that definitely mark the victims of heinous crime.

To the consequences of the crime itself, add, unfortunately, abuse and indifference of the State, notwithstanding the provisions of criminal law. We refer to the sobrevictimización of children during the legal medical examination, which does not have proper guarantees of privacy and respect for children, taking into account the interests of the child.

Also, another form of sobrevictimización is then present the review of medical examiner is that, although provided by law, no psychological support for children is provided, situation lapsing the time, it becomes a permanent trauma.

Keywords: Sexual Rape, sobrevictimización, fundamental rights

1.- INTRODUCCIÓN

El delito de violación sexual, que atenta contra la libertad es, posiblemente, uno de los más graves y dañosos para el ser humano, hecho que cobra dimensiones colosales cuando está dirigido contra menores de edad.

La indemnidad sexual de los menores merece especial consideración y protección por parte del Estado y con ese objetivo, todos los órganos y sus servidores, cuya misión es proteger e investigar los delitos contra menores, deben cumplir con su misión teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Lamentablemente, ello no se cumple en nuestra realidad, en la que, paradójicamente, quienes deben cumplir con la obligación de tutela, agravan la condición psíquica de los menores víctimas del delito de violación sexual.

Tenemos, así, hasta tres instancias en las que se resuelven los procesos en materia disciplinaria.

2.- HISTORIA DE LA NIÑEZ

Aunque ahora se reconocen los derechos de la niñez y adolescencia, incluyendo al no nacido en lo que le corresponde, tanto en el Derecho Constitucional, como en el Civil y Tratados Internacionales, en la antigüedad, el niño no era merecedor de reconocimiento alguno, estando la historia de la infancia en el mundo plagada de iniquidades, destacándose las distintas sociedades por la crueldad con que trataron a los niños.

Según ANNAN, *“En la antigüedad los asesinatos infantiles podían tener distintas motivaciones, por ejemplo, protegerse los adultos de las amenazas que los oráculos profetizaban, encarnadas en niños que presuntamente estaban predestinados a asesinar al rey, faraón o gobernador de turno. Estos serían los casos de la matanza de niños judíos por parte del faraón en tiempos de Moisés, o más tarde la matanza de inocentes por parte de Herodes:*

Pero sin duda la dimensión más abrumadora de los asesinatos infantiles corresponde a los cometidos por motivos socioeconómicos: eliminar en

momentos de escasez un exceso de bocas a alimentar. La falta de salud y las deficiencias físicas o psíquicas, junto a la pobreza, devaluaban también drásticamente el valor social del menor y el interés por preservarle la vida”¹.

A través de la historia el concepto “niño”, ha ido transformándose adoptando distintos significados, según la época. Así, entre 354-430 de nuestra era, con las confesiones de San Agustín, se consideraba a los niños como un estorbo, puesto que su teología postulaba que el hombre había nacido del pecado, razón por la cual el niño resultaba siendo la imagen viva del desliz y carecía de alma².

Como consecuencia de dicho pensamiento, la niñez cayó en el abandono, careciendo de cuidados y afecto, siendo comunes el infanticidio, el aborto, el exilio, el abandono y la crianza por nodrizas.

De ser un estorbo, a partir del Siglo IV, los niños pasan a ser una carga, cuya propiedad correspondía a los padres, quienes podían disponer de sus hijos para cambio u uso según su interés

Asimismo, se consideraba que los niños eran malos de nacimiento, pensamiento contenido en la Biblia que sostiene que toda persona nace en pecado, debido a que se hereda el pecado original de Adán y Eva. Esta concepción de la maldad infantil condujo a la aplicación de tratos físicos crueles y despiadados, llegándose a utilizar, incluso, cepos y grillos.

El racionalismo de Descartes (1596-1650) llega a considerar que la infancia es la debilidad del espíritu e incubadora de prejuicios que son causa principal de errores y dificultan el aprendizaje de las ciencias y la clara representación de las ideas.

Más adelante, a partir del siglo XVI, el niño pasa a ser considerado una propiedad o un recurso económico, idea que generó que las familias campesini-

1 ANNAN, Kofi A.: (2005) Historia de la infancia. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-index.html>

2 Concepción de la niñez en el correr de la historia. <https://www.amnido.com/nonprofit/50800/articles/8765>.

nas en Inglaterra hicieran trabajar en el hogar a los niños de 6 a 7 años y de 9 a 10 años como sirvientes con familias acomodadas.

Aunque de tamaño pequeño y falta de experiencia, en los siglos XVI y XVII, el niño pasa a ser considerado como un adulto en pequeño, capaz de adoptar la misma conducta de los adultos, razón por la cual usaban la misma ropa y realizaban las mismas faenas que los adultos.

Ya a partir de 1693, Locke afirma que el niño es una “*tábula rasa*”, una pizarra en blanco, desprovisto de maldad y sin conocimientos, que aprende a través de las experiencias sensoriales³, contradiciendo de esta forma los planteamientos de Platón y la teoría de las ideas innatas.

Locke, precisa que: “La mente nace completamente en blanco incluso sin reglas para procesar la información que le llega de los sentidos; todos los datos y las reglas para procesarlos son aprendidos de las experiencias sensoriales. La mente no tiene cosas innatas”⁴, postulado a partir del cual asigna gran importancia a la educación en la adquisición de conocimientos o habilidades.

A partir del siglo XVII, la historia de la infancia da un giro inesperado al considerarse que los niños venían del cielo y de los seres angelicales que rodean al trono de Dios, por lo que la niñez ese encuentra en un estado de pureza e inocencia, ya que ni el pecado ni la corrupción la habían tocado.

Al mismo tiempo, se le consideraba como el salvador del adulto porque lo guiaba a una tierra de luz y calma, lejos de la destrucción amenazante.

El Siglo XVIII se caracteriza por considerar al niño como bondad innata, debido a los postulados de Rosseau, quien afirmó: “El niño nace bueno, es la sociedad quien lo corrompe”.

3 JANETB: La teoría de John Locke de la Tabula rasa. http://www.chowenespanol.com/teoria-john-locke-tabula-rasa-hechos_122396/

4 BALLESTEROS MARTÍN, Antonio: (2009) “De la mente como tabla rasa a las competencias básicas” (Primera parte: La Teoría) Revista Digital del Centro del Profesorado de Alcalá de Guadaíra

Así, plantea que la educación debe entender al niño, satisfacer sus necesidades y mejorar sus intereses naturales, recomendando, asimismo, que los niños de 2 a 12 años jueguen en libertad, en entornos naturales, sin ningún tipo de entrenamiento académico. Con la teoría de Darwin se plantea la idea que la infancia es similar al desarrollo del hombre primitivo, el desarrollo de la vida mental es como la evolución de la vida: vegetal, animal, humana.

Se asigna un papel pasivo a la intervención de la persona en su propio desarrollo, por lo que debe ser modelado por los hábitos, las pasiones, los ideales de aquellos que lo rodean y que va ser impresionado para bien o mal, por todo lo que ve o escucha. No obstante, dicha formación debía encaminarse a modelar hábitos y reacciones rutinarias a la vida para asegurar su éxito eterno y darle múltiples impulsos o estímulos, con lo cual se creó un largo período de dependencia de los infantes a los padres.

Erickson en su libro “Juguetes y razón”, reivindica que los niños deben jugar solos (reflejo práctico de las necesidades de la época) y define al juego como el entrenamiento de la vida porque le permite construir su identidad “A un niño le gusta jugar no porque es fácil sino porque le resulta difícil”.

Crítica a los que entienden al juego o la actividad lúdica como diversión y que no lo consideran como trabajo infantil. Sostiene que esa falta de valoración, excluye al niño de una fuente temprana de identidad, es “convertir a la niñez en un segmento separado de la vida con su propio folklore y literatura, en vez de un rol preliminar al adulto”.

Con el surgimiento de la Convención por los Derechos del Niño, en los años 50, se logra que se considere al niño como un ser social con derechos y deberes. Establece que la sociedad y el Estado deben brindarle la protección, educación y atención para la satisfacción de sus necesidades básicas y para el logro de su bienestar integral.

Al margen de tales formas de considerar a la infancia, se dieron una serie de atrocidades como las ocurridas en Roma, que asesinaba a los niños deformes, el trato que se daba a los infantes en Esparta. La situación de las niñas era peor aún, ya que vivían encerradas y en permanente preparación para casarse y servir al marido.

No podemos ignorar, sin embargo, los abusos sexuales a menores y su prostitución forzada, como uno de los capítulos más siniestros de la historia de la humanidad, hecho que se ha dado desde la antigüedad, en que se consideraba natural tomar a los menores como objetos sexuales, en prácticamente todas las culturas, lo que sigue suscitándose en la actualidad, a escala mundial y con verdaderas organizaciones criminales a nivel mundial, a lo que no están ajenos muchos miembros de la Iglesia Católica.

III.- DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA NIÑEZ

3.1. Ámbito nacional

La Constitución Política de 1993, establece en su Artículo 1°. “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el Artículo 2°, precisa, entre otras cosas, que “Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
(...)
22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Por su parte, el Artículo 4°, señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

(...)”

3.2. Tratados Internacionales

A) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos,

establece los Derechos del Niño en su Artículo 19, señalando “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

B) La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia:

1. El niño

Ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

2. El niño

hambriento
debe ser alimentado;
el niño enfermo
debe ser atendido;
el niño deficiente
debe ser estimulado;
el niño desadaptado
debe ser reeducado;
y el huérfano y el abandonado
deben ser recogidos y ayudados.

3. El niño

Debe ser el primero
en recibir socorro en caso de calamidad.

4. El niño

debe ser puesto en condiciones
de ganarse la vida,
y debe ser protegido
de cualquier explotación.

5. El niño
debe ser educado
en el sentimiento de que tendrá que poner
sus mejores cualidades
al servicio de sus hermanos”⁵.

C) Declaración de los Derechos del Niño

Bajo los Considerandos que:

“...la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,” y “...que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

La Asamblea General, proclama la “...Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:”

“(...)

Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

5 BOFILL, April y COTS, Jordi: (1999) La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. Comissió de la Infància de Justícia i Pau. Barcelona.

(...)

Principio 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

(...)"

D) Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Señala en su Preámbulo:

“Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del

Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

(...)”

Define al niño en su Artículo 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

El Artículo 11, respecto a la presente investigación, establece “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.” Por su parte, el Artículo 19, precisa:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Finalmente, el Artículo 34, establece:

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

IV.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Según la Defensoría del Pueblo⁶, “Con la aprobación del Código de los Niños y Adolescentes (1992), el Estado peruano inició la implementación de las obligaciones previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño. A través del referido Código se creó el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente (Snaina), como sistema encargado de dictar las políticas nacionales y coordinar los planes, programas y acciones de las instituciones públicas y privadas dirigidas a los niños y adolescentes. Asimismo, introdujo a las Defensorías del Niño y Adolescentes como un servicio encargado de resguardar y promover los derechos reconocidos a favor de los niños, niñas y adolescentes”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha señalado que “...teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4° de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos, debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad”⁷.

6 Defensoría del Pueblo: (2013) ¡Fortalezcamos las Demuna! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Serie Informes Defensoriales – Informe N° 164.

7 Tribunal Constitucional: Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC. Declara infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley N°

De acuerdo a los preceptos constitucionales y a los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, la protección del menor debiera ser una prioridad como política de Estado.

Sin embargo, observamos que junto a tales instrumentos, existe una grosera diversidad y amplitud de disposiciones administrativas que agravan la situación de los menores de edad víctimas del delito de violación sexual.

Sin embargo, nuestra preocupación se centra en los procedimientos a que son sometidas las víctimas, la que encaramos desde el ámbito constitucional, atendiendo a que toda sociedad está en la obligación de preservar la integridad física y mental de las personas más débiles y porque, además, la niñez constituye el futuro de la patria.

En ese sentido, lo expuesto respecto a los preceptos constitucionales protectores de la niñez y las obligaciones contraídas por nuestro país a través de los Tratados Internacionales, deben hacernos reflexionar sobre lo que acontece con las víctimas del atroz delito de violación sexual.

Ocurrido el hecho, dichas víctimas son sometidas a tratos que deben ser considerados vejatorios y que, por sí mismos, atentan contra el interés superior del niño desde la etapa de la investigación policial.

En efecto, la propia Defensoría del Pueblo⁸, en un estudio realizado sobre 215 expedientes en 82 Juzgados Especializados en lo Penal de varias regiones del país, encontró que:

1. Durante el desarrollo de la diligencia de declaración de la víctima se formularon preguntas prejuiciosas o impertinentes referidas a su vida sexual, o al número de veces en que fue agredida sexualmente por el mismo agresor.
2. Poca costumbre que tiene la policía de ordenar como prueba la inspección ocular en los casos de delitos sexuales.

28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Fundamento 116.

8 Defensoría del Pueblo: (2007) La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Informe Defensorial N° 126.

3. La ausencia del Ministerio Público tanto en la diligencia de declaración de la víctima como en la del investigado, más allá del incumplimiento expreso de la ley, estaría revelando una escasa preocupación en el desarrollo de las investigaciones y, por ende, en el esclarecimiento de los hechos que son materia de estas.
4. El fiscal de familia no cumplió con remitir el informe al fiscal penal.
5. Incumplimiento de lo establecido en el artículo 144° del NCNA que señala la obligación del fiscal de familia de ordenar la evaluación clínica y psicológica de la víctima, habiéndolo hecho el juez penal.
6. Bajo porcentaje de exámenes psicológicos practicados que estaría revelando, por un lado, la escasa importancia que los operadores del sistema de administración de justicia brindan a las consecuencias psicológicas del hecho delictivo y, por otro, la poca utilización de un importante elemento de prueba que permitiría afirmar en gran medida la verosimilitud de los relatos de las víctimas o de los presuntos autores.
7. Las víctimas de delitos sexuales menores de edad se encuentran en mayor situación de indefensión que los supuestos agresores o denunciados los cuales incluso tienen, en mayor proporción, abogados particulares.
8. El resultado de una investigación policial consta en un parte o atestado policial. Sin embargo, cabe precisar que las conclusiones a las que arriba la autoridad policial no poseen efectos vinculantes para el fiscal, el cual puede discrepar en la interpretación de las actuaciones o en la calificación realizada por la policía.
9. No se mantiene en reserva la identidad de la niña, el niño o el adolescente víctima de delito sexual.
10. Los procesos penales sumarios por delitos sexuales en agravio de menores de edad tienen una duración que supera el triple del plazo legal máximo.
11. El fiscal que interroga a la víctima (fiscal de familia) no es el mismo que aquel que interviene en la instructiva.
12. El juez omite ejercitar sus potestades coercitivas para asegurar la concurrencia del procesado a las diligencias ordenadas por él y, de esta manera, el éxito del proceso.
13. La principal fuente de prueba (la víctima) no es asegurada a efectos de que coadyuve a la investigación del hecho ilícito, mediante la adopción de medidas de protección de oficio.

14. Escasa utilización de medios de prueba como la reconstrucción de los hechos o la inspección ocular que pueden ser ordenadas y practicadas sin la presencia efectiva de la víctima, aunque sí de su defensa.
15. Escaso porcentaje de víctimas menores de edad de agresión sexual que se constituyen en parte civil.
16. Situación de desventaja de las víctimas menores de edad con relación a su acceso efectivo al servicio de asistencia jurídica (sea particular o de oficio) durante el proceso penal.

V.- EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud el abuso sexual de los niños es: “involucrar a un niño en una actividad sexual que él o ella no comprenden enteramente, sobre la cual es incapaz de dar un consentimiento informado, o para la cual el niño o niña no está preparado y no puede dar consentimiento, o que viola las leyes o tabúes sociales. El abuso sexual de los niños se evidencia por esta actividad entre un niño y un adulto o con otro niño quien por su edad o desarrollo tiene una relación de responsabilidad, confianza o poder. Actividad que intenta gratificar o dar satisfacción a las necesidades de otra persona. Esto puede incluir pero no se limita a: inducir u obligar a un niño en una actividad sexual ilegal, el uso de un niño con fines de explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, el uso de un niño con fines de explotación en espectáculos y materiales pornográficos”⁹.

En otro informe, la Defensoría del Pueblo precisa que “La violencia sexual es una actividad delictiva y uno de los problemas más dramáticos de nuestra sociedad. A pesar de sus graves consecuencias en las víctimas y en sus entornos familiares, estos delitos no son comprendidos en toda su gravedad y con frecuencia se silencian o se abordan incorrectamente derivando en una inaceptable impunidad.

La violencia o abuso sexual contra menores de edad se define como todo acto o actividad sexual, que una persona adulta impone a un niño o niña, quien evidentemente no está en las condiciones de entenderlo y defenderse. Estos

9 Defining Child Maltreatment, Organización Mundial de la Salud.

actos se realizan mediante el engaño, la fuerza o el chantaje, aprovechando un vínculo de autoridad, ascendencia o confianza que le une a la víctima. La agresión va desde las miradas, palabras, mostrar imágenes, hacer tocamientos, provocar roces, hasta la penetración o violación, pero muchas veces, salvo la penetración, estos actos no son entendidos como abuso sexual. El delito de violación sexual se define también como el acceso carnal cometido con violencia, abuso o amenaza de la persona, a causa de su edad, enfermedad o imposibilidad de defensa. Es esencialmente un acto de poder”¹⁰.

La Organización Paz y Esperanza, señala que “La violación sexual por sí misma, afecta no solo la integridad física de la víctima, sino también su dignidad, derecho fundamental protegido constitucionalmente y que responde a la lógica de que ninguna persona, sea cual fuere su raza, condición social o moral, su edad, su sexo, puede ser sometida contra su consentimiento, o asaltada en su buena fe mediante engaño, a trato sexual alguno, sin que ello no corra un interés de la vida en sociedad: la libertad sexual y la indemnidad sexual”¹¹.

Según la Alta Misión para Refugiados de las Naciones Unidas, el abuso sexual de niños consiste en “cualquier acto donde un niño es utilizado para gratificación sexual. Cualquier interacción / relación sexual con un niño.” Esta puede ser perpetrada por “alguien de confianza del niño, incluyendo padres, hermano, un miembro de la familia extendida, amigo o extraño, profesor, persona adulta, protector o cualquiera que lo tenga bajo su cuidado, cualquiera en posición de poder, autoridad y control sobre el niño”¹².

De todo lo glosado, se infiere que el abuso sexual contra menores ataca derechos fundamentales constitucionalmente protegidos y cuya gravedad, frecuencia, extensión y violencia, alerta sobre un problema que el Estado debe enfrentar en forma eficaz acudiendo a todos los instrumentos legales a su alcance.

10 Defensoría del Pueblo: VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN AREQUIPA. Informe Defensorial N° 52. P. 7.

11 Abuso sexual de niños y adolescentes: http://www.pazyesperanza.org/news/abuso_sexual.pdf

12 “Sexual Violence: Types of Sexual and Gender Based Violence”, Capítulo 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR. P. 16.

Sin embargo, uno de las armas más poderosas para combatir este flagelo, lo constituye la prevención, cuyo radio de acción abarca diversos sectores del Estado y de la sociedad civil.

En efecto, la cárcel es el último recurso y, hasta donde la experiencia nos dicta, el menos eficaz, porque quienes han sufrido una larga carcelería por el delito de violación sexual de menores, no salen regenerados del penal.

En cambio, acciones de prevención y otras medidas de orden disuasivo, con seguridad aportarán mayores beneficios.

VI.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Lo expuesto a través de la presente investigación nos permite afirmar que en el delito de violación sexual de menores se producen situaciones que lesionan derechos fundamentales de los menores.

En efecto, de acuerdo a lo señalado por la Defensoría del Pueblo, a pesar de lo sensible que resulta la lesión sufrida para las víctimas, estas no encuentran en el Estado la comprensión y respecto que merecen.

La Policía Nacional, al momento de recibir la denuncia, asume una actitud burlona que menoscaba la moral de personas inocentes; los peritos de Medicina Legal, demuestran una conducta endurecida y poco comprensiva con el sufrimiento de las víctimas y, por último, a nivel de la investigación fiscal y judicial, nuevos maltratos y exposición a situaciones humillantes y vergonzosas se presentan para las víctimas.

Durante el proceso, la situación se agrava, porque las víctimas, en la mayoría de casos, no cuentan con dinero para pagar los servicios de un defensor y, casi nunca, se constituyen en parte civil.

Culminado el proceso, si bien las penas aplicadas a los inculpados reflejan lo establecido en el Código Penal, la reparación civil establecida por el juzgado, resulta diminuta.

Todo ello, revela que a las víctimas del delito de violación sexual les están limitados los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia letrada gratuita para las víctimas menores de edad y a una reparación oportuna y adecuada.

Lo expuesto, nos permite comprobar que con posterioridad a la comisión del delito de violación sexual, se produce una sobrevictimización que se inicia desde la denuncia policial y continúa durante el proceso judicial.

Otra situación que afecta el derecho de las víctimas está referido a que, rara vez, los jueces disponen el tratamiento psicológico, a fin de ayudarlas a superar la situación emocional.

De lo expuesto, se puede apreciar que el proceso administrativo disciplinario ha sufrido una lenta evolución, la que continúa en la actualidad, a tal punto que ha dado origen a una variada legislación que en lugar de contribuir a unificar criterios y afrontar con eficacia la conducta funcional de los servidores civiles y luchar contra la corrupción, lo que hace es parcelar la realidad, haciendo privativo de autoridades y sectores lo que debiera ser la expresión del poder punitivo del Estado de una manera clara y definitiva.

Si bien manifestamos nuestro acuerdo con que el proceso administrativo disciplinario sea tratado con rigurosidad, también debemos precisar que la unicidad de criterios y la oportunidad para su resolución son elementos de vital importancia.

En ese sentido, resulta lesivo tanto para la entidad como para el procesado que las entidades actúen con tanta negligencia al dilatar excesivamente la resolución de los procesos y que el Tribunal del Servicio Civil, mientras aplica el principio de inmediatez, se tome casi dos años para resolver las apelaciones, como tampoco es admisible que por ley se otorgue a la Contraloría General de la República pronunciarse en plazo tan excesivo.

La salud moral de la Administración Pública, tan reclamada en los discursos políticos, se ve empañada con disposiciones de esa naturaleza.

CONCLUSIONES

1. El delito de violación sexual de menores constituye una permanente preocupación de la ciudadanía debido a su alarmante incremento.
2. Desde el punto de vista de la estadística del delito, podría considerarse que su incremento es producto de la globalización, los cambios en la sociedad y hasta la relajación de los valores.
3. La investigación del delito de violación sexual de menores, desde el punto de vista científico, exige un abordaje, teórico, constitucional, jurídico, antropológico, sociológico y psicológico, pues sus causas están enclavadas en graves distorsiones sociales que condicionan conductas antisociales con grave deterioro de la escala de valores.
4. A pesar del grado de dañosidad del delito de violación sexual de menores, se ha puesto en evidencia la desatención por parte del Estado de aspectos relacionados con el respeto y debido cuidado de interés superior del niño al momento de realizar la investigación del delito.
5. Nuestro sistema policial y judicial lesiona derechos fundamentales de las víctimas del delito de violación sexual, lo que resulta más grave en el caso de menores de edad, afectándose con ello el interés superior del niño.

Recomendaciones como producto de estudio

- Es necesario conformar cuerpos especializados en la Policía Nacional del Perú encargados de recibir las denuncias y realizar las investigaciones en el caso de los delitos de violación sexual.
- A nivel Fiscal y judicial, es preciso reforzar los conocimientos y sensibilizar a los operadores de justicia, a fin que comprendan la magnitud del daño provocado por el delito de violación sexual.
- Debe designarse un grupo de abogados de oficio que se especialice en la defensa de las víctimas del delito de violación sexual.
- Es preciso garantizar la presencia del Fiscal en todas las etapas de investigación.
- Durante todas las etapas de investigación, debe asignarse un Psicólogo para asistir a las víctimas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abuso sexual de niños y adolescentes: http://www.pazyesperanza.org/news/abuso_sexual.pdf
- ANNAN, Kofi A.: (2005) Historia de la infancia. <http://www.amnistia-catalunya.org/edu/es/historia/h-index.html>
- Concepción de la niñez en el correr de la historia. <https://www.ammado.com/nonprofit/50800/articles/8765>.
- BALLESTEROS MARTÍN, Antonio: (2009) “De la mente como tabla rasa a las competencias básicas” (Primera parte: La Teoría) Revista Digital del Centro del Profesorado de Alcalá de Guadaíra
- BOFILL, April y COTS, Jordi: (1999) La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. Comissió de la Infància de Justícia i Pau. Barcelona.
- Defensoría del Pueblo: (1999) La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana - Las voces de las víctimas. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 21.
- Defensoría del Pueblo: VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN AREQUIPA. Informe Defensorial N° 52.
- Defensoría del Pueblo: (2007) La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Informe Defensorial N° 126.
- Defensoría del Pueblo: (2013) ¡Fortalezcamos las Demuna! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Serie Informes Defensoriales – Informe N° 164.
- Defining Child Maltreatment, Organización Mundial de la Salud.
- JANETB: La teoría de John Locke de la Tabula rasa. http://www.ehowenespanol.com/teoria-john-locke-tabula-rasa-hechos_122396/
- “Sexual Violence: Types of Sexual and Gender Based Violence”, Capítulo 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR.
- Tribunal Constitucional: Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC. Declara infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Fundamento 116.

El bloque de constitucionalidad y la protección de los Derechos Humanos

José Antonio Ñique De la Puente*

Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
jniqued@yahoo.es

SUMARIO: Resumen. Abstract. Palabras Claves. Key Words. **1.-** Introducción. **2.-** Metodología y técnicas de investigación utilizadas. **3.-** Resultados de Investigación. **3.1.** El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia. **3.2.** La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina. **3.3.** La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú. **4.-** Interpretación de Datos. **CONCLUSIONES.** Recomendaciones. **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

* Docente Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

RESUMEN

El bloque de constitucionalidad es un conjunto de principios, valores y normas que sirven a la interpretación, razonamiento y argumentación del derecho constitucional en su integración al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Estas nuevas posibilidades, impensables en un sistema jurídico cerrado, tienen la característica fundamental en que colocan en primer lugar a la persona humana y su dignidad al momento de realizar el control de la constitucionalidad de las leyes (supremacía constitucional) y el control de convencionalidad a favor de los tratados internacionales de derechos humanos a partir de la Constitución francesa de la Quinta República (04.10.1958)

PALABRAS CLAVE

Bloque de constitucionalidad - paradigma constitucional - normas interpuestas - pro homine - garantismo y neo constitucionalismo- derecho internacional y derecho nacional interno nacional.

ABSTRACT

The constitutionality block is a set of principles, values and norms that serve the interpretation, reasoning and argumentation of constitutional law in its integration to the international law of human rights and international humanitarian law. These new possibilities, unthinkable in a closed legal system, have the fundamental characteristic in that they place first the human person and their dignity at the moment of realizing the control of the constitutionality of the laws (constitutional supremacy) and the control of conventionality to favor of international human rights treaties from the French Constitution of the Fifth Republic (10. 4.1958)

KEYWORDS

Block of constitutionality - constitutional paradigm - interposed rules –pro homine interpretation - garantism and neoconstitutionalism – international law and domestic national law

1.- INTRODUCCIÓN

El bloque de constitucionalidad y su influencia en la protección de los derechos humanos es un tema jurídico, histórico y comparativista que ha sido desarrollado originalmente en el constitucionalismo francés por vía jurisprudencial del Consejo Constitucional en 1971. Sus aspectos doctrinarios han sido desarrollados por Louis Favoreu y posteriormente, en sus grandes vertientes, por la justicia constitucional y los derechos humanos. Su aporte en el actual contexto del neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales orienta una línea en favor de la dignidad humana.

En el presente trabajo nos esforzamos por desarrollar conceptual y teóricamente el criterio de bloque de constitucionalidad y su papel dentro de la justicia constitucional comparada, interpretada sistemáticamente a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario, de la Carta del Medio Ambiente francesa del 01.03.2005, clave en la defensa de la naturaleza y de la casa común, en términos expresados por el papa Francisco.

Por otro lado, procuramos desarrollar la triple integración: Derecho constitucional, derechos humanos y derecho internacional hacia la defensa de un constitucionalismo garantista y principialista al servicio de una vida digna y democrática.

2.- METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

Se elabora un diseño de investigación teórico, histórico-jurídico, entre el derecho constitucional, los derechos humanos y la filosofía del derecho en la justicia constitucional, con un enfoque de triple integración sustentado desde el humanismo contemporáneo, utilizando los métodos exegéticos y dogmáticos, a partir de sus distintos enfoques comparativos y cualitativos.

Nos enfocaremos en investigar los presupuestos históricos, jurídicos y de derecho comparado del concepto bloque de constitucionalidad y su vínculo indelible de la protección de los derechos humanos, sobre todo después de la segunda guerra mundial, la derrota del nazifascismo, el desarrollo de las

fuentes del derecho internacional y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, empleando los métodos histórico, jurídico, dialéctico y los de la escuela histórica del derecho, así como la dogmática constitucional y de los derechos humanos.

3.- RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

El bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos:

1. El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia. 2. La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina. 3. La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú.

3.1. El origen y antecedentes del bloque de constitucionalidad en Francia

Según el panorama del derecho constitucional contemporáneo de Paolo Biscaretti di Ruffia¹, se toma a la revolución francesa como tránsito de la monarquía absolutista a la República, antecedida por el movimiento intelectual y filosófico de la ilustración, que preparó las condiciones subjetivas y las mentalidades y sentimientos de transformación concretados en la Toma de la Bastilla del 14 de julio de 1789, que se enarboló con la prédica de la búsqueda de la felicidad, la defensa y protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, diseñados magistralmente en los 17 artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobados en la Asamblea Legislativa francesa, el 26 de agosto de 1789, precisando que colocaron como *norma normarum* o norma de normas, el art. XVI de la citada Declaración: “En aquella sociedad donde los derechos de las personas están garantizados y donde no se da la separación de poderes, ese Estado no tiene una Constitución.” Casi dos siglos después y por razón histórica constitucional se crearon a partir de la Constitución de 1958, las cláusulas de referencia, los paradigmas constitucionales, parámetros o normas interpuestas, pero figurando siempre en primer lugar la “Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”, con el significado iusnaturalista de ciudadano,

1 Ver: Biscaretti di Ruffia, Paolo (1996) *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México D.F. FCE. Pág.62 y ss.

miembro de la comunidad política en el sentido de Michel Troper², sobre el concepto de ciudadano en la Francia revolucionaria.

El bloque de constitucionalidad advertido por vía jurisprudencial por el Consejo Constitucional francés el 16 de junio de 1971, es el resultado de la lucha por los derechos fundamentales y una nueva ilustración que elevó la conciencia y sensibilidad de los constitucionalistas y el pueblo galo luego de la invasión nazi.

La fuerza principista, normativa y los valores que inspiran el bloque de constitucionalidad vienen de un bloque doctrinario expresado por la obra inspiradora de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789³ y tiene su punto más alto, en pleno siglo XX, con el general Charles de Gaulle, presidente de Francia, y su célebre discurso de Bayeux del 16 de junio de 1946, donde anunció como debería ser la Constitución francesa, que va a tener su ensayo en la Constitución de la 4a República del 27 de octubre de 1946 y va a llegar a plasmarse recién con la de la 5a, del 4 de octubre de 1958⁴.

2 Ver.: Troper, Michel (2004). Ensayos de Teoría Constitucional. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Distribuciones Fontamara .México. Pág. 1969 y ss.

3 En: “Montesquieu, Rousseau y José Manuel de Sieyes. Pág. XVI y XVII del prólogo de Mario de la Cueva al libro de Sánchez Viamonte, Carlos (1956) “Los derechos del hombre en la Revolución francesa” UNAM. “...“El espíritu de las leyes”, el “Contrato Social” y “¿Qué es el Tercer Estado?” devinieron patrimonio de las masas, que recrearon en ellos su conciencia y sus sentimientos: “...esos tres libros fueron el manifiesto de la democracia y encarnan el anhelo de vida de los hombres y de los pueblos” (Mario de la Cueva. Op. Cit. Pág XVII del Prólogo). Todos los documentos que integran el bloque de constitucionalidad se inspiran en estas obras y su integración al Derecho internacional Público y a los Derechos Humanos en su proceso de universalización, internacionalización y positivación. “De los tres libros citados, el Contrato Social de Juan Jacobo es el que más íntimamente se adueñó del alma de los hombres de Francia; el contenido de ese libro forjó, pero era al mismo tiempo, parte de la manera espiritual de ser de la nación francesa” (Mario de la Cueva. Prólogo a la obra de Carlos Sánchez Viamonte. *Ibidem*) Más adelante expresa también que “El contrato social es la más grande y noble utopía de la época moderna, es quizá la utopía humana de todos los tiempos” (Op.Cit. Pág-XVII. Prólogo)

4 “Antaño, los griegos le preguntaron al sabio Solón: ¿Cuál es la mejor Constitución? “Contestó”. “Primero díganme para qué pueblo y época” Se trata del pueblo francés y de los pueblos de la unión francesa, de una época en suma difícil y peligrosa” <http://www.charles-de-gaulle.es/16-de-junio-de-1946-discurso-pronunciado-en-bayeux.html>. Consultada el 19 de marzo del 2017.

Acerca del génesis del bloque de constitucionalidad debemos precisar que es “jurisprudencial primero, puesto que, por su decisión del 16 de julio de 1971 “Libertad de asociación”, el Consejo Constitucional reconoce sin ambages que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, a los que se remite también el Preámbulo de la Constitución de 1958, forman parte de las normas constitucionales de referencia y pueden ser así invocadas en el marco del control de constitucionalidad”⁵.

Esta jurisprudencia incluye la defensa de las libertades y los derechos del hombre y del ciudadano, fundamento del constitucionalismo francés (Constitución de 1791 que los incluye), lo mismo en los principios del preámbulo de la Constitución de 1946 y las cláusulas de remisión del preámbulo de la Constitución de la 5a República, en un verdadero encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos inspirados por Charles de Gaulle y por la influencia de su mano derecha, Michell Debré.

El bloque de constitucionalidad o paradigma de constitucionalidad, o para otros, llamado también de supralegalidad, originalmente según Louis Favoreu, proviene del derecho administrativo. Está en Maurice Hariou⁶ como bloque de legalidad, pero a raíz del desarrollo del constitucionalismo clásico post segunda guerra mundial y con la cuestión de Argelia y los movimientos de liberación nacional, se procuró garantizar el republicanismo neopresidencialista y la garantía de los derechos humanos continuando en el siglo XX, el siglo de las luces, en una “nueva dialéctica de la ilustración” convirtiéndose en un bloque jurídico y político que blinda la defensa de la Constitución en materia de derechos fundamentales y de la dignidad humana.

5 Comparando “el papel del Consejo como garante de los derechos y de las libertades” <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentacion-general/presentacion-general.25785.html>.

6 “Es el llamado por Maurice Hariou bloque de legalidad. No se trata sólo de lo que dice a ley formal-aquella producida por el poder legislativo-sino pro le entero ordenamiento jurídico” Romero Pérez, Jorge Enrique (1999) Derecho Administrativo General. EUNED San José de Costa Rica. Pág 63.

En la interpretación del derecho constitucional en Francia y en otros países donde el panorama del derecho constitucional comparado- término usado por Biscaretti- y de la ley en general, más allá de las diferentes denominaciones o interpretación de lo que para Francia es el bloque de constitucionalidad, es ahora *mutatis mutandis*, utilizando en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como control de convencionalidad, complementando el control de constitucionalidad, en el criterio de *judicial review* o del control concentrado desarrollado por Hans Kelsen⁷.

Todos los métodos de la interpretación de la ley son necesarios pero insuficientes como explicaba Eduardo Ferrer Mc Gregor en su interpretación constitucional, en francés, nos sirve para las cuestiones prioritarias de constitucionalidad en otros lugares y en el Perú para la justicia constitucional y en nuestro código procesal constitucional (art.79) como principios de interpretación para apreciar la validez constitucional de las normas, el tribunal constitucional considera además otras normas.

El bloque de constitucionalidad comprende los principios, normas y valores como los tratados internacionales de derechos humanos del derecho internacional humanitario, incorporándolos a los derechos internos de los Estados, siguiendo la tesis de Hans Kelsen del monismo internacionalista, con predominio del derecho internacional sobre el derecho interno o nacional, para lograr el Sistema de Naciones Unidas⁸.

El Medio ambiente en Francia, en el preámbulo de la Constitución, dentro de la política de Naciones Unidas, adoptada por Francia "...de una estrategia más global de desarrollo sustentable, frente a desafíos económicos y sociales de los "factores reales de poder" señalados en 1863 por Ferdinand

7 Ahora que el derecho constitucional se ha internacionalizado en el sentido del término utilizado por Martín Kriele: *Rechsts-gewinnung*, que debe ser entendida con una categoría englobante de los términos *Auslegung* (interpretación en el sentido de comentario) y *Rechtsergänzung* (acción de completar el derecho) (Miele, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*. pág.13.Citado por Gregorio Robles. *Epistemología y derecho*. 1982. Pág.105.)

8 Ver: Kelsen, Hans.(2009) *Teoría Pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires. Pág. 157 y ss.

de Lassalle, aprobando Francia, según su embajada en México⁹ medidas nacionales a favor del medio ambiente, constitucionalizando derechos fundamentales no numerados de la novena enmienda de la constitución americana o Derechos humanos de la tercera generación en la terminología de los derechos fundamentales.

Introduce así la Carta del Medioambiente como Preámbulo de la Constitución por la Ley N° 2005-205, del 01 de marzo de 2005, habiendo sido elaborada el 2004, señalado los derechos y deberes en materia ambiental, en 10 artículos inspirados en los principios de la Agenda 21, en la Conferencia de la Tierra del 5 al 9 de junio de 1992, logrando una verdadera transformación jurídica de la protección de los derechos medio ambientales de la humanidad, y como parte del bloque de constitucionalidad con efectos sobre todo el constitucionalismo contemporáneo, a saber “ los principios de precaución, de acción preventiva y de corrección, del contaminador –pagador y el de participación informativa”¹⁰.

En adelante toda tónica y argumentación jurídica en materia de la abogacía y políticas de protección del ecosistema necesariamente tiene en el bloque de constitucionalidad francés, su inspiración y parte de los bloques de constitucionalidad que en el mundo incluyen los tratados internacionales de derechos humanos y la protección de la casa del hombre y los derechos de la naturaleza, como inherentes a la defensa de la dignidad humana, como lo señala la Declaración de Gijón, en la búsqueda de “un medio ambiente para el mañana”¹¹.

Se incluye en el parámetro de constitucionalidad, denominado por el Consejo Constitucional francés, bloque de constitucionalidad, la Carta del Medio Ambiente del 1 de marzo del 2005, la protección de la naturaleza, que

9 En: www.ambafrance-mx.org El medioambiente en Francia. Consultado el 19 de marzo de 2017.

10 www.ambafrance-mx.org El desarrollo sustentable, marco de la política ambiental nacional. Consultado el 19 de marzo de 2017.

11 En la Declaración de Gijón se llama a propiciar el respeto y protección de la dignidad humana y de la biósfera, aprobada como compromiso universal por la dignidad humana en Gijón (España) el 4 de octubre del 2002 en el II Congreso Mundial de Bioética.

aplican principios y normas *ius cogens*, art 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Estados del 23 de mayo de 1969, obra de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU¹².

Sobre el origen histórico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las influencias de este catecismo de los derechos fundamentales encontramos la polémica en la obra de Georg Jellinek, escrita en 1895 y la postura de Emile Boutmy¹³, y la protección internacional de los derechos humanos más allá de las fronteras, reinos o naciones, basado en la unidad esencial del ser humano anunciada en Salamanca en el siglo XVI andaluz y castellano por el canonista Francisco Suárez (1548-1617), en su obra *De legibus ac Deo legislatore*.

El derecho internacional público, desde la antigüedad en Mesopotamia o en los hebreos, griegos y en la humanitas romana, va a encontrar lo que en la modernidad denominó Emmerich de Vattel principios *ius cogens*, que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU positivizó en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados celebrado entre Estados como principios y normas imperativas del Derecho Internacional que integran el bloque de constitucionalidad como normas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Francisco Rubio Llorente, expositor inicial del concepto francés bloque de constitucionalidad, en obra conjunta con Louis Favoreu, explica cómo se integra con distintas variantes al derecho constitucional español, afirmando: “El bloque de constitucionalidad con independencia de la forma que revisiten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de las

12 En nuestro país el gran poeta César Vallejo es considerado el precursor de la protección del medio ambiente en su obra “El Tungsteno” (Editorial Cenit, Madrid.1931) donde los heraldos negros de la minería de Quiruvilca como los heraldos negros nos mandan la muerte.

13 Para Georg Jellinek tiene origen anglo-norteamericano con la Declaración del Gran Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Declaración de independencia de EEUU del 4 de julio de 1776 o el Bill of Rights, del 13 de febrero de 1791; para E. Boutmy, es fundamental la influencia de Juan Jacobo Rousseau y su obra el Contrato Social. Principios de Derecho Político publicados en 1762. Ver: Robles, Gregorio (1982) Epistemología y Derecho. Pirámide. Madrid. Capítulo VII Págs. 219 a 252.

Constituciones del Estado español como Estado compuesto”¹⁴ En el discurso antes señalado, el profesor Rubio señala que en “la doctrina francesa, la expresión *bloc de constitutionalité* se utiliza para designar un conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y los reglamentos parlamentarios. Este conjunto al que ya alude una decisión del 1966 está integrado en todo caso por la Constitución, y por remisión del preámbulo de ésta, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente una declaración de derechos, sobre todo de carácter social (Decisión del 8 de julio de 1966, en *Recueil des decisions du Conseil Constitutionnel* (RDCC))¹⁵.

En los estudios de teoría del Derecho, en la cátedra de Introducción al Derecho, se explica la integración normativa en el contexto de la llamada pretensión positivista de la plenitud hermética del derecho, ahora llevada como principios, normas y valores en la defensa constitucional, en el control de la constitucionalidad de las leyes, con normas que integran la constitución material, más allá de la constitución formal, ahora con la doctrina constitucional de la 5ª República Francesa, podemos sostener que la Constitución no tiene lagunas ni deficiencias ni defectos, pues ellos se superan por el sistema de fuentes, como en la obra de Ignacio de Otto o la de Antonio Enrique Pérez Luño¹⁶, donde se afirma que existe una plenitud hermética del sistema de fuentes de la constitución a partir de la doctrina y la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad con diferentes criterios: el bloc, bloque de constitucionalidad, parámetro, paradigma de constitucionalidad, normas de referencia o cláusulas de referencia, normas interpuestas o herramienta clave.

El constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá ha considerado con precisión el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales “entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente cons-

14 Francisco Rubio Lorente en: .El bloque de constitucionalidad, dedicado a Eduardo García de Enterría.Pág.24. En: Revista Española de Derecho. Año 9.Número 27.Septiembre-Diciembre 1989.Pág. 24.

15 En: Francisco Rubio Llorente. Op, cit. Pág 15.

16 Ver: Pérez Luño, Antonio Enrique. (2011) El desbordamiento de las fuentes de derecho. Editorial La Ley. Madrid.

titucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto del derecho convencional como el consuetudinario) y los derechos implícitos expresamente incorporados por esta vía¹⁷.

Para Louis Favoreu, la idea de bloque "...evoca la de solidez y unidad. A veces se define un bloque como un conjunto que no puede ser escindido, dividido" (...) "se ha utilizado comúnmente en la doctrina ... Francois Luchaire prefería emplear la palabra supralegalidad"¹⁸ Las herramientas clave del referido bloc o bloque de constitucionalidad son los principios fundamentales que son los derechos humanos, el derecho internacional público con las normas *ius cogens* y su conjunto de principios, normas, valores e instituciones que sostienen la protección y desarrollo de los derechos humanos.

El bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, es el señalado por la Constitución francesa de la 5a República, del 4 de octubre de 1958; en sentido estricto, está constituido por los principios y normas que no figuran en la Constitución formal, pero pertenecen al bloque de constitucionalidad como premisas o paradigmas del derecho internacional de los derechos humanos, desarrollándose junto al derecho internacional humanitario, principios y normas imperativas o *ius cogens*, para proteger la dignidad humana

17 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008) Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. Revista *Ius et Praxis*. Año 14.Nº 2: 561-589. Recordamos la superación en las fuentes de los derechos humanos, la era Pinochet y la Caravana de la Muerte, cuando los tanques y la represión bombardeaban el Palacio de la Moneda y el pueblo de Chile, el bloque de constitucionalidad incorpora normas *ius cogens* o imperativas con validez internacional para garantizar el orden constitucional y los derechos humanos. Lo mismo es las reformas constitucionales en Argentina en 1994 que nos hacen recordar el 41º aniversario del golpe militar del general Rafael Videla el 24 de marzo de 1976, con las violaciones sistemáticas a los derechos humanos relatados en tantos documentos como el informe Sábado "Nunca Más", la llamada Enciclopedia del horror y la vesania, ahora podemos en el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales.

18 Louis Favoreu. El bloque de constitucionalidad. Revista del Centro de estudios Constitucionales. Número 5. Enero-marzo.1990.pág. 47. Más adelante Favoreu escribe que "... en 1989, el bloque de constitucionalidad stricto sensu se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las "leyes de la república" en la medida que sean portadores de "principios fundamentales" (Louis Favoreu. El bloque de constitucionalidad.pág.49)

expresada en el principio *pro homine*, pues la dignidad humana es más que un derecho, es el fundamento de todos los derechos.

Asimismo produce integración en un nivel de control de constitucionalidad y de convencionalidad a través de la interpretación del artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969); influye y trasciende el ordenamiento jurídico nacional a nivel constitucional del derecho penal, civil, administrativo y procesal en la lucha contra la impunidad y la corrupción.

El bloque de constitucionalidad es la herramienta clave de la defensa constitucional y de la protección de los derechos fundamentales, pero necesita de un Estado Constitucional que supere los abismos sociales y que genere una Constitución material a la vez que formal, en un Estado social como lo expresó Herman Hesse, los que inspiraron en México, los principios de la Constitución de Querétaro, del 5 de febrero de 1917.

3.2. La recepción e influencia del bloque de constitucionalidad en España y América Latina.

En España, al fallecer el generalísimo Francisco Franco se inicia la transición hacia un régimen constitucional democrático de derecho, que se plasma con la aprobación de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978, vigente desde el 29 de diciembre del mismo año, estableciendo en la norma suprema un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes: El Tribunal Constitucional (Título IX, arts. 159-165)

Con criterios y matices distintos fue recepcionado por la Constitución española de 1978, en la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional cuando el constitucionalismo ibérico, puso como señaló Eduardo García de Enterría a la Constitución como norma y el tribunal constitucional difundió en América Latina y otros continentes.

En la doctrina de los constitucionalistas y juristas españoles como Francisco Rubio Llorente, que escribe una obra junto a Louis Favoreu sobre el bloque de constitucionalidad francés señalando sus diferencias pro vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España (Sentencia 10/1982 del 23 de marzo. BOE. Núm.95, de 21 de abril de 1982) ECLI.Es.TC.1982.10

El pleno del Tribunal Constitucional compuesto entonces por Manuel García-Pelayo y Alonso como presidente y otros ilustres magistrados pronuncian en nombre del Rey la sentencia pertinente en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente de gobierno contra la ley 6/1981, del 19 de junio, de la Generalitat de Catalunya, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión española en Cataluña, en sus artículos 1.2, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 y 11; disposición adicional y transitorio compareciendo el Parlamento de la Generalitat de la Cataluña, representada por su Presidente y su Consejo Ejecutivo, siendo ponente el magistrado Antonio Truyol y Serra, quien expresa al parecer del Tribunal, en sus fundamentos jurídicos de la sentencia número 2 para interpretar debidamente la normatividad aplicable al caso, el bloque de constitucionalidad que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada hay que partir del hecho de que la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que estos determinan las competencias autonómicas.

Es en la vía de sentencia del Tribunal Constitucional de España que se invoca por primera vez en el sistema de fuentes de España, el concepto de bloque de constitucionalidad. Esta sentencia influye en Europa para la defensa constitucional de la noción del bloque constitucional en Portugal, en vigor desde 1976, con las modificaciones, del art.8, por el cual las normas de derecho internacional forman parte íntegramente del derecho portugués.

En Italia, el constitucionalismo italiano de la Constitución del 1º de enero de 1948 para superar su falta de eficacia advertida por Piero Calamandrei en su libro *La Constitución inactuada*, también incluyó dentro del control constitucional el bloque de constitucionalidad.

Luego el bloque de constitucionalidad con sus variantes ha llegado a América Latina en un proceso doctrinario legislativo, constitucional y jurisprudencial como fenómeno de recepción selectiva en medio de las oleadas jurídicas empleando los conceptos de don Jorge Basadre en los Fundamentos de Historia del Derecho.

La Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947 y que entró en vigor el 1º de enero de 1948, y actualizada con las sucesivas modificaciones constitucionales establece en el Título VI. De las

Garantías Constitucionales, en la sección I del tribunal constitucional en los arts. 134 al 137, para “la interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal” En Colombia, la Corte Constitucional en su sentencia C-225/95 derecho internacional humanitario naturaleza imperativa/ *ius cogens* art.53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

“La imperatividad de esta normatividad (derecho internacional humanitario) no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario” señalando la Corte Constitucional la definición del bloque de constitucionalidad que “está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional son utilizados como parámetros de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”¹⁹.

Es a partir de 1999 que la Corte Constitucional adoptó el concepto de bloque de constitucionalidad, favorecidos positivamente por los arts. 9, 93, 94, 214.2, 53, 102.2 de la Constitución de 1991 (República de Colombia-Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067/07Bloque de constitucionalidad. Concepto.

En México, el bloque de constitucionalidad no busca combatir el principio de supremacía constitucional “...podría concebirse más bien como una confirmación del valor supremo de la Constitución” “considerando que el objetivo de la remisión es dotar de valor constitucional a dichas normas”²⁰

19 “Son pues verdaderos principios y reglas de vida constitucional” señalando luego a la prevalencia de tratados de derechos humanos la Corte Constitucional de la República de Colombia (La corte Constitucional de Colombia con su presidente José Gregorio Hernández Galindo y los ilustres magistrados en Santa Fe de Bogotá, 18 de mayo de 1995. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.html “La noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que un texto constitucional dado que existen otras disposiciones contenidas en otros instrumentos o recopilaciones que también son normas” *Ibidem*

20 <http://www.reformadh.org.mx/reformadh/index>.

La revolución mexicana de 1910 se consagró jurídica y constitucionalmente en la Constitución de Querétaro del 5 de febrero de 1917, que antecedió a todas las Constituciones del mundo en afirmar un Estado Social de derecho basado en el trabajo, obra de una transformación histórica y social de México que influyó en nuestro constitucionalismo. Al cumplirse el centenario de la constitución de Querétaro, el 5 de febrero de 1917, que estableció un Estado Social de Derecho, concretando ideales de la revolución agrarista mexicana en las reformas constitucionales del bloque de constitucionalidad es pertinente recordar que “...el alcance y valor constitucional no derivan del uso del concepto bloque de constitucionalidad sino de la cláusula de remisión” “es una mera herramienta descriptiva y no prescriptiva²¹”

Encontramos que en los juristas de la reforma se desarrolló el principio favor persona o *pro homine*, junto a la tesis monista en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, basados también en normas imperativas de la comunidad internacional o *ius cogens*, art. 53 de la Convención de Viena. Derecho de los Tratados Internacionales entre Estados del 23 de mayo de 1969.

En Ecuador, la Constitución de la República de Ecuador, en el título IX Supremacía de la Constitución, establece un Estado Constitucional de derechos y justicia, en la interpretación de Danilo Alberto Caicedo Tapia²² Asimismo Andrés Martínez Moscoso señala que Ecuador ha optado por un “monismo moderado” donde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se encuentran al mismo nivel²³.

21 www.2sejm.gob.mx/red/coordinación/Bloque%constitucionalidad.pdf. Pág 20 Sobre las reformas de los derechos en México.

22 Ver: Caicedo Tapia, Danilo Alberto. El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Más allá de la Constitución. Foro. Revista de Derecho N° 12 UASB. Ecuador/CEN. Quito. 2009. Foro 5 <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>

23 “En la Constitución ecuatoriana la integración del bloque de constitucionalidad... en los artículos 11, numeral tercero, 417, segundo inciso, 426 y 436, numeral quinto... se confirma la interacción que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional”. En: Martínez Moscoso, Andrés. El Mercurio. Diario Independiente de Cuenca. Publicado el 2012/01/17. Consultado el 19 de marzo de 2017.

En nuestros países, la influencia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales celebrados entre los Estados de 1969, arts. 26 y 27, han influido en el desarrollo del derecho constitucional con nuevos criterios basados en principios y valores de un garantismo de los derechos fundamentales, de los derechos de los pueblos indígenas y de los Convenios de la OIT (Organización Internacional de Trabajo) en la línea de predominio del derecho internacional sobre el derecho interno, que según la pirámide de Hans Kelsen y Adolf Merkl- su discípulo- en algunos casos se ha ampliado en el vértice superior al incluir el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, teniendo presente la sentencia de Núremberg y el acta de la Asamblea General de la ONU en París, el 11 de diciembre de 1946, donde las sentencias generan principios, doctrina y jurisprudencia internacional, erga omnes y se integran en el art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexa e integrante de la Carta de San Francisco del 26 de junio de 1945.

3.3. La recepción del bloque de constitucionalidad en el Perú.

Las constituciones formales (hojas de papel) en Ferdinand de Lassalle, como expresión de los factores reales de poder en su libro de 1864 *¿Qué es una Constitución?*, conjuga muy bien con la Constitución semántica que describe Karl Loewenstein : Es por ello necesario un sistema que posea un bloque de constitucionalidad por normas interpuestas o de remisión, o parámetros de constitucionalidad que servirán para hacer posible desarrollar un Estado de Derecho que supere las desigualdades humanas²⁴,() y hacer posible desarrollar un Estado de derecho en países donde en todo caso es “derecho de estado” para poder junto a un Estado activo de bienestar, hacia un Estado constitucional y de justicia con el derecho al buen vivir de nuestros pueblos (sumak kawsay)

Mediante el desarrollo constitucional y el desarrollo económico y social del Perú con el parámetro de constitucionalidad o las normas interpuestas, señalados por Ignacio de Otto²⁵ como normas interpuestas “a las que al

24 Duran Abarca, Washington (2012). Derecho constitucional y desigualdades humanas. CEPREDIM. Lima.

25 De Otto y Pardo, Ignacio (2005) Derecho constitucional y sistema de fuentes. Ariel. Barcelona

constitución atribuye la virtualidad de condición la creación de otras que, sin embargo son de un mismo rango”²⁶.

La Constitución Política del Perú incorpora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derecho Humanos y los convenios de OIT 151 sobre sindicalización en los arts. 105 con rango constitucional y en la Décimo sexta y Decimoséptima Disposición General y Transitoria de la Constitución peruana del 12 de julio de 1979²⁷.

En la polémica entre el derecho internacional público y su relación con el derecho, luego del nacionalismo prusiano con G.F.Hegel y el dualismo de H Trieppe se impone el monismo jurídico de Hans Kelsen, ya en la asamblea Nacional Constituyente de 1978 y 1979, con un monismo moderado, a decir del doctor Andrés Aramburú Menchaca, los ingleses ya en el siglo XVIII señalaban que el derecho internacional forma parte del derecho nacional; en Argentina, en 1874, el presidente Nicolás de Avellaneda ante el Congreso expresó que “Para nosotros los argentinos, el derecho internacional y los tratados constituyen la primera página de nuestra constitución.

El artículo 79, principio de interpretación prescribe: “para apreciar la validez constitucional de las normas, el tribunal constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas²⁸. El artículo 79 del Código Procesal Constitucional es una norma de remisión o parámetro que sirve como un factor de conexión para incorporar otras normas y para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona a los que implícitamente se refieren los tratados internacionales de derechos humanos.

26 Francisco Rubio Llorente señaló “no guarda parecido con la noción introducida por la doctrina francesa al referirse al *bloc de constitutionnalité*” Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00023-2007PI/TC Caso Federación de Docentes Universitarios y más de 5000 ciudadanos. Decretos de Urgencia N|033-2005 y 002-2006.

27 La Constitución promulgada el 29 de diciembre de 1993, en su artículo 55° incorpora los tratados de derecho internacional..

28 Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237. 28 de mayo 2004.)

El bloque de constitucionalidad se incorpora por recepción selectiva al derecho peruano por vía doctrinaria, por los principios generales del derecho y la jurisprudencia del tribunal constitucional.

En la historia del derecho peruano, incluyendo el derecho constitucional se han incorporado normas e instituciones de manera mecánica, o a decir de Jorge Basadre, como “un mosaico de importaciones “o, en palabras de Luciano Castillo Colonna, constituyente de 1931, producto de unas constituciones que se hicieron “a tijeretazos”, cuando debe ser una constitución viva y vivida, es decir existencial ,que se interiorice en la vida de la gente, como en la obra de Pablo Lucas Verdú, realizando una interpretación creadora o demiúrgica de las normas jurídicas y de las instituciones como alguna vez lo quiso el jurista de Roma, Vittorio Frossini.

Las Constituciones, como señaló el padre de la independencia americana, no son para los muertos sino para la vida. Debe ser una Constitución con un derecho vivo.

No podemos trasplantar instituciones sin adoptar creadoramente a la realidad del ordenamiento jurídico nacional, para desarrollar en el Perú el patriotismo constitucional, anunciado en 1822 por José Faustino Sánchez Carrión “una Constitución que descienda del cerebro a nuestros corazones”²⁹.

4.- INTERPRETACIÓN DE DATOS.

Es un tema clave en la defensa del estado constitucional y la protección de los derechos humanos, de gran relevancia teórica y práctica para el desarrollo de la ciencia jurídica del derecho constitucional y su aporte a la nación en la protección de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales. Es un tema central de gran dinámica en todas las facultades de derecho del mundo.

29 Destacamos dos investigaciones respecto a su aplicación y desarrollo en el Perú: el primero corresponde a Carpio Marcos, Edgar En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, ISSN 1870-8390, N°. 4, 2005, págs. 79-114.y el segundo a Meza Hurtado, Artemio Daniel. El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú? En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013.

El tema materia de investigación es fundamental para los fines de la justicia constitucional y la defensa de la persona humana y los pueblos, hacia un estado constitucional con una democracia sustantiva, representativa y participativa.

En toda argumentación jurídica y cada vez más en todos los campos del derecho, el bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos humanos están presentes; es necesario y útil en la interpretación, razonamiento y argumentación, cada vez más necesarias en el mundo jurídico y en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

CONCLUSIONES

1. El bloque de constitucionalidad está constituido por principios y normas de diversos documentos incluidos en la cláusula de referencia de la Constitución francesa, aprobada el 4 de octubre de 1958.
2. El origen republicano y de los derechos humanos en Francia tiene su fuente en la filosofía de la Ilustración y la Revolución francesa.
3. El bloque nace de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.
4. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fundamenta e inspira el Preámbulo de la Constitución de la IV República francesa del 27 de octubre de 1946.
5. Dialécticamente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano protege los derechos fundamentales de la persona, incluidos los no enumerados y su expresión más notable en la Carta de la Naturaleza del 1º de marzo del 2005, donde se defiende el Medio Ambiente.
6. El bloque de constitucionalidad es principialista y garantista y establece un Estado Constitucional producto de una dialéctica de la ilustración.
7. En Europa, particularmente en España, es una premisa o paradigma político y jurídico, y sirve para afirmar la Constitución de 1978, vía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con aspectos más amplios en Francia.
8. En América Latina, se recepciona especialmente en el constitucionalismo de países como Colombia, México, Ecuador, Chile, Argentina y Pa-

- namá³⁰, incidiendo en la protección y defensa de los derechos humanos y contra la impunidad.
9. Dos vías principales influyen la conformación y desarrollo del bloque de constitucionalidad, los principios y normas materiales, más allá del texto constitucional, y los tratados internacionales y la Convención de Viena sobre derecho de los trabajadores y la protección internacional de los derechos humanos.
 10. En el Perú, el bloque de constitucionalidad se concreta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el artículo 79 del Código procesal Constitucional, como referencia para otras normas y en la doctrina nacional.
 11. El bloque de constitucionalidad es una herramienta fundamental para la supremacía constitucional y el control de la convencionalidad de las leyes.
 12. Es una premisa o paradigma de principios y normas de valor constitucional, influenciadas por el garantismo y el principialismo constitucional para la defensa de la Constitución, para la interpretación constitucional.
 13. El bloque de constitucionalidad incluye los tratados internacionales de derecho humanos y de derecho internacional humanitario, a partir de los principios y sentencias del Tribunal Militar de Nüremberg para actuar contra la impunidad y desarrollar un Estado de los Derechos Humanos próspero, pacífico y plural.
 14. El bloque de constitucionalidad desarrolla el principio favor persona, a cien años de la Constitución de Querétaro (México, 5 de febrero de 1917)

RECOMENDACIONES

Incluir en una próxima Asamblea Constituyente las Bases Constitucionales de 1822, en su espíritu, como fundamento de nuestro constitucionalismo, adaptadas a nuestro tiempo y considerar a José Faustino Sánchez Carrión, el

30 Hoyos Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. En: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2994/3250> Consultado el 19 de marzo del 2017

Tribuno de la República, como padre fundador del constitucionalismo peruano. Incorporar en nuestro bloque de constitucionalidad, como paradigma, el preámbulo de la Constitución de 1979, como espíritu de nuestra Carta Fundamental, buscando un estado auténticamente constitucional y garantista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Sánchez, José (1998) *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid. Tecnos.
- Albanese, Susana (Coord.) (2008) *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.
- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto (1994) *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México D.F. Imprenta Universitaria UNAM.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2015) *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado Constitucional*. Madrid. Trotta.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2007) *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales*. Lima. Grijley.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo (1996) *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México D.F. FCE.
- Calamandrei, Piero (2013) *La Constitución inactuada. Estudio preliminar y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid. Tecnos.
- Cancio Fernández, Raúl C. (2011) *La heterogeneidad doctrinal en el Tribunal Supremo. Jurisdicción material universal como alternativa constitucionalmente viable*. San Vicente del Raspeig-Alicante. Editorial Club Universitario.
- Casas Farfán, Luis Francisco (2006) “Bloque de constitucionalidad: Técnicas de remisión de las constituciones modernas” En: *Provincia*. Núm., especial, Venezuela. Universidad de los Andes.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (1997) *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (2004) *La Constitución abierta y su interpretación*. Lima. Palestra.
- Duran Abarca, Washington (2012) *Derecho constitucional y desigualdades humanas*. CEPREDIM. Lima.

- Escobar Fornos, Iván (2006) *La justicia constitucional*. Managua. Hispamer.
- Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco (1991) *El bloque de constitucionalidad*. Madrid. Editorial Civitas.
- Favoreu, Louis. (1994) *Los tribunales constitucionales*. Ariel. Barcelona
- Fernández Rodríguez, José (2002) *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid. Tecnos.
- Fernández Segado, Francisco (2009) *La justicia constitucional. Una visión del derecho comparado*. 3 vols. Madrid. Dykinson.
- Ferrajoli, Luigi (2001) *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 2ª. Edición. Madrid. Trotta.
- Ferrer Mac Gregor (2002) *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México D. F. Fundap.
- Fournier Acuña, Fernando (2010) *Historia del derecho*. San José. Juri-centro.
- García de Enterría, Eduardo (1985) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Editorial Civitas. 1985.
- García Belaúnde, Domingo (2000) *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima. Grijley.
- García Belaúnde, Domingo (2001) *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá. Temis.
- Gialdino, Rolando E. (2013) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones* Prólogo de Antonio A. Cancado Trindade. Ed. Abeledo Perrot. 1ª edición. Buenos Aires. 2013.
- Henao Hidrón, Javier (2010) *Derecho procesal constitucional*. 3ª edición. Bogotá. Temis.
- Higuera Jiménez, Diego Mauricio. *Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina. Una propuesta de rigor y garantía*. Editorial Académica Española.
- Kelsen, Hans. (2009) *Teoría Pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires.
- Landa Arroyo, César (2011) *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México D.F. Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Editorial Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 45.
- Losano, Mario G. (1982) *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid. Editorial Debate.

- Molina Betancur, Carlos y otros (2006) Derecho Constitucional General. Medellín. Universidad de Medellín.
- Moreso, José Juan (2014) La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. Lima. Palestra.
- Nino, Carlos Santiago (2002) Fundamentos de Derecho Constitucional. Buenos Aires. Astrea.
- Palomino Manchego, Jose F. y Remotti Carbonell, José Carlos (Coord.) (2002) Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima. Grijley.
- Piniella y Sorli, Juan Sebastián (1994) Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias. Barcelona. Bosch
- Pozzolo, Susanna (2011) Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Lima. Palestra.
- Prieto Sanchís, Luis (2007) Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima. Palestra.
- Prieto Sanchís, Luis (2009) Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid. Trotta.
- Rey Cantor, Ernesto (2006) El bloque de constitucionalidad, Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. Revista de Estudios Constitucionales. Año, Vol.4. Núm.002. Chile. Centro de Estudios Constitucionales.
- Rey Cantor, Ernesto (2007) Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos (Colombia y Venezuela) Caracas. Universidad Andrés Bello.
- Rivera Santibáñez, José Antonio (2004) Jurisdicción constitucional. Cochabamba. Kipus.
- Robles, Gregorio (1982) Epistemología y derecho. Ed. Pirámide. Madrid.
- Romero Pérez, Jorge Enrique (1999) Derecho Administrativo General. EUNED San José de Costa Rica
- Rousseau, Dominique (2002) La justicia constitucional en Europa. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Sánchez Viamonte, Carlos (1956) Los derechos del hombre en la Revolución francesa. Prólogo de Mario de la Cueva. Edición de la Facultad de Derecho. UNAM. México.
- Tribe, Laurence H. y Dorf, Michael C. (2010) Interpretando la Constitución. Lima. Palestra.

- Troper, Michel (2004). Ensayos de Teoría Constitucional. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Distribuciones Fontamara .México.
- Uprimny Yépes, Rodrigo (2006) Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.
- Varios Autores (1998) La justicia constitucional a finales del siglo XX. Lima. Palestra.
- Zagrebelsky, Gustavo (2005) Historia y constitución. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid. Mínima Trotta.

“Derechos Humanos: Naturaleza, fundamentos, generaciones y su Constitucionalización”

Ramón Ramírez Erazo*

Profesor Principal de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
ramonramirezerazo@hotmail.com

SUMARIO: Resumen. Abstract. **INTRODUCCIÓN.** **1.-** Concepto de Derechos Humanos. **2.-** Las dimensiones de los Derechos Humanos. **3.-** Denominaciones. **4.-** Principios de los Derechos Humanos. **5.-** Características de los Derechos Humanos. **6.-** Modelos Conceptuales. **7.-** Principios fundantes de los Derechos Humanos. **8.-** Fundamento de los Derechos Humanos. **9.-** Derechos Constitucionales y Derechos Fundamentales. **10.-** Las generaciones en Derechos Humanos. **11.-** Crítica al concepto de las generaciones de DDHH. **12.-** Declaración universal de los Derechos Humanos (DUDH). **13.-** Carta Internacional de los Derechos Humanos. **14.-** Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. **15.-** DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. **16.-** Convención Americana sobre Derechos Humanos. **17.-** Convenio Europeo de Derechos Humanos. **18.-** Las declaraciones constitucionales. **19.-** La Declaración del milenio. **CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

* PhD, Doctor en Filosofía, Doctor en Derecho y en Ciencia Política, Doctor en Ciencias Administrativas, Doctor en Educación, Doctor en Economía, Doctor en Ciencias Sociales, Doctor en Psicología. Maestro en Ciencia Política, Maestro en Ciencias Sociales, Magister en Administración de Empresas, Maestro en Derecho Penal y Ciencias Penales, Maestro en Investigación y Docencia Superior, Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Maestría en Gestión Pública. Presidente de la Academia de Magisteres y Doctores del Perú. Filósofo, Abogado, Economista, Periodista.

RESUMEN

La concepción de los derechos humanos, está asociada a la idea de las exigentes necesidades que tienen los seres humanos para poder existir y desarrollarse con dignidad. Para ello se requiere de un mínimo de derechos que reconozca a todo ser humano, el acceso a la alimentación, vestido, vivienda, educación, trabajo, salud, riqueza, bienestar que son el aspecto material de la existencia. Pero también hay una exigencia social, política, espiritual, cultural, ética espiritual que se relaciona con la libertad de expresión, de organización, de participación, de trascendencia, etc.

Estos derechos no pueden quedar en meras declaraciones, sino que existe también una exigencia de su constitucionalización para que tengan plena eficacia y sean exigibles al Estado y a la autoridad.

Palabras claves

Derechos humanos, necesidades, fundamento, dignidad, positivización, humanidad, libertad

ABSTRACT

The conception of human rights is associated with the idea of the demanding needs of human beings to be able to exist and develop with dignity. For this, a minimum of rights that recognize every human being, access to food, is required, clothing, housing, education, work, health, wealth, well-being that are the material aspect of existence. But there is also a social, political, spiritual, cultural, ethical ethic that is related to freedom of expression, organization, participation, transcendence, etc.

These rights can not be left in mere declarations, but there is also a requirement of their constitutionalization so that they are fully effective and enforceable on the State and the authority.

Keywords

Human rights, needs, foundation, dignity, positivization, humanity, freedom

INTRODUCCIÓN

Hay diversas conceptualizaciones de los Derechos Humanos, pero su esencia radica en la defensa y respeto de la dignidad que toda persona sin discriminación de edad, religión, sexo, condición social, tiene frente al poder del Estado, la sociedad nacional e internacional, grupos y los ciudadanos.

Los Derechos Humanos son las facultades, prerrogativas y libertades fundamentales inherentes a la persona humana, para el pleno desarrollo de sus potencialidades y personalidad en las diversas sociedades. Estos derechos son reconocidos y no creados por el Estado, que tiene la obligación de protegerlos y disponer los límites señalados por la ley, que le impone la obligación de no hacer o actuar de determinada forma, con el fin de garantizar a los individuos la vigencia efectiva de sus libertades y derechos consagrados en la Constitución.

Asimismo, los derechos fundamentales, suponen uno de los aspectos del desarrollo del individualismo y del protagonismo que adquiere el hombre individual, en el nuevo orden económico y social que surge en el tránsito a la modernidad (Peces-Barba Martínez, 1982:6). Pero esto se ha extendido en la modernidad, a la protección del ser humano frente a los cambios depredatorios de su entorno natural y cósmico, ante los nuevos descubrimientos científicos, el escalamiento de la violencia mundial y el desconocimiento de los derechos de las minorías.

John Stuart Mill, consideraba a los Derechos Humanos como potestades. Es decir, son poderes que se tienen por la razón que sea, que la sociedad atribuye a las personas, para hacer algo de manera legítima. La humanidad ha luchado a través de la historia, por el reconocimiento de esas potestades, en varios aspectos fundamentales para la vida humana: reconocimiento de la libertad, propiedad, de la expresión, del libre comercio, de la imprenta e inclusive de la defensa de la vida y de la defensa de una concepción política determinada.

Desde la óptica iusnaturalista, Hannah Arendt, define los Derechos Humanos, como “los Derechos que deben ser comunes a todos los hombres en virtud de su ser humano e independientemente de su edad, del color de su piel, de su sexo, de su ciudadanía o de su procedencia social, Derechos que además no son dados o concebidos por el Estado, sino que corresponde a aquel que

lleva un rostro humano por naturaleza, en virtud de su nacimiento, Derecho que por su carácter original e inalienable no puede ser denegados ni en principio tampoco retirados, y a los que tampoco nadie, (voluntaria e involuntariamente), puede renunciar”. (Arendt 1994:12) De esta manera para las teorías iusnaturalistas, los Derechos son inherentes a la naturaleza del hombre.

Una definición positivista señala que los derechos humanos son el conjunto de filosofías sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas, aspiraciones éticas, de justicia, de seguridad, de equidad; juicios de valor, etc., que se encuentran consagrados en la Constitución, y en los tratados, convenios, convenciones, etc., internacionales que se ha incorporado a su derecho interno.

Pérez Luño reconoce que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones de cada país (Pérez Luño, 1999: 30). Por su parte, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, Luigi, 2009:19) elabora una definición de los derechos fundamentales, en las que inserta a los derechos humanos, que son los derechos primarios de las personas y conciernen a todos los seres humanos.

Pérez Luño, de otro lado, considera una definición para los derechos humanos y otra de los derechos fundamentales. Respecto a los derechos fundamentales señala que son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normatividad constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada. (Pérez Luño 1999: 51).

1.- CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Para la Organización de las Naciones Unidas, “los derechos humanos son las condiciones de la existencia humana que permiten al ser humano desenvolverse y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y de conciencia en orden a la satisfacción de las exigencias fundamentales que le imponen su vida espiritual y natural” (ONU:1999). Se prioriza en este caso en la definición de los Derechos Humanos un conjunto de condiciones materiales y espirituales inherentes al ser humano, orientados a su plena realización; esto es, realización en el plano material, racional y espiritual.

Pero en realidad la concepción de los derechos humanos, está asociada a la idea de las exigentes necesidades que tienen los seres humanos para poder existir y desarrollarse con dignidad y que requiere de un mínimo de derechos que le reconozca el acceso a la alimentación, vestido, vivienda, educación, trabajo, salud, riqueza, bienestar que son el aspecto material de la existencia. Pero también hay una exigencia social, política, espiritual, cultural, ética espiritual que se relaciona con la libertad de expresión, de organización, de participación, de trascendencia, etc.

También los derechos humanos han sido conceptualizados como aquellos principios y normas universalmente aceptados que tienen que regir los actos de las personas, las comunidades y las instituciones si queremos que se preserve la dignidad humana y se fomenten la justicia, el progreso y la paz. (Bahá'í International Community. ONU.1999)

Por otro lado dentro del Estado nacional, los derechos humanos constituyen un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en cada país, poniéndole límite y reglamentación a la actuación estatal. Estos concretan la libertad frente al Estado y la garantizan en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar.

La función primordial de los derechos fundamentales del hombre no es sólo afirmar su posición frente al Estado, sino lograr integrar al hombre con el Estado y con la sociedad haciendo de ésta un verdadero tejido de solidaridad.

Quiroga Lavié, señala que “la función de los derechos del hombre no puede limitarse a emancipar parcialmente al individuo frente al Estado y a proporcionarle protección frente al mismo, sino que debe concebirse como relaciones vinculantes entre el individuo, el Estado y la sociedad, es decir como el fundamento de la unidad política” (Quiroga Lavié, H.1995:1). Estos derechos no sólo encierran facultades sino además deberes recíprocos.

También se considera que la libertad es el fundamento de los derechos humanos que le permite al hombre decide su autorrealización y logro personal sin ningún tipo de presión. La libertad es la facultad de elegir los medios más aptos para alcanzar perfeccionamiento. Es la facultad de escoger entre diversos medios aquel que sea más adecuado para alcanzar el bien del hombre.

2.- LAS DIMENSIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se considera como dimensiones de estos derechos la:

- a. Dimensión axiológica: los valores esenciales son la libertad, la igualdad, la identidad y el bienestar, que están unidos a la dignidad de todo ser humano.
- b. Dimensión fáctica: significan la concreción histórica de los valores que están unidos a la igualdad personal.
- c. Dimensión normativa: es la exigencia de plasmarlo en un articulado de normas, tanto morales como jurídicas.

3.- DENOMINACIONES

La palabra derechos humanos, alterna con otras denominaciones para identificar los derechos esenciales de toda persona, debido al diferente idioma, el uso lingüístico de cada sociedad, las diferentes culturas, la doctrina de los autores, las distintas posturas, etc. Con la DUDH, la denominación de derechos humanos es aceptada en la doctrina, por la ley, para designar de esta manera a los derechos humanos que aseguran al hombre la dignidad y el valor que le corresponden como miembro humano del universo. Entre las diversas denominaciones tenemos:

- **Derechos del hombre:** Se utiliza la palabra “hombre”, para asignar a aquellos derechos que son inherentes a la persona, en razón de su naturaleza humana, por lo cual todos los hombres son titulares de ellos, por igual. Se origina en la Declaración Francesa de 1789, que identifica al hombre como titular de los derechos.
- **Derechos individuales:** Se centra en la individualidad de cada persona, su origen es de raíz liberal individualista, y remarca que por ser una persona humana u hombre, se trata de un “individuo”. Pero el hombre en comparación con el resto de los animales, es una persona, y no es cualquier individuo y al reducir al hombre a un individuo, se apartaría de la sociedad y del Estado, como solitario y fuera de la sociedad.
- **Derechos de la persona humana:** considera que el hombre es ontológicamente una persona humana, y se relaciona con la concepción de los

derechos del hombre, porque el hombre por su condición de persona humana es titular de estos derechos.

- **Derechos Subjetivos:** Hace referencia a que lo subjetivo es lo propio de un sujeto, como es en el caso del hombre, y se centra en lo que le pertenece en contraposición del “Derecho Objetivo”.
- **Derechos Públicos subjetivos:** los derechos aparecen al insertarse en la normativa constitucional. Lo “Público”, posiciona al hombre frente al estado, inserto en el derecho público y se origina a fines del siglo XVIII, con el Constitucionalismo.
- **Derechos Fundamentales:** Fundamental es aquello que sirve de base o sustento a un sistema. Tratándose de derechos, los derechos fundamentales son aquellos que son básicos, esenciales para que los seres humanos lleven una vida digna. Incide en la importancia de estos derechos y de su reconocimiento para todos los hombres, y también que tienen el rango de derecho fundamental cuando aparecen en el derecho positivo. Pero para los iusnaturalistas los derechos humanos al encontrarse fundados en la naturaleza humana, no pueden tomar valor en el momento en el que ingresan a una norma, porque tienen un valor anterior.
- **Derechos Naturales:** Emanan del Derecho Natural, en un orden natural como fundamento de los derechos del hombre y que los derechos que le son debidos al hombre son por una exigencia propia de la naturaleza humana.
- **Derechos Innatos:** señala que estos derechos están en la naturaleza misma del hombre, se encuentran adheridos a él, más allá de no ser reconocidos por el estado.
- **Derechos Constitucionales:** Son los derechos expresamente reconocidos en un texto constitucional de manera escrita.
- **Derechos Positivos:** Son los derechos que aparecen dentro de un orden normativo, y poseen vigencia normológica.

- **Libertades Públicas:** Es de origen francés y está relacionada con los derechos individuales, los derechos públicos subjetivos, los derechos civiles de primera generación, etc.

4.- PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se considera que los derechos humanos se sustentan en los siguientes principios:

- **Universalidad.** El solo hecho de ser humano, hace a la persona titular de derechos, frente a otras personas o a sus instituciones representativas. El artículo 1º de la DUDH señala que los derechos humanos comprenden a “todos los seres humanos”, comprendiendo al género humano en su conjunto.
- **Imprescriptibilidad.** La existencia de los DD.HH. no es suprimible temporalmente pues su vigencia está ligada a la existencia de los seres humanos.
- **Irrenunciabilidad.** Los derechos humanos no son renunciables al ser inherentes a la persona humana. La vigencia o validez de los derechos humanos no está sujeta a la voluntad de un particular o del Estado. No puede la persona convenir su limitación o restricción, ni disponer por un acto de voluntad unilateral o bilateral, entre la persona y cualquier otro sujeto de derecho, que puedan modificarse los alcances de sus derechos.
- **Inalienabilidad.** Estos derechos no son alienables y no pueden ser dispuestos de manera arbitraria y no admiten negociación patrimonial.
- **Inviolabilidad.** Los derechos no pueden ser desconocidos por los ciudadanos y el Estado y no están sujetos a condiciones de modo, plazo o circunstancia.
- **Efectividad.** Los derechos humanos tienen que ser efectivos y no declaraciones líricas y de ahí la exigencia de su reconocimiento positivo por la sociedad y el orden jurídico. El Estado y la sociedad deben efectivizar las demandas de sus integrantes.

- **Trascendencia.** Los derechos humanos trascienden a los ordenamientos jurídicos nacionales y también son internacionales.
- **Interdependencia.** Los derechos humanos son un sistema normativo integral interdependiente, por lo que su real protección demanda la realización de los Derechos civiles y políticos y los sociales, económicos y culturales.
- **Complementariedad.** Los derechos humanos no se interpretan de manera aislada como compartimentos estancos, sino de manera articulada y complementaria.
- **Igualdad.** Los derechos humanos protegen a todos los hombres por igual, considerando que la libertad, justicia y la paz del mundo, tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. No se puede discriminar a quienes merecen igual trato, sexo, religión, opinión, raza u origen y clase social.
- **Corresponsabilidad.** Existe una responsabilidad individual y colectiva frente al sujeto de estos derechos de parte del gobernante, del estado, de la sociedad.
- **Titularidad.** El titular activo de los derechos humanos es cualquier hombre o mujer de cualquier nacionalidad, raza, credo, identidad sexual o una comunidad.

5.- CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

- **Inherencia.** Son propios del ser humano por tener esa condición y se prescinde de cualquier dato accidental o externo al ser humano, como sería su nacionalidad, cultura, condición social, económica o política. Basta con su existencia como tal para que se considere que le está adscrita a la persona toda una serie de derechos. Para su existencia no se precisa de su reconocimiento por el Estado, ya que le son oponibles a éste aun ante su ignorancia o desconocimiento, o bien su franca vulneración.

- **Permanentes:** Pertenecen al hombre como individuo de la especie humana y toda persona debe exigir su total reconocimiento y respeto.
- **Límite al ejercicio del poder.** Los derechos humanos enmarcan las decisiones y funciones del Estado bajo la Constitución y tiene que respetarlos.
- **Universalidad.** Los derechos humanos tienen alcance global y corresponden a todo ser humano, con independencia del sitio del orbe en que se sitúe. Son atribuidos en forma igual y sin que para ello sea relevante su raza, color, sexo, idioma, origen nacional o condición política, económica o social, así como su ideología o creencias.
- **Indivisibilidad.** La dignidad humana no se puede dividir, ni ser reconocida a medias.
- **Imperatividad.** Los derechos humanos son imperativos para todos, es decir, son universalmente obligatorios en toda circunstancia.
- **Irreversibilidad.** Un derecho humano reconocido se integra al sistema jurídico y no puede ser suprimido posteriormente. El estatuto jurídico de un individuo, o bien que ha sido reconocido como inherente al ser humano como derecho humano, es definitivo e irrevocable. No cabe la denuncia de los que estén establecidos en un tratado internacional, porque sería norma imperativa de ius cogens.
- **Progresividad.** Significa la satisfacción de estos derechos de manera gradual y sin mayor intervalo que la eficacia del Estado.
- **Internacionalidad.** No están circunscritos a su reconocimiento por un Estado en concreto, porque no se establecen a favor del individuo en razón de su nacionalidad o residencia, o bien el lugar en que se encuentre. El Estado no puede impedir su protección internacional bajo la manifestación de soberanía, ni para afectarlos.
- **Rigidez.** Para que su texto sea variado, alterado o modificado, es necesario que se haga uso de un procedimiento especial, que la misma

Constitución prevé. Esto obedece a la característica de rigidez de cada Constitución, de la cual participan los derechos humanos por ser parte integrante de su texto.

6.- MODELOS CONCEPTUALES

Peces Barbas, distingue diversos modelos de análisis del concepto de derechos humanos o Fundamentales (Peces Barba.1999:49):

- a) **Modelo Iusnaturalista:** Estos derechos fundamentales son atributos del hombre por su propia condición de tal, que se derivan de su naturaleza y, por consiguiente anteriores al Estado. Considera que la afirmación de los derechos naturales, por su propia racionalidad, basta para asegurar su efectividad jurídica.
- b) **Modelo Escéptico:** El marxismo no reconoce derechos fundamentales pues se trataría de un instrumento de la ideología liberal – burguesa. Niega el fundamento de los derechos fundamentales, que es la conciencia de la dignidad del hombre y de la necesidad de unas condiciones sociales que hagan posible su libertad.
- c) **Modelo Positivista Voluntarista:** Atribuye la creación de todo derecho y el derecho de los derechos fundamentales, a la voluntad gobernante, con independencia en su contenido; pues es el poder los crea y los respalda con el sistema jurídico.
- d) **Modelo Pragmático:** Prioriza la aplicación de las técnicas positivas, en especial procesales, por el estudio en el campo internacional de los procedimientos dirigidos a su tutela, sin interesarse por la fundamentación y concepto de los DD.HH.
- e) **Modelo Dualista:** Se sustenta en la autonomía de la realidad de los derechos fundamentales, que deben ser estudiados en dos niveles con:
 - La filosofía de los derechos fundamentales, para identificar los factores sociales que han originado su existencia y reconocimiento.
 - El desarrollo de la filosofía de los derechos fundamentales y su concreción en el derecho positivo y su configuración como derechos públicos subjetivos, y la teoría jurídica de los derechos fundamentales.

7.- PRINCIPIOS FUNDANTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

- a) El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de los valores de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.
- b) El concepto de humanidad en tanto todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razonamiento y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
- c) La realización plena del ser humano libre necesita condiciones que permitan gozar a cada persona de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
- d) La autodeterminación de los pueblos como un derecho para decidir su destino y su desarrollo económico, social y cultural, y como condición para disfrutar los derechos y las libertades fundamentales.
- e) Respeto a un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en los derechos esenciales dentro de la democracia.
- f) La prohibición al Estado de destruir ni restringir los derechos humanos.
- g) Respeto del Estado de los derechos individuales y su compromiso de lograr progresivamente la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales.
- h) Dimensión histórica de los derechos humanos y la conciencia un ideal común para hombres y mujeres de todos los pueblos.

8.- FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se conceptualizan tres teorías principales.

a) La teoría iuspositivista

Bobbio ha fijado siete características fundamentales de la teoría, que pueden aparecer en su totalidad o parcialmente (Bobbio.1965):

- a1) El derecho debe ser estudiado como un hecho y no como un valor. Se debe abstenerse de formular cualquier juicio valorativo sobre la realidad que encuentra, tanto en los hechos sociales, como sobre el contenido del derecho contenido por las normas que se explican por sí mismos.

- a2) El concepto de Derecho está vinculado a la coerción, pues existe la posibilidad de hacerse cumplir a través de la coacción, y no si es o no cumplido voluntariamente.
- a3) La principal fuente del Derecho es la ley que tiene preferencia sobre cualquier otra fuente del Derecho. Pese a ello se puede admitir la costumbre como fuente del Derecho desde que secundum legem o praeter legem.
- a4) La norma jurídica como mandato, que según Bobbio es la teoría imperativista del Derecho.
- a5) La teoría del Ordenamiento jurídico, donde cada norma debe ser tratada como integrante de un ordenamiento, que le condiciona validez y compatibilidad.
- a6) El iuspositivismo adopta la interpretación mecanicista, que hace de la actividad jurídica de declaración del derecho, ya que la regla jurídica ya prevee la solución al caso presentado que se adecua en su supuesto de hecho.
- a7) La teoría de la obediencia, que implica que la ley debe ser obedecida sea cual fuera su contenido, ya que su obediencia consiste en un bien en sí mismo.

b) Iusnaturalismo

Para el iusnaturalismo, la validez de la ley depende también de su justicia o corrección material y por eso la tesis principal del iusnaturalismo lo sintetiza Gustav Radbruch: “La ley extremadamente injusta no es verdadera ley”. Thomas Hobbes, en el siglo XVII, definió en *El Leviatán* el derecho natural como: La libertad que cada uno tiene de usar su propio poder a su arbitrio, para la conservación de su naturaleza, esto es, de su vida, y consiguientemente de hacer cualquier cosa que, según su juicio y su razón, él conciba como el medio más idóneo para tal fin.

c) Teoría de los Derechos Fundamentales

El desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana.

Se trata de un proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo; debido a que “el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho, como aquellos conceptos se corresponden con el rule of law previamente establecido”

Es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, igualdad o de prestaciones. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de grado. Así, una teoría centrada en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es por cierto, una teoría general pero es menos general que una teoría en la que de lo que se trata es de cuestiones que afectan a todos los derechos fundamentales.

9.- DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

A nivel doctrinario se acepta que tanto los derechos constitucionales como los fundamentales son “derechos humanos constitucionalizados” o, cuanto menos, pretensiones morales reconocidas por el Derecho positivo.

Pero la categoría “derechos constitucionales” es más amplia y tiene un carácter formal frente a la de “derechos fundamentales”, ya que son derechos reconocidos por las normas constitucionales sin importar su esencia, la relevancia del bien que protege, o su relación con la dignidad humana o los principios básicos del Estado peruano. En tal sentido, ciertos derechos son “constitucionales” porque están reconocidos por la Constitución.

Los “derechos fundamentales” son aquellos derechos constitucionales de relevancia material, determinados en relación con los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado Democrático de Derecho y forma republicana de gobierno; es decir, con los principios señalados por el artículo tercero de la Constitución.

En efecto, la Constitución reconoce varios derechos, todos con igual rango y mecanismos de protección. Pero no todos ellos tienen una similar

relevancia o naturaleza fundamental; pues algunos de estos derechos no tienen “fundamentalidad”, que toma en consideración criterios materiales que la Constitución prevé para el reconocimiento de los derechos fundamentales no enumerados.

Así, no todos los derechos formalmente constitucionales están relacionados con estos criterios sustantivos; por ello, existirán derechos constitucionales que son fundamentales al cumplir con los estándares sustantivos del artículo tercero y otros que son meramente constitucionales y no fundamentales. En suma, todos los derechos fundamentales son constitucionales, pero existirán derechos constitucionales sin “fundamentalidad”.

10.- LAS GENERACIONES EN DERECHOS HUMANOS

Una construcción práctica para los efectos de comprender el proceso evolutivo de los derechos humanos, emana de la idea de que existen ‘generaciones’ de derechos que ha sido internalizado por la comunidad académica y también se ha socializado, por su fácil identificación.

Karel Vasak, exdirector de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO (Vasak. 1984) fue el que tuvo la idea de clasificar en generaciones de derechos humanos, sobre la base de la doctrina francesa de la “libertad, igualdad y fraternidad”, sustituyendo esta última con el valor “solidaridad”. La idea pretende interpretar el orden temporal sucesivo, generacional del reconocimiento internacional de los derechos humanos, identificando tres generaciones que marchan de lo individual a lo solidario.

Bobbio, antes de publicar la Introducción de 1990, señaló que la DUDH (1948) fue un suceso inédito en la historia humana, en tanto era un consenso de hecho sobre un sistema universal de valores. Expresó que existe un proceso con tres fases para concretar esta propuesta de universalidad. La primera fase sería filosófica y Bobbio concede aquí la primacía al iusnaturalismo o Derecho natural moderno. Locke sería el mentor ideológico y la idea clave es que los seres humanos tienen derechos que nadie puede enajenar. La segunda fase es de positivización de estos derechos, cuando estas teorías son reconocidas por una ley que obliga al Estado, como sucede con las Declaraciones de derechos

de los Estados Unidos y la declaración Francesa de 1789. La objeción que se realiza es que esta positivización recorta la universalidad, pues los derechos son reconocidos por Estados-nación y tienen validez para los ciudadanos de determinados Estados.

La DUDH de 1948 abre la tercera fase pues los derechos se afirman universal y positivamente, que se concretan con los Pactos Internacionales (PIDCP Y PIDESC) de 1966. Para Bobbio, estas fases se clasifican según las categorías del Derecho natural y del Derecho positivo: "...los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares y encuentran su plena realización como derechos positivos universales" (Pérez Luño: 68).

Pero si se acepta que los derechos humanos se originan a través de ideas filosóficas, las fases deberían ser descritas como: a) Derechos naturales para algunos individuos (Locke), los propietarios; b) Derechos naturales para los ciudadanos activos (Kant), y c) Derechos humanos (se es titular de ellos violando los de otros) para ciudadanos de Estados poderosos y corporaciones (situación actual).

Bobbio, relaciona también, la idea de generación, a la de carácter progresivo del desarrollo de la libertad humana para señalar que "...los derechos no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre (...) crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevas amenazas a su indigencia" (Bobbio: 1965).

Bobbio remarca que aunque cronológicamente las demandas de derechos humanos y también los derechos en sentido jurídico pueden clasificarse en "generaciones", estos derechos remiten a su vínculo con los poderes constituidos, y son de dos tipos: impedir los males de estos poderes (Estado, gobierno) u obtener sus beneficios (prosperidad). Pero en realidad, los derechos humanos están relacionados en una serie de conflictos y protestas sociales, entre sectores y grupos de la sociedad, que se dan en los siglos XVIII, XIX y XX para obtener mejores condiciones de existencia, de vida y de acceso a la riqueza mal distribuida.

Los derechos humanos aparecen como demandas individuales, que luego se extienden a las sociales que se exigen al Estado para que los reconozca y haga posible la coexistencia de los seres humanos.

Bobbio identifica dos generaciones de derechos: los individuales, civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales y alude a una tercera generación, “heterogénea y vaga”, y una cuarta demanda de derechos ligada al patrimonio genético de cada individuo.

11.- CRITICA AL CONCEPTO DE LAS GENERACIONES DE DDHH.

La discusión sobre una tipología de los Derechos humanos se sitúa en planos ontológicos e históricos. La perspectiva social e histórica de reconocimiento de los derechos humanos permite explicar la conceptualización de la serie de generaciones de estos derechos. La construcción de diversas relaciones de los derechos humanos reconocidos, han sido objeto de pactos internacionales y de los derechos que aspiran a ser reconocidos. Se señala que la construcción de un listado petrifica estos derechos como si fueran completos y cerrados y oscurece los conflictos que se dan en estas relaciones, y entre derechos de una misma lista. Se detectan problemas respecto a la interpretación de estos derechos respecto a las condiciones socio histórico en que ellos fueron demandados y asumidos por la ciudadanía.

Pero lo cierto es que los derechos humanos no son un conjunto de derechos definidos de una vez, como un bloque terminado y que se configuró en una época determinada del proceso de desarrollo histórico. Es imposible configurar un conjunto de derechos desde el inicio de la existencia del hombre y de las primeras comunidades humanas. Lo cierto es que a lo largo del proceso de desarrollo humano y de las sociedades, se han creado relaciones, cultura, instituciones que han ido cambiando con el transcurso del tiempo, conforme los hombres han ido comprendiendo sus relaciones entre ellos mismos, con la naturaleza, con el poder, la economía, la cultura, la religión, con la política. Los seres humanos se encuentran inmersos en la dinámica de las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales que las impulsan, de las tensiones y conflictos que las originan y que llevaron a su reconocimiento gradual, desde los derechos individuales, sociales y universales.

La DUDH comprende estos derechos como procesos abiertos y los derechos humanos tienen como referente normas jurídicas, que son la base para su exigencia vía tutela jurisdiccional por medio de procesos constitucionales.

Otro sector critica la denominación de “generaciones” de los derechos de tercera y cuarta generación, porque serían una derivación de otros derechos de primera y segunda generación, señalando que el derecho a la vida, por ejemplo, forma parte de todas ellas al igual que el derecho a la libertad. Por ello no se puede distinguir entre generaciones y que no existe precisión histórica del surgimiento de los derechos de cada una de sus generaciones. Se señala que la visión generacional implica el surgimiento de una generación y la extinción de otra, porque está referida a la vida de un periodo y ésta llega en un momento a extinguirse; y que es propensa a la atomización de los derechos y padece de vacíos. Sin embargo, cada una de las generaciones permite identificar el tiempo histórico y cronológico en que nacieron los diferentes derechos humanos.

El error es comprender estas generaciones como compartimentos estancos, como negaciones absolutas de los derechos precedentes y su sucesión integral por los nuevos derechos. En realidad se trata de un proceso de negación afirmativa, pues no se niega los derechos originarios, sino que por razones temporales e históricas, se van agregando a este catálogo, nuevos derechos que se reconocen por las demandas y exigencias sociales. Estos derechos no pudieron ser reconocidos, ni aceptados en las épocas anteriores, pues no existían las condiciones socio económicas y culturales para demandar su exigencia. Por ejemplo los derechos laborales y seguridad social, no habría sido posible exigirlos durante el medioevo, pues las relaciones socio económicas, no se sustentaban en una economía de mercado, donde la fuerza de trabajo tiene la categoría de mercancía. De allí que el valor pragmático de la tesis de Vasak es evidente, por su realidad socio histórica y comprensión didáctica.

Por otro lado se señala que no existe una segunda generación de derechos porque esos ‘derechos’ económicos, sociales y culturales, solo son deseos. Además por el incremento de estos derechos se generaría una suerte de inflación. Similar crítica se extiende a los derechos de tercera generación, impulsados por el positivismo jurídico; derechos subjetivos que constituyen un privilegio, una ficción jurídica. Lo cierto es que todos los derechos humanos no son de realización inmediata, sino que se diferencian por su vinculatoriedad a los

que están obligados a satisfacerlos y a las condiciones socio económicas que se requieren para satisfacerlos. Por ejemplo, si se comprueba la vulneración a la libertad individual, a través de un habeas corpus en cualquier Estado civilizado, se debe otorgar una medida de protección inmediata al afectado, excarcelándolo si se prueba la vulneración. Por el contrario es mucho más difícil que el estado pueda satisfacer de inmediato, derechos humanos de acceso al agua potable, a la vivienda, a una pensión digna a un ciudadano que tiene ese derecho.

No es un problema que afecte naturaleza del derecho humano en cuestión, sino de la forma como el Estado, debe satisfacerlo y para ello tiene la obligación de conseguir los recursos necesarios, que implican si, una progresividad para su satisfacción.

También Bobbio enfoca los derechos humanos trítadicamente. Son derechos históricos que se perciben en el inicio de la Edad Moderna y se convierten en uno de los indicadores del progreso histórico. La cuestión de las 'generaciones' para Bobbio tiene como trasfondo una filosofía de la historia y una concepción político-cultural sistémica de derechos humanos. Bobbio usa la expresión 'generaciones' relacionándola a movilizaciones sociales y tienen como fundamento luchas particulares con horizonte de universalidad. La capacidad de estas luchas para comunicar su horizonte de universalidad es la que puede tornarlas progresivas.

Bobbio ha señalado que junto a los derechos sociales, que han sido llamados derechos de la segunda generación, hoy han aparecido los llamados derechos de la tercera generación, que constituyen una categoría demasiado heterogénea.

El más importante es el reivindicado por los movimientos ecologistas: el derecho a vivir en un ambiente no contaminado. Pero se presentan ya nuevas demandas que no sabría si llamar de la cuarta generación, referidas a los efectos cada vez más desconcertantes de la investigación biológica que permitirá manipulaciones del patrimonio genético de cada individuo aislado. El problema radica aquí en fijar los límites de esta manipulación.

Bobbio señala que es evidente que los derechos humanos no han nacido, ni nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen

cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente el progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencias de intervenciones protectoras del mismo poder. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a una abstención del Estado, a los segundos, los derechos sociales o a un actuar positivo del Estado. Aun cuando las demandas de los derechos pueden ser dispuestas cronológicamente en distintas fases o generaciones, las especies son siempre, respecto a los poderes constituidos, solamente dos: o impedir sus males u obtener sus beneficios. En los derechos de la tercera o de la cuarta generación puede haber derechos tanto de una como de otra especie. (Bobbio.1990).

La cultura de la modernidad gestada en el siglo XVIII, considero que la ciencia y tecnología erradicarían el hambre y la pobreza entre los seres humanos. Sin embargo, se constata hoy que por la estructura política y económica de la propiedad privada, la producción para el mercado, tecnologías orientadas hacia esa producción y ciencia aplicada no han resuelto el problema.

Se observa por el contrario mayor desigualdad, concentración de la riqueza mundial en pequeños grupos económicos multinacionales y el planeta es depredado y existe una destrucción del hábitat. Existe una contradicción pues mientras la riqueza mundial sigue creciendo de manera progresiva, existen seres humanos, grupos sociales y poblaciones que pasan hambre, son analfabetos, están en la miseria y no tienen acceso universal a los alimentos, la educación, la salud.

Esto sucede no por falta de recursos naturales, tecnológicos o económicos, pues existe suficiente capacidad instalada para producir alimentos, extender la educación de calidad, difundir internet gratuito a nivel mundial. El problema radica en una visión excluyente y egoísta de los grupos que detentan el poder político y económico mundial, que se niegan a compartir la riqueza mundial de una manera más equitativa perpetuando un modelo excluyente que seguirá generando guerras y conflictos en el futuro.

En definitiva lo que se observa es la evolución de los derechos humanos y la transformación de la vida social, económica, tecno científica, cultural que han derivado en cambios que permiten hablar de generaciones de derechos, que nacen con la modernidad y a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVII (Pérez Luño, 2006: 27).

Si bien el concepto de generación ha sido criticado por su temporalidad y de acabamiento de la existencia de los derechos reconocidos por cada generación y en cuanto se considera que cada generación posterior supera a la anterior, lo cierto es que esta clasificación tiene efectos teóricos, prácticos y educativos pues permite rápidamente ubicar la génesis, la naturaleza y consecuencias de estos derechos.

Los derechos humanos han surgido y fueron reconocidos progresivamente por etapas o ‘generaciones’ de acuerdo a las demandas y la presión social y ciudadana, sin que las nuevas generaciones sustituyan a las anteriores, sino que se va integrando temporalmente y con vigencia simultánea, en una suerte de transversalidad temporo-espacial. El reconocimiento de tres generaciones de derechos humanos es del mayor consenso, utilizado y aceptado. Pero ante la velocidad de los cambios en el mundo se considera hoy la existencia de cuatro generaciones de derechos que están articuladas por sus orígenes, efectos y su transversalidad.

12.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH).

La DUDH del 10 de Diciembre de 1948, consagra la denominación de los derechos humanos, luego del trauma y del desprecio al ser humano, con el genocidio efectuado en la segunda guerra mundial. La Declaración recoge algunos derechos fundamentales que estaban establecidos en distintas Constituciones, que eran ejercidos frente al Estado y protegidos por éste. Esta declaración de derechos humanos tienen una inspiración neojusnaturalista al consagrar “derechos naturales” –inherentes a la naturaleza del ser humano, pero que al positivarse se entienden como “derechos fundamentales”.

La DUDH es la carta de derechos humanos de las Naciones Unidas, pues la Carta de San Francisco (1945) no establecía ningún derecho. La Declaración Universal es así, junto con la Carta de San Francisco, el marco de actuación de todos los países miembros de Naciones Unidas en materia de derechos humanos. La DUDH consta de 30 artículos y reconoce por primera vez el carácter universal y positivo de estos derechos cuyos destinatarios no son los ciudadanos de un determinado Estado, sino toda la humanidad, concretiza y garantiza de manera universal estos derechos.

El preámbulo de la Declaración, advierte que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de creencias. Y asientan la importancia de que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho.

La DUDH prioriza una concepción individualista de los derechos humanos y evidencia un conflicto entre los derechos de libertad y los derechos de igualdad. Reconoce el valor solidaridad, fundamento y base de los derechos de los pueblos, como derecho fundamental en el momento actual. Así señala en el Artículo 1º que “Todos los seres humanos... deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La DUDH reconoce no sólo a la persona individual, sino a grupos sociales como sujeto de los derechos y clasifica los derechos en los dos grandes grupos: los derechos civiles y políticos (artículos 3 a 21) y los derechos económicos sociales y culturales (artículos 22 a 27). Los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, desarrollan estos derechos.

Los Derechos reconocidos en los artículos 3 a 21 de la declaración comprenden: el Derecho a la vida, a la libertad y seguridad de la persona; la libertad de la esclavitud y la servidumbre; la libertad a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Derechos al reconocimiento de la personería jurídica; el Derecho a tener igual protección de la ley; el

Derecho a un recurso efectivo jurídico: la libertad de no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; el Derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; el Derecho a que se presuma la inocencia de la persona mientras no se pruebe la culpabilidad; el Derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia; libertad de circulación; el Derecho a la propiedad; el Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; libertad de opinión y de expresión; el Derecho a la libertad de reunión y asociación; el Derecho a participar en el gobierno de su país, y el Derecho de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

Los artículos 22 a 27, abarcan los Derechos sociales y culturales; el Derecho a la seguridad social; el Derecho al trabajo, el Derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre; el Derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y bienestar; el Derecho a la educación; y el Derecho a participar en la vida cultural de la comunidad. Los artículos finales del 28 al 30, reconocen que toda persona tiene Derecho a que establezca un orden social e internacional, en el que estos Derechos y libertades se hagan plenamente efectivos, y subrayan los deberes y responsabilidades que tiene el individuo para la sociedad.

La DUDH tiene un valor normativo vinculante directo en el ámbito interno de los Estados. Así lo reconoce la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 que señala que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos...”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra los derechos de la persona, para protegerla de arbitrariedades y violaciones al ser humano. Bobbio (1991: 64) dice que ésta representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido, esta prueba es el consenso general acerca de su validez. La Declaración es un código moral significativo, pero no es una ley, y la transición de ésta a instrumentos normativos vinculantes se retrasó, ya que PIDSC y el PIDESC no fueron adoptados hasta 1966. Así, la Declaración de 1948 y estos dos pactos constituyen “el régimen internacional de los derechos humanos”.

La Declaración de 1948 emancipa del hombre, tanto a nivel internacional como a nivel interno, porque supone el principio del fin de la mediación del Estado soberano en las relaciones internacionales del ser humano. Se reconoce al hombre como sujeto de Derecho Internacional Público; y se transforma, con el incremento de reglas internacionales sobre su protección, en un agente de gran relevancia internacional.

Los derechos enumerados en la Declaración no son los únicamente posibles, sino sólo aquellos que habían sido configurados en la mente de los redactores de la Declaración después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, en una época que había tenido comienzo con la Revolución Francesa y había llegado hasta la Revolución Soviética.

En este sentido, hoy en día aparecen derechos nuevos, que son creados en función de las necesidades de la sociedad actual, tal es el caso de la protección de datos personales o los derechos medio ambientales.

La Declaración, aunque no sea una resolución obligatoria, contiene una nueva orientación para los países miembros en el respeto de los derechos humanos, y la censura a las violaciones que de estos se hiciere. Así, los países adheridos a la Declaración adquirieron la obligación de reconocer y tutelar los derechos humanos dentro de su legislación interna, para ajustarse jurídicamente a aquella por la lucha a favor de tales prerrogativas. En su aspecto internacional la función de orientación, es doble: funcional y material. La funcional consiste en que la tarea de respetar los derechos humanos pasa a ser un cometido internacional garantizado por la comunidad de naciones; ésta, es una característica fundamental de los tratados ratificados por los países firmantes, por el que se obligan recíprocamente a la protección de los derechos en beneficio de las personas, de las naciones y de las relaciones con otros Estados.

La Declaración también implica una obligación –no coercitiva– de ajustar sus ordenamientos internos a la normativa internacional, y así promover en la nación como entre los ciudadanos el respeto idóneo de los derechos humanos. Por tanto, la función de impulso implica un acuerdo de los países y una obligación no coercitiva para estos de legislar internamente acorde a la Declaración.

La cooperación internacional entre Estados, debe de revestirse de una característica fundamental, para que dicha cooperación, así como las relaciones internacionales, se desarrollen en un espacio de armonía y confianza. Entre los Estados debe existir una debida tutela y reconocimiento de DDHH.

Efectos de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

1. Efecto Emancipatorio. Tiene que ver la internacionalización que se hace de los derechos humanos, los cuales existían en diferente medida dentro de las legislaciones nacionales, transmutando a ser reconocidos y ampliados internacionalmente por los Estados miembros. De esta forma, el individuo no solo cuenta con un garante nacional, sino también con uno internacional. En esta transformación de la idea de protección del hombre a nivel internacional se muestra un efecto importante de emancipación del individuo, ya que dicha internacionalización significa una universalización de los Derechos Humanos, convirtiéndose en la primera materia concerniente a una relación entre el individuo y el Estado, es decir, una materia de dimensión interna, que se internacionaliza y universaliza (Rainer, 1998:).

En este campo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), es vital pues enfoca los derechos humanos como materia del Derecho Internacional y por ello el DIDH es diferente del Derecho Internacional Común (DIC), ya que este último tiene por objeto las relaciones entre los Estados y otras personas de Derecho Internacional (como los organismos internacionales). En cambio en el DIDH lo que se regula no son las relaciones anteriores, sino derechos entre Estados (que aparecen siempre como el sujeto pasivo, es decir como parte obligada) y seres humanos (son por excelencia el sujeto activo, o sea, los titulares de los derechos) que no aparecen como sujetos típicos de ese Derecho Internacional (Piza y Trejos, 1989: 61).

2. Efecto integrativo. Existe un concepto de la dignidad, la libertad y la autonomía del hombre destinado a la constitución de los derechos básicos de la persona. La influencia de los instrumentos internacionales sobre los ordenamientos internos es más intensa a nivel regional que en el universal, en la que se producen también efectos horizontales y verticales aunque con menor intensidad que en los ámbitos regionales; ya que se puede constatar un efecto integrativo que resulta de una determinada Convención regional de derechos humanos, el efecto horizontal y vertical.

La Convención constituye un texto de garantías iguales para un determinado número de Estados, lo que produce una armonización de los valores fundamentales en toda la región (efecto horizontal). También la Convención, por su influencia sobre el ordenamiento interno, origina una armonización entre Convención internacional y derecho interno (efecto vertical). Los efectos verticales suponen por si mismos un efecto integrativo horizontal, a nivel interno entre los Estados cuyos ordenamientos normalmente son independientes; esa separación se ve disminuida por dicha integración de valores (Rainer, 1998: 64).

- 3. Efecto constituyente.** En muchos Estados las garantías consagradas en la DUDH, han adquirido la importancia para constitucionalizarse. Así lo reconocen las Constituciones de países como España, Argentina, Rumanía, Portugal, Perú entre otros; que refieren la Declaración en el cuerpo normativo de sus textos constitucionales. Las Convenciones protectoras de los derechos humanos constituyen un desarrollo del Derecho Constitucional que se expresa en la voluntad de los Estados en reconocer un poder de orden supranacional.

En el Estado, la Constitución se basa en el reconocimiento de valores comunes que son el marco de la acción política, siendo las principales características de una Constitución el apartado referente al reconocimiento y protección de los derechos humanos, y aquel relativo a las disposiciones que contienen la organización política, administrativa, territorial y jurídica del mismo.

A nivel universal, las garantías de los derechos humanos presentan, la tendencia a consolidarse y a desarrollarse por la interpretación y por su aplicación en la práctica, aunque esta última es un elemento problemático en un ordenamiento compuesto de Estados soberanos con relaciones de coordinación. Pero la diversidad cultural e histórica, y por la realidad socioeconómica de cada uno, marca diferencias y a pesar de ello las garantías de los derechos humanos, se han ido homogenizando, si bien no en la práctica del modo de ejecución, si en su aspecto formal, ya que cada Estado cuenta con una estructura institucional propia.

Se busca una eficacia de estos derechos y que no queden como declaraciones formales, ya sea de manera directa, en tanto los derechos pasen a formar parte de la legislación interna, o bien, de modo vinculante con la Constitución en relación a la DUDH. La constitucionalización de los derechos humanos, hace posible la creación de un organismo encargado de velar por la protección de los derechos de la persona. Es de señalar que de todos los efectos de la Declaración, el más importante es precisamente el de su constitucionalización, ya que de lo contrario el ciudadano se encuentra ante una evidente inseguridad jurídica.

4. Efecto formativo cultural. La comunicación ha sido por excelencia la forma de promover cualquier cosa o actividad y por ello tiene un rol esencial en la divulgación de aquello que los Estados a nivel nacional e internacional llevan a cabo. La Declaración, como política de nivel internacional, ha sido difundida entre las personas alrededor del orbe, por ser los derechos más esenciales del ser humano.

El impulso dado por la Declaración de 1948, inició a nivel universal, un proceso irreversible en la promoción del bienestar humano. Ya que, tras la Segunda Guerra Mundial, en los ordenamientos internos y en particular de los Estados europeos el antropocentrismo es una característica particular que los distingue, de aquellos que fueron elaborados en otros periodos. La Declaración de 1948 permite la internalización de estos derechos globalmente y logra recopilar los derechos universales –y no particulares de cada Estado- para lograr el bienestar humano.

13.- CARTA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

La Carta Internacional de los Derechos Humanos (CIDH), constituye el principal documento que reúne los instrumentos jurídicos internacionales más importantes destinados al reconocimiento y protección de los derechos humanos, y se compone de:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (10/12/1948)

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (23/03/1976).
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (03/01/ 1976).
- El Protocolo Facultativo del PIDCP (23/03/1976).
- El Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, abolir pena de muerte (15/12/1989).

Las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos tienen carácter de Derecho Internacional consuetudinario, dado que están aceptadas y se utilizan como pautas de conducta a seguir por los Estados. Actualmente algunos de los países que han obtenido su libertad, citan la Declaración en su ordenamiento de mayor jerarquía, tal es el caso de las constituciones de España, Argentina, Rumania, Portugal, Ruanda y Cambodia, entre otras.

La Carta Internacional de los Derechos Humanos (CIDH) persigue el mismo fin que la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por ello, las naciones siguen un objetivo común en la protección de los derechos humanos sin importar la raza, la nacionalidad, el sexo, la religión, las ideas políticas, etc. Así la CIDH, ha redefiniendo y desarrollado los derechos tutelados por la DUDH, a través de los pactos y protocolos sucesivos que se van agregando a este catálogo.

El PIDCP Y EL PIDESC son acuerdos vinculantes sobre derechos humanos aprobados por la Asamblea General en 1966 y desarrollan la Declaración Universal.

PIDCP: Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

La CIDH recoge los derechos civiles y políticos el 23 de marzo de 1976, con el fin de garantizar el respeto a la dignidad humana, igualdad, vida, seguridad jurídica y libertad de las personas. Un rasgo novedoso de este instrumento jurídico internacional fue el establecimiento de un órgano de expertos para supervisar su aplicación, el Comité de Derechos Humanos, cuya composición se regula en el apartado IV del Pacto.

El PIDCP fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 2220 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Este Pacto entró en

vigor el 23 de marzo de 1976 al haberlo ratificado o haberse adherido a él 35 Estado. El mismo día 12 Estados ratificaron el Protocolo Facultativo, que también entro en vigor. En enero de 2003, 149 Estados habían ratificado el Pacto o se habían adherido a él.

La Carta se integra de dos pactos, el de los derechos civiles y políticos, y el relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (1966). Las disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que define libertades de primer orden, son disposiciones inmediatamente aplicables según obra en el art. 2, por el que se establece que los Estados parte del pacto se comprometen a adoptar las medidas correspondientes a través de los procedimientos constitucionales de los propios países, a fin de garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos que ahí se establecen. Mientras que tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales del segundo Pacto, los Estados se comprometen a actuar en orden de asegurar “progresivamente” el pleno ejercicio de los derechos ahí reconocidos, a través de los medios apropiados refiriendo que incluyendo la adopción de medidas legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos ahí reconocidos, según lo refiere el artículo 2 del pacto.

Los dos pactos de la CIDH, si bien protegen derechos de diferente índole, recogen el mismo espíritu en su preámbulo, el cual consiste en que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Estos pactos buscan crear las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos liberados del temor y la miseria, para realizar el ideal del ser humano libre, el cual es el disfrute de las libertades civiles y políticas.

El Pacto se compone de 53 artículos divididos en seis partes, de la siguiente forma:

- **Parte I.** Comprende la libre determinación de los pueblos respecto de su condición y desarrollo político, económico, cultural y social.
- **Parte II.** Establece el compromiso de los Estados parte a garantizar los derechos reconocidos por el pacto, asimismo los compromete a legislar en sus ordenamientos internos para cumplir con aquel. Se establecen los ca-

sos, las excepciones y el procedimiento para suspender los derechos pactados, así como la prohibición de restringir o menoscabar tales derechos.

- **Parte III.** Garantiza el derecho a la vida, a la igualdad, regula el procedimiento a la pena de muerte establecida en los países partes del pacto, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso. Se establece además el derecho a la libertad y a la seguridad personal, el derecho a un proceso penal, la regulación del Régimen penitenciario. También contiene la libertad de salir, entrar y circular libremente por el territorio de un Estado. Se regulan las garantías de seguridad jurídica y del debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida privada y no injerencias arbitrarias. Refiere la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y expresión. Establece la prohibición de propaganda a favor de la guerra o el racismo. El derecho a la reunión pacífica, de asociación, a la propia vida cultural de las etnias, así como el derecho a contraer matrimonio, garantiza los derechos básicos de los niños, así como el de las personas para votar y ser votados en la participación de la vida política de su país.
- **Parte IV.** Composición del Comité de Derechos Humanos.
- **Parte V.** Regula la interpretación del pacto.
- **Parte VI.** Comprende la regulación respectiva a la firma y vigencia del pacto.

14.- CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La Carta surge en el año 2000 como un instrumento único por su innovación, en el que se reconocen derechos producto de la nueva realidad y formas de vivir de la sociedad actual, asimismo, este documento limita actividades científicas, a modo de prevención inmediata de los experimentos en personas, tales como la clonación; aparecen también derechos medio ambientales, etc.

En el Consejo Europeo de Colonia celebrado el 3 y 4 de junio de 1999, se adoptó una decisión sin precedentes, la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. En concreto se consideró que: “La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal

de Justicia Europeo ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. La evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance.

El Consejo Europeo señala que: “esta Carta deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. La Carta deberá contener los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión. Al redactar la Carta, se tendrán en cuenta también los derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (art. 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión”.

En Colonia se otorgó a un órgano llamado Convención (presidido por Alemania) el mandato de redactar el proyecto de la Carta. Este se constituyó en diciembre de 1999 y aprobó el proyecto el 2 de octubre del 2000, mismo que días después, habría de ser aprobado por el Consejo de Europa de Biarritz el 13 y 14 de octubre, mediante acuerdo unánime, transmitiéndolo al Parlamento Europeo y a la Comisión. El Parlamento Europeo dió su acuerdo el 14 de noviembre de 2000 y la Comisión, el 6 de diciembre de 2000. Finalmente, los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus Instituciones, firmaron y proclamaron la Carta el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

Cada Estado cuenta con un cuerpo normativo que esté de acuerdo con la realidad de la sociedad que regula, por ello, el Preámbulo de la Carta establece la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales conforme a la evolución de la sociedad, del progreso social y, de los avances científicos y tecnológicos.

La Carta es una contribución al compromiso de la UE por la preservación y el fomento de los valores comunes dentro de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa. Su texto establece que la Unión está

fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y la solidaridad, y se basa en.

La CDF se integra por 54 artículos en siete capítulos, dentro de los cuales se desglosan distintas disposiciones que protegen la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, justicia y ciudadanía. El contenido de cada uno de los siete apartados es el siguiente:

- **Capítulo I. DIGNIDAD.** Se establece la protección y respeto a la dignidad humana, así mismo se fija el derecho a la vida, a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, así como la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.
- **Capítulo II. LIBERTADES.** Se funda el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, se establece además la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Se asientan las libertades de expresión y de información, de reunión y de asociación, de las artes y de las ciencias, de empresa, la libertad profesional y derecho a trabajar, el derecho a la educación, a la propiedad, de asilo, así como la protección en caso de devolución, expulsión y extradición.
- **Capítulo III. IGUALDAD.** Se contempla la igualdad ante la ley, la no discriminación, el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística. Se establece además la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas.
- **Capítulo IV. SOLIDARIDAD.** Se establece el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, de negociación y de acción colectiva, de acceso a los servicios de colocación, de protección en caso de despido injustificado, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la protección de la vida familiar y profesional, la seguridad social y ayuda social, la protección de la salud, el acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la de los consumidores.
- **Capítulo V. CIUDADANÍA.** Se instituye el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, el derecho a una buena admi-

nistración, derecho de acceso a los documentos, el derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración, el derecho de petición, la libertad de circulación y de residencia, así como la protección diplomática y consular.

- **Capítulo VI. JUSTICIA.** Se establece el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, se fija la presunción de inocencia y derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, así como el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.
- **Capítulo VII. DISPOSICIONES GENERALES.** Aquí se regula el ámbito de aplicación, el alcance de los derechos garantizados, el nivel de protección y la prohibición del abuso de derecho.

15.- DADH: DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) de 2 de mayo de 1948, aunque regional al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la DADDH es el primer instrumento internacional de su tipo, ya que fue adoptada antes de la aprobación de la DUDH en el seno de las Naciones Unidas en diciembre del mismo año. Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han dictaminado que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

La Declaración, además de un preámbulo, comprende 38 artículos que definen los derechos protegidos y los deberes correlativos, e incluye un catálogo tanto de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración es creada por la tradición de los pueblos americanos en dignificar a la persona humana, reconociendo en sus Constituciones que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como objetivo principal la protección de los derechos esenciales del hombre, creando

los medios que le permitan progresar espiritual y materialmente para alcanzar la felicidad.

En su preámbulo se advierte que la esencia de la Declaración es proteger los derechos con los que nace la persona, refiriendo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, debiendo conducirse fraternalmente los unos con los otros (en toda actividad social y política del hombre). Aclarando que si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

No obstante de ser ésta un instrumento de protección de derechos humanos de sistema regional, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser ciudadano de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, que tienen su origen en la naturaleza misma. Así que los Estados americanos reconocen que, cuando el Estado legisla en esta materia, no crea o concede derechos sino que reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado.

Asimismo, la DADDH en sus considerandos refiere que la protección internacional de los derechos humanos, debe de ser guiada por el derecho americano en evolución. Con esto último, los Estados americanos reconocen que no han alcanzado los mecanismos ideales de protección de los derechos fundamentales, y se refleja la intención para lograrlo, reconociendo que dicha declaración atiende a las circunstancias sociales y jurídicas del momento, debiendo reforzarla, según las circunstancias, cada vez más en el campo internacional. El capítulo segundo de la Declaración es fundamental porque comprende los deberes del hombre, y es importante, porque si bien los derechos son fundamentales para el desarrollo de la persona ya que elevan su dignidad a través de los derechos humanos inherentes a la persona; también es importante que la persona esté consciente que el poseer derechos le implican, por correlación, una serie de deberes que debe de cumplir frente a quienes le rodean, tanto en su entorno social, como con el Estado.

La DADDH en su preámbulo especifica que los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y

recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre.

Presenta dos capítulos que respectivamente contienen la regulación de los derechos y deberes de los americanos, el espíritu del instrumento es independiente de la nacionalidad respecto de un Estado, porque los derechos establecidos atienden al fundamento de los atributos de la persona humana. El contenido de los capítulos se conforma de la siguiente forma:

- **Capítulo Primero. Derechos.** Reconoce distintos derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la 34 Por ejemplo el pago de impuestos, los cuales deberán de ser siempre proporcionales al ingreso y actividad de la persona, seguridad e integridad de la persona, de igualdad ante la ley, de libertad religiosa y de culto, libertad de investigación, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

Asimismo, establece el derecho de protección a la honra, la reputación personal, así como de la vida privada y familiar, a la inviolabilidad del domicilio, así como el derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia. Protege también el derecho a la constitución y protección de la familia, a la maternidad y a la infancia, de residencia y tránsito. Además refiere el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, a la educación, a los beneficios de la cultura, al trabajo y a una justa retribución, al descanso y a su aprovechamiento, a la seguridad social, al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles.

Reconoce los derechos de justicia, nacionalidad, sufragio y de participación en el gobierno, de reunión, de asociación, de propiedad, de petición, de protección contra la detención arbitraria. Garantiza el derecho a un proceso regular, de asilo y establece el alcance de los derechos del hombre, los cuales están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

- **Capítulo Segundo. Deberes.** Fija los deberes de las personas ante la sociedad, hacia los hijos y los padres, los de instrucción, de sufragio, de obediencia a la ley, de servir a la comunidad y a la nación, de asistencia y seguridad sociales, de pagar los impuestos, de trabajo y de abstenerse de actividades políticas en un país extranjero.

16.- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Pacto de San José o Convención Americana, surge de la necesidad de regular la situación de los derechos humanos en el continente americano, independientemente de la nacionalidad. Es redactado durante la Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, pero no es sino hasta 1978 que entra en vigor.

La Convención surge en el marco de los principios consagrados en la Carta de la OEA, en la DADH, y en la DUDH. La Corte refiere que el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, con independencia de la nacionalidad. Asimismo, enfatiza que los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo es la protección de los derechos fundamentales, independientemente de su nacionalidad, resguardo que se podrá ejercer frente a su propio Estado, y frente a los otros Estados contratantes.

La Convención se compone de tres partes, que comprenden varios capítulos con diferentes temas, y son los siguientes:

1. Deberes de los Estados y derechos protegidos: enumera deberes por parte de los Estados, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, así como la suspensión de garantías, interpretación y aplicación (de la Convención), y los deberes de las personas.
2. Medios de protección: describe a los órganos competentes, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su organización, funciones, competencia y procedimiento, e incluye un capítulo de disposiciones comunes para ambos órganos.

3. Disposiciones generales y transitorias: contiene los dispositivos relativos a la firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia de la Convención; y las disposiciones transitorias concernientes a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

17.- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, nace y se inspira a partir de la DUDH. El Convenio en sus 18 artículos, no contiene los derechos consagrados en los 30 artículos de la DUDH. Si bien el Convenio ha sido criticado por ello, también es cierto que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha venido a subsanar e innovar la teoría de los derechos humanos.

Los esfuerzos en favor de la unidad europea iniciaron el 5 de mayo de 1949 al constituirse el Consejo de Europa. La primera Asamblea Consultiva del Consejo de Europa inició sus reuniones para la elaboración de un Convenio para la protección de los derechos fundamentales. Existieron discrepancias entre los “federalistas” europeos y los “estatalistas” nacionales. Finalmente, el 4 de noviembre de 1950, se firmó en Roma, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas (CEDH). Fueron 13 los países miembros del Consejo de Europa al momento de la firma -Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido y Turquía. El Convenio entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, en el marco de la DUDH. Se consideró necesario crear un instrumento, que garantizara los derechos humanos de los ciudadanos de los países de la Unión Europea y de los adherentes.

El CEDH es de aplicación universal, porque las partes contratantes reconocen a toda persona los derechos y libertades definidos en el título primero del Convenio. Así los Estados partes se comprometen entre sí a proteger los derechos de las personas, y no solo los de sus ciudadanos, sino los de todas aquellas que se encuentren bajo la jurisdicción de alguno de los Estados parte de la Convención.

Los fundadores del Consejo de Europa quisieron evitar, el surgimiento de nuevas dictaduras y nuevos desastres ocasionados por guerras. Para ello definieron principios y objetivos comunes y la voluntad de salvaguardarlos y difundirlos a través de una organización. Los principios eran la preeminencia del Derecho y el respeto de los derechos humanos, y entre los objetivos estaban el proteger y reforzar la democracia pluralista, así como, favorecer el desarrollo de una verdadera identidad europea.

El fin del Convenio es la protección efectiva de los derechos humanos, y no así, la creación de obligaciones recíprocas entre las partes. Por lo tanto, la función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) radica en la interpretación del Convenio y sus protocolos, fijando ciertas normas internacionales que los Estados deber respetar, respecto de las personas bajo su jurisdicción.

El Convenio crea toda una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas, aplicación colectiva. Por lo tanto, el Convenio permite a los Estados contratantes exigir el cumplimiento de dichas obligaciones sin tener que justificar un interés derivado.

El CEDH, es un instrumento vivo que debe de ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, que podrá ser influenciado por los estándares comúnmente aceptados por los Estados miembros, y que dicho Convenio deberá aplicarse en concordancia con el desarrollo de los derechos humanos en el Derecho Internacional. El TEDH, se ha pronunciado en favor de una interpretación de tipo ad hoc con el tiempo y la sociedad que regula, al considerarlo como un documento vivo, que avanza y evoluciona.

El Convenio se encuentra compuesto por tres títulos: 1) Derechos y libertades, 2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y 3) Disposiciones diversas. Los temas son:

- **Título I Derechos y Libertades:** regula la protección de los derechos humanos como: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a un proceso equitativo. Regula además el principio de no haber pena sin ley, así como el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión, libertad

de reunión y de asociación, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a un recurso efectivo, la prohibición de discriminación, la derogación en caso de estado de excepción, las restricciones a la actividad política de los extranjeros, la prohibición del abuso del derecho, y la limitación las restricciones de derechos.

- **Título II Tribunal Europeo de Derechos Humanos:** Regula todo lo relativo a los órganos operativos, como Tribunal, el número de jueces, las condiciones de ejercicio de sus funciones, la elección de los jueces, la duración del mandato, así como la revocación del mismo. Regula además, la Secretaría y referendarios, el Pleno del Tribunal, los Comités, Salas y Gran Sala, la declaración de inadmisibilidad por los comités, las resoluciones de las salas sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. Norma las demandas individuales, las condiciones de admisibilidad, la intervención de terceros, los archivos de las demandas, el examen contradictorio del asunto y el procedimiento de arreglo amistoso. Codifica además la conclusión de un arreglo amistoso, la vista pública y acceso a los documentos, la satisfacción equitativa, la sentencia de las Salas, la remisión ante la Gran Sala, las Sentencias definitivas, la motivación de éstas y las resoluciones, así como la fuerza obligatoria y la ejecución.
- **Título III Disposiciones diversas:** Norma las encuestas del Secretario General, la protección de los derechos humanos reconocidos, los poderes del Comité de Ministros, la renuncia a otros modos de solución de controversias, la aplicación territorial, las reservas, la denuncia, así como la firma y ratificación del Convenio.

Los derechos y libertades reconocidos en el título primero del Convenio se enuncian mediante conceptos jurídicos indeterminados, llamados a ganar concreción en la aplicación del Convenio a casos concretos. Asimismo el Convenio protege derechos civiles y políticos, y otros de dimensión social y económica. La tutela fue progresiva pues primero se protegió los derechos fundamentales sin los cuales los sistemas pluralistas de Estados democráticos de Derecho no pueden funcionar. Los derechos sociales son objeto de reconocimiento y protección en la Carta Social de Europa, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en vigor en 1965.

18.- LAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES

Las declaraciones constitucionales reconocen formalmente con los textos legales constitucionales contemporáneos, los derechos humanos como derechos fundamentales, en cuanto concreción positiva, y de sus correspondientes garantías.

Estas toman como modelo a la DUDH, configuran otros textos constitucionales, a través del derecho comparado, definiciones, formas de regulación y garantías de los derechos humanos. Existe, pues, una clara influencia de unos textos constitucionales sobre otros que denota la naturaleza expansiva de los derechos humanos.

Asimismo amplían el catálogo de derechos y garantías reconocidas, reconocen los derechos económicos, sociales y culturales, aunque sin una garantía generalizada y en un plano de igualdad respecto de los derechos civiles y políticos. También reconocen los derechos de la tercera generación, o derechos de solidaridad y de los pueblos.

Algunas constituciones, han reconocido derechos y se clasificarse en tres grupos:

- Constituciones que reconocen de una forma genérica, a través de una “*lex generalis*” los derechos humanos, esto es, a través del enunciado de grandes principios, como la libertad, la igualdad o la dignidad humana.
- Constituciones que reconocen los derechos a través de un sistema de “*leges especiales*”, que proclaman concretos derechos humanos.
- Constituciones con un sistema mixto; esto es, aquellas que establecen junto al enunciado de grandes principios o postulados sobre los derechos fundamentales, generalmente en el Preámbulo, un catálogo de concretos derechos en la parte dispositiva de la Constitución. Tal es el sistema de la Constitución española de 1978, del Perú de 1979 y 1993. Las Constituciones que han sido promulgadas a partir de la segunda guerra mundial marcan otro hito. Como la Constitución portuguesa de 1976, la Constitución española de 1978, la Constitución del Paraguay, de 20 de Junio de 1992, la Constitución del Perú de 1979 y de 1993.

19.- LA DECLARACIÓN DEL MILENIUM

La Declaración del Milenio fue aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en la sede de Naciones Unidas en Nueva York el 8 de septiembre de 2000, acordaron reafirmar la fe en la Organización y en su Carta para construir un mundo más pacífico, más próspero y más justo.

La reunión señaló que: Estamos decididos a establecer una paz justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Reafirmamos nuestra determinación de apoyar todos los esfuerzos encaminados a hacer respetar la igualdad soberana de todos los Estados, el respeto de su integridad territorial e independencia política; la solución de los conflictos por medios pacíficos y en consonancia con los principios de la justicia y del derecho internacional; el derecho de libre determinación de los pueblos que siguen sometidos a la dominación colonial y la ocupación extranjera; la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión, y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario.

La declaración contiene: valores y principios; la paz, la seguridad y el desarme; el desarrollo y la erradicación de la pobreza; protección de nuestro entorno común; derechos humanos, democracia y buen gobierno; protección de las personas vulnerables; atención a las necesidades especiales de África; y fortalecimiento de las Naciones Unidas. Se considera prioritario que la globalización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del planeta, para lo cual será necesario que los procesos globalizadores sean plenamente incluyentes y equitativos.

En el texto se consideran los siguientes valores:

- La libertad ya que los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. Para ello deben elegirse gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular.

- La igualdad, en cuanto no debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres.
- La solidaridad, por cuanto los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los más pobres y menos beneficiados deben tener la ayuda de los más beneficiados.
- La tolerancia en tanto los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. Debe eliminarse las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; y preservar los bienes de la humanidad y promoverse una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones.
- El respeto de la naturaleza por cuanto es necesario preservar en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, los preceptos del desarrollo sostenible. Esto es necesario, para conservar y transmitir a las futuras generaciones las riquezas que brinda la naturaleza y debe modificarse la producción depredadora y el consumo debe ser en interés del bienestar futuro y de los descendientes.
- Responsabilidad común. La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, y respecto a las amenazas sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central.

Las decisiones que se acordaron fueron:

- Consolidar el respeto del imperio de la ley en los asuntos internacionales y nacionales y, en particular, velar porque los Estados Miembros cumplan las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, en los litigios en que sean partes.
- Aumentar la eficacia de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y de la seguridad, dotando a la Organización de los recursos y los instrumentos que necesitan en sus tareas de prevención de conflictos, resolución pacífica de controversias, mantenimiento de la paz, consolidación de la paz y reconstrucción después de los conflictos.
- Fortalecer la cooperación entre la ONU y las organizaciones regionales.
- Velar porque los Estados Partes apliquen los tratados sobre cuestiones tales

como el control de armamentos y el desarme, el derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humano, y pedir a todos los Estados que consideren la suscripción y ratificación el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

- Adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y adherirnos cuanto antes a todas las convenciones internacionales pertinentes. Redoblar nuestros esfuerzos para poner en práctica nuestro compromiso de luchar contra el problema mundial de la droga.
- Intensificar la lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, incluidos la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero.
- Reducir al mínimo las consecuencias negativas que las sanciones económicas impuestas por las Naciones Unidas pueden tener en las poblaciones inocentes...
- Esforzarnos por eliminar las armas de destrucción en masa, en particular las armas nucleares, y mantener abiertas todas las opciones para alcanzar esa meta, incluida la posibilidad de convocar una conferencia internacional para determinar formas adecuadas de eliminar los peligros nucleares.
- Adoptar medidas concertadas para poner fin al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras, en particular dando mayor transparencia a las transferencias de armas y respaldando medidas de desarme regional, teniendo en cuenta todas las recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras.
- Pedir a todos los Estados que consideren la posibilidad de adherirse a la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, así como al Protocolo enmendado relativo a las minas de la Convención sobre armas convencionales.

La Declaración del Milenio considera los efectos de la globalización y el desarrollo tecnológico, que va a contextualizar el ejercicio de los derechos humanos. Subraya el énfasis los derechos a la paz, al desarrollo, a la calidad de vida y al entorno ambiental, a los sectores de población más vulnerables.

La Declaración definió como objetivos:

- Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
- Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal.

- Objetivo 3: Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer.
- Objetivo 4: Reducir la mortalidad infantil.
- Objetivo 5: Mejorar la salud materna.
- Objetivo 6: Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades.
- Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.
- Objetivo 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Esta declaración toma en cuenta las nuevas condiciones surgidas a raíz de la globalización. En el Marco General, se afirma que: “Mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos surge de una Asamblea de Estado, la Carta de Derechos Humanos Emergentes se construye desde las diversas experiencias y luchas de la sociedad civil global, recogiendo las reivindicaciones más perfiladas de sus movimientos sociales”. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue una resolución adoptada solemnemente por las Naciones Unidas, como documento fundamentador de los valores éticos, jurídicos y políticos humanistas del siglo XX. Mientras que la Carta de Derechos Humanos Emergentes surge desde la experiencia y las voces de la sociedad civil global en los inicios del siglo XXI y pretende ofrecer una nueva concepción de la participación ciudadana y concibe los derechos emergentes como derechos cívicos tratando, de superar el déficit político y la impotencia entre los cambios deseados y las condiciones actuales para su realización.

CONCLUSIONES

- 1.- Los derechos humanos son principios y normas universalmente aceptadas que reconocen y regulan derechos esenciales de las personas, enfocadas en la defensa y respeto de la dignidad de la persona humana y orientada al logro de la justicia, el progreso y la paz.

Dentro del Estado nacional, los derechos humanos constituyen un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en cada país, poniéndole límite y reglamentación a la actuación estatal. Estos concretan la libertad frente al Estado y la garantizan en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar.

- 2.- La función de los derechos fundamentales del hombre es afirmar su libertad y dignidad frente al Estado, restringiendo y constituyéndose en un escudo frente a la arbitrariedad del poder. Asimismo busca establecer un sistema de convivencia civilizada en paz, integrando al hombre con el Estado y con la sociedad en el marco de la solidaridad.
- 3.- La dignidad y la libertad son el fundamento de los derechos humanos que le permite al hombre su autorrealización y logro personal sin ningún tipo de presión. La libertad es la facultad de elegir los medios más aptos para alcanzar perfeccionamiento. Es la facultad de escoger entre diversos medios aquel que sea más adecuado para que el hombre pueda desarrollar todas sus potencialidades y satisfacer sus necesidades básicas.
- 4.- La categoría “derechos constitucionales” es más amplia y tiene un carácter formal frente a la de “derechos fundamentales”, ya que son derechos positivizados, reconocidos por las normas constitucionales sin importar su esencia, la relevancia del bien que protege, o su relación con la dignidad humana o los principios básicos del Estado peruano. En tal sentido, ciertos derechos son “constitucionales” porque están reconocidos por la Constitución.
- 5.- El concepto de generación de derechos humanos, ha sido criticado por su temporalidad y de acabamiento de la existencia de los derechos reconocidos por cada generación. Asimismo en cuanto se considera que cada generación posterior supera a la anterior, pero lo cierto es que esta clasificación tiene efectos teóricos, prácticos y educativos pues permite rápidamente ubicar la génesis, la naturaleza y consecuencias de estos derechos.
6. Los derechos humanos han surgido y fueron reconocidos progresivamente por etapas o ‘generaciones’ de acuerdo a las demandas y la presión social y ciudadana, sin que las nuevas generaciones sustituyan a las anteriores, sino que se va integrando temporalmente y con vigencia simultánea, en una suerte de transversalidad temporo-espacial. El reconocimiento de tres generaciones de derechos humanos es del mayor consenso, utilizado y aceptado. Pero ante la velocidad de los cambios en el mundo se considera hoy la existencia de cuatro generaciones de derechos que están articuladas por sus orígenes, efectos y su transversalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, VÍCTOR, Y CHRISTIAN COURTIS (2002), “Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- AGUILAR, ASDRÚBAL (1997), *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*. Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello.
- ALEXY ROBERT (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 1.
- ALEXY, ROBERT (2001), *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALF ROSS (1974), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- ÁLVAREZ VITA JUAN “Los Derechos Humanos y la Aldea Global”. En: *Boletín N° 40 del Instituto del Ciudadano*.
- ALZAMORA VALDEZ, MARIO (1976), “Filosofía del Derecho”. Ed. Sesator. Lima.
- ALZAMORA VALDEZ, MARIO (1977), “Los Derechos Humanos y su protección”. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición, Lima.
- ÁNGELES FIGUEROA (1996), Eduardo. “Derecho Internacional Humanitario”. Caracas, Fondo Editorial Agenda.
- ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta.
- ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*.
- ARA PINILLA, IGNACIO (1990), *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Tecno, Madrid.
- ARTHUR KAUFMANN (1998), *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis.
- ARTHUR KAUFMANN (1999), *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado.
- ASIS ROIG, RAFAEL DE. (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate.

- ATIENZA, MANUEL, Derechos naturales o derechos humanos un problema semántico, en la obra colectiva “Política y derechos humanos”.
- AUGUSTO COMTE (2004), Curso de filosofía positiva, Buenos Aires, Libertador.
- AYALA CARAO, CARLOS, “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, en Héctor Fix-Zamudio (coord.), México y las declaraciones de derechos humanos.
- AYMAR, CARLOS (1987), Marx y los derechos humanos, Madrid, Tecnos.
- BALDI CABANILLAS (2000), Las razones del derecho natural, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo De palma.
- BARILE, PAOLO (1984), Diritti dell'uomo e liberta fondamentali, Bolonia, Societa editrice il Mulino.
- BARLOW, J. P. (1996). Declaración de Independencia del Ciberespacio. Suiza.
- BAHÍA International Community (2002) La recesión económica ha provocado una crisis mundial de derechos humanos. Madrid. Cuerpo Consultivo de la Organización de las Naciones Unidas.)
- BATTAGLIA, FELICE (1966), Declaraciones de Derechos, en Estudios de Teoría del Estado, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- BIDART CAMPOS GERMÁN J. (1994), La interpretación de los derechos humanos. En Comisión Andina de Juristas. Lecturas constitucionales andinas. Lima, Visual Service.
- BIDART CAMPOS GERMÁN (1993), Teoría general de los derechos humanos. México, UNAM.
- BLOCH, ERNST (1980), Derecho Natural y dignidad humana, Madrid, Editorial Aguilar, trad. del alemán por Felipe González Vicen.
- BOBBIO (1991), “El tiempo de los derechos” (Sistema, Madrid, España).
- BOBBIO, NORBERTO (1965), “El fundamento de los derechos humanos” en Revista Internazionale di Filosofia del Diritto (nº 42).
- BOBBIO, NORBERTO (1965), “Sui fondamento dei diritto del uomo”, en Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, abril-junio, fasc. II, Milano, Dott
- BOBBIO, NORBERTO (1992), El problema de la guerra y la vía de la paz. Barcelona, Gedisa.

- BOUTMY (1902), La Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen et M. Jellinek, en « Annales de Science Politique»
- BUCHANAN, JAMES (1975), *the Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, University of Chicago Press.
- BUERGENTHAL THOMAS (1982). "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States", *Am. U. L. Rev.*
- BUSTAMANTE JAVIER (1999), "Derechos humanos en el ciberespacio", en Graciano González (ed.), *Derechos humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid, Tecnos.
- BUSTAMENTE DONAS, JAVIER, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica».
- CABALLERO OCHOA JOSÉ LUIS (2000), "México y el sistema interamericano de protección a los derechos humanos", en Méndez Silva, Ricardo UNAM.
- CANCADO TRINDADE, ANTONIO (1994), "Derechos de solidaridad "Estudios Básicos de Derechos Humanos. 1.
- CAPPELLETTI MAURO (1987), "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*. México, UNAM.
- CARBONELL, MIGUEL (2005), *Diccionario de derecho constitucional*. 2º ed., México, Porrúa. - (2005) *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. 176 ed., México, Porrúa.
- CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS (2001), *Del positivismo analítico a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John RAWLS*, en *Persona y Derecho*, 44, p. 194.
- CARLOS NINO (1984), *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Paidós, p. 243.
- CARPIZO JORGE (1994), *Estudios Constitucionales*, Editorial Porrúa, México (4º edición).
- CARPIZO, JORGE Y VALADÉS DIEGO (2010), *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, Madrid, Dykinson. "Derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones Constitucionales*.
- CARPIZO, JORGE, "Los derechos humanos", en José Luis Soberanes (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, 2º ed.

- CARRILLO SALCEDO, J.A. (1995), Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo. Tecnos, Madrid, pp. 77 ss.
- CASCAJO JOSÉ LUIS, El Problema de la protección de los derechos del hombre, en la obra colectiva “Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema”.
- CASTAN TOBEÑAS JOSÉ (1985), Los derechos del hombre, Madrid, Editorial Reus, 3º Edición revisada y actualizada por María Luisa Marín Castin.
- CASTILLO MIREYA, Derecho internacional de los derechos humanos.
- DAHRENDORF RALF (1971), Sociedad y libertad, Madrid.
- DAVID HUME (1945), Investigación sobre la moral, Buenos Aires, Losada, p. 33.
- DAVID HUME (1956), Tratado de la naturaleza humana, tomo I-II.
- DEL VECCHIO, G. (1956): Teoría del Estado, Bosch, Barcelona.
- DIAZ ELÍAS (1984), Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Editorial Taurus.
- DÍAZ MÜLLER LUIS T. (2006), Derecho internacional de los derechos humanos. México, Porrúa.
- DONNELLY, JACK (1989), Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell, Ithaca.
- DWORKIN RONALD (1999), Los Derechos en serio, Barcelona, Ariel.
- EDUARDO MARTÍN QUINTANA (2007), Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 27.
- FAURÉ, CHRISTINE (1995): Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789, Fondo de Cultura Económica, México.
- FERNANDEZ EUSEBIO (1984) Teoría de la justicia y derechos humanos, Madrid, Debate.
- FERNÁNDEZ SEGADO FRANCISCO (1949). “La Dogmática de los Derechos Humanos”. Ediciones Jurídicas, Lima
- FERRAJOLI, LUIGI (2001): Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, España.
- (1999), Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta.
- FERRER EDUARDO (2013), Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I, México, SCJN-UNAM-Fundación Konrad Adenauer.

- FERRERO COSTA RAÚL (1980). Los derechos humanos: Mecanismos internacionales de protección. Lima.
- FINNIS JHON (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon.
- FINNIS JOHN (1980), *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- FIX ZAMUDIO HÉCTOR (1982), *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México, Civitas.
- GALLARDO HELIO (2006): *Derechos humanos como movimiento social*, desde abajo, Bogotá, Colombia.
- GALLARDO HELIO (2008): *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, David Sánchez Rubio editor, Murcia, España.
- GARCÍA ANIZA (2008), *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA BAUER CARLOS (1971), *Teoría de los Derechos Humanos*, Guatemala.
- GARCIA BELAUNDE DOMINGO (1982), *Los Derechos humanos como ideología*, en *Derecho*, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 36.
- GARCÍA GARCÍA EMILIO (1999), “Derechos humanos y calidad de vida”, en Graciano González (ed.), *Derechos humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid, Tecnos.
- GARCÍA RAMÍREZ SERGIO (2003), “La reforma jurídica y la protección de los derechos humanos”, en Valadez, Diego, *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos*
- GELMAN, R. B. (1997). *Propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio*.
- GELMAN, ROBERT B., «Declaración de los Derechos Humanos en el ciberespacio».
- GEORGES KALINOWSKI (1979), *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*.
- GIL ROBLES, J.M. (1969): *Por un Estado de Derecho*, Ariel, Barcelona.
- GONZALES AMUCHATEGUI JESÚS (1984), *Jellinek, Boutmy, Doumergue. Orígenes de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional.
- GONZALES POBLETE ALEJANDRO (1997), *derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Interno*. Comisión Andina de Juristas. Lima.

- GONZÁLEZ (ed.) (1999), *Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad*
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ ROBERTO, *Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación.*
- GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ (1999), *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid.
- GROS ESPIELL HÉCTOR. “Derechos Humanos”, Instituto Peruano de Derechos Humanos Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú.
- GROS ESPIELL, H. (1988): *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR (1978), *El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad*, UNESCO, Coloquio de México.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR (1985), “El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana”, *Estudios sobre Derecho Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- H. L. A. HART, *El concepto de derecho.*
- HABERMAS JURGEN (1981), *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, trad. cast. De J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo.
- HABERMAS JÜRGEN y JOHN RAWLS (2000), *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vila Roca, introducción a cargo de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós.
- HABERMAS, JÜRGEN (1998), *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta.
- HAYEK FRIEDRICH VON (1977), *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, (edic. cast. A cargo de L. Beltrán)
- HEGEL, G. W. F. (1993), *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, K. H. Ilting (ed.). Trad. cast. de C. Díaz. Libertarias.
- HENKEL, H. (1968): *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid.
- IEPALA. (2002). *Cursos Sistemático de Derechos Humanos*. Madrid.
- JAVIER ECHEVERRÍA (1995), *Cosmopolitas domésticos*. Barcelona: Anagrama.
- JEAN PAUL SARTRE (1984), *El existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires.
- JOHN RAWLS (1997), *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

- JOHN RAWLS (2002), *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, (2001); *Justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós.
- JORGE CARPIZO (1994), *Estudios Constitucionales*, Editorial Porrúa, México 4^o edición.
- JOSEF PIEPER (1974), *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp.
- KAI AMBOS (2004). *El nuevo Derecho Penal Internacional*. Ara Editores, 1^o edición, Lima.
- KALINOWSKI GEORGES (1979), *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba.
- KANT. (1785), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. cast. de M. García Morente. EspasaCalpe.
- KAUFMANN, ARTHUR (1999), *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado.
- KELSEN HANS (1982), *Qué es la Justicia*, Barcelona, Ariel, traducción castellana de A. Calsamiglia.
- KELSEN HANS (1991), *Teoría pura del derecho*. México, UNAM-Porrúa.
- KRIEGER EMILIO (1994). *En defensa de la Constitución*, México: Grijalbo.
- KRIELE MARTÍN (1980), *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, Buenos Aires, Desalma, 1^a Edic.
- LACHANCE LOUIS (1979), *El Derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Rialp, trad. cast. De L. Horno; introducción de A. E. Pérez-Luño
- LANDA ARROYO CÉSAR (1998). “Protección de los Derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana” En: *Pensamiento Constitucional*, Año V, No. 5, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- LANDA ARROYO CÉSAR, “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- LAPORTA F. (1987): *Sobre el concepto de Derechos Humanos en Doxa*, N^o 4, Alicante.
- LUIGI FERRAJOLI (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- LUIGI FERRAJOLI (2002), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta

- MACPHERSON (1973): *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford Clarendon Press.
- MARITAIN JACQUES y otros (1949), *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- MARTINEZ PUJALTE, A. L. (1992): *Los Derechos Humanos como derechos inalienables en BALLESTEROS. J.: Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.
- MIGUEL CARBONELL (2003), “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en edit., *Neo constitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta.
- MIRO QUESADA CANTUARIAS FRANCISCO (1982), *Fundamentación filosófica de los derechos humanos*, en *Derecho*, revista de la Fac. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 36, Lima.
- MUES DE SCHRENK LARA (1994), *El problema de la fundamentación de los derechos humanos*, en *DIA-NOIA*, México, 31: 95-105.
- NIETO NAVIA RAFAEL. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. Editada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- NIKKEN PEDRO (1987). “La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Un desarrollo progresivo”. Madrid, IIDH, Civitas.
- NIKKEN PEDRO (1994). “El Concepto de Derechos Humanos”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. Editado por el Instituto interamericano de Derechos Humanos 1, II DH, San José.
- NINO CARLOS (1984), *Ética y derechos humanos*, Barcelona.
- citado por Rodolfo Vigo, *Perspectivas filosóficas contemporáneas*, Bs As, Abeledo-Perrot.
- NOVAK TALAVERA FABIÁN (2000). “Derecho Internacional Público”. Lima, IDEI.
- NOVAK TALAVERA FABIAN (2001). *Derecho Penal Internacional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- NOZIK, ROBERT ANARQUÍA (1990), *Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica.
- NÚÑEZ MOLINA, WALDO Y NÚÑEZ MOLINA, CLEDY (2003). *Curso de derechos humanos (Parte general)*. Tomo I. Lima, Wolf Ediciones.
- O’ DONNELL DANIEL (1988). “Protección Internacional de los Derechos Humanos”.

- OBANDO ANA ELENA. El derecho a la Paz.
- OROZCO, HENRIQUE (2002), Los derechos humanos de los mexicanos. 2° ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- PAINE THOMAS (1986), Los derechos del hombre, México, Fondo de Cultura Económica, 2° edición.
- PALACIOS JUAN MIGUEL, El problema de la fundamentación metafísica de los derechos humanos, en Revista de Filosofía, 2° serie, Madrid.
- PECES-BARBA MARTINEZ (1978), Libertad, poder, socialismo, Madrid, Editorial Civitas.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (1999), Curso de derechos fundamentales. Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid.
- PÉREZ LUNO ANTONIO (2006), La tercera generación de Derechos Humanos, Editorial Aranzadi.
- PÉREZ LUNO, A. (1991). La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales. AA. VV., Problemas de legitimación en el Estado Social. Madrid: Trotta.
- PÉREZ LUNO, A. E. (1995), Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid, 5° ed..
- PEREZ LUNO, A.E. (1979): Delimitación conceptual de los Derechos Humanos en la obra
- PEREZ LUNO, A.E. (1983): Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2° Edición.
- PÉREZ LUNO, ANTONIO ENRIQUE (2005), Derechos humanos, estado de derecho y Constitución. 9° ed., Madrid, Tecnos.
- PÉREZ LUÑO ANTONIO (1991). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecno. Madrid.
- PRIETO SANCHIS, LUIS (1986-1987), Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, en Anuario de Derechos Humanos, N° 4.
- QUINTANA GARCÍA, FRANCISCO (2003), Instrumentos básicos de derechos humanos.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO (1995), Los Derechos Humanos y su defensa ante la justicia. TEMIS. Santa Fe de Bogotá.
- RAMÍREZ GARCÍA, HUGO S. (2011), Derechos humanos. México, Oxford.
- RAWLS, JOHN (1979), Teoría de la Justicia, México, Fondo de Cultura Económica.

- RAWLS, JOHN (2001), *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós.
- RAWLS, JOHN (2002), *Justicia como equidad una reformulación*, Barcelona, Paidós.
- RICARDO MÉNDEZ SILVA (2002), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- ROBERT ALEXY (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 1, p. 53.
- ROBERT ALEXY (2008), *¿Derechos humanos sin metafísica?*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ideas y Derecho, Buenos Aires.
- ROSS, ALF (1958), *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons.
- ROSS, ALF (1974), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- ROUSSEAU (1750). Filósofo, literato, pedagogo y pensador político francés (1741) se instala en París, obtiene el Premio de la Academia de Dijon.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO (1980), *El contrato social*. Madrid, Alianza Editorial.
- RUBIO CARRACEDO, JOSÉ (1980), *John Rawls y la revisión*.
- SEN, AMARTYA (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Editorial Planeta.
- SEPÚLVEDA CESAR (2000). “Derecho Internacional”. México, Editorial Peruano.
- SERGIO COTTA (1981), “Seis tesis sobre las relaciones sobre el derecho natural y el derecho positivo”, en *Persona y Derecho*, 8, pp. 151 y ss.
- SEYMOUR MARTIN LIPSET (2000), *El excepcionalísimo norteamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, (Mónica Utrillo, Tur., primera edición en español).
- TRUYOLL, ANTONIO (1977). *los Derechos Humanos*. Editorial Tecno. Madrid.
- VASAK, KAREL (1977), “La larga lucha por los derechos humanos”, *El Correo de la UNESCO*, noviembre págs. 29-32.
- VASAK, KAREL. (1990). *las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*. Volumen I. Ediciones. Comisión Andina de Juristas. Lima.

- VELASCO ARROYO, J.C. (1990): Aproximación al concepto de los Derechos Humanos en Anuario de Derechos Humanos, Madrid, N°7.
- VERNENGO, ROBERTO J. (1988-1989), El problema de la fundamentación de los derechos humanos: fundamentaciones religiosas, en Anuario de Derechos Humanos, N° 5.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2002), “Diritto per valori, principi regole ,a propósito della doctrina dei principi di Ronald Dworkin”, en Quaderni Fiorentini, 31, tomo II.
- ZAGREBELTZKY, GUSTAV (2002), El derecho dúctil, Madrid, Editorial Trotta, 4° ed.
- ZOVATTO, DANIEL (1986), “Contenido de los derechos humanos. Tipología”, AA.W., Educación y Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, (1986).

La Justicia colapsada en el Perú

Francisco Javier Romero Montes*

Departamento Académico de Derecho Público

Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

fjromerom@hotmail.com

SUMARIO: *Resumen. Abstract. Palabras claves. Key words.*
1.- *Introducción. 2.- Dimensiones del problema. 3.- La mora judicial. 4.- Las garantías judiciales: a) La tutela judicial efectiva, b) Procesos sin dilaciones indebidas, c) Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, d) Derecho a un recurso sencillo y rápido, e) Jurisdicción adecuada de justicia. 5.- Problemas del Poder Judicial: a) Insuficiencia cuantitativa de los jueces titulares. b) Los jueces magistrados titulares. c) Los jueces y magistrados provisionales. d) Los jueces y magistrados suplentes. e) Demora de los procesos judiciales. f) El presupuesto del Poder judicial. g) Control y sanciones de las autoridades. h) El tema de la corrupción. 6.- Modelos procesales no conocidos en el Perú: a) El procedimiento monitorio. b) Los modelos españoles. c) El litigio estratégico. d) El litigio de alto impacto. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Bachiller, Abogado y Doctor en Derecho UNMSM. Profesor Extraordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN

La justicia en el Perú se encuentra totalmente colapsada. Para solucionar este problema siempre hemos recurrido a la modificación de los Códigos Procesales y la legislación sustantiva sin resultado positivo alguno. Es por eso que los problemas subsisten y a veces se agravan porque las legislaciones nuevas frecuentemente traen sus inconvenientes. Como ejemplo, podemos citar la promulgación del Código Procesal Civil, el Código Procesal Penal, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la creación de la vía contenciosa administrativa, que ha empeorado la administración de justicia, lo que nos lleva a una situación permanente de justicia colapsada.

El problema central que se ha producido es el de la mora judicial, que es un velo, debajo del cual se ha desarrollado la corrupción en todos los niveles. El propio Presidente del Poder Judicial, doctor Duberli Rodríguez, ha declarado que el principal problema que afronta el Poder Judicial no es la corrupción, sino la lentitud procesal. También afirma que el día que ganemos en celeridad la gente se sentirá más satisfecha. Entonces resolvamos ese problema y el otro se debilitará automáticamente.

En un estudio llevado a cabo por Proética, se señala que el 48% de los peruanos considera al Poder Judicial como la institución más corrupta del país, por encima del Congreso y de la Policía. Por otro lado, un estudio de Transparencia Internacional, titulado Barómetro Global de la corrupción, precisa que el 32% de los encuestados peruanos afirma haber pagado coimas a jueces. La misma encuesta concluye afirmando que el 70% de la gente, desconfía del Poder Judicial y además revela que el Perú es el único país de América en el que el Poder Judicial es percibido como la institución más corrupta¹.

Es por eso que el presente trabajo concluye señalando los esfuerzos que vienen haciendo algunos países para solucionar problemas como el nuestro, donde la mora judicial es fundamental.

1 Semanario "Hildebrandt en sus Trece" del 13 de octubre de 2017, pp. 9 y 39.

ABSTRACT

Justice in Peru is fully collapsed. Changes in procedural and substantive laws have been usually introduced to solve this problem. Notwithstanding, the result reached has not been positive because laws enacted have produced outcomes unforeseen, and often undesirable. This is the case of the justice administration that has been worsened due to the bad implementation of the Civil Procedure law, the new Criminal Procedure Law, the new Labour Procedure Law, among others.

One of the main problems has been the delay in the resolution of lawsuits before the Power Judicial which has spurred corruption at different levels of the judicial administration. Current President of the Power Judicial, Mr. Duberli Rodriguez, has stated that the main problem is not the corruption but the slowness of procedures. He has also said that the improvement of this situation could leave everybody satisfied, so corruption would go away once government invest in improving judicial performance.

According to the report recently launched by Non-Governmental Organization Proetica, 48% of the Peruvian people consider that the Power Judicial is corrupted, even above the Congress and the Police. Likewise, the Global Barometer of Corruption, a survey endorsed by International Transparency points out that 32% of the people admitted paying a bribe to judges. The same survey indicates that 70% of the people distrusts the judiciary. As the result of the survey, Peru is perceived to be highly corrupt among Latin American Countries. This paper shows the efforts made by some countries to reduce the delay in the judicial process which could help to guide reforms in Peru.

Palabras clave

Lineamientos, Litigio, corrupción, mora judicial, colapsar, garantías judiciales, tutela jurisdiccional.

Keywords

Guidelines, litigation, corruption, delay in the judicial process, collapse, judicial safeguards, access to justice.

1.- INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del derecho de los magistrados a recibir una contraprestación por sus labores que prestan a la comunidad o sociedad, no podemos dejar de considerar en qué consiste las labores que brindan. Se trata de administrar justicia. Es decir, tienen a su cargo la función jurisdiccional.

Los griegos, a través de Aristóteles, definieron al ser humano como un zoo político, es decir, como un ente social, que por su naturaleza vive en una comunidad, en una sociedad. Esto quiere decir que allí donde el hombre no existe o lo imaginamos que vive sólo, no hay necesidad del derecho. Por el contrario, si el hombre, por su naturaleza, es social, convive con otros en su comunidad y en esa convivencia existe la posibilidad que entre sus miembros aparezcan las desavenencias o desacuerdos, que en el ámbito del derecho se denominan conflictos y que es necesario solucionarlos, mediante un tratamiento que es la “justicia”.

Para muchos tratadistas, la justicia es un concepto cósmico, una ley universal que expresa un orden que nunca debe alterarse: todo desorden es una injusticia. Es por eso que se habla de la justicia social, que es una versión de esa concepción cósmica aplicada a los seres humanos que la aceptan como un orden social y cualquier alteración de la misma, es injusta. Se considera que hay justicia, en las relaciones sociales, cuando a nadie se le desposee de lo que le es debido; esto es, se respeta el equilibrio en el intercambio social. Por el contrario, si hay desequilibrio y, por tanto, injusticia, tiene que haber una compensación justa, por el incumplimiento².

La justicia es un valor humano y su concepción ha evolucionado en la medida que el hombre se ha ido desarrollando en su conocimiento y dominio del mundo. En un primer momento el hombre concibió la justicia como un acto de venganza del “ojo por ojo o diente por diente”. Superada la autotutela, también la justicia tuvo y sigue teniendo un carácter divino y trascendente, producto de la voluntad de los dioses. Pero al margen de estas consideraciones,

2 Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Tomo II, Barcelona, Editorial Ariel, S. A 1994, pp 1979-1980

la justicia es hoy un sistema que está a cargo de órganos judiciales o Poder Judicial, que posee el monopolio de la administración de justicia, para cuyo efecto, las comunidades aspiran a que sus miembros sean intachables y dotados de conocimientos y experiencia para una correcta función jurisdiccional.

2.- DIMENSIONES DEL PROBLEMA

Definir la justicia, significa descubrir sus valores y principios. En tal sentido, la justicia tiene un valor universal y absoluto, pero la justicia es humana y está al servicio del hombre y como tal se convierte en algo relativo, porque el ser humano es algo que cambia y evoluciona, de donde se desprende que la justicia, como concepto, tiene una dimensión a priori, pero por ser humana es experimental y a posteriori.

Esta es la razón por la que para administrar justicia, es decir, para cumplir con la función jurisdiccional, existen sistemas de administración de justicia que buscan resolver los conflictos de acuerdo a los valores y principios de la justicia. Como el hombre no es algo acabado sino un proyecto que se va haciendo, los sistemas de administración de justicia no son perfectos, sino perfectibles. Veamos, pues entonces cuáles son esos inconvenientes que impiden que esos sistemas de justicia sean imperfectos y cuáles pueden ser sus soluciones.

La justicia es una condición que debe estar siempre ligada a la persona humana; que en ningún momento deben separarse; no es posible concebir que un hombre viva sin justicia. Luego, la ausencia de justicia es lo que comúnmente denominamos la mora o ausencia judicial, que tiene diferentes causas que va desde lo que socialmente se denomina la corrupción de la administración del sistema, hasta los estados de pobreza de los Estados y de los justiciables.

Por ser la justicia un tema humano, el hombre la intuye y debe corregirse de inmediato, por parte de los órganos que tienen a su cargo la administración de justicia, sin preámbulo ni intermediación alguna. Justicia que llega tarde ya no es tal. En consecuencia, los procedimientos que tienen que ver con su administración deben ser rápidos y sencillos, sin formalidades excesivas y sin la intervención de personas que difieran tales propósitos. En tal sentido, los procedimientos escritos, en lugar de la justicia directa o la intervención de terceros

como son los abogados, contribuye enormemente a que la justicia demore y no sea oportuna.

Igual podemos decir, cuando los esquemas procesales están diseñados con un exceso de instancias, o cuando los recursos impugnatorios no se resuelven de inmediato y se fijan plazos excesivos.

El hecho que el Poder Judicial tenga a su cargo la exclusividad de la administración de justicia, no significa, en manera alguna una función o poder de preferencia. Por el contrario, los litigantes, en sus relaciones cotidianas, siempre deben estar guiados por criterios de justicia y sólo acudir a la función jurisdiccional del Estado cuando esa relación directa no funcione. Es en esta etapa donde los abogados y hombres de derecho deben cumplir una función de asesoramiento e información.

En conclusión esa división en las funciones públicas, a la que Aristóteles se refería, y que eran la legislativa, judicial o jurisdiccional y administrativa o ejecutiva, posteriormente recogida por la teoría clásica de Montesquieu que la formuló en su obra “El espíritu de las leyes”, que declaró que en todo Estado hay tres clases de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva y el poder jurisdiccional, que en los actuales tiempos, no es muy fácil aplicar.

Han transcurrido siglos desde estos enunciados. Como la vida del hombre es compleja en su desarrollo, estos paradigmas simples ya no son suficientes para preservar al ser humano de algo que lo aleja de la justicia. Con toda razón, podemos decir que los sistemas jurisdiccionales siempre están en crisis, las fórmulas para dar a cada quien lo que le corresponde siempre están colapsadas: esa es su naturaleza. De manera que el quehacer cotidiano del hombre es su lucha permanente para mantener a flote ese trato justo que requiere la persona para vivir en paz, rodeado de seguridad, entre otras cosas.

3.- LA MORA JUDICIAL

La mora judicial es un problema que agobia a la humanidad. Veamos cómo se define este tema. El año 2002 en la cumbre Judicial Iberoamericana realizada en México se precisó que la mora judicial “es el retraso respecto de

la duración razonable o estimada del proceso en toda su amplitud temporal incluyendo así la fase declarativa como de la ejecución de lo declarado”. Como se puede ver aquí está de por medio el principio de razonabilidad; el concepto no habla de plazos en concreto, sino de “plazos razonables” que deben tener los conflictos que se juzgan y que serán diferentes según se trate de la materia. Hablar de plazos en concreto, sin tener en cuenta el tema materia del juzgamiento, podría llevarnos a fijar plazos injustos.

Por eso el concepto que se formula en la Cumbre de San Salvador, también el año del 2002, reafirma este criterio, al sostener que la mora judicial debe entenderse como el incumplimiento de plazos o como retraso respecto de la duración razonable de todo proceso hasta su conclusión; es decir, la parte declarativa y su correspondiente ejecución. De ahí que, el objetivo fundamental de su erradicación es el logro de una justicia pronta y efectiva.

Este es un tema que concierne al Estado, en sus tres potestades o funciones. Corresponde al órgano legislativo crear normas razonables con plazos adecuados; es tema de los órganos jurisdiccionales el juzgamiento oportuno, sin mora judicial, y concierne al poder ejecutivo, hacer cumplir los fallos en forma inmediata.

Como ya lo dijimos, el retardo de la administración de justicia se debe a un sin número de causas que pueden ser legales o ilegales, que van desde los plazos irrazonables que señalan tanto las leyes sustantivas como procesales, la falta de idoneidad profesional de los magistrados, la politización de la administración de justicia, que hacen perder la independencia e imparcialidad que desprestigia a la función jurisdiccional.

Circunstancias de esta naturaleza impiden que el Estado y la administración pública cumplan con realizar el bien común de los ciudadanos, al no dar respuestas concretas a los requerimientos sociales, como son la educación, la salud, la inclusión social. Si se trata de la administración de justicia, el hecho que una causa no se juzgue cuando deba juzgarse, es similar a la acción del juzgador que intencionalmente resuelve en sentido equivocado. De manera que la administración de justicia es un servicio que todo Estado democrático tiene la obligación de prestar a sus ciudadanos.

Para cada uno de estos aspectos se establece sus sistemas de encausamiento. El aspecto que tiene que ver con la justicia, tiene su forma de acceso a la justicia y que consiste en el derecho que tiene toda persona, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideológica, política, religiosa a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas por medio de toda clase de mecanismos eficaces que permitan solucionar un conflicto³. De manera que la justicia es un derecho humano de carácter fundamental. Es por eso que desde el año 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías, aprobó en Bogotá las garantías sociales donde se establecieron los principios de celeridad y especialización de la administración de justicia.

4.- LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Las garantías judiciales sirven para proteger las declaraciones y enunciados antes señalados contra las anomalías e inconvenientes que impiden el cumplimiento de los propósitos que el orden nacional e internacional se han propuesto, dentro de las cuales se pueden citar:

a).- La tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental por el que toda persona tiene la potestad de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela tiene que ser efectiva, de lo contrario deja de ser tutela, tal como se sostiene en la Constitución española.

En el caso del Perú, nuestra Constitución, en su artículo 139, establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y dentro de los cuales en el punto 3 se ordena que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. Es lo que la propia Constitución establece, bajo la deno-

3 Carnelutti Francesco, Derecho y Proceso, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 23.

minación de “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Igualmente, el punto 5 se refiere a la exigencia de una motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias; el punto 6 tiene que ver con la pluralidad de instancias que permita corregir los errores judiciales; el punto 7 dispone la indemnización por los errores judiciales; el punto 8 señala el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; el punto 10, el principio de no ser penado sin proceso judicial, o la prohibición de no ser condenado en ausencia tal como lo dispone el punto 12; la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; el derecho a no ser privado de la defensa; el derecho a la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita por carencia de recursos, todos ellos también señalados en el citado artículo 139.

b).- Procesos sin dilaciones indebidas

En este punto es necesario precisar en qué consiste una “dilación indebida” de un proceso judicial que origina la mora judicial y por lo tanto es necesario evitarlo para que se pueda dar el debido proceso en todas las jurisdicciones, como puede ser la civil, penal, laboral, administrativa, etc. Por eso decimos que en los procesos no deben existir las “dilaciones indebidas” y en tal sentido constituye una garantía contra las dilaciones procesales.

El evitar las “dilaciones indebidas”, significa hablar de los plazos razonables, determinados por la naturaleza del bien protegido y de los cuidados para su debida protección. Referirse a este tema implica hablar de conceptos indeterminados que el derecho no ha logrado perfilar. Por eso se trata de un tema abierto, que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos y genéricos.

Es por eso que los Convenios y Tratados Internacionales, preocupados en que la justicia sea oportuna se preocupa de los plazos razonables, cuya duración emerge de la naturaleza de los bienes tutelados y no de la simple convención de los sujetos de los derechos. Todo acontecimiento o circunstancia que no se origine en dicha naturaleza, deberá considerarse como una “dilación indebida” que afecta los valores de lo justo y equitativo.

De ahí que acuerdos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado en Nueva York se preocupa de los procesos penales y

sus dilaciones indebidas. De la misma manera el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 se preocupa por que su Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) escuche en plazos razonables a sus justiciables. En el mismo sentido se han pronunciado el Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC) de España.

c).- Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable

El derecho a ser oído dentro de un plazo razonable significa la existencia de un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, penal, fiscal o de cualquiera otra naturaleza. En otras palabras, se trata del derecho de defensa o el respeto al debido proceso. Es pues un derecho fundamental de una persona natural o jurídica o cualquier otro colectivo para defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se le imputan, o para reclamar los mismos, con plenas garantías de la igualdad e independencia.

Su punto de partida se encuentra, no en un Tratado Internacional, sino en lo que se denomina la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. Estos derechos están formalizados en los artículos 10° y 11° de dicha Declaración. El primero establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”⁴.

En materia penal, el art. 11°, garantiza el derecho a la defensa cuando sostiene que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. En el párrafo 2 del mismo artículo se puntualiza que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no

4 Peña Farfán Saúl, Constitución Política 1993, Lima, Cultural San Marcos, 1995, p. 526.

fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Para algunos tratadistas estas son normas de derecho internacional consuetudinario y es el sustento de los derechos fundamentales de cada país. Así, por ejemplo, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..”.

d).- Derecho a un recurso sencillo y rápido.

La doctrina ha elaborado algunas otras denominaciones para referirse a esta garantía, tales como acceso a la justicia, derecho a la jurisdicción, derecho a la protección judicial, derecho a peticionar. Se trata de un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. Lo que se busca es evitar la presencia de obstáculos que impida acceder a la justicia.

Para tratadistas como Ferrajoli⁵, se trata de una garantía secundaria o jurisdiccional, en la medida que sólo declara obligaciones o prohibiciones subjetivas garantizadas, que corresponde al Poder Judicial; en cambio, la garantía primaria es sustancial. Es el derecho de toda persona de ser oída y peticionar ante las autoridades judiciales exigiendo respeto de otros derechos que considera afectados o en peligro y la obtención de una respuesta adecuada. Es decir, es la llave para proteger otros derechos o mecanismos institucionales del sistema jurídico.

Esto es lo que precisa el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, cuando señala que toda per-

5 Ferrajoli Luigi, Garantías Constitucionales, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, I N° 2, p. 39.

sona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido y a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Para ser efectiva esta garantía judicial, se requiere de un procedimiento sencillo, más si se trata de los derechos de uno de los sujetos de la relación jurídica que se encuentra en desventaja, frente al otro que tiene un mayor poder, como es el caso de las relaciones laborales, en las que el empleador, puesto en el platillo de una balanza, muestra una ventaja considerable frente al otro sujeto, que es el trabajador, al que le falta la misma fuerza y el mismo poder. La sencillez del recurso facilita no solamente el costo del proceso o el tiempo que dura el mismo, sino la posibilidad que el litigante débil entienda con facilidad cuáles son sus derechos y obligaciones sin necesidad de recurrir a explicaciones de terceros, lo que implica textos simples y sencillos⁶.

Pero no sólo se requiere de un procedimiento sencillo, sino también que sea breve y rápido. Se dice que el procedimiento es breve cuando en el proceso se han abreviado los lapsos y se han simplificado las formas procesales, a pesar de tener la misma estructura de un juicio ordinario, suprimiéndose, por ejemplo, los espacios para deducir incidencias. El juicio breve se ha definido como una reducción y concentración de actos procesales para sustanciar y decidir asuntos de pequeña cuantía.

El procedimiento breve es aquel que, atendiendo a razones de la cuantía del conflicto de intereses planteados y remisiones de aplicabilidad que hacen leyes especiales, se dan una reducción de los términos procesales y de oportunidades para hacer valer los medios de accionar y excepciones de las partes, abreviando de esta manera el proceso ordinario o para las máximas garantías procesales. En el fondo se trata de una reducción de términos.

6 Christian Courtis, Derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones Colectivas de Derechos Humanos, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional ISSN N° 5- 2006, p. 40.

e).- Jurisdicción adecuada de justicia

Etimológicamente, jurisdicción deriva de dos voces latinas: *ius* que significa “derecho” y *dicere*, “decir”, esto es, aplicar el derecho. Se trata pues de la *iurisdictio* o *iure dicendo*. Pero estas voces implican algo más que el simple “decir el derecho”, pues ellas conllevan, principalmente, la potestad de ejecutar las resoluciones en las que declaran o dicen el derecho⁷. Para muchos tratadistas, estamos ante la potestad derivada de la soberanía del Estado de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia que es ejercida, en forma exclusiva, por tribunales integrados por jueces autónomos e independientes.

Eduardo Couture⁸, luego de analizar los conceptos de jurisdicción como ámbito territorial, como competencia, como poder, se queda con el concepto de la jurisdicción como función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

Según este tratadista, la jurisdicción no solamente es potestad; no se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público. Normalmente los órganos jurisdiccionales forman parte del Poder Judicial, lo cual no impide que dichas funciones se les pueda asignar a otros órganos, en la medida que la justicia se emite en nombre de la Nación.

Uno de los fines del Estado consiste en dirimir conflictos y controversias. Sin esa función, como dice Couture, el Estado no se concibe como tal. Como ya dijimos anteriormente, privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por sí mismos, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción, es decir, la potestad de acudir ante la autoridad jurisdiccional, y al Estado el deber de resolver el conflicto. Es por eso que se dice que la autoridad de cosa juzgada se concibe como un medio de despejar la incertidumbre

7 Véase del autor, El Nuevo Proceso Laboral, Grijley, Lima 2012, p. 86.

8 Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1978, pp. 28 a 45.

del derecho y la forma de hacerlo coactivamente en los casos de resistencia al cumplimiento.

Se piensa, erróneamente, que la jurisdicción está a cargo exclusivo del Poder Judicial, lo que no es exacto. Si partimos del principio de que la justicia se imparte a nombre de la Nación, no hay por qué decir que tal atribución es una exclusividad del Poder Judicial. La antigua concepción de los tres poderes del Estado como son el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que modernamente nos legaron los franceses, ha sido superada por una concepción que sostiene que “la administración de justicia se imparte a nombre de la Nación” y no es solamente, una soberanía del Estado.

En la actualidad, impartir justicia es un requerimiento social, muy complejo y difícil de satisfacer. Los Estados modernos han mostrado serias limitaciones para cumplir tal requerimiento y los Poderes Judiciales han colapsado en sus intentos para encontrar una solución satisfactoria. Partiendo de esa concepción de la exclusividad del Poder Judicial en la administración de justicia, se ha intentado modificar constantemente las leyes procesales, pensando que ahí estaba el problema, pero sin resultados positivos. En el caso de otros países se ha abandonado los procesos escritos para introducir la oralidad en el proceso y en la actualidad se viene implantando los expedientes virtuales.

También el Poder Judicial se ha preocupado por la formación y capacitación de los jueces. En tal sentido, desde hace décadas se han creado las escuelas para magistrados, para capacitarlos en su actividad de administrar justicia. También se han creado las academias de la magistratura y se han establecido los post-gradados de maestría y doctorado en administración de justicia. Las designaciones de los magistrados dependen de organismos técnicos buscando una despolitización en los nombramientos de los jueces, a pesar de las pretensiones de fuerzas políticas que, directa o indirectamente buscan inmiscuirse en dichos órganos rectores para introducir a personajes que tienen tendencias políticas, en salvaguarda de sus intereses.

Por otra parte se aprecia el interés del Poder Judicial por desconcentrarse en su función, creando oficinas en aquellos lugares donde haya concentraciones de población que reclaman justicia. Los sistemas disciplinarios de los

que trabajan para el Poder Judicial, no han sido suficientes, en la medida que no ha sido operativo y por lo tanto los controles no surten sus efectos. La mayoría de la población desapueba el accionar del Poder Judicial.

Pero cuando hablamos de la jurisdicción adecuada, como una garantía judicial, nos referimos a que la administración de justicia debe ser eficaz. Lo que le interesa a la nación es que el Estado cumpla con esta función a cabalidad, ya sea a través del Poder Judicial o de cualquier otro medio. Lo que debe primar en una sociedad democrática, es la seguridad y el orden para sus miembros y no una situación caótica y sin orden. Estos fines se pueden lograr adecuando el Poder Judicial a los requerimientos y necesidades de la comunidad o estableciendo un nuevo sistema que haga posible, por otros medios, la satisfacción de los requerimientos conjuntamente con el Poder Judicial.

Hablando del Poder Judicial, este organismo, para un mejor servicio, a la comunidad, mediante la jurisdicción especializada ha creado los jueces especializados, tales como la jurisdicción común u ordinaria, la jurisdicción penal, laboral, constitucional, contencioso-administrativo, familia, agrario, etc. Saliendo del ámbito del Poder Judicial, existen las jurisdicciones independientes, como el Militar, arbitral, electoral, que la propia constitución y su legislación correspondiente lo consideran. De manera, que todas las actividades sociales queden cubiertas y de esa manera, cerrar el circuito.

5.- LOS PROBLEMAS DEL PODER JUDICIAL

El Poder Judicial es el organismo con un mayor radio de acción. En la práctica es la jurisdicción con más amplia competencia para resolver los conflictos de la comunidad peruana. De manera que las jurisdicciones independientes del Poder Judicial, es una excepción. Por esta razón, en adelante, nuestra observación a los viejos problemas que agobian al Poder Judicial, merecerán nuestra atención.

En este tema debemos referirnos a la estructura del Poder Judicial y sus recursos y necesidades, que en muchos casos aparecen problemas subjetivos que tienen que ver con el comportamiento de los magistrados, de los profe-

sionales y personal administrativo, que le da una imagen al Poder Judicial; es decir, nos estamos refiriendo a lo que en los actuales tiempos se denomina la corrupción de los órganos jurisdiccionales.

En cuanto a la estructura del Poder Judicial, los problemas son globales, en la medida que están escalonados unos después de otros. De manera que la solución requiere encontrar el primer inconveniente que como consecuencia, va generando nuevos problemas. La lógica nos dice que una solución del mismo, puede hacer desaparecer a los subsiguientes. Así, por ejemplo, si el problema de la idoneidad del equipo de magistrados no es adecuado, no se podrá solucionar los problemas de demora en los procesos, y demás inconvenientes que se produzcan en la administración de justicia. Este enfoque de solución no aparece en las memorias de sus Presidentes ni en los discursos pronunciados cuando asumen sus cargos. Dichos altos funcionarios suelen señalar los problemas a resolverse, pero no precisan como solucionarlos. Cinco puntos o problemas son los que se señalan y son los siguientes:

La provisionalidad de los jueces que administran justicia, la carga y descarga de los casos judiciales, la demora en los procesos, el presupuesto del Poder Judicial y las sanciones a los jueces que incumplen sus obligaciones, pero hay otros problemas sobre los cuales se guarda un absoluto silencio, tales como la designación de los magistrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, la capacitación integral de los Magistrados y un tema que envuelve como un manto al comportamiento ético de los magistrados; para hablar con claridad, nos estamos refiriendo a la corrupción en la administración de la justicia.

a).- La Insuficiencia Cuantitativa de los Jueces Titulares

Este es un aspecto que tiene que ver con la estructura orgánica del Poder Judicial. Según la Ley Orgánica de este Poder, los magistrados están organizadas de la siguiente forma: Jueces titulares, jueces provisionales y jueces suplentes. La pregunta que uno puede hacerse es por qué esta clasificación, que no tiene que ver con la carrera judicial, sino con una costumbre o vicio que no se condice con un requerimiento de la población. La solución consiste en que todo juez debe ser titular. La existencia del juez provisional y supernumerario se debe a que el Estado peruano no cumple satisfactoriamente su obligación de administrar justicia. Al satisfacerse este inconveniente, los demás que subyacen, podrían quedar también solucionados.

b).- Los Jueces y Magistrados Titulares

Estos jueces ingresan al Poder Judicial para desempeñar un cargo específico y son nombrados, por el Estado, cumpliendo los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, para administrar justicia en determinada instancia. Los derechos y obligaciones de los jueces titulares, están fijados en la normatividad correspondiente. Son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura para hacer la carrera judicial y los niveles son los juzgados de Paz Letrados, los Juzgados de Paz especializados, los Juzgados especializados, los Vocales Superiores y los Vocales Supremos, siempre que en cada caso reúnan los requisitos establecidos por el ordenamiento legal. En el Perú existen 2912 jueces, de los cuales, 40 son Vocales Supremos, 552 son Vocales Superiores, 1523 son jueces especializados y 797 Juzgados de Paz Letrados.

En resumen, el 58% de los jueces son titulares, el 13% son provisionales y el 29% son supernumerarios o suplentes.

c).- Juzgados y Magistrados Provisionales.

Los juzgados o jueces provisionales, al igual que los jueces titulares, desempeñan funciones iguales. Ambos administran justicia. Hay salas de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema que están integradas por una mezcla de magistrados titulares y provisionales o el caso de salas que en su mayoría están constituidas por magistrados provisionales. En consecuencia, ambos administran justicia y por lo tanto, las dos clases deberían tener el mismo trato, lo que lamentablemente no sucede. Los jueces, y magistrados provisionales, no tendrían razón de ser si todos fueran titulares.

Lo que los diferencian son las formalidades que se dan en uno y otro caso; así por ejemplo, los jueces provisionales no son seleccionados, como tales, por el Consejo Nacional de la Magistratura, sino que el mismo Poder Judicial los designa recurriendo a su personal de carrera, pero en condiciones y con derechos menores a los que tienen los jueces titulares, sus remuneraciones son inferiores a las que perciben los magistrados titulares, siguen conservando la jerarquía y el rango del cargo con el que son trasladados a ser provisionales, tal como lo señala la Ley 30125.

La jerarquía de sus cargos, son como sigue: Vocales Supremos Provisionales, Vocales Superiores Provisionales, Jueces Especializados Provisionales o Mixtos Provisionales, Jueces de Paz Letrados Provisionales o Jueces de Paz Letrados Especializados Provisionales.

La provisionalidad no debía existir; puede deberse a la vacancia de un magistrado titular, a la licencia de algún magistrado, al impedimento que tengan los jueces. Si bien estas pueden ser las razones, pero las causas de la provisionalidad puede estar en la carencia de magistrados titulares, la carencia de disponibilidad presupuestal, la desaprobación de candidatos que postulan para ser jueces titulares, el poco interés por la carrera de la magistratura, etc.

Estas diferencias, de alguna manera, afecta la administración de justicia, en la medida que hay un trato y consideración injustos, a pesar que el trabajo que realiza un juez provisional y un juez titular es el mismo. Por otra parte, afecta la seguridad y estabilidad que tiene un magistrado titular; desmotiva al provisional. Sobre todo, afecta la independencia que es fundamental en la administración de justicia.

El Estado peruano, ha hecho muy poco para resolver este problema de la provisionalidad, lo que se puede apreciar en los siguientes datos que aparecen en los planes y memorias de los Presidentes del Poder Judicial. En tal sentido, se afirma que el 42% del total de magistrados, son provisionales, lo que significa que de cada 100 jueces, solo 58 son titulares y 42 son provisionales. Esta situación se agrava en la Corte Suprema, donde la provisionalidad asciende a un 55% lo que significa que más de la mitad son provisionales y que en la práctica son llamados, para cumplir las funciones, los Vocales de las Cortes Superiores, con la categoría de Vocales Supremos Provisionales.

d).- Los Jueces y Magistrados Suplentes.

Los jueces suplentes a quienes en el Poder Judicial se les denomina “super-numerario”, son nombrados directamente por los Presidentes de las Cortes Superiores, que puede ser cualquier Abogado que reúna los requisitos exigidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que desempeñen la función de administrar justicia, en ausencia de Vocal o Juez titular o provisional. Se

trata pues de profesionales que no están en la carrera judicial, pero que sus servicios son indispensables. Una gran cantidad de jueces suplentes existen en las diferentes provincias del país, en algunos casos deben ser bien venidos, por el rol que cumplen, dada la carencia de magistrados titulares o provisionales, aunque en otras circunstancias, se utiliza esa función para defender intereses creados extraños a la justicia⁹.

e).- La Demora de los Procesos Judiciales.

Como consecuencia de las deficiencias en el órgano operativo del Poder judicial, al no contar con los jueces necesarios para poder absolver los requerimientos de la población, al que nos hemos referido en el punto anterior y que tiene que ver con una falta de solución, por parte del Estado peruano, surge un nuevo problema que impide una justicia rápida y eficaz, que tiene que ver con la demora de los procesos judiciales que origina el incremento de la cantidad de expedientes que se tramitan anualmente. Lo normal sería que al vencer el año no exista un exceso sin tramitarse, pero lamentablemente no es así, porque hay un sobrante que se va acumulando año tras año, lo que genera la congestión de la cantidad de expedientes que se torna inmanejable.

Veamos lo que sucede, según el informe del propio Poder Judicial y que ha sido publicado por la Gaceta Jurídica a fines del año 2015: Cada año se inician más de tres millones de expedientes, exactamente tres millones cuarenta y seis mil doscientos noventa y dos (3046,292). De este total, novecientos mil ochocientos ochenta y siete (900,887) están en ejecución y dos millones ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cinco (2145,405) se encuentra en trámite, quedando un saldo de años anteriores de un millón seiscientos sesenta y nueve mil trescientos (1669,300), a todo lo cual hay que añadir los expedientes nuevos que asciende a un millón trescientos setenta y siete mil novecientos noventa y dos (1377,992), haciendo presente que cada año se produce un incremento de doscientos mil expedientes.

9 Los datos estadísticos antes citados han sido obtenidos de la Revista Gaceta Jurídica dirigida por Walter Gutiérrez que aparecen en su informe “La justicia en el Perú”, publicada en Lima, el año 2015.

Los procesos civiles demoran en promedio cuatro (4) años más de lo previsto en las normas procesales, sin contar la etapa de ejecución del fallo. De igual manera, el proceso penal de violación sexual o robo agravado, los cuales duran 42 y 43 meses más de lo previsto en el Código de Procedimientos Penales. Si hablamos de los diferentes procedimientos, para citar solo algunos ejemplos, mientras las leyes procesales señalan un plazo de dos días para calificar la demanda, los jueces utilizan plazos que no bajan de un mes. Para citar otro ejemplo, lo más desconcertante, según el informe, en cuanto a recursos humanos, es que en el Poder Judicial laboran 20,367 personas, de los cuales el 60% son auxiliares jurisdicciones y sólo el 40% efectúa la labor jurisdiccional.

Existen otras comprobaciones que nos permiten apreciar la gravedad del problema: En cuanto a expedientes civiles y penales, en los cuales se puede ver que rebasan todo tipo de previsiones, en la medida que demoran más de cuatro años y tres meses de lo previsto, esto es, 46 meses más de lo señalado en la norma. Igualmente, en los procesos de ejecución de garantías, duran 4 años y 6 meses, el plazo legal es de 5 meses, es decir, 46 meses más que el plazo legal. En los procesos de habeas corpus, que de acuerdo a ley debe demorar un mes y medio, en realidad, dura un año y ocho meses, esto es, 18 meses y medio de demora. En los procesos de corrupción de funcionarios, cuya duración legal debe ser 10 meses, en realidad dura 4 años 6 meses, es decir, la demora es de 44 meses más. 1. La ocupación precaria que de acuerdo a ley debe resolverse en 5 meses, en la práctica dura, 4 años 3 meses, lo que significa, 46 meses más. En los delitos de robo agravado, de acuerdo al Código su duración debe ser de 7 meses, cuando en la práctica requiere 4 años 2 meses, con una demora de 43 meses.

f).- El presupuesto del Poder Judicial.

El 28 de agosto del año 2016, el Presidente del Poder Judicial, doctor Víctor Ticona Postigo, presentó el proyecto de presupuesto institucional ante el Ministerio de Economía y Finanzas para el ejercicio fiscal del año 2017, el mismo que ascendía a la cantidad de tres mil 106 millones, destinado a optimizar el servicio de justicia y cumplir con las exigencias de la población, pero sólo se le asignó la cantidad de dos mil 56.4 millones, es decir se le otorgó una cantidad menor a la solicitada. Una respuesta de esta magnitud

originó que el 25 enero del año 2017, el nuevo Presidente del Poder Judicial, doctor Douberl Rodríguez solicitara un adicional presupuestal para dicho año de ocho millones de soles para financiar el sistema de anticorrupción del Poder Judicial.

No obstante la autoridad judicial expresó que la cantidad presupuestal solicitada serviría para financiar el mejoramiento del acceso a la justicia, lucha contra la corrupción, y eficiencia y modernidad institucional. Es decir, en la fundamentación no hace ninguna referencia ni se precisa el financiamiento de la cobertura de plazas vacantes de juzgados y vocalías que atenuaría la morosidad de la administración de justicia y ayudaría a combatir la corrupción, si se lograra que la totalidad de los jueces fueran titulares. El otro aspecto que se piensa es que los gastos de financiamiento que se solicitan en los proyectos de presupuesto no son reales, sino excesivos y por eso resulta fácil recortarlos. De esa manera las metas son incumplidas con graves consecuencias para la población.

Por otra parte el Poder Judicial no cuenta con un plan de solución de los problemas que se señalan en los diagnósticos que son abundantes. El mérito de un programa de solución de problemas no sólo consiste en hablar de los inconvenientes, sino que debe estar ligado a las soluciones que son necesarias para su superación. Lo anteriormente expuesto expresa que los recursos económicos asignados, escasamente sirven para mantener a este enfermo que es el Poder Judicial, en su estado delicado de salud, pero que está muy lejos de superar la situación delicada en que se encuentra.

Si repasamos los problemas que tiene en la actualidad el órgano jurisdiccional, encontraremos que su solución requiere de medios económicos, por lo tanto se necesita urgentemente un presupuesto económico. Cuando el Estado se niega a atender esa necesidad, parecería que no tiene la voluntad de erradicar los cinco grandes problemas que acechan al Poder Judicial y que son los ya enunciados como: la carga y descarga del Poder Judicial, la provisionalidad de los jueces, la demora de los procesos judiciales, la elaboración de un presupuesto adecuado que permita superar los problemas y el sistema sancionador de las autoridades que tienen que ver con la administración de justicia.

g).-El control y las sanciones de las autoridades judiciales en el Perú

De conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) tiene a su cargo la función de investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial. Como muy bien dice este dispositivo, esta facultad no excluye, la evaluación permanente que deben ejercer los órganos jurisdiccionales al conocer de los procesos en grado. Por lo tanto, hay dos vías de control, una a cargo de la OCMA y la otra que corresponde a la competencia funcional.

La OCMA, está dirigida por un Vocal de la Corte Suprema, designado por la Sala Plena de dicha Corte, conforme lo dispone el artículo 80, inc.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta Entidad, además la integran Vocales Superiores y Jueces Especializados o mixtos, a dedicación exclusiva, cuyo número es determinado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, quien los nombra por un plazo improrrogable de tres años. La sede central de la OCMA, se encuentra en la ciudad de Lima, pero su competencia abarca todo el territorio de la República. Además, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial puede crear Oficinas descentralizadas de Control de la Magistratura, que abarcan una o más Distritos Judiciales, fijando su ámbito de competencia así como sus facultades de sanción. (Art. 104 de la LOPJ).

Dentro de las funciones señalemos algunas que aparecen en el artículo 105 de la LOPJ y que consideramos fundamentales, tales como:

1. Verificar que los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial, cumplan las normas legales y administrativas de su competencia, así como las que dicta la Sala Plena de la Corte Suprema y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
2. Realizar de oficio, por mandato de la Sala Plena de la Corte Suprema, del Consejo Ejecutivo o del Presidente de la Corte Suprema, inspecciones e investigaciones en la Corte Suprema, Cortes Superiores, Salas, Juzgados Especializados y Mixtos, oficinas de los auxiliares jurisdiccionales.
- 3.- Procesar las quejas de hecho y las reclamaciones contra los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales.
- 4.- Informar al Consejo Ejecutivo y al Presidente de la Corte Suprema sobre todas las infracciones que detecte, dentro de los 30 días siguientes.

- 5.- Verificar el cumplimiento de las medidas disciplinarias que se hubieran dictado.
- 6.- Poner en conocimiento del Fiscal de la Nación los casos de conducta indebida y las irregularidades procesales en que incurren los representantes del Ministerio Público, para los fines de ley.
- 7.- Recibir y procesar las denuncias que formulen los representantes del Ministerio Público, sobre la conducta funcional de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales, a través de los organismos de control del Ministerio Público.

h).- El tema de la corrupción.

La corrupción es un tema generalizado en toda la administración pública. Existe, no solamente en el Poder Judicial, sino en los tres ámbitos como son las entidades administrativas, la administración de justicia, y en la función legislativa. Esto implica, el alejamiento de principios y valores, de la propia población a lo que ha contribuido la deficiente educación. Los partidos políticos, cuyos líderes han dejado de cumplir su misión para ingresar en la corrupción engañando a la propia población. La corrupción es un manto que oscurece y hace poco creíble el futuro de las comunidades.

Es por eso que el sistema judicial peruano es percibido como una de las instituciones más corruptas e ineficientes en el Perú. Esta situación preocupa a la comunidad peruana que es un país subdesarrollado y que necesita de instituciones sólidas que hagan sostenibles su crecimiento en el largo plazo. La corrupción e ineficacia no sólo se encuentra en el Poder Judicial, sino también en la labor legislativa y administrativa del Estado, en la Policía Nacional del Perú, Fiscales del Ministerio Público, Abogados que litigan y asesoran y el pueblo que corrompe.

Existen países como México en donde se han dictado Códigos Modelos de Ética Judicial para impartidores de Justicia de los Estados de México, el mismo que señala que los fines de la administración de justicia, debe fomentar la cultura de la prevención y abatimiento de la corrupción, con el propósito de generar certidumbre en la sociedad, respecto a la objetividad e imparcialidad de sus resoluciones y cambio de actitud en los servidores judiciales (Art. 6°).

Todos los esfuerzos enunciados en la legislación anteriormente expuesta, no han servido para atacar el flagelo de la mora judicial. Hay un factor claro y visible en la administración de justicia que es la corrupción, no sólo de los jueces sino de los servidores públicos que trabajan en las labores complementarias. Nada avanza en el proceso, si el justiciable no abona el soborno correspondiente al servidor corrupto. Los conserjes, los notificadores, las secretarías, los administrativos, los abogados adjuntos, los jueces, los vocales, de todo nivel, saben cómo sacarle su dinero a los justiciables.

Los procedimientos que se utilizan para el cobro van desde los más sutiles hasta los más descarados. La corrupción es tal, que los involucrados en tales actividades tienen la frescura de otorgar recibos y el justiciable agraviado puede pagar en cuotas, dejando constancia que lo que se entrega es a cuenta de una mayor cantidad. No son pocos los casos en que los propios magistrados acuden a las oficinas o domicilio de los agraviados para cobrar el monto de los sobornos.

Parecería que el problema de la corrupción está institucionalizado, contaminada como para afirmar que el Poder Judicial ha llegado a su fin en su función de administrar justicia y que las diferentes Naciones deben hacer un replanteamiento en este tema, de manera que el Poder Judicial no tenga esa exclusividad de cumplir tal tarea. Hay que buscar otro tipo de opciones, si se tiene en cuenta la importancia que tiene la justicia en una comunidad. No podemos olvidar que una Nación, cuando pierde su fe en la justicia, lo ha perdido su última posibilidad y se abre el camino para volver a tiempos pasados, donde la gente tiene que buscar el medio de la venganza como solución.

A continuación vamos a ver los propósitos e intentos que se viene buscando en las diversas comunidades para evitar la mora judicial o las dilaciones indebidas en los procesos y la negativa de la justicia.

6.- MODELOS PROCESALES NO CONOCIDOS EN EL PERÚ

a).- El Procedimiento Monitorio.

Este procedimiento parte de un aviso o advertencia que busca evitar juicios innecesarios cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante

que carece de un título ejecutivo, se derivan con claridad la existencia de una deuda y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor. Es decir, es un procedimiento que no es ejecutivo ni declarativo aunque participa de uno y de otro, tendiente a la creación de un título ejecutivo¹⁰.

El procedimiento monitorio es muy flexible, ya que puede iniciarse aportando cualquier documento que acredite la relación entre las partes trasladando al deudor la carga de oponerse si no reconoce la existencia de la deuda, lo que dará lugar a un procedimiento posterior a fin de que el Juez decida, a la vista de las pruebas aportadas, qué parte tiene razón. En todo caso, es importante tener en cuenta que la solicitud inicial va a condicionar el procedimiento posterior si el deudor se opone, por lo que resulta aconsejable indicar con la mayor precisión posible el origen de la deuda y los motivos de la reclamación presentada.

Lo que se logra con el proceso monitorio es la rapidez o celeridad procesal y cuyo objetivo es obtener un título ejecutivo y la técnica de la inversión del contradictorio, dejando a la iniciativa del demandado la decisión de activar la etapa de contradicción¹¹.

El proceso monitorio se establece en Europa en el siglo XIII. En la Unión Europea la Directiva 35/2000 se preocupó por el establecimiento de un proceso ejecutivo. Como sostiene Pereira, el denominado “Libro verde” de la Unión Europea se refiere al proceso monitorio. Actualmente, 11 Estados miembros como son Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal, España, Suecia, disponen de dicho proceso en la legislación civil. En tanto que en América Latina, sólo disponen de dicho procedimiento países como Argentina, Brasil, Uruguay y Chile.

b).- Los modelos españoles

La legislación española a partir de la Constitución vigente establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales. (Artículo 24.1), así como el artículo 14.1 del Pacto In-

10 Bernal, Karina, Justicia Laboral, Retos y Reflexiones, Procuraduría, Asesoramiento y Arreglo mediante Conciliación.

11 Bernal Karina, justicia Laboral, Retos y Reflexiones, Asesoramiento y Arreglo mediante conciliación.

ternacional de Derechos Civiles y Políticos. Para salvaguardar dichos derechos de los ciudadanos es necesaria la modernización de la Administración de Justicia, campo esencial para consolidar el Estado de Derecho y mejorar la calidad de su democracia. En este contexto de modernización, uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación en las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías.

Para el efecto, se ha dictado la Ley correspondiente¹² que regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia. Los principales objetivos de esta norma, son: primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales.

Esta Ley tiene sus antecedentes en la Ley Orgánica 16/1994 del 8 de noviembre, que introdujo la posibilidad de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones de juzgados y tribunales.

Igualmente, podemos citar la Ley 15/2003 del 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de la carrera judicial, consagrando el objetivo general de transparencia, proclamado en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia, creando un instrumento técnico de transparencia judicial.

El tema de la justicia se ubica en el tiempo presente y no puede quedar como un rezago del pasado, criterio que ha tenido en cuenta la legislación española. Es por eso que el año 2007 se dicta la Ley 11/2007 que regula el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, derecho a comunicarse electrónicamente con la administración Pública.

12 Puede verse el texto de la Ley 18/2011 del 5 de julio y vigente desde el 7 de julio del 2011 y que regula el uso de las tecnologías de la información y comunicación en la administración pública.

Por su parte la Unión Europea ha desarrollado el Plan de Acción E-Justicia que busca mejorar la eficacia de los sistemas judiciales, mediante la aplicación de tecnologías de información y comunicación en la gestión de los procesos judiciales. Como se puede apreciar se trata de establecer el expediente virtual para atacar la morosidad de los procesos judiciales y que es un pretexto que abre camino hacia la corrupción.

- **El proceso monitorio en España.**

El proceso monitorio está basado en un procedimiento especial que tiene por objeto la resolución rápida de conflictos jurídicos en los que no existe contradicción. Es un procedimiento rápido y sencillo cuya finalidad es conceder cuanto antes al demandante un título ejecutivo en aquellos juicios en los que el demandado no se opone formalmente a la demanda. Nació para combatir los problemas de impagados que se producen en un elevado porcentaje de transacciones comerciales.

Resulta especialmente útil para los pequeños y medianos empresarios, así como para todos los profesionales que necesitan disponer de un mecanismo rápido y sencillo para el cobro de sus deudas. Asimismo, resulta muy práctico para el cobro a los propietarios morosos de sus deudas con la comunidad de que forman parte. Una ventaja añadida de este tipo de procedimiento es que la petición inicial que se dirige al Juzgado no requiere la intervención de abogado ni procurador, lo que redonda en un ahorro de costes para el acreedor¹³.

El proceso monitorio español es documental, es decir, se deben aportar documentos que prueben la deuda. En cambio, el proceso monitorio europeo no es documental, ya que basta con que el demandante afirme que la deuda existe. El reglamento europeo 1896/2006 dice, literalmente, que hay que aportar «una *descripción* de los medios de prueba que acrediten¹⁴.

13 Noticias Jurídicas “artículo 814.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español 1/2000 del 7 de enero

14 Diario Oficial de la Unión Europea del 12 de diciembre de 2006.

El Procedimiento Monitorio es un procedimiento judicial creado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 para la reclamación de deudas sin límite de cuantía, que se presenta como un instrumento rápido, sencillo y eficaz que comporta altos porcentajes de éxito en la gestión de cobro.

Con una documentación básica que acredite la deuda (facturas, contratos etc.), se podrá presentar en el Juzgado correspondiente al del domicilio del deudor la petición inicial de pago frente al acreedor. Admitida por el Juez la petición inicial de pago acompañada de la documentación acreditativa de la deuda, éste requerirá al deudor para que en 20 días pague o dé razones de su impago. Si en dicho plazo el deudor no contesta o procede al pago del importe reclamado, el Juez dictará Auto declarando finalizado y archivado el Procedimiento Monitorio. Este Auto lleva aparejado despacho de ejecución, por lo que en caso de no haberse formalizado el pago, podrá instarse ante el mismo juzgado que lo dictó la ejecución forzosa frente a sus bienes, presentes y futuros.

Si el deudor se opone por no considerar existente la deuda, el Juez procederá al archivo de los autos de procedimiento monitorio y mandará que se continúe el trámite por el proceso declarativo correspondiente, verbal u ordinario, en función de su importe.

Interpuesta la reclamación judicial, el deudor puede allanarse y pagar en cualquier momento del Procedimiento Monitorio, directamente al acreedor o consignando total o parcialmente el importe reclamado en una cuenta del juzgado habilitada a efecto, pudiendo continuarse la reclamación, y en su caso la ejecución por la cantidad que reste pendiente de satisfacción.

- **El sistema LexNET.**

El sistema Lex Net, es una plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y una gran diversidad de operadores jurídicos que, en su trabajo diario necesitan intercambiar documentos judiciales como notificaciones, escritos y demandas. Pueden acceder a esta plataforma los abogados, los colegios profesionales las fiscalías, los juzgados y otras entidades administrativas.

Pero como sostiene el ilustre Abogado Javier Cremades, no basta con medios tecnológicos, sino que la verdadera justicia se encuentra muy lejana de las necesidades sociales. No puede seguir la justicia siendo tan cara para el que no puede acceder y ese debe ser el interés de una correcta administración de justicia¹⁵.

Este sistema, últimamente, ha entrado en crisis debido a la corrupción en sus operadores y ha sido dejado de lado la protección que le brindaba el Estado, lo que significa que requiere de los ajustes pertinentes.

c).- El Litigio Estratégico

A partir de las primeras décadas del siglo pasado han surgido ciertos litigios a los que se les denomina estratégicos, con los que se pretende alcanzar un objetivo más allá de la solución de la controversia que supone el propio litigio. Como dice Margarita Luna Ramos¹⁶, se trata de una herramienta que busca impulsar una eficaz protección de los derechos humanos, promoviendo su plena exigibilidad y justiciabilidad mediante una actividad dirigida a la creación de una estrategia en el litigio que persigue incidir en la esfera pública sea mediante la modificación de la ley, la definición de la jurisprudencia, la adopción de políticas públicas o debatir el tema.

Son muchos los autores que consideran al litigio estratégico como una herramienta para que a partir de un caso común y corriente, es decir, una simple pretensión, una Litis cotidiana, puede convertirse en un caso ideal para transformar el Derecho; un tipo de litigio diseñado para alcanzar objetivos que rebasen el interés del cliente, en lo particular y a través del mismo promover, cambiar la ley o su aplicación de modo que tenga un impacto en la sociedad, dentro del margen que el sistema jurídico y el de participación de la justicia.

Así, por ejemplo, en los derechos humanos es un instrumento que han utilizado las víctimas, organizaciones de la sociedad civil, así como ciertos órganos del Estado como los Ministerios Públicos, Defensoría del Pueblo,

15 Cremades, Javier, Blog. Los retos de la administración de justicia española.

16 Luna Ramos, Margarita, El litigio estratégico, El Universal, 19 de abril del 2016.

para la protección de los derechos humanos a través del uso de los sistemas judiciales y mecanismos internacionales de protección durante los últimos treinta años.

Como sostiene Diego R. Morales¹⁷ puede servir para promover derechos no garantizados por deficiencias o porque la protección efectiva sólo se activa a partir de los reclamos de los grupos. Igualmente se puede utilizar para controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales sea porque el contenido o forma de implementación afectan derechos humanos.

Como conclusión, podemos afirmar que el litigio estratégico es una acción de proyección social, pero no toda acción de proyección social es litigio estratégico. El litigio estratégico o derecho de interés público, lo que deja de lado a los grupos de movilidad social.

d).- El litigio de Alto Impacto.

La estrategia de litigio de alto impacto es un proceso de intervención social complejo y dinámico que desde la interacción de disciplinas como el trabajo social, la psicología, el derecho, la ciencia política, la comunicación, la educación, entre otras, se constituye en una herramienta a través de la cual las comunidades acompañadas por grupos de diferente índole (universitarios, de la sociedad civil, comunitarios y colectivos), pretenden un cambio en sus situaciones actuales que consideran problemáticas y para tales efectos, diseñan, proyectan y ejecutan acciones tendientes a motivar ese cambio desde un grupo importante y considerable de áreas de conocimiento y sobre varios niveles sociales y de la opinión pública¹⁸.

Sus orígenes se encuentran en el litigio de alto impacto que se define como “la estrategia de seleccionar y promover el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo de las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región. Al mismo tiempo, el litigio de im-

17 Morales, Diego R, Que es el litigio estratégico? En Derechos Humanos, 7 de Julio del 2010.

18 Correa Montoya, Lucas, Estrategia de Litigio de Alto Impacto: Elementos básicos para su diseño de implementación, Manizales Colombia, Julio – Diciembre del 2007.

pacto promueve el imperio del derecho, provee las bases para futuros casos, facilita la documentación de violaciones de derechos humanos, promueve la rendición de cuentas por parte del gobierno y contribuye a la educación y conciencia social.

Suele suceder que la problemática social nace de una deficiencia o de un vacío de Estado, sea porque éste no cumple, o lo hace defectuosamente, con las funciones que constitucionalmente se le han asignado. En razón a esto, la estrategia de litigio de alto impacto necesita un componente jurídico a través del cual la comunidad se organice, capacite y ejecute acciones judiciales y administrativas para ser valer sus derechos vulnerados.

El componente jurídico se justifica en la medida que de una vulneración de derechos o una amenaza latente de afectación a los mismos, en particular pueda hacerse responsable al Estado, a algunas de sus agencias o en su defecto a un particular que ostente funciones públicas. Lo jurídico es específicamente lo judicial¹⁹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Semanario “Hildebrandt en sus Trece” del 13 de octubre de 2017.
- Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Tomo II, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1994.
- Carnelutti, Francesco, Derecho y Proceso, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa América, 1971.
- Peña Farfán, Saúl, Constitución Política 1993, Lima, Cultural San Marcos, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, Garantías Constitucionales, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires.
- Courtis Christians, Derecho a un recurso rápido, sencillo y afectivo, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- Romero Montes, Francisco Javier, Nuevo Derecho Procesal Laboral, Grijley, Lima 2012.

19 *Ibidem*.

- Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1978.
- Revista Gaceta Jurídica, “La justicia en el Perú”, Lima, 2015.
- Bernal, Karina, Justicia Laboral, retos y reflexiones
- Ley 18/2011 del 5 de julio del 2011 (España)
- Noticias Jurídicas, artículo 814.2 de la Ley de enjuiciamiento Civil Española del 7 de enero.
- Diario Oficial de la Unión Europea del 12 de diciembre del 2006.
- Cremades, Javier, Los retos de la administración de justicia española
- Luna Ramos, Margarita, El litigio estratégico, El Universal, 19 de abril del 2006.
- Morales, Diego R. “¿Qué es el litigio estratégico?, Derechos Humanos, 7 de julio del 2010.
- Correa Montoya, Lucas, Estrategia del litigio de alto impacto, Manizales Colombia, julio- diciembre del 2007.

El significado del trabajo en el Virreinato del Perú*

Leopoldo Félix Gamarra Vilchez**

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
leogamarravilchez@hotmail.com*

Carmen Moreno del Toro ***

*Colaboradora extranjera con la
Revista de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: *Resumen. Introducción. 1.- Antecedente: el período prehispánico. 1.1. Métodos de organización del trabajo. 1.2. Prestaciones de protección social. 1.3. Análisis de las herramientas utilizadas para la protección. 2.- El Virreinato del Perú como entidad político-administrativa. 2.1. Métodos de organización del trabajo. 2.2. Las Leyes de Burgos y de Indias. 2.3. La protección social en el período virreinal. 3.- El fin del Virreinato e independencia política del Perú. 3.1. Historia de la República. 3.2. Las primeras normas de protección social. 3.3. Los primeros intentos de regulación laboral. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* El presente trabajo es parte de la ponencia presentada y expuesta en el Congreso Internacional 1492-2017, realizado en Sevilla el 11 de octubre.

** Profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú.

*** Profesora titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Córdoba - España.

RESUMEN

El artículo pretende ofrecer un breve informe del significado del trabajo en el Virreinato del Perú, considerando sus componentes en la perspectiva general del puente jurídico entre el Viejo y Nuevo Mundo. Es decir, descubrir el enlace que se estableció entre dos mundos en 1492 a través de una actividad tan especial como es el trabajo y su reconocimiento jurídico. A ello está dedicado el presente esfuerzo. No cabe duda que con la aproximación histórica a los orígenes del Nuevo Mundo se sabrá valorar y comprender el presente. Finalmente, la proclamación de independencia del Virreinato de España.

Palabras clave:

Protección social, período pre-hispánico, Virreinato del Perú, Ley de Burgos, Constitución de Cádiz.

ABSTRACT

This article aims to offer a brief report of the meaning of labour in the Viceroyalty of Peru. That is to say, we aim to discover the relation that was established between the Old and the New world in 1492 through labour and its legal recognition. The paper is organized in three parts; firstly, we present the methods of labour organization, the benefits of Social protection and the tools used in the field of social protection in the pre-Hispanic period. Then, we developed the Viceroyalty of Peru as a political-administrative entity, we go further into its methods of labour organization, the laws of Burgos and the Indies, and the social welfare in the colonial period. Finally, the third part shows the facts that caused the end of the Viceroyalty and the political independence of Spain.

Keywords:

Social protection, pre-Hispanic period, Viceroyalty of Peru, Law of Burgos/ Law of Indies/Constitution of Cadiz.

INTRODUCCIÓN

Este año se cumplirán 526 años del descubrimiento del Nuevo Mundo por parte de Cristóbal Colón. Una excelente ocasión para reflexionar sobre el encuentro jurídico entre dos mundos. En ese sentido, el artículo pretende ofrecer un breve informe del significado del trabajo en el Virreinato del Perú, considerando sus componentes en la perspectiva general del puente jurídico entre el Viejo y Nuevo Mundo. Es decir, descubrir el enlace que se estableció entre dos mundos en 1492 a través de una actividad tan especial como es el trabajo y su reconocimiento jurídico. A ello está dedicado el presente esfuerzo. No cabe duda que con la aproximación histórica a los orígenes del Nuevo Mundo se sabrá valorar y comprender el presente.

Recordemos que el Virreinato del Perú, como espacio geográfico, base territorial e historia fue lo más importante del Nuevo Mundo. Sus fronteras y sus límites fueron fijados en base al principio *Uti possidetis* después de la derrota del Inca Atahualpa en Cajamarca, incluía territorialmente toda América del Sur con excepción de la colonia portuguesa del Brasil. Tenía su sede y control administrativo en Lima.

Aunque en 1739, el Imperio español creó el Virreinato de la Nueva Granada sobre los territorios que ahora ocupan Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela. Y, en 1776, también creó el Virreinato de la Plata en los territorios que hoy ocupan Argentina, Uruguay, Paraguay y Bolivia. Pero, hasta el fin de la Colonia, el Virreinato del Perú era considerado la más valiosa posesión española en el Nuevo Mundo por su riqueza especialmente del oro y la plata.

Posteriormente el 28 de julio de 1821, con el General José de San Martín, se proclamó su independencia, a partir de 1827 a 1841 aproximadamente, se forjó la nacionalidad peruana. En ese cambiante escenario histórico, que acabamos de señalar en forma general, queremos situar el significado del trabajo en el Virreinato del Perú, en la perspectiva general del puente jurídico entre dos mundos.

Este contenido se organiza en tres partes, además de la introducción y las conclusiones: en la primera parte, se desarrolla el período prehispánico

como antecedente del tema a tratar, en donde se consideran los métodos de organización del trabajo, las prestaciones de protección social y un análisis de las herramientas utilizadas en el rubro de la protección social; en la segunda, se desarrolla el Virreinato del Perú como entidad político-administrativa, los métodos de organización del trabajo, las Leyes de Burgos y de Indias y la previsión social en el período virreinal.

Y, en la tercera parte, se muestran los hechos que provocaron el fin del Virreinato e independencia política de España como la Constitución de Cádiz de 1812, la independencia del Perú, las primeras normas de protección social y los primeros intentos de regulación laboral.

1.- ANTECEDENTE: EL PERÍODO PREHISPÁNICO

En el Perú prehispánico se desarrolló el Imperio incaico, cuya organización y administración abarcaba, en su máxima extensión, **territorios** que actualmente le corresponden al **Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia**, parte de **Argentina y Chile**.

1.1. Métodos de organización del trabajo

En ese territorio tan amplio se desarrolló una organización económica y social que tenía como fuente principal el trabajo. Todos trabajaban sin distinción de sexo ni edad; es decir, el trabajo era una actividad obligatoria para estar integrado en la sociedad y cada uno lo hacía de acuerdo con sus posibilidades y limitaciones¹. Además, como base de la vida económica y social el trabajo era colectivo, especialmente en la tierra. De esta manera solamente quien participaba en el trabajo colectivo tenía derecho de usufructuar de las cosechas y en la vida social.

1 KAUFFMAN DOIG, Federico. *El Perú arqueológico: tratado breve sobre el Perú preincaico*. Ediciones G.S., Lima, 1976.

El *ayllu*² ofrecía la tierra como escenario de trabajo y no como un derecho de propiedad privada³, con lo cual aseguraban el alimento tanto individual como colectivamente. Así, todos trabajaban en beneficio del *ayllu*. Los cronistas de la época lo bautizaron como una unidad de parentela entendida a la europea. El desarrollo de la antropología británica o alemana del siglo XIX precisó las características “totémicas” de su constitución o la noción de “comunidad de aldea”⁴. Entonces, el trabajo era la principal actividad del Imperio incaico y se desarrolló en tres formas como mecanismos de protección social: *la minka*, *el ayni* y *la mita*.

La minka era el trabajo comunitario que se realizaba en obras a favor del *ayllu* y del Estado, donde concurrían muchas familias portando sus propias herramientas y alimentos. Las familias participaban en la construcción de locales, canales de riego, fortalezas, cultivo de tierras estatales, así como la ayuda en la chacra de las personas incapacitadas, huérfanos y ancianos. Las personas que no asistían al trabajo eran expulsadas del *ayllu* y perdían su derecho a la tierra.

El ayni era el trabajo de reciprocidad familiar entre los miembros del *ayllu*, destinado a trabajos agrícolas y a las construcciones de casas. Consistía en la ayuda de trabajos que hacía un grupo de personas a miembros de una familia, con la condición de que esta correspondiera de igual forma cuando ellos la necesitaran, y en retribución se servían comida y bebida durante los días que se realizaba el trabajo.

-
- 2 Institución que se conoce y se define, por lo general, como el de un grupo de familias (por consanguinidad y ficticia también) a través de la creencia de descender de un antepasado mítico y que viven en determinado lugar, cultivan tierras donde moran y realizan tareas cooperativistas. Los miembros del *ayllu* no se consideraban individualmente como propietarios de las tierras de su jurisdicción porque la poseían y usufructuaban en común.
 - 3 La tierra estaba destinada a los habitantes de los *ayllus* y eran repartidas poniendo atención al número de personas que comprendía. A cada persona se le proporcionaba una porción de tierra que se denominaba *topo* (unos 2,700 m²). La tierra no se entregaba en propiedad sino tan solo en usufructo.
 - 4 Términos desarrollados en: PEASE GARCÍA, Franklin. *Historia del Perú: Perú antiguo*, Tomo II, Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1980.

Y la mita era el trabajo a favor del Estado, donde se movilizaban multitudes por turno en labores de construcción de caminos, puentes, fortalezas, centros administrativos, templos, acueductos, explotación de minas, etc. Los obligados a cumplir esta labor eran los adultos, cuya edad oscilaba entre los 18 y 50 años⁵.

En general, con el desarrollo de las tres formas de trabajo se lograron mecanismos de protección social tanto individual como colectiva; de ahí que es conocido este período histórico como sistema colectivista, por su actividad económica y administración pública⁶. Por otro lado, se contaba con una concepción del castigo ejemplar al que violaba la norma. Es decir, la intención del juzgamiento y de la pena era ejemplarizadora, orientada hacia la conciencia del autor (...) y el castigo como monopolio estatal⁷.

1.2 Prestaciones de protección social

Cabe indicar que, durante el período prehispánico, fue notoria la existencia de los tres mecanismos mencionados que garantizaban la protección social de toda la población a través de servicios, que hoy conocemos como prestaciones de la seguridad social.

Todos los individuos de todas las edades tenían acceso a una seguridad económica y social efectiva, entrelazada por medio de calculadas maneras de entender el bienestar de toda la población.

Así, el ininterrumpido esfuerzo por dominar el medio geográfico y vivir mejor fue objetivo constante⁸. Eso explica el cuidado que tuvo la salud, con las prestaciones de protección social. Por ello, los cronistas de la época han coincidido en señalar que en dicha sociedad se agruparon de manera plani-

5 Estas personas servían dentro de la esfera territorial de su *ayllu*. Servicios que se realizaban bajo la vigilancia de funcionarios y siguiendo determinadas normas.

6 Era minuciosa la planificación que se manifestó en todas las esferas: política, económica, tecnológica y cultural (ALMEIDA, Ileana. *Historia del pueblo kechua*, 2ª Ed, Editorial Abya-Yala, 2005, Quito, Ecuador).

7 TRIMBORN, Hermann. *El Delito en las Altas Culturas de América*, Edición Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, p. 30.

8 VALCÁRCEL VIZCARRA, Luis E. *Historia del Perú Antiguo*. T. VI. 3.ª Edición. Lima. Ed. Juan Mejía Baca, 1978, p. 74.

ficada, por edades, todos sus ciudadanos, de modo que se supiera el ámbito de la población inactiva y se ponía énfasis al carácter previsor, al construir grandes silos o *tambos* con la finalidad de guardar los excedentes agrícolas, pecuarios y otros para los momentos difíciles⁹.

Entonces, la previsión social durante este largo proceso histórico fue una constante y una preocupación de los gobernantes de entonces, que se proyectaron con la ayuda indisoluble de la política y la religión¹⁰, como una organización ventajosa administrativa y económicamente del *ayllu*.

Si para los miembros de la organización inca el desarrollo de los mecanismos previsionales descansó en el trabajo, la propiedad grupal y los lazos de parentesco consanguíneo y solidario, fácil es constatar que, con estos elementos, pudieron generar avanzadas técnicas de producción y vías de comunicación (*qhapaq ñan*) que les permitieron guardar grandes reservas de los excedentes manufactureros y agrícolas recolectados y con ellos, proteger a su población, activa e inactiva, generando así una comunión perfecta entre lo económico y lo social¹¹.

De esta manera, se garantizaba a la totalidad de los pobladores el derecho a la vida, mediante la satisfacción plena de sus necesidades básicas como la alimentación, el vestido, la vivienda y la salud, que equivalía a la supresión del hambre y la miseria, causados por los fenómenos destructores de la naturaleza, incontrolables por el hombre¹². Efectivamente, los sobrantes del cultivo de las tierras del inca eran depositados en las *piruas* (graneros del Estado), para cubrir la escasez en los casos de sequías o de calamidades, así como la de atender a los ancianos, viudas y huérfanos a cargo del Estado y no abandonarlos a su suerte, como ocurría en otras culturas antiguas¹³.

9 Guamán Poma de Ayala, contabilizó 179 *tambos* entre el norte y el sur del Tahuantinsuyo, VALCÁRCEL VIZCARRA, Luis E. Obra citada, pp. 121-122.

10 LUMBRERAS SALCEDO, Luis Guillermo. "El Perú Prehispánico". En: *Nueva Historia General del Perú*. 4ª Edición. Lima. Ed. Mosca Azul, 1985, p. 32.

11 OSSIO ACUÑA, Juan M. "*La estructura social de las comunidades andinas*". En: *Historia del Perú. Perú Antiguo*. T. III, pp. 212 y ss.

12 VALCÁRCEL VIZCARRA, Luis E. Obra citada, p. 35.

13 CASSA, Pedro, citado por HERNÁNDEZ, Lupo y GARCÍA, Ramón, sostiene que en la cultura taína los ancianos y los inútiles por enfermedad eran abandonados a su suerte en el

De otro lado, un sentido comunitario, inspirado en la solidaridad, permitía que los miembros del *ayllu*, después de cumplir con sus labores comunales, lo hicieran en los *topos* correspondientes a otros miembros del *ayllu*, que requerían ayuda. Sin llegar a la perfección de la organización incaica, se ha comprobado que el *calpulli*, versión mexicana del *ayllu*, cumplía determinadas funciones de previsión. Frías Olvera escribe que “cuando el jefe del *calpulli* o cualquiera de sus miembros se enfermaban, sufrían accidentes o recibían lesiones en la guerra, tenían derecho a seguir percibiendo la parte de los productos que sacaban”¹⁴.

En consecuencia, se desprende que, desde las épocas más remotas en el Perú prehispánico, frente a la presencia de la indigencia, la enfermedad y, en general, lo que ahora denominamos “riesgos y contingencias sociales”, se trató de dar solución con determinadas prestaciones de protección social. En efecto, extraordinariamente idearon y mantuvieron los mecanismos que se han mencionado, para atenuar hasta donde les era posible, los infortunios que desde siempre padece la humanidad¹⁵. En realidad, la actividad económica no permitía a nadie, con aptitud para el trabajo, hallarse sin empleo, ya que todo estaba planificado y racionalizado en esa dirección¹⁶; además, los principios de reciprocidad y ayuda mutua poseían caracteres culturales ancestrales.

Se pueden señalar algunas prestaciones extrapolando conceptos¹⁷: el trabajo que armonizaba con el esparcimiento, asociado con el calendario agrícola, y las festividades que comprometían a todos los pobladores¹⁸; lo cual demos-

campo, con una pequeña provisión de alimentos o estrangulados (“El trabajo humano en la sociedad taína, antes del descubrimiento”, *El trabajo en la América precolombina*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 116.

14 FRÍAS OLVERA, Manuel. “La organización y el derecho laboral en México prehispánico”, SE, nota 3, p. 61.

15 NUGENT, Ricardo. *La Seguridad Social: su historia y sus fuentes*, 1997, en <http://www.bibliojuridica.org/libros>.

16 Se levantaron cuadros estadísticos empleando los *quipus*, herramienta importante para manejar, en un ambiente de certeza, el dominio socioeconómico del Imperio.

17 GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho Previsional y de la Seguridad Social*, Ed. San Marcos, Lima, 2012.

18 VALCÁRCEL VIZCARRA, Luis E. Obra citada, pp. 106 y ss.

traba la estrecha relación entre la economía y la naturaleza, la entrega de bienes necesarios para proteger de los malos tiempos, gracias a la creación de los *tambos*; la atención de los niños y mayores por parte del *ayllu* al que pertenecían; la atención de los enfermos por los “médicos” (*huampicamayoc*), entendidos en la materia, incluyendo la dotación de plantas medicinales, etc.

1.3 Las herramientas utilizadas para la protección

Las herramientas básicas utilizadas como políticas, en el período prehispánico, que podemos destacar para el funcionamiento de los mecanismos y prestaciones de protección social, lo que actualmente conocemos como seguridad social, fueron dos: la reciprocidad/redistribución y el tributo¹⁹.

Modernamente la seguridad social difiere de los seguros sociales cuyos ingresos proceden de las cotizaciones de los trabajadores y las empresas; en cambio, la seguridad social tiene por objeto proporcionar seguros universales, no es contributiva y redistribuye la renta²⁰.

En ese sentido, veamos en qué consiste una política redistributiva. Debido a que los Estados deben producir resultados eficientes (prescindiendo de las fallas del mercado), pero no producen necesariamente una redistribución de la renta socialmente aceptable y necesaria, la renta que recauda el Estado, vía tributos en general, debe redistribuirla a la población a través de determinados planes o programas que posibiliten el bienestar básico. En ese sentido, no hay mejor política redistributiva que la Seguridad Social.

Entonces, podemos decir que el sistema de reciprocidad prehispánico puede ser equiparado al sistema de redistribución actual, ya que la reciprocidad era un sistema organizativo socioeconómico, el cual regulaba las prestaciones de protección social en diversos niveles y servía de engranaje en la producción y distribución de bienes. En otras palabras, era un ordenamiento de las relaciones entre los miembros de una sociedad cuya economía desconocía

19 Al respecto, ver la ponencia colectiva de GAMARRA VÍLCHEZ Leopoldo y otros, Orígenes del Derecho del Trabajo en el Perú, en *Orígenes del Derecho Laboral Latinoamericano*, Editorial Porrúa México, 2014, p. 387-421.

20 STIGLITZ, Joseph, *Economics of the Public Sector*, 3rd edition, 2000, p. 390.

el dinero. Actuó como eslabón entre los diferentes modelos económicos presentes en tan vasto territorio y permitió la planificación e inexistencia de pobreza²¹.

En términos previsionales, era la práctica de la solidaridad y la ayuda mutua entre los miembros de una comunidad. Los incas incorporaron el principio de reciprocidad de los *ayllus*, como una de las bases del funcionamiento económico y social de su Imperio. La reciprocidad se sustentó en el incremento de lazos familiares. Es decir, la multiplicación de los vínculos de parentesco fue necesaria para la existencia y continuidad de la reciprocidad. Por ejemplo, los habitantes de un *ayllu*, colaboraban entre sí para sembrar y cosechar en las parcelas de subsistencia. En ocasión de un matrimonio, toda la comunidad ayudaba a levantar la casa de los recién casados.

Murra²² encuentra dos niveles en la reciprocidad: por una parte, las comunidades unidas entre sí por lazos de parentesco y, por otra parte, el Estado, rodeado de un aparato militar y administrativo, beneficiario de las prestaciones de los servicios de sus súbditos, cuyos excedentes eran redistribuidos. En efecto, la necesidad de la fuerza de trabajo dio origen al sistema de reciprocidad con la *minka*²³. Es así que la administración del trabajo se convierte en obras a favor del *ayllu* y del Estado. Y con el *ayni* se instaló la reciprocidad de bienes como distribución de favores (“hoy por ti, mañana por mí”).

En general, la reciprocidad podía ser obtenida mediante el reparto de un producto colectivo (por ejemplo, de una cosecha de maíz) o por un servicio. Pero, de todos modos, primaba la idea que todo trabajo debía ser “reciprocado”²⁴. La redistribución era una función realizada por el jefe de *ayllu*,

21 ROSTWOROWSKI, María, Redes económicas del Estado inca: el “ruego” y la “dádiva”, en *El Estado está de vuelta: Desigualdad, diversidad y democracia*, Ed. Víctor Vich, Lima, 2005.

22 MURRA, John, “El control vertical de un máximo de pisos ecológicos en la economía de las sociedades andinas”. En IÑIGO ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Visita de la Provincia de León de Huánuco en 1562*. Tomo II. Huánuco: Universidad Nacional Hermilio Valdizán, 1972.

23 GONZÁLEZ HOLGUÍN, Diego, *Vocabulario de la lengua general de todo el Perú llamada lengua qquichua o del inca*. Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1952.

24 ESPINOZA SORIANO, Waldemar, “Economía prehispánica”, en *Compendio de Historia Económica del Perú*, Tomo I, 1era edición, Instituto de Estudios Peruanos-IEP, 2008.

curaca o Inca, quienes concentraban parte de la producción que posteriormente era distribuida a la comunidad o a diversas comunidades, en épocas de carencia o para complementar la producción de otros lugares.

Esto suponía el reconocimiento por parte de los miembros del *ayllu* porque los bienes tributados se acumulaban en depósitos que estaban en aldeas, caminos y ciudades. En esos lugares eran contabilizadas, por funcionarios especializados, las cantidades de cada producto mediante el uso de *quipus* (tiras de cuero en las que se realizaban nudos). De este modo, se conocían las cantidades de excedente y en qué regiones sobraban o faltaban determinados productos. Cuando algunos pueblos no podían satisfacer sus necesidades básicas por haber sido afectados por malas cosechas o catástrofes, el Estado redistribuía una parte de los alimentos, materias primas y productos manufacturados almacenados.

Por otro lado, como toda política redistributiva necesita de ingresos que se obtienen de los tributos, el tributo incaico consistió en la entrega de trabajo y bienes para poder hacer producir las tierras del *ayllu* y del Estado, cuidar al ganado, construir puentes, carreteras, palacios o para cuidar pasto. Esto a través de la *mita*, trabajo por turno, y tenía las características de obligatoriedad (todos debían hacerlo), equidad (cada persona trabajaba de acuerdo a su capacidad, edad y fuerzas), alternabilidad (no siempre tributaban las mismas tareas).

Con la llegada de los españoles y el sometimiento del Imperio Inca, a través de la implantación del Virreinato, se quebraron las instituciones que posibilitaron la protección de todos los habitantes del Imperio. Para aprovechar la mano de obra, los conquistadores utilizaron la encomienda, el repartimiento y la esclavitud.

Por otro lado, resultan interesantes dos grandes intelectuales del Nuevo Mundo en el siglo XVI: el Inca Garcilaso de la Vega (1539-1609) y Guamán Poma de Ayala (1535-1615), “cuyas obras buscaban recuperar la historia y la cultura de los incas que los españoles se habían esforzado en borrar desde Toledo. Garcilaso era hijo de una princesa real incaica y un capitán español de la conquista nacido en el Cuzco, que dejó el Perú por España a los veinte años; allí escribió su gran obra los Comentarios reales de los Incas (Córdo-

ba, 1609). Felipe Guamán Poma²⁵, por su parte, escribió El primer nueva corónica y buen gobierno (1615), una larga y prolíficamente ilustrada historia del dominio inca e hispano, que asimismo incorporaba una petición/plan al rey de España, Felipe III, para el buen gobierno...”²⁶.

2.- EL VIRREINATO DEL PERÚ COMO ENTIDAD POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

El Virreinato del Perú fue una entidad político-administrativa fundada en 1542 tras el sometimiento del Imperio Inca. Así, “descubierta la América y sometida una gran parte de ella al cetro de los reyes de España, pusieron éstos en vigor, en sus nuevos dominios, los diversos códigos que regían en la metrópoli, promulgando también los que sucesivamente se fueron expidiendo, sin perjuicio de las leyes especiales que dictaron para el arreglo de los negocios políticos, administrativos, eclesiásticos y municipales”²⁷.

En realidad, fue conquista y colonización española: “La conquista de América fue cruel y violenta, como todas las conquistas, desde luego, y debemos criticarla, pero sin olvidar, al hacerlo, que quienes cometieron aquellos despojos y crímenes fueron, en gran número, nuestros bisabuelos y tatarabuelos, los españoles que fueron a América y allí se acriollaron, no los que se quedaron en su tierra. Aquellas críticas, para ser justas, deben ser una autocrítica...”²⁸.

Abarcó el conjunto de América del Sur, en los territorios que ahora ocupan Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia, Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile,

25 Podemos señalar la importancia del libro de **Guamán Poma de Ayala**: “*El texto de Guamán Poma es una rica fuente histórica no solo por la abundante información que ofrece sobre las costumbres preincas, la historia de la conquista y la sociedad virreinal sino también por las numerosas ilustraciones que acompañan al texto...*” (ANDÍA CHAVEZ, Juan. *El cronista Felipe Guamán Poma de Ayala, Precursor de los derechos civiles contemporáneos*, Ediciones Arte y pluma, 3era edición, Lima, agosto de 2014, p.70-71).

26 KLAREN Peter, *Nación y sociedad en la historia del Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, 2004, Lima, P.133.

27 ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Historia del Derecho Peruano: El Virreinato*, Edición Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1945, p. 5.

28 VARGAS LLOSA, Mario. *Discurso del premio Nobel de Literatura 2010*.

Panamá y Venezuela. Y la caída del Imperio Incaico puede explicarse por el contexto en que se vivía entonces y por las alianzas entre los opositores al inca Atahualpa y los españoles²⁹. El virrey Francisco de Toledo, que gobernó entre 1569 y 1581, llevó a cabo la más importante labor de organización de la administración colonial en el virreinato peruano durante el siglo XVI, estableciendo las normas para la agrupación de los indios en reducciones y la distribución del trabajo indígena por medio de la mita. Mediante el empleo de ésta, el virrey Toledo proveyó de mano de obra a las minas de Potosí (productora de plata) y Huancavelica (de la que se extraía mercurio), logrando así convertir al Virreinato del Perú en uno de los centros más importantes de producción de plata en el mundo entero.

En el siglo XVIII, destacaron las figuras de los virreyes que introdujeron las medidas creadas por el reformismo llevado a cabo por la Casa de Borbón, especialmente Manuel de Amat que gobernó entre 1761 y 1776, Manuel de Guirior (1776-1780), Agustín de Jáuregui (1780-1784) y Teodoro de Croix (1784-1790), destinadas a revitalizar la administración colonial con actuaciones como la incorporación del sistema de intendencias. Con él se intentó profesionalizar el gobierno, sustituyendo las inoperantes figuras de los corregidores y los alcaldes mayores, dedicando especial interés a todo lo relacionado con la Hacienda.

2.1. Métodos de organización del trabajo

Para aprovechar la mano de obra, los conquistadores idearon una serie de métodos de organización del trabajo similares a los utilizados en Europa durante el feudalismo. Además, se basaron en los elementos preparados por la administración incaica, los españoles lo que hicieron fue continuar explotando la enorme reserva de mano de obra, articulando el trabajo colectivo que caracterizó a las formaciones económico-sociales andinas³⁰. Estos sistemas de trabajo fueron la encomienda, el repartimiento y la esclavitud.

29 Al respecto, ver la obra de SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel y ZAVALETA CHIMBOR, David, *Derecho Penal en el Tahuantinsuyu*, Editorial Casa Tomada, Lima, 2011.

30 “*Así es como integraron la aristocracia andina a la pirámide de clases virreinal, imponiendo tributos a las masas sometidas, trabajos obligatorios, servicios personales, que eran realidades perfectamente conocidas por los indígenas, porque el Estado inca les había gravado con idénticas obligaciones, aunque mejor planificadas*” (ESPINOZA SORIANO, Waldemar. La sociedad andina colonial, en *Historia del Perú: Perú antiguo*, Tomo II, Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1980).

Estas medidas permitieron la implantación de los sistemas de trabajo como fueron la mita y los repartimientos que, a la larga, hicieron de este virreinato el más rico e influyente. Además, se desarrollaron los obrajes, actividades protoindustriales dedicados a la manufactura de textiles e hilos de lana y algodón. A pesar de la existencia de actividades de esta índole, no pudieron desarrollarse a causa del estricto control monopólico que del comercio ejercía la metrópoli.

La encomienda, el primer y más intensivo sistema de trabajo introducido por los españoles en 1534, consistía en la asignación, por parte de la corona, de una determinada cantidad de aborígenes a un súbdito español, encomendero, en compensación por los servicios prestados. Tras esto, el encomendero se hacía responsable de los nativos puestos a su cargo, los evangelizaba y percibía los beneficios obtenidos del trabajo que realizaban los nativos. Durante los primeros años de la encomienda, no existía ningún tipo de regulación ni jurisdicción laboral que garantizase los derechos de los aborígenes, por lo cual éstos eran explotados.

La oposición más clara sobre este sistema de trabajo, como se sabe, proviene del dominico Bartolomé de Las Casas. Para él, la encomienda es la raíz de la tiranía que provoca muerte: “Es el núcleo de cristalización del sistema colonial (...); en torno a ella gira el orden que se establece, funcionarios al servicio de los encomenderos, intereses y corrupción entre los grandes del Consejo de Indias y otras autoridades en España, comerciantes que hacen negocio con los nuevos señores, trabajo forzado de los indios”³¹.

No obstante, con las Leyes de Burgos de 1512 se establecieron una serie de normas con respecto al uso de la mano de obra en las encomiendas, pero los abusos continuaron perpetuándose.

A la par que la encomienda, funcionaba el sistema de repartimiento forzado. Este sistema, consistía en la rotación por temporadas de los trabajadores nativos, los cuales realizaban obras públicas, al servicio de la administra-

31 GUTIÉRREZ, Gustavo. *En busca de los pobres de Jesucristo: el pensamiento de Bartolomé de Las Casas* Lima: CEP, 1992, p. 390.

ción, a diferencia de la encomienda que era para particulares, a cambio de una remuneración ínfima. Finalmente, la esclavitud fue el primero de los sistemas de trabajo en emplearse en América. Pero tras el reconocimiento de los nativos como súbditos de la corona y los escritos del fray Bartolomé de las Casas que impulsaron las Leyes de Burgos de 1512, la esclavitud de los aborígenes quedó abolida, y se reemplazó por sistemas semiesclavistas señaladas (la encomienda y el repartimiento). La necesidad de una mano de obra aún más barata que la nativa, impulsó la importación de esclavos del África subsahariana. El comercio de esclavos se consolidó rápidamente y gracias a ello se constituyó el denominado sistema de “comercio triangular”, mediante el cual se importaban esclavos a América, los cuales eran los comercios utilizados en las grandes plantaciones y las materias primas producidas se exportaban hacia la Europa preindustrial.

Asimismo, la principal actividad económica desarrollada en el virreinato era la minería. El trabajo en la mina era desarrollado por **aborígenes** que pasaban entre una y dos semanas sin salir de ella en condiciones realmente duras. En un principio, la actividad se desarrolló en torno a pequeños depósitos de superficie, pero gracias a las mejoras en las técnicas mineras, los colonos pudieron acceder a grandes minas.

Es a partir de este momento en que la minería termina de consolidarse como principal actividad en el Virreinato. Los principales **yacimientos mineros** fueron: Castrovirreyna, Cerro de Pasco, Cajabamba, Contumazá, Carabaya, Caylloma, Hualgayoc, Huancavelica, Potosí, todas ellas ubicadas en el territorio del actual Perú. Potosí, por sí sola, aportaba dos tercios de la producción minera del Perú, hasta que en 1776 cambió de jurisdicción a favor del Virreinato del Río de la Plata.

A causa de las malas condiciones y la dureza del trabajo realizado por los aborígenes en la mina, eran frecuentes las protestas y los **alzamientos** de mineros, que eran sistemáticamente sofocados por las autoridades coloniales³².

32 Como mencionamos, líneas arriba, el cronista de la época, FELIPE GUAMÁN POMA DE AYALA, realizó una historia crítica de las autoridades durante la conquista, como también denuncias sobre los abusos y sufrimientos que se cometían, durante los fines del siglo XVI e inicios del siglo XVII.

En el ámbito comercial, España aplicó medidas proteccionistas y favoreció el monopolio de los puertos de Sevilla en España, Veracruz en México, Callao en el Perú, Panamá y Cartagena en Nueva Granada. Debido a que Panamá y Cartagena eran considerados puertos de tránsito, el Callao pasó a ser el único puerto autorizado para comerciar en América, lo cual convirtió al Virreinato del Perú en el centro comercial de las colonias españolas en América.

Culturalmente, Lima era la metrópoli de toda América del Pacífico “su prosperidad coincidió con la de su madre España, con la dinastía de los Austrias, con el antiguo régimen de los siglos XVI y XVII (...). A su Universidad y Curia acudían los escritores nativos de los confines...figura el mundo universitario, el de los catedráticos y doctores de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos”³³.

2.2. Control moral e ideológico

En 1569, por una Real Cédula de Felipe II, expedida el 25 de enero, se aprobó instalar en el Virreinato del Perú un tribunal del Santo Oficio de la Inquisición con el fin de asegurar el predominio del poder estatal. Aunque “su actividad fue bastante estricta en la vigilancia de la religión y las costumbres de los pobladores de origen europeo, ya que se temía (y con mucha razón) que la vida moral de estos hombres y mujeres pudiera descaminarse al estar tan alejados de la cristiandad tradicional”³⁴. Este Tribunal se instaló solemnemente en la ciudad de Lima el 29 de enero de 1570. Inmediatamente asumió la tarea de procesar toda suerte de delitos contra la fe, la moralidad y la disciplina eclesiástica.

Sin embargo, actualmente nuevos estudios “han revelado aspectos novedosos como la tipología delictiva de los reos, las características del manejo económico o las intencionalidades políticas de la Inquisición (...). Pero la ferocidad de este cuerpo de vigilancia moral no se satisfacía con el castigo a los

33 DE LA RIVA AGÜERO, José. *Historia del Perú*, Tomo I, Ed. Librería Studium, Lima 1953, p. 288-290.

34 HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. *Santo Oficio e Historia Colonial: Aproximaciones al Tribunal de la Inquisición de Lima (1570-1820)*, Ediciones del Congreso del Perú, Lima, enero de 1998, p. 35.

propios delincuentes, sino que se extendía a la limitación de privilegios y la deshonra para sus descendientes (...). Se ha apuntado, con perspicaz entendimiento, que estos métodos de humillación en público eran particularmente adecuados para perjudicar a aquellos –artesanos o campesinos de humilde origen- que emigraban hacia las Indias en busca de movilidad social”³⁵.

El caso emblemático del uso político y económico de la Inquisición fue el juzgamiento de 37 judíos, casi todos de Portugal que dominaban las finanzas y el comercio del Virreinato del Perú. Fueron sentenciados a la hoguera en el acto de fe de 1639. Así, se demostró que “el código punitivo del Santo Oficio era la expresión lógica de los prejuicios imperantes en la nacionalidad peninsular y que por esto mismo –no obstante la persecución impuesta a las minorías de judíos y musulmanes- fue bien acogido por la sociedad en general”³⁶.

2.3. Las Leyes de Burgos y de Indias

Las Leyes de Burgos fueron las primeras leyes que la monarquía hispánica aplicó en América para organizar su conquista. Se trata de una serie de ordenanzas dictadas en la ciudad de Burgos el 27 de diciembre de 1512³⁷, para lograr el gobierno con mayor justicia en el tratamiento de los naturales, indios o indígenas. La causa de su promulgación era el problema jurídico que se había planteado por la conquista y colonización del Nuevo Mundo.

Estas Ordenanzas fueron el fruto de la primera junta de teólogos y juristas, reunida en Burgos en 1512. En ella se discutieron la legitimidad del poder español sobre las naciones indias y la justicia de los títulos sobre América. “(...) se confrontaron diferentes posiciones. Las puntas extremas están representadas por dos predicadores del rey: el clérigo y licenciado Gregorio y el dominico Bernardo de Mesa de un lado; y por el también dominico Matías de Paz del otro. Una posición media es sometida por Palacios Rubios. Las cuestiones discutidas son, en forma embrionaria, las que encontraremos a todo lo largo del s. XVI y más allá”³⁸.

35 HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. Ob.cit., p. 35 y 40.

36 HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. Ob.cit., p. 45.

37 Poco después, en julio de 1513, en Valladolid se modificaron y precisaron algunos puntos sin variar el contenido.

38 GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob. cit., p. 380-381.

Concluyó que el Rey de España tenía justos títulos de dominio del Nuevo Mundo, pero sin derecho a explotar al aborigen; que era hombre libre y podía tener propiedades, pero como súbdito debía trabajar a favor de la Corona a través de los españoles allí asentados.

En realidad, “Las Leyes de Burgos representan la primera regulación sistemática y coherente de las relaciones sociales en la naciente sociedad colonial y muy particularmente el primer código laboral escrito y conocido del Nuevo Mundo, este *corpus* legal ha sido objeto de exaltadas alabanzas. Por ejemplo, A. Kofman ve en ellas, así como en todo el Derecho indiano, una muestra de auténtico humanismo. El profesor Monje Santillana las califica de precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos”³⁹.

Sin embargo, “Las Casas las criticó acremente pues no hicieron otra cosa que consolidar y dar carácter legal a la explotación del indio (...) El juicio es tajante y sin atenuantes (...). La más importante es que dichas leyes perpetúan y establecen definitivamente el sistema de los repartimientos o encomiendas, es decir la servidumbre y explotación del trabajo del indio”⁴⁰.

En efecto, “Bartolomé de Las Casas apelará continuamente a su condición de paganos para reclamar hacia ellos un trato distinto al que se debe tener frente a los herejes, al mismo tiempo que critica a sus contendientes por no advertir la diferencia entre esas dos situaciones. La situación de estos dos tipos de infidelidad está confirmada por la autoridad de Tomás de Aquino. Su pensamiento lo hallamos sintetizado en dos cuestiones de la *Suma Teológica*: Sobre la infidelidad y sobre la herejía (...). Lo que hace culpable, de pecado punible, la infidelidad es el rechazo voluntario de la fe, de ahí que para Tomás la herejía sea más grave que la infidelidad de paganos y judíos. Esto lo conduce a proponer un tratamiento diferente para con unos y otros. Apoyándose en una posición común entre los canonistas de la época sostiene, además, que la jurisdicción de la Iglesia -y el poder coercitivo que

39 PIZARRO ZELAYA, Antonio. Leyes de Burgos: 500 años, en la Revista de Historia Diálogos, Vol. 14, N° 1, febrero-agosto 2013, p.33.

40 GUTIÉRREZ, Gustavo, ob. cit., p. 384-385.

le es considerado inherente- no se extiende sino a los que han recibido la fe, a los bautizados”⁴¹.

Es decir, “con la Leyes de Burgos nos encontramos ante una situación típicamente aporética: tanto su aplicación como su no aplicación resultaban catastróficas para los pueblos conquistados. En la práctica, sin embargo, lo decisivo era que las Leyes de Burgos confirmaban la legalidad de la encomienda...”⁴².

En el caso específico del aspecto laboral tenemos distintos artículos sobre la materia que podría constituir los antecedentes mediatos de la legislación laboral propiamente. Así, encontramos las siguientes disposiciones en el presente cuadro⁴³:

Disposiciones	Ley que regula
Se prohibía bajo pena de multa, que los encomenderos obligasen a los indios realizar labores de carga. Ya que, se argumentaba que había ya muchas bestias de carga que habían sido llevadas desde España al Nuevo Mundo. No obstante, en los lugares en donde no se dispusiera de animales, los indios podían hacer estos trabajos. Siempre y cuando se tratase de una carga razonable.	Ley 11
Se dispusieron reglamentaciones para que los indios que fueran a trabajar a las minas de oro no trabajasen en más de 5 meses al año, cumplidos los cuales se les concedería un descanso de 40 días	Ley 13
Se reglamentaba la alimentación y la cantidad de comida que se daría a los indios en las labores.	Ley 15
Se estableció la obligación de darles una hamaca para dormir a cada uno de los indios que laborasen.	Ley 19

41 GUTIÉRREZ, Gustavo, ob. cit., p. 209.

42 PIZARRO ZELAYA, Antonio, artículo citado, p. 64.

43 Elaboración propia, basado en: FERNÁNDEZ HERRERO, Beatriz. La utopía de América: teoría, leyes, experimentos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Además se dispuso la obligación de darles también el vestido.	Ley 20
Las mujeres embarazadas de más de 4 meses no podían trabajar en las minas, Aunque sí podían realizar trabajos suaves en la casa, o hacer pan. Después criarían a su hijo durante 3 años, sin tener que ir a trabajar.	Ley 18

Debemos tener en cuenta, que si bien es cierto señalamos que las Leyes de Burgos contenían normas de carácter laboral no podemos afirmar que estas constituyen regulaciones circunscritas dentro de la disciplina del Derecho del Trabajo.

Ya que, como señala Giglio “se engañan doblemente aquellos juristas e historiadores que pretenden encontrar antecedentes de las figuras jurídicas del derecho laboral antes de la revolución industrial. Todo esto debido a que se estaría trasponiendo un fenómeno de nuestra época hacia situaciones políticas, sociales y económicas diversas, y al raciocinar con parámetros y condiciones actuales o contemporáneas para calificar hechos del pasado, resultantes de otros factores”⁴⁴. Con lo que estas disposiciones deben de ser entendidas bajo esta óptica.

Otro aspecto importante, en esta materia y tal como se desprende luego de observar el cuadro, es que las leyes de Burgos si pueden ser vistas como antecedentes de la regulación a cerca del trabajo forzoso. En ese sentido, se configuraron restricciones a los encomenderos en tanto el trato y las labores que podían hacer los indios. Además, se dispuso un conjunto de reglas determinando las limitaciones en cuanto al trabajo de mujeres embarazadas, salvaguardando la preservación de los naturales. Llama la atención desde una visión jurídica la forma en la que en el siglo XVI se hayan podido establecer medidas de protección que han trascendido en el tiempo y que se mantienen hasta el día de hoy. Volviéndose, las Leyes de Burgos, el preludio de lo que luego se retomará en la Declaración de Derechos Humanos y en muchos otros tratados sobre el trabajo forzoso.

44 GIGLIO, Wagner. La huelga en Brasil. En: PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coordinador). *La huelga en Iberoamérica*. Lima: AELE, 1996.

Finalmente, no mucho después la Corona española mandó que se revisen las llamadas Leyes de Burgos por el constante maltrato a los indígenas, de acuerdo a los informes de los padres dominicos. En efecto, el obispo dominico Bartolomé de Las Casas, levantó un debate en torno al maltrato a los indígenas con el sistema de las encomiendas, por lo que el Emperador Carlos V convocó a una junta de juristas a fin de resolver la controversia⁴⁵.

De esta junta surgieron las llamadas Leyes Nuevas en 1542, que ponían a los indígenas bajo la protección de la Corona⁴⁶. Después de muchas controversias jurídicas entre España, Nueva España y el Perú, durante el reinado de Carlos II de España (1665-1700), se publicó en 1680 una obra conocida como Recopilación de Leyes de las Indias.

Estas Leyes de Indias constituyen una recopilación de las distintas normas legales vigentes en los reinos de Indias, realizada durante el reinado de Carlos II. Básicamente, fueron un compendio de las Leyes de Burgos, las Leyes Nuevas y las Ordenanzas de Alfaro. Fueron promulgadas mediante real cédula el 18 de mayo de 1680. Refiere a distintos temas, pero específicamente en el libro 6 trata la situación de los indígenas, su condición social, el régimen de encomiendas, tributos, etc.

Mediante las Leyes de Indias se regulaba la vida social, económica y política de las colonias de España. Establecían el trato que debía recibir el nativo, estipulando que los aborígenes son libres, pero son súbditos de los Reyes Católicos, que debían trabajar en condiciones humanas, pero que su salario podía ser pagado en especie, y que en caso de que se resistiesen a la evangelización, estaba autorizado el uso de la fuerza contra ellos. Estas leyes, además, permitían el sistema de encomiendas, siempre y cuando se

45 Bartolomé de Las Casas en su nuevo viaje a España en 1539, reanuda su actividad intercesora en beneficio de los indios, de su libertad y trato que debían merecer.

46 Estas leyes estaban encaminadas a poner frenos a los desmanes de los conquistadores y colonizadores, en sus ansias encaminadas a avasallar a los indios, puesto que ordenaban la supresión de las encomiendas. También las Nuevas Leyes dictaminaban una serie de Ordenanzas a favor del indio. El Virrey Blasco Núñez de Vela, encargado de implantar las Nuevas Leyes, tuvo que enfrentar la resistencia de los conquistadores que reclaman los derechos adquiridos.

diera prioridad a la evangelización de los nativos y se les tratase de una manera humana.

Las Leyes de Indias sufrieron numerosas modificaciones a través de los años. Estas modificaciones se realizaban en función de los cambios a los que se veía sometida la administración y las necesidades de la metrópoli.

Pero la realidad era distinta. La polémica se suscitó a partir de las denuncias realizadas por el obispo dominico Bartolomé de las Casas, con respecto a los malos tratos que recibían los aborígenes con el sistema de encomiendas. Así, “Los Reyes Católicos primero y el Consejo de Indias después legislaron a favor de los indios y promulgaron leyes humanitarias. La dura realidad es que las leyes quedaban en papel mojado, no había manera de velar por su cumplimiento. *Se acata, pero no se cumple*, declaraban cínicamente los encomenderos”⁴⁷.

Las Leyes de Burgos y las Leyes Nuevas intentaron mejorar las condiciones a las que estaban sometidos los nativos, mediante la prohibición de la esclavitud de los aborígenes, protección de la Corona y la prohibición de la creación de nuevas encomiendas. Este último punto, la prohibición de la creación de nuevas encomiendas, provocaría que este sistema de trabajo desapareciese, lo cual creó fuertes recelos entre los encomenderos limeños, quienes se rebelaron contra el virrey llegando incluso a derrocarlo. El orden fue restablecido por las autoridades y se decidió permitir la creación de nuevas encomiendas, ya que su ausencia perjudicaba gravemente a los colonos españoles⁴⁸.

2.4. La protección social en el periodo virreinal

No obstante, lo mencionado en los puntos anteriores, debemos destacar que en el Virreinato existían mecanismos de protección que calificarían perfectamente como antecedentes de la protección social. En efecto, podríamos encontrar referencias a grupos de personas que se reunían e ideaban siste-

47 ESLAVA GALÁN, Juan. *Historia de España*, Editorial Planeta, Barcelona, 2016, p. 216.

48 GUSTAVO GUTIÉRREZ en su obra, *En busca de los pobres de Jesucristo: el pensamiento de Bartolomé de las Casas*, desarrolla episodios dramáticos de ese contexto económico y social en el Virreinato del Perú.

mas de ahorro para afrontar distintas necesidades, o incluso dentro de los mismos núcleos familiares se podían establecer cuotas de aportación con el propósito de juntar lo suficiente para conseguir algo que sería útil para todos, núcleos constituidos a partir de células de organización existentes en la metrópoli que son traslapadas al Virreinato del Perú.

Es aquí donde aparecen las *técnicas primarias de protección*⁴⁹, tales como la asistencia, el ahorro, el seguro privado y el mutualismo. La primera de ellas se proyectó como la forma más básica de todas, la que a criterio de Almansa Pastor, parte de la indigencia, puesto que es la forma que se utiliza para conseguir los medios necesarios para subsistir⁵⁰.

Luego, el ahorro privado –medida que se mantiene incluso en nuestros tiempos– es considerada por Cérda y Richart como *la previsión en primer grado*⁵¹, puesto que parte de la voluntad de cada persona para destinar parte de sus ingresos a un fondo que suele no tener un propósito específico y no se sujeta a ningún tipo de condición.

El seguro privado se asocia con la idea mercantilista que, conforme van transcurriendo los años, la sociedad va adquiriendo. Finalmente, el mutualismo es claramente definido por Fajardo Crivillero como *una asociación de ayuda y socorro recíproco para y entre los miembros de una organización, instaurada al efecto, sin propósito de lucro*⁵².

Todos estos mecanismos de protección social estarán presentes en el período virreinal como extensión de los ya existentes en la España monárquica en tanto el Virreinato forma parte integrante de los dominios del Imperio

49 Dentro del grupo “*técnicas primarias de protección*” se ubican al ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la responsabilidad civil y la asistencia pública. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. “*Derecho de la Seguridad Social*”. Editora Grijley, Lima, 2008, pp. 26 y ss.

50 ALMANSA PASTOR, José. “*Derecho de la seguridad social*”. Editoriales Tecnos. Sexta Edición. Madrid. 1989. p.34.

51 CERDÁ Y RICHART, Baldomero. “*Teoría general de la previsión y sus formas*”. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1945. p. 22.

52 FAJARDO CRIVILLERO, Martín. *Teoría general de seguridad social*. Luis Alfredo Ediciones. Lima. 1992. p. 58.

y a él se traspasan la cultura y organización imperantes entre los cuales destacan –para efectos del presente estudio– dichas formas embrionarias de protección social.

Específicamente, tenemos “una instrucción de Felipe II de 10 de diciembre de 1593 referente al trabajo en las fábricas y fortificaciones constituye quizá la primera ley de la historia en la que se regula la jornada de ocho horas diarias: *todos los obreros trabajarán ocho horas cada día, quatro á la mañana y quatro á la tarde, en las fortificaciones y fábricas, que se hiciere, repartidas á los tiempos más convenientes, para librarse del rigor del sol...*”⁵³.

Luego, tenemos la Recopilación de 1680 como “el más completo testimonio de la legislación social indiana (...). La base de esta monumental compilación la constituye la Recopilación de 1635, obra de León Pinelo, relator del Consejo de Indias...”⁵⁴.

Ahora bien, la forma más socorrida y, al mismo tiempo, eficaz de protección, con intervención indirecta del Estado, era la beneficencia, que con marcada tendencia a su desaparición subsiste hasta nuestros días. Las Sociedades de Beneficencia eran y son entes de naturaleza singular, porque manteniendo una autonomía económica y financiera de origen privado, recibían, sin embargo, aportes públicos y estaban sujetas a una intensa contraloría estatal, reservándose el Estado la capacidad muchas veces de designar a sus altas autoridades. Las beneficencias cubren un amplio espectro de carencias sociales: salud, a través de consultorios y clínicas gratuitos; vejez, mediante la administración de asilos; muerte, con la administración de cementerios y agencias funerarias, y muchas otras de ayuda social.

Por supuesto, lejos están de constituir una modalidad de la seguridad social, ya que no se ajustan para nada a los principios de esta, pero comparten sus espacios y, en realidad, cubren muchas de las falencias de aquella. Por eso, aunque es usual marcar el inicio de la era proteccionista en el Perú a partir

53 RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. La Legislación social indiana: su recepción y su fundamentación, en la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XV, Sección Historia del Derecho Indiano, Chile, 1992-1993, p.235.

54 RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. Documento citado, p. 231.

de 1850, cuando se promulga la Ley de Goces, antes de ella, durante la Colonia, ya existían mecanismos implementados para salvaguardar determinados riesgos en algunos sectores de la población, en especial vinculados a la administración.

Es el caso de la Real Orden del 8 de febrero de 1803, a través de la cual el Rey de España extendió los efectos de una Resolución de 1773 a los empleados de la administración de la Real Hacienda *que habían servido bien y fielmente y no pudiendo desempeñar sus destinos por su edad, achaques u otros motivos calificados*⁵⁵, para acceder a una jubilación la que era fijada en función a los años de servicios.

3.- EL FIN DEL VIRREINATO E INDEPENDENCIA POLÍTICA DEL PERÚ

El fin del Virreinato del Perú se inició con la independencia política de los peruanos de España y con ella, grandes cambios se desarrollan en ese período. A comienzos de 1800, “el dominio de la monarquía española lucía como completamente consolidado. Cuatro décadas después España había perdido su inmenso imperio en el continente americano (...). En 1811 el abogado limeño López Aldana señalaba el papel fundamental que los abogados habían tenido en la libertad de los distintos países de América del Sur e invitaba a sus colegas de Perú a seguir el ejemplo usando la forma de pregunta: Seréis vosotros mismos menos victoriosos en vuestras defensas que lo han sido los inmortales abogados de Buenos Aires, Santa Fe, Quito, Chile, Caracas y Cartagena, que ya ganaron el reñido pleito de la libertad de aquellos países”⁵⁶.

Cabe señalar, la posición de la institución más importante de la época: la jerarquía episcopal del Virreinato del Perú. Dicha institución afrontó el proceso de emancipación como fin del Virreinato en “dos momentos: los tiempos

55 RENDÓN VASQUEZ, Jorge. Obra citada, p. 414. Importa anotar que de acuerdo a lo que señala el autor, la Real Orden del 8 de febrero de 1803 entró en vigencia recién el 8 de junio de 1820.

56 PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Los abogados de América Latina*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, p.85.

de lealtad (1808 - 1820) y los tiempos de ruptura (1821 - 1824). En ambos momentos la retórica religiosa permitió justificar, en un primer momento, las posturas políticas de lealtad al régimen colonial y las luchas contrarrevolucionarias de las autoridades españolas. Luego de 1821, los púlpitos y cartas pastorales fueron herramientas para construir un discurso de legitimidad del nuevo régimen político surgido de las luchas de independencia que identificaba al cristiano con el ciudadano”⁵⁷.

3.1. Influencia de la Constitución de Cádiz

El 29 de enero de 1810, durante el cautiverio de Fernando VII por las tropas de José Napoleón, se dio inicio el proceso de convocatoria de la Constitución de Cádiz para garantizar la unidad española y sus dominios frente a la invasión francesa.

Así, ya en pleno debate constitucional “Ramón Feliú, representante del Virreinato del Perú, sostuvo que la nueva apreciación de soberanía debía contemplar que: (...) la América no puede considerarse ya como una nación pegada y sujeta a la península sino formando con ella una misma y sola nación, una misma y sola familia”⁵⁸.

Por otro lado, “...los hermanos masones, como el sétimo Conde de Torero (José María Quiro de Llano 1786-1843), De Arguelles (...) lograron muchos avances al aprobar los derechos fundamentales que, sin duda alguna, sentaron la piedra angular de la libertad hispanoamericana”⁵⁹. En ese sentido, empezó en el Perú un proceso emancipador y de rebeliones locales,

57 IBERICO RUIZ, Rolando. *La república católica dividida: ultramontanos y liberales-regalistas*, Ed. Instituto Riva-Agüero y la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016, p. 34.

58 GÁLVEZ MONTERO, José Francisco. Representación y legalidad en la experiencia gaditana, en PALOMINO MANCHEGO, José y DE JESÚS NAVEJA MACÍAS, José. *La Constitución de Cádiz de 1812, a propósito de su bicentenario*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 127.

59 DEL SOLAR ROJAS, Francisco José. Cádiz y su aporte al constitucionalismo hispanoamericano: Visión masónica de Cádiz y su aporte al constitucionalismo hispanoamericano, en PALOMINO MANCHEGO, José y DE JESÚS NAVEJA MACÍAS, José. *La Constitución de Cádiz de 1812, a propósito de su bicentenario*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 729.

bajo el influjo de la Constitución de Cádiz, que culminó en la independencia política del Perú en 1821 y con la Constitución liberal de 1823.

También en “las constituciones de Argentina, Chile y algunos artículos de los plasmados en la Constitución peruana de 1823 son sin duda alguna recepción o copia del espíritu plasmado en la gran constitución de 1812”⁶⁰.

En efecto, se debe reconocer el rol fundamental de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú, como bien lo señala Landa: “Las ideas del patriotismo constitucional que gestó la independencia del Perú en 1821 emanaron de un proceso que hunde sus raíces a mediados del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, donde juega un rol especial la Constitución de Cádiz”⁶¹.

Finalmente, “bajo la influencia liberal y gaditana, se estableció en el Perú que el Congreso sería el primer poder del Estado, no solo por la doctrina sino también en términos políticos, tal como lo sostendría el diputado radical Mariano José de Arce. Se aprecia otro rasgo gaditano en la organización de los procesos de sufragio, por dos razones: primero porque el nuevo régimen resolvió adoptar a la religión católica, apostólica y romana como credo oficial del Estado, consolidándose el fuerte vínculo Iglesia-Estado que provenía del patronato regio y, en segundo lugar, porque sobre la base de éste se estableció que en las parroquias -unidad demográfica donde se llevaban los registros de bautismos, matrimonios y defunciones- se formarían las mesas de sufragio. Esta situación perduraría hasta la ley electoral sancionada por el presidente Nicolás de Piérola en 1896”⁶².

60 DEL SOLAR ROJAS, Francisco José. Cádiz y su aporte al constitucionalismo hispanoamericano: Visión masónica de Cádiz y su aporte al constitucionalismo hispanoamericano, en PALOMINO MANCHEGO, José y DE JESÚS NAVEJA MACÍAS, José. *La Constitución de Cádiz de 1812, a propósito de su bicentenario*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 735.

61 LANDA, César. El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la Independencia del Perú, en PALOMINO MANCHEGO, José y DE JESÚS NAVEJA MACÍAS, José. *La Constitución de Cádiz de 1812, a propósito de su bicentenario*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 943.

62 HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. Sobre la Constitución de 1812: las Cortes gaditanas y su impacto en el Perú, en PALOMINO MANCHEGO, José y DE JESÚS NAVEJA MACÍAS,

3.2. Historia de la República del Perú

La historia de la República del Perú se inicia el 28 de julio de 1821 con la independencia política de los peruanos de España y con ella, grandes cambios se desarrollan en ese período. Marca el fin del Virreinato y a partir de 1827 a 1841 aproximadamente, se forjó la nacionalidad peruana⁶³. Luego tendremos más de “cien años de soledad” republicana, con profundos cambios que han sacudido la sociedad peruana en un contexto de colonialismo interno, militarismo, guerras, explotación de campesinos y obreros, reconstrucción, apogeo económico, debilidad política, inestabilidad económica e inseguridad social.

Los albores en el Perú no solo se han caracterizado por la promulgación continua y constante de diversas normas jurídicas con las que los gobernantes de turno pretendieron imponer una serie de disposiciones convenientes para ellos, sino también por la pobre regulación sobre derechos fundamentales. Es decir, a inicios del siglo XIX, esta incipiente República se caracterizó por su casi inexistente regulación sobre el trabajo en particular, y su orientación hacia temas coyunturalmente más susceptibles. Sin embargo, hay que recalcar que en la primera norma se aborda un tema de suma relevancia directamente relacionada con el Derecho del Trabajo: la abolición de la esclavitud.

La erradicación formal de la esclavitud -y la aparición de una esclavitud disimulada- no dio lugar por supuesto a la eliminación del trabajo forzoso⁶⁴,

José. *La Constitución de Cádiz de 1812, a propósito de su bicentenario*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 935.

63 Así se inició una cadena constante de gobiernos militares y civiles. Siendo predominante los primeros, los golpes de estado se convirtieron en el *modus vivendi* de la nueva sociedad peruana.

64 Como afirma la propia Organización Internacional del Trabajo, “el trabajo forzoso no puede equipararse simplemente con salarios bajos o con condiciones de trabajo precarias. El concepto tampoco abarca las situaciones de mera necesidad económica, como cuando un trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alternativas de empleo. El trabajo forzoso constituye una grave violación de los derechos humanos y una restricción de la libertad personal, según la definición contenida en los convenios de la OIT relativos a este tema y en otros instrumentos internacionales conexos relativos a la esclavitud, a las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre por deudas y a la condición de siervo”. En: <http://www.ilo.org/americas/temas/trabajo-forzoso/lang-es/index.htm>, consultado el 09 de setiembre del 2017.

más aún cuando durante la primera mitad del siglo XIX la economía peruana tuvo un carácter predominantemente feudal y agrícola, todo ello caracterizado por las pequeñas ciudades y una actividad comercial y artesanal minúscula. Autores de la época dan cuenta de ello cuando señalan que⁶⁵ “*la diferencia entre la agricultura de la costa y la agricultura de la sierra, aparece menor en lo que concierne al trabajo que en lo que respecta a la técnica. La agricultura de la costa ha evolucionado con más o menos prontitud hacia una técnica capitalista en el cultivo del suelo y la transformación y comercio de los productos. Pero en cambio, se ha mantenido demasiada estacionaria en su criterio y conducta respecto al trabajo*”.

Posteriormente se promulgó la Constitución Política de 1826, norma que se encontraba exenta de regulación laboral y, en lo más mínimo, no contenía disposición alguna sobre derechos laborales. Posteriormente, aparece la Constitución de 1828, norma suprema que mediante su artículo 158 dispuso que “*todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes*”. Esta disposición puede ser considerada como uno de los bastiones de los actuales derechos y principios fundamentales de igualdad de oportunidades sin discriminación, de acceso al empleo público en función del mérito y de progresividad.

3.3. Las primeras normas de protección social

Luego, tras conseguir la independencia, el Perú inició una ágil actividad legislativa. De esa manera es como se empiezan a regular diversos sectores urgentes de reglamentación,

Asimismo, “se luchaba por establecer un orden, sobre todo luego de la proclamación de la independencia, en el que el derecho constituía un medio fundamental del nuevo gobierno, existía, a la par, una tendencia dirigida a lograr un cambio en el Derecho mismo. No bastaba mantener un clima de orden sustentado en las normas del antiguo régimen pues, a pesar de que los esfuerzos debían concentrarse en acabar con las fuerzas coloniales españolas, algunas voces reclamaron tempranamente un cambio en el ordenamien-

65 MARIÁTEGUI, José Carlos. *Siete ensayos de la interpretación de la realidad peruana*, 5^a Edición. Ed. Minerva, Lima, 1952

to legal (...). Vemos, entonces, en esta época de iniciación de la República una doble expectativa respecto del Derecho. De un lado, debe conservar su función de regulador de la vida social -por encima de los avatares políticos-, y, de otro lado, debe responder a una corriente de cambio a partir de las nuevas circunstancias creadas alrededor del 28 de julio de 1821”⁶⁶.

Pero no es sino hasta casi un año después de fundada la República cuando se decide abordar el ámbito del aseguramiento de la sociedad, con la expedición del Decreto del 20 de febrero de 1822. Con esta norma se creó una ayuda especial denominada *socorro diario* para aquellos que formaran parte del Batallón de Cívicos Pardos, lo que se sustentó en su condición *miserable*.

En forma similar se expidieron otras normas que pretendieron regular el aseguramiento social antes de 1850. A nuestro entender las más representativas fueron las siguientes:

- Decreto del 19 de julio de 1825, referido a la disposición de uno de los Hospicios del Cusco para inválidos y mendigos.
- Decreto del 19 de julio de 1825, referido a la disposición de la Casa de San Buenaventura para los huérfanos.
- Decreto del 31 de octubre de 1825 a través del cual se crea la Junta de Beneficencia de Lima.
- Decreto del 28 de noviembre de 1826, mediante el cual se dispone la preferencia para la obtención de empleos para aquellos que sean calificados como inválidos de guerra.
- Ley del 14 de julio de 1827 según la cual se proporcionan recursos suficientes a los pobladores de Huanta a efectos de que reconstruyan sus pueblos.

66 ORTIZ CABALLERO, René. *Derecho y ruptura, a propósito del proceso emancipador en el Perú del ochocientos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1989, p. 38-39.

- Decreto del 1 de agosto de 1830, mediante el que se dicta el Reglamento Provisional de retiros, inválidos y premios para el ejército y armada nacional.
- Decreto del 14 de mayo de 1834 a través de la que se dispone que todos aquellos que han servido al Gobierno sean colocados en empleos.
- Ley del 4 de enero de 1848, mediante la cual se instauran los goces que deben percibir los jefes y oficiales sin colocación en el Ejército.
- Decreto del 28 de octubre de 1848 por el cual se aprueba el Reglamento de las Beneficencias⁶⁷ para Provincias.
- Ley del 17 de noviembre de 1849 a través de la cual se otorgan becas para los jóvenes pobres de Cañete.

Del listado anterior es posible advertir fácilmente, que el criterio prevalente adoptado para emitir este tipo de normas era cubrir estados de necesidad específicos, como la invalidez o la pobreza. Además, dado el contexto que se vivía en esa época –pos independencia – un grupo especial de personas que requería asistencia del Gobierno era el conformado por aquellos combatientes por el Perú.

Sin embargo, es recién con la Ley de Goces de 1850 que propiamente ingresamos a un mecanismo compatible con los fines y propósitos de la seguridad social, aunque, repetimos, no responde a sus exactos principios.

CONCLUSIONES

El trabajo, como actividad humana fundamental, ha existido a lo largo de la historia en todas las civilizaciones en el mundo. Así, entre España y el Virreinato del Perú se desarrolló un enlace singular. De esta forma, las regulacio-

67 Es importante mencionar que las Beneficencias fueron las instituciones más representativas de la primera mitad del siglo XIX.

nes laborales fueron hechas bajo el influjo de las formas de trabajo que se encontraron en los territorios dominados por el Imperio Inca. La *mita* se convirtió en una figura regulada dentro del Derecho Indiano y se constituyó como una de las figuras más importantes en la época virreinal. El puente jurídico entonces, se concretizó en la reciprocidad entre ambos en cuanto a la contribución entre ambos en la manera con la que se comenzaría a regular el trabajo subordinado. Así, se introducía en el Perú, la forma escrita de las normas, ya que el Imperio Inca era una cultura predominantemente oral⁶⁸.

Sin embargo, cabe señalar que no nos referimos a la norma laboral como parte del Derecho del Trabajo que regula el trabajo libre y voluntario. Puesto que la voluntariedad, “la existencia de un consentimiento libre, es elemento definitorio de su ámbito regulador, que excluye o no incluye los trabajos obligatorios o forzosos. Esa exclusión ha supuesto una sistemática desatención por el Derecho del Trabajo y sus cultivadores de las diversas formas de trabajo obligatorio o forzosos, pese a que no pueden considerarse un fenómeno del pasado”⁶⁹.

Entonces, debemos indicar que si bien es cierto se considera el Derecho del Trabajo, como disciplina que surgió con la Revolución Industrial, no debemos dejar de mencionar aquellas regulaciones que sirvieron de base a la regulación que conocemos hoy en día. Cabe señalar, que en el Derecho Indiano vemos quizá un vestigio importante de lo que es hoy la regulación de las relaciones laborales. En suma, la trascendencia del estudio realizado radica en mostrar que el puente jurídico establecido entre España y el Virreinato del Perú no solo fue un intercambio, sino que constituye uno de los más grandes precedentes de lo que es hoy el Derecho del Trabajo

Finalmente, la conexión mencionada, acontecida hace más de quinientos años, no solo permaneció durante la etapa virreinal sino como señalamos líneas arriba, continuó durante la República; de hecho, en sus primeros años el Derecho Indiano se mantuvo vigente. Con lo que resulta válido señalar que esta

68 Como señala, a manera de observación en el lenguaje, WILLIAM H. PRESCOTT, en: *Historia de la conquista del Perú*, citado Augusto Tamayo Vargas en *Literatura Peruana* 1993.

69 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coordinador), *El Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 305.

legislación es la base de las futuras legislaciones nacionales en los países de Hispanoamérica. Siendo estas legislaciones resultado de la confluencia jurídica que acercó a dos continentes separados por el océano atlántico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Ileana. *Historia del pueblo kechua*, 2.ª Edición. Quito: Editorial Abya-Yala, 2005.
- ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Historia del Derecho Peruano: El Virreinato*, Edición Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1945.
- **ANDÍA CHAVEZ, Juan.** *El cronista Felipe Guamán Poma de Ayala, Precursor de los derechos civiles contemporáneos*, **Ediciones Arte y pluma, 3era edición, Lima, agosto de 2014.**
- CABALLERO MESA, Francisco. *La política andaluza en las Cortes de Cádiz*, Librería Ágora, Málaga, 1991.
- CALVEZ, Jean Yves. *Nécessité du Travail: disparation d'une valeur ou rédefinition*. Les Editions de l'atelier, Paris, 1997.
- CERDÁ Y RICHART, Baldomero. *Teoría general de la previsión y sus formas*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1945.
- DELCOURT, Héléne. *Droit Social*. Cardjin Louvain -la-Neuve, 2014-2015, Bélgica.
- DE LA RIVA AGÜERO, José. *Historia del Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1953.
- ESPINOZA SORIANO, Waldemar, "Economía prehispánica". En *Compendio de Historia Económica del Perú*, Tomo I. Instituto de Estudios Peruanos-IEP, 2008.
- FERNÁNDEZ HERRERO, Beatriz. *La utopía de América: teoría, leyes, experimentos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- FERRER MUÑOZ, Manuel. *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España: pugna entre antiguo y nuevo régimen en el Virreinato*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- FRÍAS OLVERA, Manuel. "La organización y el derecho laboral en México prehispánico". En *El trabajo en la América Precolombina*, Ed. Heliasta, 1978.

- GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo. La seguridad social: Del estado de necesidad al estado de bienestar. En: Revista Laborem, Número 15, 2015 (15 - 44).
- GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando. *Breve historia de España*, Alianza, Madrid, 1994.
- GARCÍA Y BELLIDO, Antonio. *La España del siglo I de nuestra era*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1947.
- GARCIA GARCIA, Ricardo. *Constitucionalismo español y legislación sobre el factor religioso durante la primera mitad del siglo XIX (1808 - 1845)*, Valencia, Tirant Monografías, 2000.
- GONZÁLEZ HOLGUÍN, Diego, *Vocabulario de la lengua general de todo el Perú llamada lengua quichua o del inca*. Lima: Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1952.
- GUTIÉRREZ. Gustavo, *En busca de los pobres de Jesucristo: el pensamiento de Bartolomé de las Casas*. Lima: CEP, 1992.
- HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. *Santo Oficio e Historia Colonial: Aproximaciones al Tribunal de la Inquisición de Lima (1570-1820)*, Ediciones del Congreso del Perú, Lima, enero de 1998.
- IBERICO RUIZ, Rolando. *La república católica dividida: ultramontanos y liberales-regalistas*, Ed. Instituto Riva-Agüero y la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016.
- KAUFFMAN DOIG, Federico. *El Perú arqueológico: tratado breve sobre el Perú preincaico*. Lima: Ediciones G. S., 1976.
- KLARÉN, Peter. *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005.
- LOCKHART, James. *The men of Cajamarca: a social and biographical study of the first conquerors of Peru*, Institute of Latin American Studies, University of Texas Press, 1972.
- LÓPEZ CASTELLANO, Fernando. *Liberalismo económico y reforma fiscal: la contribución directa de 1813*, Universidad de Granada, 1995.
- LUMBRERAS SALCEDO, Luis Guillermo. “El Perú Prehispánico”. En *Nueva historia general del Perú*. 4.ª Edición. Lima: Ed. Mosca Azul, 1985.
- MORENO DE TORO, Carmen. *La prestación de jubilación y sus vicisitudes*. Murcia: Ediciones Laborum, 2006.
- MUÑOZ SEMPERE, Daniel y ALONSO GARCÍA, Gregorio. *Londres y el liberalismo hispánico*, Madrid, Iberoamericana Vervuert, 2011.

- MURRA, John, “El control vertical de un máximo de pisos ecológicos en la economía de las sociedades andinas”. En Iñigo Ortiz de Zúñiga, *Visita de la Provincia de León de Huánuco en 1562*. Tomo II. Huánuco: Universidad Nacional Hermilio Valdizán, 1972.
- NICOLINI, Gerard. *The ancient spaniards*, Saxon House, Londres, 1974.
- ORTIZ CABALLERO, René. *Derecho y ruptura, a propósito del proceso emancipador en el Perú del ochocientos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1989.
- OSSIO ACUÑA, Juan M. “La estructura social de las comunidades andinas”. En *Historia del Perú. Perú Antiguo*. Tomo III. Lima: Editorial Juan Mejía Vaca, 1981.
- PALOMINO MANCHEGO, José y DE JESÚS NAVEJA MACÍAS, José. *La Constitución de Cádiz de 1812, a propósito de su bicentenario*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015.
- PEASE GARCÍA, Franklin, en *Historia del Perú: Perú antiguo*, Tomo II. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1980.
- PÉREZ CASTILLO, Juan Antonio. Bicentenario de las Cortes de Cádiz: constitución y diputados firmantes, Sevilla, UNED, 2010.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Los abogados de América Latina*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.
- RESTALL, Matthew. *Los siete mitos de la conquista española*, Espasa Calpe, Madrid, 2004.
- RISQUES CORBELLA, Manel. *El Govern Civil de Barcelona al segle XIX*, Barcelona, Publicacions de L’Abadía de Monserrat, 1995.
- ROMERO MORENO, José Manuel. *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- ROSAVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale, repenser l’état-providence*. Editions du Seul, París, 1995.
- ROSTWOROWSKI, María. Redes económicas del Estado inca: el “ruego” y la “dádiva”. En *El Estado está de vuelta: Desigualdad, diversidad y democracia*. Lima: Ed. Víctor Vich, 2005.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel y ZAVALETA CHIMBOR, David, *Derecho Penal en el Tahuantinsuyu*, Editorial Casa Tomada, Lima, 2011.

- SOLÍS LLORENTE, Ramón. *El Cádiz de las Cortes. La vida en la ciudad en los años de 1810 a 1813*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis. *Historia de España, Edad Media*, Gredos, Madrid, 1978.
- TRIMBORN, Hermann. *El Delito en las Altas Culturas de América*, Edición Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968.
- VALCÁRCEL VIZCARRA, Luis E. *Historia del Perú Antiguo*. Tomos I, II, III, IV. Lima: Ed. Juan Mejía Baca, 1978.
- VALDEAVELLANO, Luis. *Historia de España, de los orígenes a la baja Edad Media*, Alianza, Madrid, 1973.

La imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú

(El art. 2 de la Ley N° 30838: Incorpora el Art. 88-A al Código Penal)

*Alexei Dante Sáenz Torres**

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
alexeisaenz@gmail.com*

*Dedicado al maestro Luis Eduardo Roy Freyre***

*Día Internacional del Niño****

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Antecedentes de la reforma. 2.1. Primer modelo. 2.2. Segundo modelo. 2.3. Tercer modelo. 2.4. Cuarto modelo. 3.- Precedentes de derecho comparado. 3.1. El caso de Chile. 4.- Técnica legislativa. 4.1. Por su ubicación. 4.2. La comunicación de la imprescriptibilidad. 4.3. La redacción de los presupuestos y consecuencias. 5.- Análisis del art. 88-A: la imprescriptibilidad. 5.1. Los “fundamentos” desde la perspectiva penal. 5.2. Los fundamentos de la Comisión de Justicia. 5.3. Reflexión fina. 6.- La problemática del art. 5 de la Ley N° 30096, delito de ciber acoso infantil o child grooming luego de su modificación mediante la Ley N° 30838. 7.- Concurso e imprescriptibilidad. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ANEXO.

* Profesor Principal en la UNMSM en el pregrado y el posgrado, profesor contratado en la Escuela de Posgrado de la USMP y profesor contratado en la UNFV y en la AMAG.

** El presente artículo en calidad de inédito es parte de una investigación en proceso y qué mejor momento que realizar la publicación con ocasión del homenaje al profesor emérito don LUIS EDUARDO ROY FREYRE, posteriormente ampliaremos los alcances de esta investigación. Don Luis Eduardo Roy Freyre, gran maestro universitario de muchas generaciones, amigo y mejor persona representa una gran inspiración para todos aquellos que pudimos gozar de algunas de sus extraordinarias sesiones académicas, sus inspiradoras conferencias y ponencias, así como sus extraordinarios alegatos, haciendo gala de una fina oratoria, una perspicaz, analítica y profunda capacidad para analizar supuestos de hecho, categorías teóricas vinculadas a un caso penal, así como un análisis dogmático de la legislación.

*** En conmemoración a todos los niños del Perú.

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad analizar los aspectos positivos y negativos de la Ley N° 30838, mediante la cual se incorporó por primera vez al Código Penal de 1991 la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad sexual, indemnidad sexual y otros delitos conexos, así como establecer los alcances de la reforma en el sistema penal peruano.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the positive and negative aspects of Law N° 30838, by means of which the imprescriptibility of crimes against sexual freedom, sexual indemnity and other related crimes was incorporated for the first time into the 1991 Penal Code, how to establish the scope of the reform in the Peruvian penal system.

PALABRAS CLAVES

Imprescriptibilidad, Delitos contra la libertad sexual, Delitos contra la indemnidad sexual

KEY WORDS

Imprescriptibility, Crimes against sexual freedom, Crimes against sexual indemnity

1.- INTRODUCCIÓN

La cantidad de agresiones y abusos sexuales que sufren los niños, niñas, adolescentes mujeres adultas en el Perú, ha significado la justificación de la aprobación y entrada en vigor de la ley N° 30838. Las recientes cifras de condenados tratándose de menores de edad, aspecto principal de la justificación de la presente reforma, arrojan que se tiene más de 8 mil presos por agresiones sexuales¹, así como se ha dado a conocer que en el año 2020 saldrán en libertad “717 presos por agresión sexual”².

El tema como propuesta y discusión no es nuevo, incluso se asumió en varios períodos legislativos las promesas electorales como una suerte de iniciativa populista o como una manifestación del populismo jurídico, aunque sus mentores todavía no se terminan de poner de acuerdo respecto al concepto, así como su delimitación, dependiendo de la ideología asumida.

En alguna ocasión, dentro de este panorama, resultó interesante lo señalado por Rivera García al decir: “nos encontramos ante el difícilísimo reto de construir un Estado de derecho que, sin caer en lo males derivados del populismo teorizado por Laclau, sea el resultado de unir dos conceptos que, para el pensamiento político moderno, han sido esencialmente incompatibles: el estable poder constituido y el innovador poder constituyente”³.

Así al tratar este tema, inicialmente desdeñado o dejado de lado por la ciencia penal, hoy en día, a la luz de las noticias de casos denunciados, sobre todo teniendo como víctimas a menores de edad y adolescentes, e incluso con resultados de muerte, ha significado reconocer una impunidad que no se puede mantener, por ello ahora que se ha regulado rápidamente es una obligación de la academia discutir sus alcances y deficiencias.

1 El Comercio, lunes 13 de agosto del 2018, sección el país, informe especial ps. 10 y 11. Lima: Perú, por Lourdes Fernández Calvo, titulado: “El silencioso abuso a la niñez”.

2 La República, lunes 13 de agosto del 2018, sección sociedad, p. 18, Lima: Perú por Milagros Ríos, titulado: “En dos años saldrán en libertad 717 presos por agresión sexual”.

3 Galindo, A. y Ujaldón, E. (2018). ¿Quién dijo populismo? Con el artículo de Antonio Rivera García titulado “Esperando a Laclau: Ecos contemporáneos del populismo sudamericano de entreguerras”, p. 72. Madrid, España: Biblioteca Nueva con el sello de Minerva.

En torno a la justificación o no de la imprescriptibilidad resulta interesante lo postulado por Manuel Cerrada Moreno, quien reconociendo el efecto simbólico de la imprescriptibilidad, sin embargo señala al referirse al aspecto interno de la regulación española que “incluso desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, una vez admitida como necesaria la existencia de un sistema penal que excluya la venganza privada y en el que se tipifiquen como delitos distintas acciones atendiendo a diversas consideraciones de Política criminal, si se considera que la posibilidad de prescripción no es una previsión obligatoria en todo sistema jurídico, sino una cualidad de cada delito que, en atención a tales principios puede ser establecida o excluida por el legislador soberano (democráticamente elegido) para cada tipo penal, sin perjuicio de que puedan establecer también previsiones en atención al posterior comportamiento del delincuente, la imprescriptibilidad legalmente prevista en el seno de ese ordenamiento jurídico, considerado legítimo, pueden fundarse simplemente en la falta de razón así apreciada por el legislador para limitar temporalmente la posibilidad de castigar a los responsables de los crímenes de mayor gravedad, o a los responsables de otros crímenes que no hayan dado muestras, con hechos posteriores a su comisión, de merecer el beneficio de la prescripción. Y ello, incluso con independencia de que se trate o no de crímenes reconocidos como imprescriptibles en el Derecho internacional”⁴.

Para ello, a continuación, se evaluará brevemente los aportes de la doctrina y el derecho comparado en torno a la imprescriptibilidad⁵ de los delitos de agresión sexual, abuso sexual y similares, como se aprecia antes solo se discutía en torno a los fundamentos positivos y negativos como lo señaló el maestro Luis Eduardo Roy Freyre⁶.

4 Cerrada Moreno, Manuel (2018). *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica*. Barcelona, España: Bosch Editor, p. 461- 462.

5 Al respecto los fundamentos de la imprescriptibilidad véase la p. 249 y siguientes de nuestra tesis para optar el grado de magister donde tuve el honor de tener al Dr. Luis Eduardo Roy Freyre como parte del jurado examinador, de la tesis titulada: *La prescripción penal en el Perú (a veinte años de vigencia del Código Penal de 1991)*, en el enlace: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/7980/Saenz_ta.pdf?sequence=1&isAllowed=y

6 Roy Freyre, L. E. (2018). *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, p. 49 y ss.

2.- ANTECEDENTES DE LA REFORMA

En la anterior legislatura se presentaron diversos proyectos de ley que pretendieron regular la opción de evitar que los delitos de agresiones y abusos sexuales realizado contra menores de edad no prescriban, en esos momentos la legislación comparada presentaba tres modelos bien definidos, el primero el de la ampliación de las penas con su efecto inmediato, la ampliación de los plazos de prescripción; el segundo, el de la prescriptibilidad, acudiendo a la suspensión de los plazos de la prescripción penal; el tercero, el modelo de la imprescriptibilidad (en sus modalidades: reducida o ampliada); y el cuarto, el modelo mixto.

2.1. Primer modelo

Hasta antes de esta última reforma, el Estado apostó constantemente en las modificaciones penales de los diversos delitos al incrementar los montos de las penas privativas de la libertad. Lo mismo se aplicó en las modificaciones de los delitos de agresión sexual contra menores de edad y adolescentes, el cual mantenía la lógica de tener el modelo de la prescripción, basado en el criterio de los plazos máximos tratándose de las penas privativas de la libertad que permitió el sistema penal.

Sin embargo, ello no significó una barrera para la realización de los delitos, pues día a día se siguió reportando casos de infracciones penales contra niños y adolescentes, por ello se empezaron a presentar propuestas de ley para evitar lo que socialmente se apreció como una impunidad de este tipo de delitos.

Es claro que en la primera década del siglo XXI, no se tenía reportes de la magnitud de realización de este tipo de delitos en contra de menores de edad y adolescentes, empero en la actualidad esto ha variado respecto al siglo anterior y a la década pasada, pues ahora se tiene conciencia que muchas veces el violador no es un extraño, sino un pariente que está en el mismo ambiente en el que vive o desarrolla sus actividades (colegio, cunas, hospicios, asilos, academias, clubes de vacaciones útiles, academias deportivas, iglesias, grupos, etc.).

2.2. Segundo modelo

El segundo modelo permite extender el plazo de prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena, el cual se manifiesta en una de sus variantes como el del modelo español, es decir la suspensión del plazo de la prescripción mientras la víctima menor de edad no alcance la mayoría de edad, que en el caso del Perú es a los dieciocho años, aunque este modelo fue seguido por algunos países de América del Sur y Centro América (Argentina art. 67 del Código Penal, Bolivia art. 475.II del Código Penal de Bolivia referido a los procedimiento penales, Chile art. 369 quater del Código Penal y Paraguay en sus artículos 103.1 punto 2)⁷ y en Europa el caso de España (art. 132.1 segundo párrafo del Código Penal).

Así siguiendo a los modelos del derecho comparado, en el Perú se formularon algunas propuestas que van en esta dirección, como son las presentadas por el Grupo Parlamentario de Fuerza Popular proyecto de ley N° 2013/2017-CR, el Grupo Parlamentario Nuevo Perú proyecto de ley N° 2258/2017-CR, y el Grupo Parlamentario Fuerza Popular mediante el proyecto de ley N° 1989/2017-CR, y el proyecto de ley 1022/2016-CR⁸.

2.3. Tercer modelo

En cambio, el tercer modelo deja de lado la prescripción y se enmarca en la imprescriptibilidad de la acción o persecución penal, así como en la ejecución de la pena, modelo que han seguido varios países sudamericanos, algunos en el plano constitucional (Ecuador art. 46.4) y otros solo en el plano legal (caso del Perú y aún en debate Chile).

7 Véase el Informe Temático N° 13/2017-2018 realizado por Elena Alarcón Hermosa para el Congreso de la República de Perú en torno a los países que regularon penalmente las fórmulas de suspensión de la prescripción condicionadas al cumplimiento de la mayoría de edad de la víctima para delitos contra la libertad sexual y otros (Colombia art. 83.3 del Código Penal, Costa Rica en el art. 31 y 33 del Código Procesal Penal, El Salvador en el art. 99.1 del Código Penal, México en el art. 107-Bis del Código Penal Federal, Nicaragua art. 131 del Código Penal, aunque con la modalidad de condicionar el plazo de inicio de la prescripción penal bajo los alcances de la inmunidad para los menores de edad y Panamá en el art. 93 del Código Penal delitos contra el pudor, integridad y libertad sexual de menores, incapaces o persona con discapacidad a partir que cumplan la mayoría de edad, en el enlace: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/75C210AA-031030F1052581C600789CC2/\\$FILE/InformeTem%C3%A1tico-ImprescriptibilidadFINAL.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/75C210AA-031030F1052581C600789CC2/$FILE/InformeTem%C3%A1tico-ImprescriptibilidadFINAL.pdf)

8 Véase el anexo N° 10 del presente artículo.

La opción de la imprescriptibilidad, tanto desde la perspectiva constitucional como la legal, se formularon las siguientes iniciativas legislativas por parte del congresista Modesto Figueroa Minaya 3008/2017-CR Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso 2485/2017-CR, Grupo Parlamentario Aprista 2305/2017-CR, Grupo Parlamentario Frente Amplio proyecto de ley 2070/2017-CR, el congresista Moisés Bartolomé y otros proyecto de ley 1602/2016-CR, Grupo Parlamentario Peruanos por el Cambio proyecto de ley N° 1396/2016-CR, el congresista Migue Román Valdivia 1164/2016-CR, Grupo Parlamentario Frente Amplio proyecto de ley 1069/2016-CR, Grupo Parlamentario Aprista proyecto de ley N° 1037/2016-CR, Grupo Parlamentario Fuerza Popular proyecto de ley N° 1022/2016-CR, el congresista Carlos Bruce proyecto de ley N° 4954/2015-CR, Grupo Parlamentario Alianza Parlamentaria proyecto de ley N° 1063/2011-CR⁹.

Sin embargo, el debate en la academia aún no se había iniciado, ahora la entrada en vigor de la ley N° 30838, en lo que a la imprescriptibilidad se refiere, el debate recién se va a iniciar. Todavía algunos discuten si el plazo de la prescripción estipulado por el Código Procesal Penal era de ¿interrupción y no de suspensión de la prescripción? o ¿suspensión y no interrupción?), por lo cual habría que considerar los efectos que hubiese generado la fórmula que más países regularon en sus legislaciones como fue la fórmula de la suspensión hasta que el menor alcanzara la mayoría de edad, es decir los 18 años.

2.4. Cuarto modelo

El cuarto modelo trata de aquellos países que regulan la prescripción como regla general para la mayoría de infracciones penales y excepcionalmente la imprescriptibilidad para un grupo de delitos considerados de mayor gravedad. Así se tienen las variantes reducidas y ampliadas.

La versión reducida se manifestó solo para casos de delitos de lesa humanidad (genocidio), teniendo como fuente el derecho internacional público (a través de diversos tratados y convenciones) y luego el derecho penal internacional (el tratado que reguló la aprobación de la CPI: Además de lesa humanidad, incluyó crímenes de agresión, genocidio y crímenes de guerra),

9 Véase el anexo N° 10 del presente artículo.

con su influencia en la adecuación de la legislación interna de algunos países firmantes.

La otra versión es la ampliada y en progreso, que comprende además de los delitos de lesa humanidad, asesinato, corrupción, agresiones y abusos sexuales contra menores, así como secuestro de menores, medio ambiente, terrorismo con resultado de muerte, entre otros¹⁰.

Indudablemente esta tendencia se ve justificada por distintas razones que sancionan las infracciones a la seguridad ciudadana, al orden interno de un país, al terrorismo interno e internacional, a las agresiones y abusos a menores de edad, a los atentados al medio ambiente, a las distintas infracciones reguladas en el Estatuto Penal de Roma, por citar los casos más relevantes, lo cual significa que la discusión sobre la imprescriptibilidad irá in crescendo.

3.- PRECEDENTES DE DERECHO COMPARADO

A lo largo de la historia de las legislaciones, la regulación de la imprescriptibilidad penal fue postulada en uno de los primeros códigos como fue el

10 Al respecto el vigente Código penal de Suiza estableció en su artículo 101:

“Art.101.- Imprescriptibilidad.

1. No existe ninguna limitación del derecho a enjuiciar a los delitos de:

- a. El genocidio (art. 264);
- b. Crímenes de lesa humanidad (art. 264a párrafo 1 y 2.);
- c. Crímenes de guerra (art. 264c párrafo 1-3, 264d del párrafo 1 y 2, 264e del párrafo 1 y 2, 264f, 264g del párrafo 1 y 2 y 264 h);
- d. Delitos graves que hayan causado o amenaza causar un peligro para la vida y la integridad física de un gran número de personas como un método de extorsión o coacción, en particular mediante el uso de medios de destrucción masiva, la causa de las catástrofes, o como parte de una toma de rehenes delito.

2. Si el derecho de perseguir el delito habría sido prescrito tenía los artículos 97 y 98 aplicadas, el Tribunal podrá a su discreción, imponer una pena más leve.

3. Los apartados 1 letras A, C y D y el apartado 2 se aplican si el derecho de enjuiciar o ejecutar la sentencia no habrían prescrito al 1º de enero de 1983, en conformidad con la legislación vigente hasta ese momento.

El apartado 1 letra b se aplica si al momento de la entrada en vigencia de la enmienda o modificación del 18 de junio de 2010 de la presente ley, la acción penal o la pena no había prescrito en virtud de la ley hasta en aquel entonces vigente”.

Código para el Gran Ducado de Toscana en su art. 95 que estipuló “contra las condenas no se dará prescripción”. De allí en adelante esta fórmula genérica se ha ido poco a poco expandiendo en los diversos códigos en la actualidad como más adelante se verá¹¹.

En adelante las fórmulas de la imprescriptibilidad recién se volvieron a discutir luego de la posguerra de la II Guerra Mundial, a propósito de los delitos atroces cometidos por los ejércitos alemán e italiano, así como otros conflictos posteriores.

Empero, en materia de imprescriptibilidad para delitos de agresión sexual contra niños, adolescentes y ahora demás víctimas de estos delitos y otros similares, se aprecian una serie de puntos desde la perspectiva comparada como a continuación se apreciará.

3.1. El caso de Chile¹²:

El viernes 05 de mayo del 2018 en Chile al asumir su nuevo mandato el presidente Sebastián Piñera firmó el proyecto que regula la imprescriptibilidad de los delitos de violación sexual de menores de edad en Chile señalando: “El jefe de Estado precisó que la iniciativa tiene como fin que los niños que

11 En el Perú se aprecia el antecedente más remoto de manera genérica y referido a las penas en el Proyecto de Vidaurre Ley 31 que señaló “Los crímenes no reiterados prescriben a los tres años: los atrocismos a los diez: la acción civil a los veinte: no hay prescripción, si hubo sumaria por acusación o delación”, y el Anteproyecto de Código Penal de 1927 art. 70, donde se señala que las penas de presidio e inhabilitación perpetua no prescriben en ningún tiempo (21).

12 En Suiza se propuso la reforma constitucional por parte de Marche Blanche, sin embargo fue rechazada por ambas cámaras así uno de los argumentos fue: “que los delitos más graves, como el homicidio o incluso el infanticidio, seguirían siendo prescriptibles, ya que la legislación actual solo haría tres excepciones: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y atentados terroristas”, (Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Boletín N° 8134 titulado “Imprescriptibilidad de acciones civiles y /o penales por delitos sexuales contra menores de edad en el derecho comparado, véase: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6hEifmaiWwJ:https://www.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/23428/2/imprescriptibilidad%2520de%2520abuso%2520sexual%25202016_eval.pdf+%cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe

han sido **abusados sexualmente** ejerzan su defensa para que «se puedan recuperar y hacer justicia»¹³.

Esta iniciativa se debió a la indignación de la sociedad chilena tras el hecho de la violación de una bebé de nombre Ámbar “una niña de un año y ocho meses que murió por una presunta violación y posterior golpiza”¹⁴.

Como se sabe para la legislación penal chilena que utiliza el modelo del plazo legal, los delitos prescriben luego de transcurrir el plazo de prescripción ordinaria.

Lo que se propone es establecer que el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos leves con penas menores de cinco años, cuyo plazo de prescripción era de cinco años se suba a veinte; y para los delitos con penas de cinco a más años cuyo plazo de prescripción es de diez años, ahora serían imprescriptibles, dentro de los cuales se encuentran los delitos de violación sexual contra menores de edad.

Al respecto hay que diferenciar los casos de prescripción de la acción penal y los plazos de la prescripción de la pena. Para ello, tenemos que acudir a los artículos 94 y 97 del CP de Chile.

En el caso de prescripción de la acción penal se establecen tres casos, los delitos leves con penas inferiores a cinco años, los delitos con penas de cin-

13 Véase: <https://www.telesurtv.net/news/chile-proyecto-ley-prescripcion-abusos-sexuales-menores-20180503-0037.html>

14 Véase: <https://www.telesurtv.net/news/chile-proyecto-ley-prescripcion-abusos-sexuales-menores-20180503-0037.html>

Así mismo también en Chile se han realizado algunos trabajos sobre la imprescriptibilidad así véase:

<https://abusosexualimprescriptible.cl/wp-content/uploads/2018/07/Derecho-al-Tiempo-Propuestas-de-Indicaciones-junio-2018.pdf>

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6hEifmaiwWoJ:https://www.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/23428/2/imprescriptibilidad%-2520de%2520abuso%2520sexual%25202016_eval.pdf+&cd=15&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe

En el Perú en el siglo pasado en la década de los noventa hubo un caso similar como lo fue el Caso Beto, ocurrido en el Puericultorio Pérez Aranibar.

co a más años y los crímenes con penas de quince a más años. Para el primer caso el plazo de prescripción vigente es de cinco años, para el segundo caso de diez años y para el tercer caso de quince años.

Sin embargo, en Chile ya han pasado tres meses y aún los congresistas chilenos siguen discutiendo la propuesta de la imprescriptibilidad pena para los delitos de violación sexual contra menores de edad donde como fundamentos se han postulado el desarrollo cerebral, cognitivo y epigenética del abuso infantil y adolescente¹⁵.

Por ahora, habrá que esperar si el Congreso de Chile decide aprobar esta iniciativa presentada por el poder ejecutivo.

4.- TÉCNICA LEGISLATIVA

La técnica legislativa hoy sigue siendo de relevancia, pues cuando mejor se ha aplicado esta se evitarán interpretaciones erróneas, de allí que se “ocupa de aspectos formales de las leyes (lenguaje, estructura, sistemática), sino también de que éstas cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, esto es, que la regulación sea materialmente adecuada” (García-Escudero Márquez, P. (2011), p. 73).

En este sentido la evaluación normativa “es la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de una ley o de una política pública, mediante un conjunto de técnicas que permitan un análisis sistemático” tanto ex post como ex ante será una necesidad apenas se vea si los jueces penales la aplican o no, y cómo la aplican, situación que por ahora no se puede responder, pero sí postular (García-Escudero Márquez, P. (2011), p. 73).

A continuación, se analizarán los alcances de la regla jurídica.

15 Al respecto es interesante lo señalado en el Derecho al tiempo. Fundamentos y Propuestas para la Imprescriptibilidad de la Acción Penal respecto a delitos de agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes, 12 de abril de 2018, p. 5 y ss., véase en el enlace: https://abusosexualimprescriptible.cl/wp-content/uploads/2018/04/Propuesta_ASI_Imprescriptible_-_Abril-2018_con-resumen_2.pdf

4.1. Por su ubicación

Uno de los puntos a analizar desde la perspectiva de la técnica legislativa es el hecho de haber regulado en el art. 88-A del Código Penal, dentro de los alcances de la prescripción de la pena, lo propio hubiese sido regularla en el art. 80 in fine, y de paso se aprovechaba la ocasión para regular la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública, y luego regularla en el art. 85 in fine expresamente¹⁶, pero aquí queda plasmado la falta de voluntad de los congresistas para legislar adecuadamente.

De allí que el legislador se apresuró en regular la imprescriptibilidad en un lugar inapropiado y carente de coherencia, pues se pierde toda conexión, tan igual como si se hubiese regulado en la parte final de los delitos contra la libertad sexual y otros tipos conexos contra la libertad. o si se hubiese colocado como último párrafo en cada delito declarado imprescriptible.

4.2. La comunicación de la imprescriptibilidad

Otro de los problemas del art. 88-A es el haber utilizada la formula lacónica que no inspira o comunica nada a los potenciales autores o víctimas de los delitos declarados imprescriptibles, no cumpliendo con su finalidad de prevención general, por lo cual mejor hubiese sido redactar un artículo que incluya expresamente el nomen iuris de cada artículo con su respectivo numeral, como a continuación se sugiere.

Los delitos comprendidos por el art. 88-A del Código Penal (ley N° 30838¹⁷, art. 2 ad initio) son la trata de la persona (art. 153), las formas agravadas de la trata de personas (art. 153-A), la explotación sexual (art. 153-B), la esclavitud y otras formas de explotación (art. 153-C), la violación sexual (art. 170), la violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171), la violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (art. 172), la violación sexual de menor de edad (art. 173), la violación de persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174), la violación sexual mediante engaño (art. 175), los tocamientos, actos de con-

16 Los argumentos en torno a la reforma constitucional están señalados en el artículo titulado “La prohibición de la prescripción o la imprescriptibilidad como reforma penal inconstitucional”, publicado en la Revista Vox Iuris N° 36 (2): 147-161, 2018: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/viewFile/1312/pdf12>

17 Publicado el 04 de agosto del 2018, vigente desde el día siguiente.

notación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (176), los tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (art. 176-A), las formas agravadas de los delitos regulados en los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 176-A. Además, se incluye a los delitos de favorecimiento a la prostitución (art. 179), el usuario-cliente (art. 179-A), el rufianismo (art. 180), el proxenetismo (art. 181), la explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo (art. 181-A), las formas agravadas de los delitos regulados en los artículos 179, 181 y 181-A, la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores (182-A), las exhibiciones y publicaciones obscenas (art. 183), la pornografía infantil (art. 183-A), y las proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales (art. 183-B).

Sin embargo, a estas reformas realizadas por el Congreso de la República a través de la ley N° 30838 en el mes de agosto, un mes después vía legislación delegada, el Poder Ejecutivo¹⁸ aprobó y publicó el decreto legislativo N° 1410, por el cual se introdujo *por primera vez* en la legislación peruana, los delitos de acoso (art. 151-A), difusión de imágenes, materiales, audiovisuales o audios con contenido sexual (art. 154-B), acoso sexual (art. 176-B) y el delito de chantaje sexual (art. 176-C), aunque estos delitos, al haber sido incorporados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 30838, hoy no son imprescriptibles.

Al parecer esto no es un error, sino más bien se traduce en el enfrentamiento entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, que como antece-

18 El Congreso de la República aprobó la ley N° 30823, por el cual cedió su atribución de legislar en los temas de protección y prevención de personas en situación de violencia y vulnerabilidad, así se establece en el punto N° 4), dispuso “Modificar la Ley 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública. Así como legislar en materia de prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad contempladas en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1098, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a fin de: (...).

b) Fortalecer el marco jurídico para la prevención y protección de violencia contra la mujer y grupo familiar, así como de víctimas de casos de acoso, acoso en espacios públicos, tentativa de feminicidio, feminicidio, violación sexual y violación sexual de menores de edad, así como para la sanción efectiva ante la comisión de dichos delitos. Crear el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar”.

dente ya se había mostrado con el tema de la rehabilitación penal (art. 69 del Código Penal), en donde el Poder Ejecutivo aprobó el decreto legislativo N° 1367¹⁹, mediante el cual reguló en su artículo 1, algunos supuestos de la rehabilitación penal (art. 69 del Código Penal) para delitos graves, empero días después el Congreso a través de la ley N° 30838²⁰, art. 1, por el cual se modificó la rehabilitación penal (art. 69 del Código Penal), restringiendo y derogando algunos supuestos referido a algunos delitos graves, por lo cual el Poder Ejecutivo tuvo que volver a aprobar un nuevo decreto legislativo N° 1453, mediante el cual integró lo regulado mediante el decreto legislativo N° 1367, con lo dispuesto por la ley N° 30838, pero de todas maneras creo una incertidumbre en los que casos ocurridos entre el 05 de agosto del 2018 y el decreto legislativo N° 1453²¹.

Ahora, esto vuelvo a suceder, pero el error se atribuye al Poder Ejecutivo, razón por la cual cuando el Congreso de la República tenga que realizar la evaluación de las facultades notará el error y tendrá que corregir a través de una nueva iniciativa legislativo en el que incluya los delitos de acoso (art. 151-A), difusión de imágenes, materiales, audiovisuales o audios con contenido sexual (art. 154-B), acoso sexual (art. 176-B) y el delito de chantaje sexual (art.176-C).

4.3. La redacción de los presupuestos y consecuencias

Los modelos de regulación tanto de la prescripción como de la imprescriptibilidad dependen de la redacción realizada por el legislador, de tal manera que la utilización de fórmulas directas o expresas, así como de fórmulas indirectas o tácitas se tienen que realizar con sumo cuidado y se deben apreciar antes de aprobarse a fin de evitar efectos o consecuencias no queridos y mensajes contrarios a la prevención general.

19 Publicado el 29 de julio del 2018, bajo los alcances de la delegación de facultades de la ley N° 30823, que en su artículo 1, que modificó el art. 69 del Código Penal de 1991 donde se utiliza una fórmula de enumeración taxativa de todos los delitos que en adelante ya no serán de rehabilitación automática, incluyéndose lavada de activos, terrorismo, entre otros.

20 Aquí mediante la ley N° 30838 aprobada por el Congreso de la República en su art. 1 modificó el art. 69 en los siguientes términos: excluyendo los delitos de lavado de activos y terrorismo.

21 Este decreto legislativo N° 1453 se publicó el 16 de setiembre del 2018, el cual fijo en su art. 1 el contenido vigente del art. 69 de la rehabilitación automática, con los alcances ante descritos.

4.3.1. Formulas directas

Se denominan directas en el sentido de la técnica legislativa, pues cada vez que el legislador quiera realizar modificaciones a una institución jurídica, se tendrá que modificar el texto materia de la reforma (sea agregando, suprimiendo, separando, diferenciando supuestos).

En otros casos incluso se dan las abrogaciones o derogaciones, es decir, la totalidad o una parte del texto legal.

A veces también se dan a través de la inclusión o supresión de signos de puntuación, que como se sabe el sentido de los términos jurídicos, frases, oraciones o signos lingüísticos (*significante*), pueden variar debido a una supresión, inclusión o variación de los mismos.

Es necesario aclarar que el método gramatical o literal siempre será el punto de partida de cualquier propuesta de interpretación jurídico penal.

4.3.2. Formulas indirectas o tácitas

Se denominan indirectos o tácitos cuando no se mencionan precisiones gramaticales a través de los *significantes* jurídico-penales, dentro de un texto, en el cual donde la perspectiva del método gramatical o literal.

Por ejemplo, si dada una regla jurídica N1 que regula la modificación de las penas al incrementar sus montos. Sin embargo, si se concuerda con otra regla jurídica N2, en este caso la regla de la prescripción ordinaria, entonces sin ser modificada por el legislador sus supuestos se alterarían utilizándose el método sistemático de interpretación al concordarse N1 y N1, pues dicha concordancia producirá nuevas consecuencias jurídicas.

Es en el caso de todas aquellas iniciativas legislativas que, al modificar los supuestos típicos de un delito, así como los montos de la pena privativa de libertad y demás consecuencias jurídicas (N1), entonces necesariamente se modifican los plazos de prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena, sea ampliándolos o reduciéndolos, aunque los artículos que regulan la prescripción no se hayan modificado de ninguna manera (en nuestro ejemplo N2).

Es por esa razón que todas las iniciativas legislativas en materia de agresiones sexuales y otros tipos penales que proponían el incremento de la pena, también significaba el incremento de los plazos de prescripción de la acción penal y de la ejecución penal.

5.- ANÁLISIS DEL ART. 88-A: LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

5.1. Los “fundamentos” desde la perspectiva penal

Lo más relevante de la reforma es que no está inspirada en la gravedad de los delitos o en la lesión de los bienes jurídicos desde una perspectiva material, sino más bien puramente formal.

Aunque, es curioso que en los fundamentos del dictamen sustitutorio²² desde la perspectiva constitucional se invocan los principios de igualdad y desigualdad, la integridad moral, la invocación de la disposición final de la Constitución de 1993, el bien jurídico y la relevancia constitucional, el test de proporcionalidad, el control de la proporcionalidad de penas, y la prohibición de la protección insuficiente.

Por lo cual, si la idea era la protección de los menores de edad y adolescentes, hoy el Estado asumió una política penal de declarar imprescriptible todo tipo de delitos de agresión sexual, sea quien sea la víctima, así como sus afines teniendo un total de 32 artículos de la parte especial del Código Penal de 1991.

El caso de los menores de edad se justifica en atención al contenido del bien jurídico como lo señaló en su fundamento N° 7 del Acuerdo Plenario N° 4/2008 siguiendo a la doctrina italiana que suele distinguir entre el bien jurídico indemnidad e intangibilidad sexual:

“7. (...) es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores

22 Dictamen sustitutorio de fecha 26 de junio 2018.

e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual²³.

Es aquí donde se expresa una notable preocupación de las consecuencias futuras de la imprescriptibilidad penal de los delitos de agresión sexual, abuso sexual y delitos afines, pues ahora cualquier delito puede ser regulado como imprescriptible en el sistema penal peruano, ya que al estar desligado totalmente de la importancia del principio de lesión o puesta en peligro del bien jurídico y del principio de proporcionalidad, mañana más tarde cualquier delito se puede declarar imprescriptible, pues no se contará con criterios materiales para fundamentarlas, teniendo medidas populistas o de grupos de interés que no necesariamente signifique el interés general.

Así al comparar los criterios utilizados en la reforma penal constitucional a través de la inclusión de la imprescriptibilidad para los delitos de mayor gravedad contra la administración pública (art. 41 in fine de la Constitución), donde se consideraron dos criterios de distinción, primero el de aplicarla solo para los delitos de mayor gravedad, y el segundo que se afecte el patrimonio del Estado. Ello, como se ha evidenciado, no se aprecia en la imprescriptibilidad de los delitos de agresión sexual, abuso sexual y conexos, en donde dichos criterios no son los relevantes y solo se mencionan criterios de relevancia constitucional, pero desde una perspectiva puramente formal.

Otro aspecto que abona la justificación son los criterios de derecho penal internacional y *ius cogens*, al validar la imprescriptibilidad de determinados delitos regulados en el Estatuto Penal de Roma que ahora forman parte de nuestro derecho penal interno.

23 Véase: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2011/08/06/acuerdo-plenario-n-4-2008-cj-116/> En este sentido señala Salinas que “libre autodeterminación sexual, en el sistema alemán; interés que es la misma libertad de conducirse con autonomía, sin coacciones ni fraudes en la satisfacción de las apetencias sexuales” (Salinas Siccha, R. (2016). Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Doctrina y jurisprudencia. Ed. Tercera, Lima, Perú: Instituto Pacífico, p. 79).

En síntesis, en el sistema penal peruano se tienen tres grupos de delitos que regulan la imprescriptibilidad, el primero los delitos regulados en el Estatuto Penal de Roma, el segundo, algunos delitos contra la administración pública, y el tercero, la reciente reforma penal que incluye a los delitos de agresión sexual y otros conexos.

5.2. Los fundamentos de la Comisión de Justicia

La Comisión establece precisando los siguientes fundamentos:

- 1º) Se invocan los “Proyectos de Ley 1037/2016-CR, 1164/2016-CR, 1396/2016-CR y 1602/2016-CR se propone la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales mediante la modificación del artículo 80 del Código Penal”.
- 2º) Se cita un fundamento de la resolución del TC que precisa la excepcionalidad de la supresión de la prescripción penal:

“La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, **es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi***, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma²⁴”

En esa misma línea de ideas, el referido tribunal también ha expresado:

“(…) **La prescripción sólo debe ser sacrificada en situaciones excepcionales**, por cuanto resulta inadmisibles que la persecución de cualquier delito pueda ser efectuada sin límite alguno, haciendo a un lado el derecho a que el proceso penal sea tramitado dentro de un plazo razonable²⁵”.

- 3º) Otro de los supuestos es el de las graves dificultades para la persecución, por “la omisión de denuncia por parte de las víctimas por razones diversas que van desde el temor, la vergüenza, hasta las amenazas de muerte directas a la víctima o sobre su familia”.

24 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1805-2005-PHC/TC. Caso Máximo Humberto Cáseda Pedemonte, Sentencia de 29 de abril de 2005. Fundamento jurídico 2.

25 Voto singular del magistrado Álvarez Miranda. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 00218-2009-PHC/TC. Caso Roberto Contreras. Sentencia de 11 de noviembre de 2010. Fundamento jurídico 14.

- 4°) Otro argumento es el hecho de solo mencionar los delitos materia de la imprescriptibilidad “la Comisión aprueba que se declaren imprescriptibles tanto la pena como la acción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales previstos en los capítulos IX, X, XI, del Título IV del Libro Segundo del Código Penal y de los delitos de explotación previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C del citado código”. La crítica es que por ninguna parte se justifica el hecho de haberse extendido a muchos delitos que no se han fundamentado para ser declarados imprescriptibles, aun cuando las penas no eran graves.
- 5°) Se concluye tratando de justificar su ubicación desconociendo que el plazo de prescripción de la pena es el mismo que el de la acción penal, por lo cual la imprescriptibilidad debió ir en el art. 80 in fine para la acción penal y art. 86 in fine de la ejecución de la pena. Así se señala:

“Finalmente, las propuestas coinciden en modificar el artículo 80 del Código Penal para incorporar la imprescriptibilidad de los referidos delitos. No obstante, la Comisión evidencia que el artículo 80 del citado código se refiere a la prescripción de la acción penal, por lo que regular la imprescriptibilidad en un dispositivo legal que prevé una disposición contraria por técnica legislativa, no es apropiada. Por ello, la Comisión propone incorporar el artículo 88-A al Código Penal con la sumilla siguiente: Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal”²⁶.

5.3. Reflexión final

Como reflexión final, cabe analizar los alcances en torno a la imprescriptibilidad de la reciente reforma penal a través de la ley N° 30838, pues el hecho de establecer que en el catálogo de los delitos hoy considerados imprescriptibles se tienen 32 delitos, sin considerar sus modalidades ni agravantes, sin embargo, al evaluar cada uno de estos delitos, nos encontramos con supuestos de gravedad menores al homicidio, al lavado de activos, al terrorismo, al tráfico ilícito de drogas, entre otros delitos de mayor gravedad.

26 Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaídos en los proyectos de ley 460/2016-CR, 1037/2016-CR, 1069/2016-CR, 1164/2016-CR, 1396/2016-CR, 1602/2016-CR, 1989/2017-CR, 2013/2017-CR, 2070/2017-CR, 2119/2017-CR, 2165/2017-CR, 2174/2017-CR, 2258/2017-CR, 2305/2017-CR, 2316/2017-CR, 2402/2017-CR, 2415/2017-CR, 2416/2017-CR, 2460/2017-CR, 2485/2017-CR y 2536/2017-CR, recepcionado en el área de trámite documentario con fecha 19 de abril de 2018.

De allí que cabe preguntarse: ¿si el homicidio cometido contra un menor de edad (niño o niña/ adolescente) en el contexto, por ejemplo, de un homicidio o feminicidio, desde la perspectiva de la prescripción, genera la irracional idea que la muerte de un menor realizado por un sujeto constituye un supuesto de prescriptible, frente a cualquier forma de agresión sexual, abuso sexual y/o delitos conexos, que ahora son considerados imprescriptible, empero, si el autor del delito dejara vivo al menor (niño o niña/ adolescente) que lo podría identificar, el autor optaría por matarlo, ya que los delitos de homicidio, feminicidio o sicariato son prescriptibles?

Finalmente, como ya se justificó arriba, los nuevos delitos de acoso (art. 151-A), difusión de imágenes, materiales, audiovisuales o audios con contenido sexual (art. 154-B), acoso sexual (art. 176-B) y el delito de chantaje sexual (art.176-C), constituye una excepción, pues son presupuestos prescriptibles.

6.- LA PROBLEMÁTICA DEL ART. 5 DE LA LEY N° 30096, DELITO DE CIBER ACOSO INFANTIL O CHILD GROOMING²⁷ LUEGO DE SU MODIFICACIÓN MEDIANTE LA LEY N° 30838.

Una observación que hacemos a la reciente reforma desde la perspectiva de la imprescriptibilidad es que el legislador obvió incluir en los presupuestos del artículo 88-A a lo dispuesto por el artículo 4 de la ley 30838 que señaló:

27 Franco Gonzáles señala que “el child grooming se define como un comportamiento sexual ilícito que comprende una cadena ordenada de conductas, cuyo primer eslabón comienza cuando el agente- cualquier persona mayor de edad- siempre mediante el uso la TIC, procede a contactar con una menor de edad- a veces haciéndose pasar por otro menor-; luego cuidadosamente va desarrollando lazos emocionales con él va registrando datos personales de este, utilizando esa información lo va seduciendo y/o provocando; para finalmente llegar al último eslabón de la cadena, en el que se manifiesta el verdadero propósito que lo ha motivado: el solicitar u obtener del menor material pornográfico, o proponerle llevar a cabo actividades de connotación sexual con él” (Franco Gonzáles, C.A. (2015). “El delito de child grooming en la ley de delitos informáticos”. Revista Actualidad Penal vol. 18, Lima, Perú; Instituto Pacífico, p. 256).

CUADRO COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 183-B DEL CÓDIGO PENAL DE 1991 Y EL ART. 5 DE LA LEY N° 30096	
<p>“Artículo 183-B.- Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales El que contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36.</p> <p>Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36”.</p>	<p>«Artículo 4. Modificación de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos Modifícase el artículo 5 de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, en los términos siguientes: “Artículo 5.- Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal. Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal”».</p>

A partir de este texto se pueden formular las siguientes observaciones:

1°. Ambos tipos penales regulados en el artículo 183-B del código penal y en el artículo 5 de la ley penal especial N° 30838 tienen muchos elementos típicos en común, salvo algunos componentes del aspecto objetivo del art. 5 de la ley N° 30096²⁸, como lo son: el medio empleado y el monto de la pena privativa de la libertad, que en el caso del art. 183-B del CP es no menor de seis ni mayor de nueve años.

28 Al respecto es necesario remitir a Reyna Alfaro en torno a los alcances de lo que significa el delito informático y los distintos postulados (Reyna Alfaro, L. (2002). Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal. Lima, Perú: Jurista editores, p. 130 y ss.).

- 2°. De la diferencia del medio empleado, en el tipo penal del art. 5 de la ley N° 30096 generalmente el sujeto activo suele utilizar el internet (email por ejemplo) o cualquier otro medio análogo (redes sociales en general, whatsapp, bluetooth, NFC, entre otros)²⁹, pues este medio permite estar virtualmente cerca, aunque sin estarlo físicamente, que es lo que generalmente el sujeto activo desea para actuar en sigilo o pasar inadvertido. Sin embargo, la pena privativa de libertad para esta modalidad resulta ser no menor de cuatro ni mayor de seis años.
- 3°. En cambio, tratándose del artículo 183-B del Código Penal al establecerse la utilización de cualquier medio empleado, menos lo establecidos en el otro tipo penal regulado en el artículo 5 de la ley 30096, como lo puede ser una carta física o mensajes en físico u otro análogo, que de por sí requieren de intermediarios o mensajeros, donde de por sí ya se pone en evidencia el sujeto activo, a través de la intervención de terceros o del mismo sujeto activo al acercarse a la víctima.
- 4°. Todo indica que el legislador descuidó estos tipos penales al regular prácticamente lo mismo, pero con un tratamiento típico y sancionatorio contradictorio, pues a la modalidad más relevante hoy en día, le dio un tratamiento penal más benigno, mientras que a la modalidad menos utilizada le dio un tratamiento más relevante.
- 5°. Finalmente, lo más observable de esta reforma realizada mediante la ley N° 30838 es el caso de regular en su artículo 2 la imprescriptibilidad del delito

29 Al respecto es interesante lo señalado por el profesor Jiménez Herrera al señalar que “La intención del legislador es proteger, nuevamente, estos bienes jurídicos convencionales, pero, en este caso cuando el agente haya utilizado como medio para la comisión del delito, algún medio tecnológico, tales como el ordenador. En consecuencia, el legislador nacional ha tipificado idéntica conducta ilícita en dos tipos penales distintos- la primera en el Código penal y la segunda en una ley especial-, el criterio para dividir una conducta de las otras es el mecanismo o medio utilizado por el agente para cometer el ilícito. En efecto, si este- el agente- utiliza los medios convencionales como la carta, telegrama, una conversación directa o indirecta, se le aplicará el Código penal. Sin embargo, si para la realización de su comisión, hace uso del Messenger, correo electrónico, Facebook, twitter, web, etc., se le aplicará una ley especial: la LDI (Ley de los Delitos Informáticos)” (Jiménez Herrera, J.C. (2017). Manual de Derecho Penal Informático, Lima, Perú, Editorial Jurista E.I.R.L., p. 423).

de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales (artículo 183-B del código penal).

Empero, el legislador “olvidó” o dejó de lado, el incluir al delito regulado en el artículo 4 de la ley N° 30838, que dispuso la modificación del artículo 5 (sumillado como proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos) de la ley especial de los delitos informáticos N° 30096, dentro de los alcances de la imprescriptibilidad.

La consecuencia de este olvido, omisión o error, que es urgente corregir, es que para efectos de la prescripción el imputado invocará los alcances del artículo 5 de la ley N° 30096, que no solo le tiene menos pena privativa de la libertad, sino que es prescriptible, pues su monto de prescripción ordinaria, tanto de la acción penal como de la ejecución de la pena, es de 8 años, y para el caso de la prescripción extraordinaria es de 12 años. La corrección de este olvido, omisión o error se tendrá que dar incorporando este supuesto en los alcances del artículo 88-A del Código Penal.

Al no hacerse la corrección prácticamente los alcances del artículo 183-B del Código Penal será de un tipo penal imprescriptible, pero inaplicable.

7.- CONCURSO DE DELITOS E IMPRESCRIPTIBILIDAD

Otro aspecto, a preguntarse es: ¿si la imprescriptibilidad de los delitos de agresión sexual y conexos (excluyendo el art. 173 del Código Penal) que concurren o concursan con otros delitos de mayor gravedad punitiva, neutralizan el concurso?.

Como se aprecia en el art. 80 del Código Penal de 1991, se establecieron las reglas para los concursos y la prescripción, sin embargo, aun cuando las reglas del concurso real e ideal se modificaron sus consecuencias, en el caso de la prescripción ello no aconteció, de allí que, si hay concurso real o ideal, se aplica la consecuencia jurídica del art. 80 párrafo segundo (concurso real) o párrafo tercero (concurso ideal), dependiendo del caso concreto.

En el caso del concurso real no habrá problemas, pues cada delito prescribe individualmente. Empero, en el concurso ideal sí, pues la consecuencia jurídica es: “las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave”. Pero, la pena más grave no es la del delito de agresión sexual y conexos, si excluimos al 173 del Código Penal, así por ejemplo cuando nos referimos a los delitos de tocamientos, favorecimiento de la prostitución, proxenetismo, rufianismo, pornografía infantil entre otros, con el homicidio, el feminicidio, el sicariato, entre otros.

De todo esto se desprende que la regla del concurso al interpretarse la regla del art. 88-A de la imprescriptibilidad o como prohibición de la prescripción, hacen inviable la posibilidad del concurso ideal, pues si bien el delito de homicidio es más grave que el rufianismo, empero el rufianismo es imprescriptible por ende la regla de delito más grave no opera, al tener ahora un modelo de imprescriptibilidad que no se basa en el delito más grave, sino en una consideración puramente de política penal, creo que lo viable es que se siga discutiendo el tema.

De allí que el menor homenaje para proteger a nuestros menores de edad, niños y adolescentes, requiere de hacer algo trascendente y relevante en atención al próximo bicentenario de fundación de la República, lo lógico es que se formule una política de estado en todos los flancos, no solo en Código Penal de , el Código del Niño, en el Código de los Adolescentes, o en la Constitución como han realizado otros países (Ecuador y Bolivia), sino en el plano educativo, deportivo cultural, salud física y mental, con la correspondiente planificación, solo de esta manera los penalistas no nos dedicaremos a realizar interpretaciones en salvaguarda de intentos, experimentos o parcialidades populistas y no a reformas trascendentales que viabilicen un futuro viable para nuestro país.

CONCLUSIONES

- 1º) La reciente incorporación al Código Penal de 1991 de la imprescriptibilidad de la acción o persecución penal, así como de la ejecución de la pena para los delitos de agresión sexual, abuso sexual y otros delitos conexos, ha tenido como fundamento la reiterada agresión y abuso a víctimas vulnerables como niños y niñas principalmente y al derecho comparado, dejándose de lado las otras opciones como lo fueron, en primer lugar la ampliación del plazo de prescripción a través del incremento de la pena privativa de la libertad conminada (la tradición peruana) y en segundo lugar la suspensión del plazo de prescripción hasta que la víctima alcance la mayoría de edad (la mayoría de países sudamericanos y caribeños, así como España).
- 2º) La imprescriptibilidad de los delitos de agresión sexual, abuso sexual y delitos conexos está condicionado por la selección de un grupo de delitos regulados en el art. 88-A del Código Penal, al margen de la calidad de las víctimas, pues ahora ya no importará si la víctima es un niño o una niña, un adolescente, un adulto o adulto mayor, etc., ya que la figura de la imprescriptibilidad se ha construido sobre la base del delito, siguiendo el modelo español y abandonando la tradición peruana más bien dependiente de los tipos de pena, cualquiera sea su modalidad comisiva de resultado material o de peligro, delitos de mera actividad, de actos preparatorios punibles, entre otros, y que ya se había manifestado en la reforma constitucional de la imprescriptibilidad para los delitos de corrupción en el Perú.
- 3º) La regulación de la imprescriptibilidad para las infracciones penales de agresiones sexuales, abusos sexuales y delitos conexos ha utilizado el argumento de las víctimas vulnerables menores de edad (niño o niña/ adolescente), empero su aplicación es para todo tipo de víctimas, aspecto que no se fundamentó en ninguno de los proyectos de ley ni en la exposición de motivos de la ley N° 30838, art. 2, que incorporó el art. 88-A al Código Penal al regular legislativamente la imprescriptibilidad penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Alarcón Hermosa, E.** Informe Temático N° 13/2017-2018, en el enlace: Véase:[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/75C210AA031030F1052581C600789CC2/\\$FILE/InformeTem%C3%A1tico-ImprescriptibilidadFINAL.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/75C210AA031030F1052581C600789CC2/$FILE/InformeTem%C3%A1tico-ImprescriptibilidadFINAL.pdf)
Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Boletín N° 8134 titulado “Imprescriptibilidad de acciones civiles y/o penales por delitos sexuales contra menores de edad en el derecho comparado, véase:
https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6hEi-fmaiwWoJ:https://www.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/23428/2/imprescriptibilidad%2520de%2520abuso%2520sexual%25202016_eval.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe
- **Cornejo, G. y Jiménez, P. (1927).** Código penal. Primer anteproyecto de la comisión parlamentaria nombrada conforme a la ley N° 5168, Lima, Perú: Imprenta Minerva.
- **Cerrada Moreno, Manuel (2018).** *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica.* Barcelona, España: Bosch Editor, p. 461- 462.

Derecho al tiempo. Fundamentos y Propuestas para la Imprescriptibilidad de la Acción Penal respecto a delitos de agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes, 12 de abril de 2018, p. 5 y ss., véase en el enlace:

https://abusosexualimprescriptible.cl/wp-content/uploads/2018/04/Propuesta_ASI_Imprescriptible_-_Abril-2018_con-resumen_2.pdf

Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaídos en los proyectos de ley 460/2016-CR, 1037/2016-CR, 1069/2016-CR, 1164/2016-CR, 1396/2016-CR, 1602/2016-CR, 1989/2017-CR, 2013/2017-CR, 2070/2017-CR, 2119/2017-CR, 2165/2017-CR, 2174/2017-CR, 2258/2017-CR, 2305/2017-CR, 2316/2017-CR,

2402/2017-CR, 2415/2017-CR, 2416/2017-CR, 2460/2017-CR, 2485/2017-CR y 2536/2017-CR, recepcionado en el área de trámite documentario con fecha 19 de abril de 2018, Congreso de la República del 17 de junio del 2018.

- **Fernández Calvo, L. (2018).** “El silencioso abuso a la niñez”. Publicado en el diario El Comercio, lunes 13 de agosto del 2018, sección el país, informe especial p. 10 y 11. Lima: Perú.
- **Franco Gonzáles, C.A. (2015).** “El delito de child grooming en la ley de delitos informáticos”. Revista Actualidad Penal vol. 18, Lima, Perú; Instituto Pacífico.
- **Galindo, A. y Ujaldón, E. (Dir.) (2018).** ¿Quién dijo populismo? Rivera García, A. Esperando a Laclau: Ecos contemporáneos del populismo sudamericanos de entreguerras. Madrid, España: Biblioteca Nueva con el sello de Minerva, pp. 55-72.
- **García-Escudero Márquez, P. (octubre, 2011).** Manual de técnica legislativa. España: Aranzadi.
- **Jiménez Herrera, J.C. (2017).** Manual de Derecho Penal Informático, Lima, Perú: Editorial Jurista E.I.R.L.
- **Reyna Alfaro, L.M. (2002).** Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal. Lima, Perú: Jurista Editores.
- **Rios, M. (2018).** “En dos años saldrán en libertad 717 presos por agresión sexual”. Publicado en el diario La República, lunes 13 de agosto del 2018, sección sociedad, p. 18, Lima: Perú.
- **Roy Freyre, L. E. (2018).** Causas de extinción de la acción penal y de la pena. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- **Sáenz Torres, Alexei Dante (2018).** La prohibición de la prescripción o la imprescriptibilidad como reforma penal inconstitucional. Revista Vox Iuris N° 36 (2): 147-161, en el enlace:

Véase:<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view-File/1312/pdf12>

- **Sáenz Torres, Alexei Dante (2012).** La prescripción penal en el Perú (a veinte años de vigencia del Código Penal de 1991), en el enlace:
Véase:http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/7980/Saenz_ta.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- **Salinas Siccha, R. (2016).** Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Doctrina y jurisprudencia (3ª ed.). Perú: Instituto Pacífico.
STC: Expediente No. 00218-2009-PHC/TC. Caso Roberto Contreras. Sentencia de 11 de noviembre de 2010.

STC: Expediente No. 00218-2009-PHC/TC. Caso Roberto Contreras. Sentencia de 11 de noviembre de 2010. Fundamento jurídico 14, voto singular del magistrado Álvarez Miranda. Tribunal Constitucional del Perú.

- **Vidaurre, M.L. (1928).** Proyecto de un código penal. Impresa en Boston por Hiram Tupper.

Otros enlaces:

- <https://abusosexualimprescriptible.cl/wp-content/uploads/2018/07/Derecho-al-Tiempo-Propuestas-de-Indicaciones-junio-2018.pdf>
- https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6hEifmaiwWoJ:https://www.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/23428/2/imprescriptibilidad%2520de%2520abuso%2520sexual%25202016_eval.pdf+%&cd=15&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe

ANEXO

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS

N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
1	1063/2011-CR	03/05/2012	<p>Marco Tulio Falconi Picardo</p> <p>Grupo Parlamentario Alianza Parlamentaria</p>	<p>LEY QUE MODIFICA EL ART. 80° DEL CÓDIGO PENAL Y “DECLARA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD”</p>	<p>ARTÍCULO PRIMERO</p> <p>Modifíquese el artículo 80° del Código Penal, debiendo quedar redactado de la forma siguiente:</p> <p>Artículo 80.- Prescripción de la acción penal-Plazos</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad</p> <p>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.</p> <p>En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.</p> <p>La acción penal es imprescriptible tratándose de delitos contra la libertad, en su modalidad de delitos de violación de la libertad sexual de menor de edad regulado en el artículo 173° y violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave regulado en el artículo 173-A, del presente Código”.</p> <p>ARTÍCULO SEGUNDO.-</p> <p>La presente ley tiene vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.</p>
2	4954/2015-CR	05/11/2015	<p>Carlos Bruce Montes de Oca</p>	<p>PROYECTO DE LEY QUE DECLARA IMPRESCRIPTIBLES LOS DELITOS POR ABUSOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD</p>	<p>FÓRMULA LEGAL</p> <p>“Artículo Único.- Modificación del Artículo 80° del Código Penal</p> <p>Modifíquese el artículo 80° del Código Penal, agregándose al final del mismo el texto siguiente:</p> <p>“Artículo 80°.- Plazos de la prescripción de la acción penal</p> <p>(...).</p> <p>En el caso de los delitos incurridos contra la libertad sexual de menores de 14 años, la acción penal será imprescriptible”.</p>

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS

N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
3	1022/2016-CR	07/03/2017	Liliana Milagros Takayama Jiménez, Alejandra Aramayo Goana, Milagros Salazar de la Torre. Grupo Parlamentario Fuerza Popular	LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO PENAL PARA SANCIONAR LA VIOLACIÓN SEXUAL SISTEMÁTICA DE MENORES COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y ESTABLECER SU IMPRESCRIPTIBILIDAD	<p>“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal”</p> <p>(...)</p> <p><i>Cuando la violación sexual de menores de edad es cometida como un crimen de lesa humanidad aprovechando una relación de autoridad, la acción penal es imprescriptible. En ese supuesto también está prohibido el otorgamiento de amnistía, de indulto y beneficios penitenciarios dirigidos a acortar la pena privativa de libertad.”</i></p> <p>“Artículo 170-A. Violación sexual de menores como crimen de lesa humanidad.</p> <p><i>El que mediante amenaza o violencia, física o psicológica, o aprovechando un entorno de coacción o una relación de autoridad o influencia en menores de edad, o de cualquier otra forma similar, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de cualquier objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de treinta años”.</i></p>
4	1037/2016-CR	08/03/2017	Luciana Milagros León Romero Célula Parlamentaria Aprista	LEY QUE DECLARA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL E INCREMENTA SUS PENAS	<p>“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal”</p> <p><i>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.</i></p> <p><i>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</i></p> <p><i>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo máximo correspondiente al delito más grave.</i></p> <p><i>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</i></p> <p><i>En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.</i></p> <p>La acción penal es imprescriptible tratándose de los delitos de violación de la libertad sexual regulados en los artículos 170, 171, 172, 173-A, 173-B, 174 y 176, así como las formas agravadas a que se refiere el artículo 177 del presente Código”.</p>
5	1046/2016-CR	09/03/2017	Maritza Matilde García Jiménez Grupo Parlamentario “Fuerza Popular”.	Proyecto de ley que modifica el artículo 377° del Código Penal y sanciona al funcionario que por omisión o retardo favorece la prescripción de actos funcionales en agravio del Estado.	<p>“Artículo 377. Omisión, Rehusamiento o demora de actos funcionales.</p> <p>El funcionario o servidor público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.</p> <p>Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actas funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales, o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”</p> <p>Si la omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales inherente a su labor o función, causa la prescripción del proceso, será reprimido con pena de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con la inhabilitación prevista en el artículo 36.1 del Código Penal”.</p>

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS

N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
6	1069/2016-CR	14/03/2017	Indira Isabel Huilca Flores Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad	IMPREScriptIBILIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL EN VÍCTIMAS MENORES DE 18 AÑOS	<p>“Artículo 1. Modificación del artículo 80 del Código Penal</p> <p>Modifíquese el artículo 80° del Código Penal, en los siguientes términos:</p> <p>Artículo 80° del Código Penal.- Plazos de prescripción</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.</p> <p>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.</p> <p>Tratándose de los delitos comprendidos en los capítulos IX y X del Título IV, Libro Segundo del Código Penal, cometidos en agravio de personas menores de 18 años, la acción penal es imprescriptible”.</p>
7	1164/2016-CR	05/04/2017	Miguel Román Valdivia	LEY QUE DECLARA LA IMPREScriptIBILIDAD DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL	<p>“Artículo 80.-Plazos de prescripción de la acción penal</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.</p> <p>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados, con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.</p> <p>En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.</p> <p><i>Es imprescriptible la acción penal de los delitos de homicidio regulados en los artículos 106 al 113 del presente Código; así como los delitos de violación de la libertad sexual contemplados en los artículos 170 al 178 del mismo cuando legal”.</i></p>

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS					
N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
8	1396/2016-CR	16/05/2017	Alejandra Aramayo Goana, Úrsula Letona Pereyra, Milagros Salazar de la Torre, Liliana Milagros Takayama Jiménez Grupo Parlamentario Fuerza Popular.	PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA AL CÓDIGO PENAL EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL SISTEMÁTICA DE MENORES DE EDAD COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y ESTABLECE SU IMPRESCRIPTIBILIDAD	<p>“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal</p> <p>(...)</p> <p><i>En casos del delito de violación sexual sistemática de menores de edad por constituir un crimen de lesa humanidad, la acción penal es imprescriptible.</i></p>
9	1602/2016-CR	28/06/2017	Moisés Bartolomé Guía Pianto y otros	PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA MUERTE CIVIL DE LOS VIOLADORES	<p>“(…).</p> <p>Artículo 2.- Modificación del artículo 80° del Código Penal, sobre la imprescriptibilidad de los delitos de violación a la libertad sexual</p> <p>Modifíquese el artículo 80° del Código Penal en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.</p> <p>En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.</p> <p><i>En los casos de delitos de violación de la libertad sexual incluidos en el CAPÍTULO IX, la acción penal es imprescriptible”</i>”.</p>

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS

N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
10	1989/2017-CR	10/10/2017	Alberto de Belaunde <i>Grupo Parlamentario Peruanos Por el Cambio</i>	Ley que modifica el artículo 82 del Código Penal y establece un nuevo inicio para el cómputo de la prescripción de la acción penal en los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de niñas, niños y adolescentes	<p><i>“Artículo 82.- Inicio de prescripción de la acción penal</i></p> <p><i>Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:</i></p> <p><i>1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.</i></p> <p><i>2. En el delito instantáneo a partir del día en que se consumó, a excepción de los delitos previstos en los artículos 170 inciso 6, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 179 inciso 1, 179-A, 180 segundo y tercer párrafo, 181 y 181-A siempre que la víctima haya sido menor de edad, en cuyo caso el plazo de prescripción iniciará luego de que esta cumpla la mayoría de edad y cuando el Ministerio Público inicie sus actuaciones y.</i></p> <p><i>3. En el delito continuado desde el día en que terminó la actividad delictuosa, a excepción de los delitos previstos en los artículos 170 inciso 6, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 179 inciso 1, 179-A, 180 segundo y tercer párrafo, 181 y 181-A siempre que la víctima haya sido menor de edad, en cuyo caso el plazo de prescripción iniciará luego de que esta cumpla la mayoría de edad y cuando el Ministerio Público inicie sus actuaciones; y</i></p> <p><i>4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia”.</i></p>
11	2013/2017-CR	17/10/2017	Cecilia Chacón De Vettori <i>Grupo Parlamentario Fuerza Popular</i>	LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 82° DEL CÓDIGO PENAL	<p>“Artículo 82.- Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:</p> <p>1. En la Tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;</p> <p>2. El delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;</p> <p>En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y</p> <p>3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y</p> <p>4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.</p> <p>5. En el delito violación sexual de menor de edad, a partir del día en que cumple la mayoría de edad”.</p>

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS					
N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
12	2070/2017-CR	02/11/2017	Tania Edith Pariona Tarqui, Indira Isabel Huilca Flores y Alberto Quintanilla Chacón Grupo Parlamentario Nuevo Perú	PROYECTO DE LEY PARA FORTALECER LA SANCIÓN PENAL FRENTE A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL	<p>“Artículo 2.- Modificación de los artículos del Código Penal: Modifiquense los artículos 80, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 178 y 178-A del Código Penal en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.</p> <p>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.</p> <p>La acción penal es imprescriptible tratándose de los delitos regulados en los artículos 153, 153-A, 153-B y en los capítulos IX, X y XI del Título IV, Libro segundo del Código Penal””.</p>
13	2115/2017-CR	09/11/2017	César Henry Vásquez Sánchez Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso-APP	LEY QUE AUMENTA LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD E INCORPORA LA SANCIÓN DE CASTRACIÓN QUÍMICA COMO COMPLEMENTARIA PARA DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL	∅
14	2119/2017	10/11/2017	Janet Emilia Sánchez Alva Bancada Peruanos por el Cambio	LEY QUE INCREMENTA LAS PENAS DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL PREVISTOS EN EL CAPÍTULO IX DEL CÓDIGO PENAL	∅
15	2165/2017-CR	28/11/2017	Maritza Matilde García Jimenez	PROYECTO DE LEY QUE AUMENTA LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN LA VIOLACIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 170°, 173° Y ADICIONANDO EL ARTÍCULO 173-B DEL CÓDIGO PENAL	∅

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS

N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
16	2258/2017-CR	14/10/2017	RICHARD ARCE CÁCERES Grupo Parlamentario Nuevo Perú.	Ley que amplía los plazos de prescripción para los delitos contra la libertad sexual y otros a menores de edad; y que modifica el artículo 82 del Código Penal	<p>Inicio de los plazos de prescripción</p> <p>Artículo 82.- Los plazos de prescripción de la acción penal comienza:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En la tentativa desde el día en que cesó la actividad delictuosa; 2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; 3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y 4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia; <p><i>Para los delitos previstos en el Capítulo IX del Título IV, Libro Segundo del presente Código siempre que la víctima sea menor de edad; la prescripción de la acción penal inicia cuando alcance la mayoría de edad y realice la respectiva denuncia ante las instancias correspondientes.</i></p>
17	2305/2017-CR	10/01/2018	Luciana León Romero Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Arista	Ley que declara la imprescriptibilidad para los delitos de violación de la libertad sexual	<p>“Artículo 2°.- Imprescriptibilidad de los delitos de violación de la libertad sexual</p> <p>Modificase el artículo 80° del Código Penal, en los siguientes términos.</p> <p>“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad</p> <p>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.</p> <p>En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.</p> <p><i>La acción penal es imprescriptible tratándose de los delitos de violación de la libertad sexual previstos en los artículos 170, 171, 172, 173, 173-A, 173-B, 174 y 176 así como las formas agravadas a la cual se refiere el artículo 177 del presente Código”</i>”.</p>
18	2316/2018-CR	11/01/2018	Modesto Figueroa Minaya Grupo Parlamentario Fuerza Popular	Proyecto de Ley que eleva la pena y precisa el delito de violación sexual del agente con vinculación académica con la víctima y modifica el artículo 170 del Código Penal	ø

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS

N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
19	2402/2018-CR	07/02/2018	Lucio Ávila Rojas Grupo Parlamentario Fuerza Popular	Proyecto de ley que modifica el artículo 170 del Código Penal a fin incrementar la pena base del delito de violación sexual, hacerla extensiva a todo el personal académico y establecer la cadena perpetua cuando se cause la muerte o cuando el agente le quita la vida a la víctima para ocultar su delito, así mismo se modifica el artículo 170 a fin de imponer como pena única la cadena perpetua cuando la víctima tenga menos de 14 años de edad, y establece la inhabilitación definitiva en los delitos previstos en los artículos 170, 171, 172 y 174 del código penal cuando el agente ejerce cargo público, además establece la castración química como medida de seguridad complementaria y busca la inaplicación de la figura legal del error de comprensión culturalmente condicionado cuando se trate de delitos de violación sexual en agravia de menores de edad.	ø
20	2415/2018-CR	13/02/2018	Lourdes Alcorta Suero Grupo Parlamentario Fuerza Popular	LEY QUE ESTABLECE LA PENA DE CADENA PERPETUA PARA EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS	ø
21	2416/2018-CR	13/02/2018	Lourdes Alcorta Suero Grupo Parlamentario Fuerza Popular	LEY QUE PROHIBE LA REVISIÓN DE LA PENA DE CADENA PERPETUA EN CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD	ø
22	2420/2018-CR	14/02/2018	Rogelio Robert Tucto Castillo Grupo Parlamentario "Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad"	LEY QUE CREA EL REGISTRO DE CONDENADOS POR DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL	ø

9. ANEXO ÚNICO: PROYECTOS DE LEY QUE JUSTIFICARON LA INTRODUCCIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PARA EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES Y CONEXOS					
N.	PROYECTO DE LEY	FECHA	CONGRESISTA	TÍTULO	REFORMA
23	2485/2017-CR	05/03/2018	César Villanueva Arévalo, Marisol Espinoza Cruz y otros Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso	Ley que modifica el artículo 170, 173 y 173-A del código penal para agravar las penas y restringir beneficios penitenciarios en los casos de violación sexual de menor de edad	<p>“Artículo 173-A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave</p> <p>Si el acto previsto en el inciso 2 del artículo anterior causa la muerte de la víctima o le producen lesión grave o si el agente procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua.</p> <p>En estos casos no procede la prescripción, el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por este delito contra los menores de edad, ni los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional”.</p>
24	3008/2017-CR	12/06/2018	Modesto Figueroa Minaya	Ley que incorpora la imprescriptibilidad en la comisión del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y/o laboral cuando la víctima es menor edad.	<p>“Artículo 1°.- Objeto de ley</p> <p>Incorporar al Código Penal la imprescriptibilidad del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y/o laboral cuando la víctima es menor de edad.</p> <p>Artículo°2.- Adiciónese al artículo 80° el siguiente párrafo final establecido.</p> <p>La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley para el delito, si es privativo de la libertad.</p> <p>(...)</p> <p>En el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y/o laboral cuando la víctima es menor de edad, la acción penal es imprescriptible”.</p>

La sobrepoblación carcelaria y los Beneficios Penitenciarios en el Perú

Germán Small Arana*

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
smallabogados@hotmail.com*

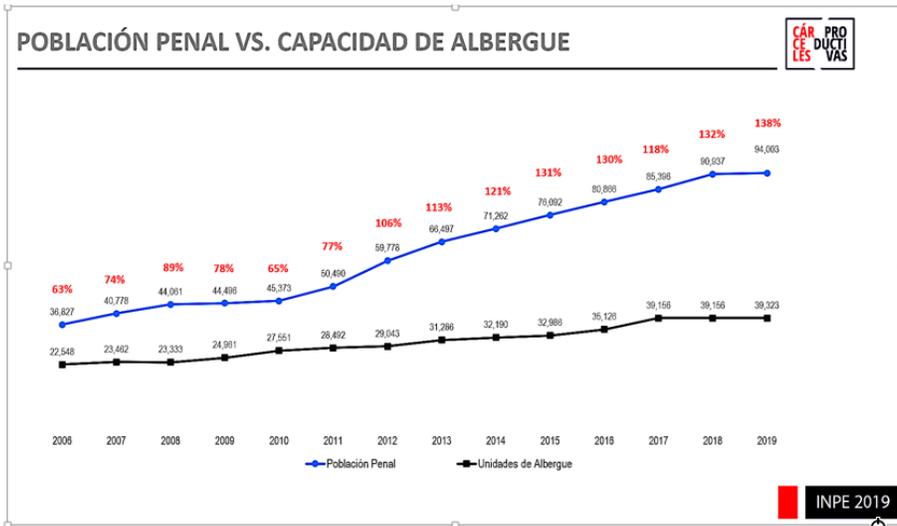
* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política Docente Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

La situación carcelaria en el Perú se ha convertido en uno de los problemas más álgidos, debido fundamentalmente al crecimiento desproporcionado de la población privada de su libertad, por una criminalidad que cada día incorpora nuevas modalidades delictivas en su accionar lo que ha determinado la emisión de normas más severas en su punición por el estado dentro de su política criminal, sometiendo de esta manera al sistema penitenciario un mayor número de internos, que pueblan haciendo las cárceles, convirtiéndolas en lugares de detención sin mayor propósito de rehabilitación, contraviniendo el objetivo que la Constitución y las leyes especiales como el de Ejecución Penal establecen, los objetivos primordiales y fundamentales para el campo penitenciario.

En este marco el sistema penitenciario, constituye un problema social que repercute en la inseguridad ciudadana, toda vez, que no en pocas oportunidades desde las prisiones se han gestado actos delictivos como extorsiones y secuestros, que han dado lugar a los allanamientos en algunos lugares del país, para desbaratar a las organizaciones criminales con gran despliegue de Policías y Fiscales y estas operaciones también han tenido vinculaciones con internos ubicados en penales del país, lo que ha significado el cambio de régimen y traslado a establecimientos de máxima seguridad, que tampoco ha significado la solución definitiva, pues, aun en esa situación se han venido produciendo actos delincuenciales desde las prisiones debido al hacinamiento que genera una corrupción generalizada a todo nivel, que involucra a funcionarios y servidores penitenciarios.

Existen 69 centros de reclusión en el Perú y todos con una capacidad de alojamiento o albergue de solo 30,323 internos, esto según la estadística del Instituto Nacional Penitenciario a mayo de 2019. Empero, la población actual es de 94,003 mil internos, que constituye en términos generales una sobrepoblación del 138%, debiendo precisar que algunos penales están por encima de los 300 a 400 %. La información estadística citada manifiesta una situación preocupante que afecta dramáticamente al interno, no solo por la incomodidad sino por la inseguridad y poca capacidad del centro de reclusión para promover trabajo, educación y actividades recreativas, considerando que la mayor parte de la infraestructura se utiliza como zonas de alojamiento, haciendo que los ambientes destinados al trabajo y educación se reduzcan.

En el Perú, la población penal va en ascenso; así, tenemos que el 2006, la población penitencia era de 22 mil 548 internos y al 2016 se incrementó a 76 mil 092 internos, constituyendo un aumento de 53 mil 544 internos, esto significa el crecimiento acelerado de la población penal en diez años y a la fecha sigue este incremento con preocupación para efectos del tratamiento penitenciario y la seguridad ciudadana, considerando el índice de reincidencia alto, debido también a nuevas modalidades delictivas y a la creciente utilización de la prisión preventiva en nuestro medio.



Fuente: INPE

No existe en el país una real política penitenciaria que afronte este problema con la necesaria preocupación, porque, como ya se mencionó, los centros carcelarios, en su gran mayoría, son lugares hacinados, donde **el ser humano se despersonaliza cada día conviviendo en un ambiente sórdido**, sin posibilidad de acceso a un tratamiento planificado con miras a una real rehabilitación y posterior retorno a la comunidad social. Sin embargo, a pesar de las deficiencias de infraestructura, personal y presupuesto para cubrir los requerimientos más urgentes, es de reconocer el esfuerzo que hace el Instituto Nacional Penitenciario, en lo que concierne al trabajo del interno mediante el impulso de cárceles productivas, con resultados favorables y en cuanto a la infraestructura se está construyendo en Ica un penal para 3200 internos y otro en

proyecto en Arequipa para la misma cantidad de internos, con lo que se aliviara la congestión poblacional y a pesar de ello seguiremos con una sobrepoblación elevada, porque se reducirían en 6,400, sin embargo, seguiremos teniendo una población de 89, 603 internos y a esto debemos agregar el escaso presupuesto asignado al INPE, para cumplir el encargo que la Constitución y la ley le asigna, por lo que sostenemos reiteradamente que este crece por escalera y la población penal sube por ascensor.

Como hemos sostenido en trabajos anteriores, los años han transcurrido y la situación de los derechos de las personas encarceladas no ha cambiado, porque a la fecha tenemos una creciente población y una infraestructura deficiente

La normativa dispone la separación de los internos por sexo: varones y mujeres. Independientemente de los datos estadísticos indicados precedentemente, es de considerar que, en el año 2010, la población era de 43 mil 418 varones que representa el 94% y mujeres, 2 mil 780 con un 6%.



Fuente: INPE

Sin embargo, a mayo del presente año, el número de internas se ha incrementado a 3 mil 028 internas, lo que nos indica un crecimiento de 2,248 internas en 8 años 5 meses, aun cuando se mantiene el porcentaje indicado.

El porcentaje descrito, demuestra que conforme lo establece el Código de Ejecución Penal y su reglamento, la necesidad de implementar en el sistema penitenciario, una infraestructura adecuada para internos geriátricos, madres gestantes, madres con niños y enfermos mentales, situación que haría más manejable los establecimientos penitenciarios por categorías diferenciadas y el cumplimiento en parte de las normas nacionales e internacionales respecto de los derechos de las personas privadas de la libertad.

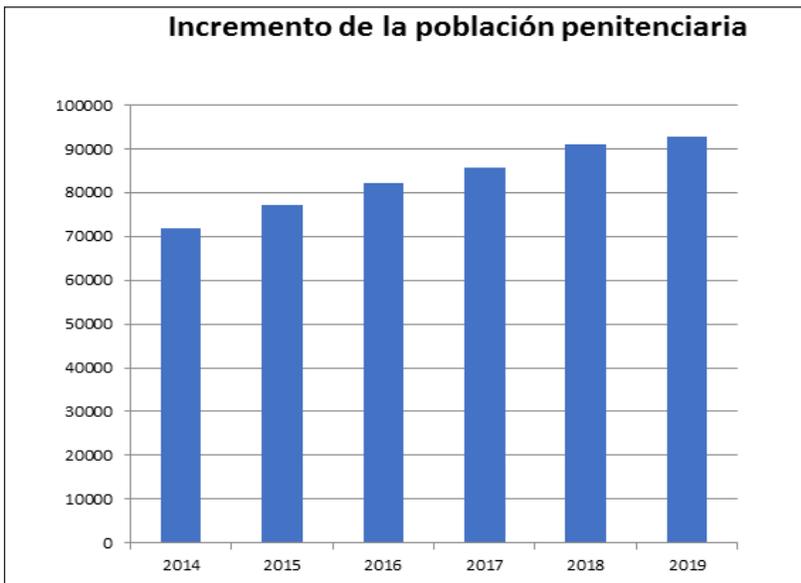
El hacinamiento es el germen de una serie de problemas que se presentan al interior del establecimiento penitenciario que afectan la seguridad no solo del interno, sino, del propio recinto carcelario, cuando la población penal por falta de control convierte el penal en una tierra de nadie donde campea el tráfico de drogas, tenencia de celulares, armas punzo cortantes y, últimamente, armas de fuego, con los que inclusive se producen asaltos en pabellones que han generado el fallecimiento de internos por proyectil, lo que constituye también una amenaza al personal penitenciario y a la seguridad misma del establecimiento penal (SMALL ARANA, 2006, p, 15).

El problema de hacinamiento, no se soluciona con la dación de leyes, sino, es afrontar el problema desde un punto de vista de política criminal y de responsabilidad del Estado, que estriba en el manejo adecuado de una política penitenciaria que ordenadamente orienten el problema, determinando, la construcción de establecimientos penitenciarios, reconociendo que estos cumplen una función de seguridad para la sociedad, pues, albergan a personas que por su comportamiento delictual requieren ser aislados momentáneamente del seno social, para ser sometidos a acciones de tratamiento que permitan modificar su conducta inicial que motivaron su reclusión. La construcción de nuevos penales es una decisión que responde a un diseño de política-penal de mediano plazo, porque esos penales permitirán descongestionar los actuales, posibilitando hacer algo fundamental: clasificar adecuadamente al interno como al que reingresa varias veces; ese es un tema muy importante porque de este modo se va a evitar que el joven delincuente vaya a un penal para perfeccionarse en el delito convirtiendo al establecimiento carcelario en escuelas o universidades del delito, tal como lo manifestamos en nuestra obra del año 2006.

CRECIMIENTO DE LA POBLACION PENITENCIARIA EN EL PERU EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS

La población penitenciaria se ha incrementado en los últimos cinco años, así tomando como referencia los cinco últimos años, la población penitenciaria desde el año 2014 hasta marzo de 2019, refleja un crecimiento que debe llamar la atención, para lo cual mostramos datos extraídos del INPE (Instituto Nacional Penitenciario).

AÑO	POBLACIÓN PENITENCIARIA
Diciembre de 2014	71961
Diciembre de 2015	77242
AÑO	POBLACIÓN PENITENCIARIA
Diciembre de 2016	82023
Diciembre de 2017	85811
Diciembre de 2018	90934
Hasta marzo de 2019	92872



CUADRO COMPARATIVO DE DELITOS MÁS FRECUENTES (2018-2019)						
MARZO 2018			MARZO 2019			
	Total	86,800	100 %	Total	92,872	100 %
1	ROBO AGRAVADO	23,204	26.73%	ROBO AGRAVADO	23,999	25.84%
2	VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD	8,305	9.57%	VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD	9,021	9.71%
3	TRAFICO ILICITO DE DROGAS	7,576	8.73%	TRAFICO ILICITO DE DROGAS	7,918	8.53%
4	PROMOCION O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS	4,296	4.95%	ROBO AGRAVADO GRADO TENTATIVA	4,789	5.16%
5	ROBO AGRAVADO GRADO TENTATIVA	4,161	4.79%	PROMOCION O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS	4,661	5.02%
6	VIOLACION SEXUAL	4,087	4.71%	VIOLACION SEXUAL	4,184	4.51%
7	TRAFICO ILICITO DE DROGAS - FORMAS AGRAVADAS	3,742	4.31%	TRAFICO ILICITO DE DROGAS - FORMAS AGRAVADAS	3,396	3.66%
8	HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO	3,002	3.46%	TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	3,032	3.26%
9	HURTO AGRAVADO	2,829	3.26%	HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO	2,989	3.22%
10	TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	2,799	3.22%	HURTO AGRAVADO	2,939	3.16%
11	INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA	2,549	2.94%	INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA	2,749	2.96%
SUBTOTAL		66,550	76.67%	SUBTOTAL	69,677	75.02%
OTROS DELITOS		20,250	23.33%	OTROS DELITOS	23,195	24.98%

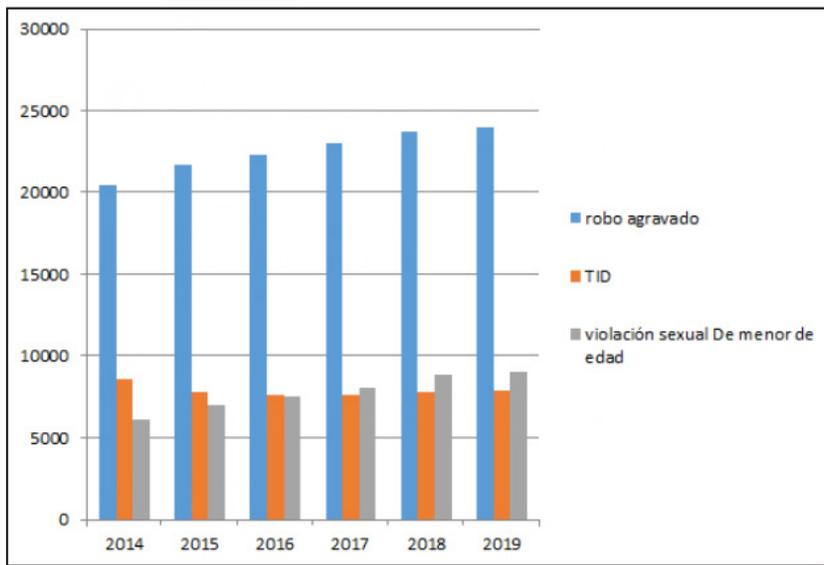
Fuente: INPE

En este sentido se ha observado que la población penitenciaria año a año se viene incrementando conforme se observará más adelante, por lo pronto es ya una constante que entre los delitos de mayor incidencia encontramos en los penales del Perú, el delito contra el patrimonio robo agravado, con el 31.52 %.

En el periodo comprendido desde el año 2014 al año 2018, se observa que en su generalidad los delitos de mayor frecuencia por los cuales ingresan internos al penal no han variado, y estos son: el robo agravado, que siempre encabeza la lista de delitos, luego le sigue el tráfico ilícito de drogas, la violación sexual de menor, violación sexual de mayores de edad, el hurto agravado, el asesinato, tenencia ilegal de armas de fuego y el robo agravado. Verificándose que el 2014, implicó un 78% de la población; el 2015 el 77 %, el 2016 el 75%, el 2017, el 73.8 y el 2018 el 72.4 % que, si bien se observa un descenso en el mismo, debe considerarse los nuevos catálogos de delitos que ameritan prisión efectiva conforme las modificatorias realizadas (feminicidio, sicariato, crimen organizado). Sin embargo, encontramos los mismos delitos que tienen

mayor incidencia en el campo penitenciario, como se puede apreciar del cuadro siguiente.

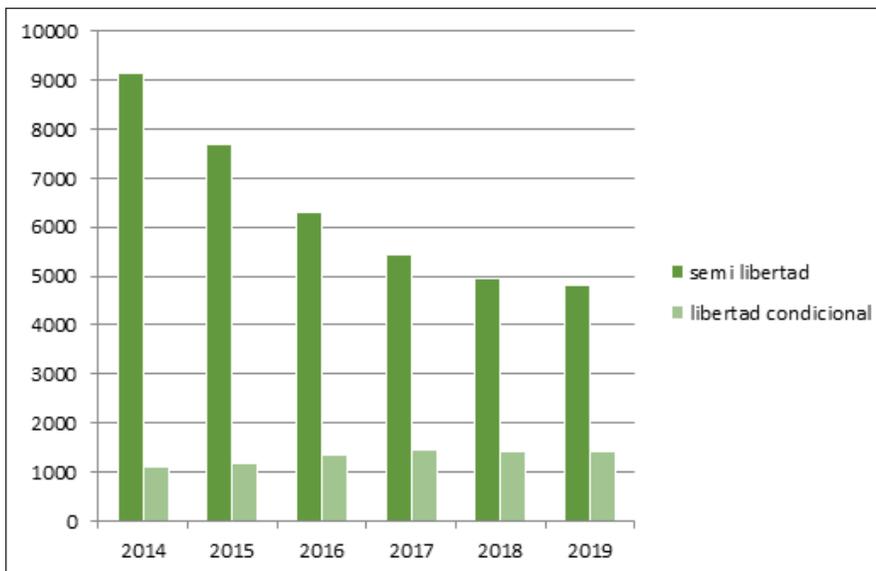
DELITO Año	ROBO AGRAVADO	VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD	TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
Diciembre de 2015	20475	6151	8553
Diciembre de 2016	21680	7001	7764
	22313	7535	7623
Diciembre de 2017	23039	8107	7584
Diciembre de 2018	23715	8843	7761
Marzo de 2019	23999	9021	7918



Por otro lado, como ya se ha mencionado anteriormente, la modificación concerniente a las restricciones o eliminación de beneficios penitenciarios en muchos delitos, tiene repercusión directa en el crecimiento de la población reclusa, lo cual, como era de esperarse incide grandemente en la sobrepoblación carcelaria, considerando que las leyes penales últimas independientemente a establecer penas elevadas, que trae consigo mayor permanencia en los establecimientos penales, trae como correlato la prohibición de beneficios penitenciarios, que de antemano estaría negando el sistema adoptado por el Perú, que es el progresivo que la su fase final considera la prueba o etapa de confianza, en la que se pueden conceder los mecanismos de prelibertad como semilibertad o liberación condicional, claro está diferenciado por tipo penal y en función a la gravedad del delito, por lo que las personas liberadas por beneficios penitenciarios, esto es por semilibertad o libertad condicional, se ha reducido, conforme se expone en el siguiente cuadro:

POBLACIÓN DE LIBERADOS SEGÚN TIPO DE BENEFICIO PENITENCIARIO A NIVEL NACIONAL

	SEMILIBERTAD	LIBERACIÓN CONDICIONAL	TOTAL
Diciembre de 2014	9132	1100	10232
Diciembre de 2015	7677	1180	8857
Diciembre de 2016	6298	1337	7635
Diciembre de 2017	5421	1449	6870
Diciembre de 2018	4946	1425	6371
Hasta marzo de 2019	4823	1404	6227



Para una mejor comprensión del tema y frente a este panorama, el cuadro siguiente nos muestra las modificaciones normativas sobre el recorte de beneficios penitenciarios desde el año 2013 hasta junio de 2019, el cual se detalla a continuación:

Ley	Objeto en relación con la exclusión de beneficios penitenciarios
<p>Ley N° 30054 del 01 de julio de 2013</p>	<p>Modificó el Código de Ejecución Penal y el acceso a los beneficios penitenciarios para los condenados por tráfico ilícito de drogas incurso en el tipo básico (artículo 296 del Código Penal), esto supuso la prohibición de solicitar redención de pena, semilibertad y liberación condicional. Debido a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que la ley aplicable para obtener los beneficios es aquella vigente al momento de solicitarlos judicialmente, los efectos de la Ley N° 30054 recaían sobre los condenados que no cumplían aun los requisitos para iniciar el procedimiento administrativo, e incluso sobre los ya iniciados.</p>

<p>Ley N° 30076 del 25 de julio del 2013</p>	<p>Artículo 47. Improcedencia de acumulación de la redención de pena por el trabajo y educación (...) El beneficio de la redención de la pena por el trabajo o la educación no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108, 108-A, 296, 297, 301, 302y 319 a 323 del Código Penal.</p> <p>Artículo 48. Semilibertad (...) El beneficio de semilibertad es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323,325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal</p> <p>Artículo 53. Liberación condicional (...) El beneficio de liberación condicional es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 1296 del 29 de diciembre del 2016</p>	<p>Artículo 46°.- No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado.</p> <p>Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.</p>

<p>Ley N° 30838 del 03 de agosto de 2018</p>	<p>Artículo 50.- Improcedencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional No son procedentes los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, así como los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.</p>
<p>Ley N° 30963 del 18 de junio de 2019</p>	<p>Artículo 50. Improcedencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional [...] Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108- B, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153- E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafos del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, así como los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal. [...]”.</p>

El marco legal existente, conforme se aprecia en las leyes precedentes que tienen relación con el campo penitenciario, hacen que la participación de los jueces en la concesión de los beneficios penitenciarios a la fecha sea mínima, considerando que la ley de antemano restringe o elimina beneficios penitenciarios, no dando al Juez, la oportunidad de pronunciamiento. A esto debemos agregar, que el juzgador, desde que impuso la condena, se desliga del interno por no existir un seguimiento

mínimo de la ejecución de la condena para comprobar su efectivización en el campo penitenciario, y recién toma conocimiento nuevamente del sentenciado cuando el Instituto Nacional Penitenciario, en la etapa de prueba, conforme al sistema adoptado por el Perú y de acuerdo a la norma procedimental para la tramitación de los beneficios penitenciarios, le remite la solicitud de semilibertad o liberación condicional.

Finalmente, debemos indicar que respecto al tratamiento de los beneficios penitenciarios, es indispensable la revisión de las leyes dadas sobre el particular, por cuanto, no considerar la posibilidad de acceso a alguna forma de libertad anticipa sería no tener en cuenta la conducta del interno observada durante su reclusión y al mismo tiempo, sería no considerar el rol que estos tienen como contribuyentes al proceso de tratamiento penitenciario y ser verdaderos incentivos para la población penal que permiten no solo el mantenimiento de la buena conducta y participación en los programas laborales, educativos etc. y la salida controlada del interno a la comunidad social basado en la autodisciplina, autocontrol que hace que él cuide el beneficio, pues, de lo contrario se aplica la revocatoria que implica el retorno al establecimiento penal y seguir cumpliendo la pena.

Política Penal Peruana aplicada a los delitos de hurto simple y agravado, en el contexto de los acuerdos plenarios y los precedentes vinculantes

*Silfredo Jorge Hugo Vizcardo**

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
proderechoperu@gmail.com*

SUMARIO: RESUMEN. INTRODUCCIÓN. 1.- Tipo Base: Hurto Simple. 1.1. Fundamento del injusto. 1.2. El tipo objetivo del hurto simple. 1.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación. 1.2.2. Estructura típica del hurto simple. 1.3. El tipo subjetivo del hurto simple. 1.4. Consumación y tentativa. 1.5. Consecuencia jurídica. 2.- Hurto Agravado. 2.1. Fundamento del injusto sobrecriminalizado. 2.1.1. Primer grupo de circunstancias calificantes. 2.1.2. Segundo grupo de circunstancias calificantes. 2.1.3. Tercer grupo de circunstancias calificantes. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Magister y Doctor en Derecho Penal. Profesor Principal de Derecho Penal. Facultad de Derecho y C.P. UNMSM. Profesor de la Unidad de Posgrado UNMSM. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura AMAG. Docente Coordinador del Grupo de Investigación Docente. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas UNMSM.

RESUMEN

El Estado, denotando su ineficiencia histórica, ha pretendido “solucionar” el problema de inseguridad apelando siempre a la criminalidad primaria inorgánica y a políticas sobre criminalizadoras indiscriminadas, que lo único que han revelado es incapacidad e inoperancia, arrastrándonos poco a poco a un Estado policial de tinte represivo, renunciando a su obligación preventiva y resocializadora conforme lo manda la Constitución (Art. 139. 22). Es este justamente el marco histórico en el que nos encontramos en la actualidad con respecto a la represión del hurto, sus modalidades derivadas, que ha evidenciado en nuestra realidad jurídica una evolución en la que nuevamente asistimos a la generación de más y más Derecho penal inoperante, simbólico y completamente carente de una adecuada técnica legislativa, que no hacen sino reafirmar la necesidad de respetar el fundamental principio de reserva de la ley penal.

PALABRAS CLAVE

Política penal peruana y Hurto

INTRODUCCIÓN

Nuestra realidad contemporánea nos muestra una sociedad sumida en el temor y en el riesgo, como consecuencia de la incontrolable proliferación de actos violentos y trasgresores, que vulneran los más importantes derechos ciudadanos, que el Estado está en la obligación de proteger. Poco a poco nos hemos introducido en una atmósfera de inseguridad de la que nos es imposible actualmente sacudirnos, y muy por el contrario nos avasalla y donde los niveles de inseguridad ciudadana se han disparado peligrosamente, denotando en la actualidad una sensación de casi absoluta indefensión del ciudadano con respecto a la criminalidad, que cada día se torna más violenta y trasgresora, y que de manera incontenible (por la desidia e ineficacia de nuestras instituciones de control penal), nos afecta cotidianamente situándonos como víctimas de atentados contra la vida, la libertad y entre otros el patrimonio.

“Se conoce como inseguridad a la sensación o estado que percibe un individuo o un conjunto social respecto de su imagen, de su integridad física y/o mental y en su relación con el mundo” (Instituto de Defensa Legal 2005, p.

46). Es una sensación de carácter psicológico ligada a un sentimiento de vulnerabilidad ante la posibilidad de ser víctima de un acto delincencial, que suele estar íntimamente vinculada con la psiquis y el estado mental de un individuo (lo que está íntimamente aparejado con sus vivencias, experiencias, entorno relacional y aspectos de personalidad).

El Estado, denotando su ineficiencia histórica, ha pretendido “solucionar” el problema de inseguridad apelando siempre a la criminalidad primaria inorgánica y a políticas sobre criminalizadoras indiscriminadas, que lo único que han revelado es incapacidad e inoperancia, arrastrándonos poco a poco a un Estado policial de tinte represivo, renunciando a su obligación preventiva y resocializadora conforme lo manda la Constitución (Art. 139. 22), y orientándonos a la vigencia de un “derecho penal del enemigo” a ultranza, con desprecio de fundamentales principios penales reguladores del control penal, como el de legalidad y última ratio o mínima intervención. Y ello no es novedad, ya que como bien apunta Gustavo Arocena, “uno de los fenómenos más destacados en la política criminal de los últimos años es la expansión del derecho penal, tanto en el ámbito de la criminalización primaria, como en la esfera de las consecuencias jurídicas del delito” (2004, p. 19).

Es este justamente el marco histórico en el que nos encontramos en la actualidad con respecto a la represión del hurto, sus modalidades derivadas, que ha evidenciado en nuestra realidad jurídica una evolución en la que nuevamente asistimos a la generación de más y más Derecho penal inoperante, simbólico y completamente carente de una adecuada técnica legislativa, que no hacen sino reafirmar la necesidad de respetar el fundamental principio de reserva de la ley penal.

1.- TIPO BASE: HURTO SIMPLE

1.1. Fundamento del injusto

El denominado “hurto simple”, constituye una modalidad típica de delito patrimonial de enriquecimiento, cuya nota característica es el apoderamiento doloso de bienes muebles que realiza el agente, mediante sustracción sin utilización de violencia o amenaza, con el fin de sacar provecho económico de los mismos. El hurto se constituye en el tipo base de las formas patrimo-

niales de sustracción, ya que contiene en su estructura los elementos de tipo objetivo y subjetivo, que a su vez informan a los demás tipos que a partir de él se derivan, sean a modo atenuado o agravado.

El bien jurídico objeto de protección es evidentemente el patrimonio de las personas (físicas, jurídicas e incluso el Estado), representado por el **“bien mueble”** al que hace referencia el tipo, pero desde el punto de vista de la protección al derecho de posesión o de propiedad que sobre tal ejerza el sujeto pasivo. En tal sentido, el objeto de la tutela penal viene a materializarse, no en la protección al bien mueble en sí (que se constituye en el objeto material de la acción), sino en razón de la protección al derecho que tiene la persona sobre tal, en virtud de tenerla bajo su propiedad o posesión. “Lo que el ordenamiento legal quiere es que tal relación de derecho entre la persona y el bien permanezca inalterable” (Soler).

Nuestra norma punitiva tipifica esta modalidad “pura” de sustracción, en el artículo 185, constituyendo como hurto la conducta de quien, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. Como vemos, en este supuesto delictivo la acción recae sobre un **“bien mueble”**, que son los objetos y valores materiales o inmateriales que sirven de fundamento a las relaciones jurídicas, susceptibles de valoración económica. Por extensión, la ley equipara a esta categoría, a la energía eléctrica, al gas, al agua y a cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como al espectro electromagnético y también a los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación.

Como ya se apreció, la imputación se ve restringida en esta clase de delitos, por el agregado de la observancia de criterios de cuantía. Por interpretación (teniendo como referencia lo dispuesto por el artículo 444 del C. P.), se establece que si el bien sustraído alcanza hasta un valor de una Remuneración Mínima Vital, sólo estaríamos ante la configuración de una falta contra el patrimonio, mientras que si la valorización del bien sobrepasa dicho monto, la acción sí sería constitutiva de delito.

Esta determinación legal ha traído mucha controversia, desde la perspectiva que un gran sector social considera que supeditar la imputación penal

a criterios de cuantía, determina una “válvula de escape a la impunidad”, reclamando que se reduzca al mínimo el valor de cuantía que determine la aparición del injusto patrimonial. Consideramos que no es esta la solución, ya que más daño haría el “remedio” que la “enfermedad”. Ello en atención a que el desmesurado incremento de acciones penales, que evidentemente se presentaría debido al alto índice de acciones de sustracción de esta naturaleza, haría colapsar nuestro ya atiborrado sistema judicial, por actos que, de acuerdo a la mínima penalidad, no implicarían privación de libertad, con lo que el efecto preventivo general que se persigue se vería frustrado y nuevamente la presión social haría presente su descontento. Y es que legislar para acallar o congraciarse con la opinión pública no es la forma más correcta ni recomendable de ejercer el control penal, pensar lo contrario sería llevarnos al extremo de una perniciosa vigencia de un derecho penal simbólico.

Consideramos que los mecanismos normativos vigentes son suficientes para garantizar la seguridad pública, ya que existen los tipos penales de hurto agravado (y en su caso el robo), que sancionan las conductas más peligrosas e intolerables con penas más drásticas, que incluso podrían determinar la prisión efectiva (que es a donde apunta el sentimiento social). Y en todo caso, tratándose de los hurtos considerados de mínima cuantía, sea constitutivos de delito o falta, ellos también tienen asignados una penalidad, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, responde a los cánones de los fines preventivo protectores de la pena, lo que falta es una decisión política más firme para hacerlas cumplir (caso del trabajo obligatorio en favor de la comunidad), difundiendo de esta manera un mensaje normativo positivo a los efectos de reconciliar la norma jurídico penal con las aspiraciones de justicia de la población.

La determinación objetivo-patrimonial del valor del bien, corresponde al operador penal, por lo que en este extremo, se presenta una característica abierta en el tipo, que deberá ser cubierta por el juzgador, atendiendo al valor de cambio actual en el mercado, y en defecto de ello, a valores ponderativos homogéneos, para cuyo efecto, siempre será apreciable la participación de peritos en la materia. De acuerdo al criterio jurisprudencial, en el delito de hurto resulta esencial la prueba de la preexistencia y valorización del bien sustraído. Reiterada jurisprudencia nacional establece que, si no se ha probado la preexistencia del dinero o bienes que se dice sustraído, no

procede la condena, incluso aunque uno de los inculpados declare haber sido autor de la sustracción. Nuestra norma procesal penal establece que en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito con cualquier medio de prueba idóneo. Asimismo, la valorización de las cosas o bienes se hará pericialmente, salvo que no resulte necesario hacerlo por existir otro medio de prueba idóneo o sea posible una estimación judicial por su simplicidad o evidencia (Art. 201 C.P.P.).

Si se trata de bienes de consumo u otros que con el uso o con el paso del tiempo, puedan sufrir disminución (o incluso incremento) de su valorización, la tendencia mayoritaria se pronuncia en el sentido de que el valor, al cual se debe remitir el operador penal, para efectos de la imputación, es al que tenía o se le atribuía comercialmente al momento de la sustracción y si existió depreciación en el bien producto del uso, del tiempo u otras circunstancias, atribuibles al agente y verificadas durante la reposición, ello no obstará para la configuración del tipo, siendo dicha depreciación atendible a los efectos de la determinación de la reparación civil a la que también se le condenará. En tal sentido, Fidel Rojas indica que el factor depreciación o incremento del valor, como variables para calificar la infracción, son irrelevantes penalmente. Prima el valor económico del bien mueble al momento del apoderamiento mediante sustracción. Obviamente no puede decirse lo mismo a los efectos de la reparación civil; y ello por razones mínimas de equidad y eficacia componedora del Derecho penal, que de no ser tomadas en cuenta puede originar reparaciones exiguas o abruptamente exageradas en determinadas hipótesis de acrecentamiento del bien mueble ya dispuesto por el sujeto activo del delito (cuadros, esculturas, obras de arte que con el paso de los años y durante el proceso adquieren inusitado incremento en su valor, o a la inversa) ("Delitos Contra el Patrimonio", 2000, p. 138).

En cuanto a los títulos valores, refiere Vives Antón (Ob. Cit, 1990, p. 370), no cabe negar que el documento en el que se materializan constituyen bienes muebles. El problema radica en que tal documento carece, por regla general, de valor: el valor reside en el derecho que incorpora. La cuestión estriba en dilucidar si, con el apoderamiento del título, el autor del delito ha hecho suyo el derecho incorporado a él. La doctrina y la jurisprudencia suelen entender que, con la sustracción de un título, el autor hurta el valor

del derecho incorporado cuando la mera posesión del título lo habilita para ingresar en su patrimonio el contenido económico del derecho (ello sucede por ejemplo en los títulos al portador). En los demás casos se estima que el hurto recae sólo sobre el valor material del título y que, la ulterior apropiación del contenido económico del derecho, requerirá una conducta defraudatoria, a calificar, en su caso, como estafa.

Sin embargo, tal criterio no parece del todo aceptable, pues existen documentos al portador en los que la apropiación del contenido económico del derecho incorporado a ellos requiere la ulterior negociación del título (cheques, letras de cambio, etc.); mientras que, en otros casos, el valor se halla ligado al título de tal modo que el apoderamiento del mismo implica ya, sin ulteriores requisitos, la apropiación del valor (dinero, sellos de correo, etc.). Allí donde la apropiación del valor representado por el título no tenga lugar por el simple apoderamiento del mismo, sino que requiera una ulterior negociación, no cabrá hablar de hurto más que por el valor intrínseco del documento (generalmente insignificante) y no por el que el documento pueda representar. De modo que la conducta constituirá hurto si el documento sustraído tiene algún valor intrínseco y su cuantía se regirá por ese valor; pudiendo constituir, además estafa, si aparentando la legítima posesión del mismo, se negocia y, en consecuencia, se adquiere fraudulentamente el valor incorporado a él. En tal sentido, cuando el apoderamiento del documento implique la apropiación inmediata, no sólo del valor intrínseco, sino también del incorporado, será éste el que determine la cuantía del hurto.

El mismo criterio habrá de aplicarse en el caso de los llamados títulos valores impropios (entradas de cines, espectáculos deportivos o teatros, pasajes de avión, etc.). En algunos casos el valor del derecho que ellos confieren se halla tan íntimamente ligado a la posesión del título que la sustracción de éste implica la del valor incorporado a él. En los demás, por el contrario, la sustracción recae solamente sobre el valor intrínseco del título y la apropiación del valor representado por éste podrá en su caso implicar una defraudación. A la misma solución ha de llegarse en los supuestos de sustracción de billetes de lotería o análogos, partiendo de si se lleva a cabo antes o después del sorteo. Si se realiza antes, el hurto atenderá al valor intrínseco del billete, por exigencias obvias de conocimiento del tipo.

En el supuesto civilista referido a los bienes accesorios a un bien inmueble, que según el Código civil deberían seguir la suerte del principal, coincidimos con García Cavero, que si estos bienes puedan ser separados del inmueble y llevados a otro lugar, podrían considerarse como bien mueble a los fines penales. De ello. Concluye el referido autor, se puede concluir que las acciones (desmaterializadas) en una sociedad pueden ser perfectamente consideradas como bien mueble desde la perspectiva del delito de hurto (Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial, 2010, p. 35).

1.2. El tipo objetivo del hurto simple

1.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

El sujeto activo en el delito es genérico, puede ser cualquier persona física a la que no le asista legítimamente el derecho de propiedad o posesión, o no sea el propietario de la totalidad del bien mueble. El tipo admite todas las formas de autoría. El agente puede actuar directamente o mediante autoría mediata (como por ejemplo, instrumentalizar sujetos inimputables o que obren bajo error invencible de tipo). La coautoría, que técnicamente es posible, determina, de acuerdo a la norma penal, un tipo agravado. En consecuencia, no se constituye sujeto activo de este delito, quien se apodera ilegítimamente del bien mueble ajeno que poseía sin haberlo sustraído, ni el propietario que recupera el bien que le pertenece, pero cuya posesión ha perdido en virtud de la ley o el contrato (en estos casos se trata de tipos de apropiación ilícita).

Comete este delito el condómino o el copropietario, que sustrae y se apodera del bien que en forma legítima tenía en su poder el otro condómino o copropietario. La procedencia ilícita de la tenencia de la cosa, no modifica la constitución del delito, pues la tendencia generalizada es considerar que quien hurta a un ladrón lo que éste a su vez hurtó, se constituye en autor de este delito, pues siempre subsistiría la afectación del derecho del sujeto pasivo, propietario o poseedor legítimo del bien. Otra es la situación de quien sustrae el bien a su cómplice, ya que no estaría cometiendo un nuevo delito de hurto, sino que se mantendría como partícipe del primero.

El sujeto pasivo también es genérico, puede ser cualquier persona (física, jurídica e incluso el Estado), que ostente legítimamente el derecho a la propiedad, o a la copropiedad (siempre y cuando tenga legítimamente en su poder o posesión el bien mueble). Es muy frecuente que no coincidan individualmente, el sujeto pasivo perjudicado, con el sujeto pasivo de la conducta material o agraviado directo, que es quien sufre materialmente el despojo, como en el caso de que el dueño de la tienda manda a su dependiente a depositar el dinero al banco, y durante el viaje es víctima del hurto. En este ejemplo, el sujeto pasivo es el propietario del dinero y la víctima su dependiente.

Hay quienes sostienen que es imposible el hurto de los socios sobre bienes de la sociedad, en atención a que la sociedad determina copropiedad, ya que el capital social contiene parte de dinero y bienes de cada uno de ellos. Consideramos que sí se puede configurar el hurto en esta circunstancia, ya que jurídicamente el patrimonio social se independiza del patrimonio particular de cada socio; y si uno de ellos se apodera ilegítimamente de dinero u objetos pertenecientes al patrimonio social, está cometiendo hurto, pues se está apoderando de bienes “ajenos”. Creus es de la misma opinión, al establecer que “la cosa perteneciente a una sociedad, constituida por una persona jurídica distinta de los socios, es ajena para cada uno de ellos (Tomo I, 1991, p. 419). El hurto también es posible entre copropietarios, siempre y cuando medie sustracción injusta sobre bienes que actual y legítimamente poseía el otro copropietario.

En lo que respecta al hurto entre cónyuges o concubinos, es necesario precisar que hay quienes lo consideran perfectamente posible (como en el caso de los socios), ya que entre ellos se genera una sociedad conyugal con efectos patrimoniales que opera, en algunos aspectos, como una verdadera sociedad y los bienes pertenecerían al patrimonio familiar. En nuestro sistema penal, conforme al artículo 208 del código punitivo, el hurto cometido entre cónyuges o concubinos no es reprimible, circunstancia que hace vanal la discusión. Pero si bien es cierto, consideraciones de política criminal, determinan la no punición de estos actos, estableciendo una circunstancia de excusa absoluta, ello no determina que típicamente no se haya consumado el delito, por lo que a modo de ejercicio podemos apreciar que, atendiendo a la división de regímenes patrimoniales dentro del matrimonio, introducido

por el Código Civil, se determina la existencia, en la relación conyugal, del régimen de separación de bienes o del régimen de sociedad conyugal (que son excluyentes). Si existe el régimen de sociedad conyugal, por la misma mancomunidad de la propiedad que se independiza, constituyendo un patrimonio familiar a modo de sociedad, entonces podríamos concluir en que si se configuraría el hurto, ya que el autor se estaría apoderando de bienes “ajenos”, que no están destinados a su libre disposición. Por el otro lado, si se trata del régimen de separación de bienes, la situación es más nítida, ya que en dicho régimen, cada cónyuge conserva el derecho de propiedad exclusivo sobre sus bienes, por lo que el apoderamiento ilegítimo de tales bienes por el otro cónyuge, constituiría el hurto.

1.2.2. Estructura típica del hurto simple

1.2.2.a) Sustracción de bien mueble.- A diferencia de lo establecido en el Código penal derogado de 1924, el vigente Código punitivo ya no se refiere a “cosas” (concepto que atendía fundamentalmente a la necesaria característica corpórea del objeto), sino a “bienes”, que son los valores u objetos materiales o inmateriales, susceptibles de poder ser extraídos o transportados, que sirven de objeto a las relaciones jurídicas, y que poseen utilidad y valor económico. Conceptualizado así el bien mueble desde la óptica penal, pueden generarse discrepancias con la concepción civilista. Al respecto, asumiendo la tesis ecléctica, el concepto penalístico resulta más amplio, permitiendo abarcar en el concepto de bien mueble, bienes que en el campo civil son considerados inmuebles, como el caso de las aguas, las naves o aeronaves por ejemplo. Así, indica Bustos Ramírez, el concepto aparece “funcional”, determinándose que en el supuesto hipotético, que algo aparentemente inmueble puede pasar a ser mueble, como por ejemplo una casa, en la medida que pueda ser separada del suelo y transportada a otro lugar.

Conforme a lo establecido en la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley 28677), se entiende como bien mueble, a todo tipo de bien o conjunto de bienes muebles, de acuerdo a la enumeración que contiene el Código Civil y la presente Ley. Al efecto, también se consideran bienes muebles las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios flotantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.

En este sentido, y desde la perspectiva civilista, el artículo 886 del Código Civil precisa los bienes considerados muebles, señalando su característica fundamental que es la posibilidad de su desplazamiento; así tenemos: los vehículos terrestres de cualquier clase, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, las construcciones temporales en terreno ajeno, los materiales de construcción o procedentes de una demolición sino están unidos al suelo, los títulos valores o documentos que representen créditos o derechos personales, las rentas y pensiones y las acciones o participaciones societarias aunque estas pertenezcan a bienes inmuebles. También son considerados a estos efectos los bienes accesorios (artículos 887 al 889 del Código Civil) y los demás bienes no comprendidos como inmuebles en el artículo 885 del C.C. (inciso 10 del artículo 886 del C.C.).

De acuerdo a lo ya dicho y no obstante esta delimitación conceptual, el objeto material del hurto, que es el “bien mueble”, en su concepción penal tiene una significación más amplia que la asignada en el campo civilista, puesto que, siguiendo los postulados del Código punitivo italiano, y apelando al principio de equiparidad, permite incluir en él, tanto la característica corpórea de las cosas, que constituyen su especie, sino también otro tipo de bienes, como la energía eléctrica, el gas, el agua y el espectro electromagnético (Agli effetti della legge penale, si considera “cosa mobile” anche l’energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico –Art. 624-). Incluso, tal ficción jurídica se amplía a considerar también dentro de la categoría de bien mueble a los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación.

En contraposición a ello, los tratadistas españoles y un gran sector de la doctrina, consideran inviable la posibilidad de sustracción, a título de hurto, de estos elementos, prefiriendo hablar de actos defraudatorios. En tal sentido, el artículo 255 del Código Ibérico (De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogos), establece la sanción de quien **cometiére defraudación** por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores. 3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

Nuestro legislador, atendiendo al principio ecléptico de recepción y a exigencias político criminales reales de necesidad de tipificación, ha ampliado el tipo a la protección de la energía eléctrica, el gas, el agua, el espectro electromagnético, así como a los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación y a cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico. Los tres primeros (la energía eléctrica, el gas y el agua), constituyen fluidos cuyo hurto puede darse tanto por parte de los consumidores como de los suministradores (en desviaciones o conexiones clandestinas por ejemplo). El espectro electromagnético está compuesto por distintas formas de radiaciones, que interactúan simultáneamente cada una con distinto factor de penetración e incidencia sobre la superficie. La composición y naturalidad de la presencia y generación de las radiaciones que integran el espectro electromagnético, nos indica que el mismo no puede ser considerado per se como un recurso en el sentido económico, por carecer de dotación finita o no haberse conocido los límites de agotamiento de las emisiones de radiación y en muchos casos ignorándose aún la identificación de la fuente misma. Sólo parcialmente, mediante tecnologías apropiadas se pueden utilizar con determinados fines alguna de estas radiaciones, como las ultravioletas, los rayos x y los rayos infrarrojos, para convertirlas en un bien donde el recurso es la tecnología misma que permite este aprovechamiento.

En este sentido, la protección jurídico penal incide en la preservación de los derechos patrimoniales, que alrededor del espectro electromagnético se puede generar. Así se ha verificado la posibilidad de generar artificialmente tráfico radioeléctrico inteligente en hiperespacio en que se encuentra este espectro, con independencia de las radiaciones de todo tipo, por sistemas de filtro de interferencias provenientes de la lluvia o viento estelar y otras formas desorganizadas de energía (la utilización indebida del espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales, es considerada por nuestro sistema como una modalidad de hurto agravado).

El legislador nacional considera también como bien mueble a los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación. Esta modificación legislativa es introducida por el Decreto legislativo N° 1084 (28-06-2008), que regula los límites máximos de captura de los recursos naturales constituidos por la anchoveta. Se trata

de un esfuerzo político criminal prevencionista, que pretende efectivizar un mayor control sobre un fundamental elemento de riqueza natural, constituido por nuestros recursos hidrobiológicos. Así, declarativamente la nueva norma postula que “la presente Ley tiene por objeto establecer el mecanismo de ordenamiento pesquero aplicable a la extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca (*engraulis ringens* y *anchoa nasus*) destinada al consumo humano indirecto, con el fin de mejorar las condiciones para su modernización y eficiencia; promover su desarrollo sostenido como fuente de alimentación, empleo e ingresos; y, asegurar un aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad. De manera complementaria se aplicarán a la extracción del recurso de anchoveta otras medidas de ordenamiento pesquero contempladas en la Ley General de Pesca.

Con la vigencia del D. Leg. N° 1084, el ordenamiento pretende instrumentalizar al Derecho penal para la erradicación de la pesca ilegal, buscando así el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, sancionando los actos de exceso del marco permitido legalmente para la extracción lícita del recurso marítimo (es el caso de la anchoveta, a partir de la cual se produce harina y aceite de pescado, constituyéndose en una de las actividades más importantes del sector pesquero en términos de divisas y de empleo). En esta perspectiva, el tipo adquiere características en blanco, debiendo remitirse a leyes extrapenales para constituir la naturaleza del injusto. Así, el hurto se consumaría en razón directa a los especímenes hidrobiológicos que el sujeto activo sustrae (que en este caso se refiere a un comportamiento activo de extracción del recurso), a sabiendas de haber excedido el marco de la autorización que le ha sido entregada o cuando a sabiendas que no cuenta con tal autorización extrae dichos recursos sometidos normativamente a control. En este aspecto, y siguiendo el criterio general y apelando al principio de lesividad ya tratado, el injusto también se verá monigerado por la referencia a la valorización económica del monto de pesca sustraído (deberá exceder una remuneración mínima vital).

El esfuerzo del Estado para preservar eficientemente nuestros recursos naturales, y que constituyen las leyes de remisión, está representado por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, establece que el Estado vela para que el otorgamiento del

derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en dicha Ley, en las leyes especiales, como la Ley General de Pesca, Decreto Ley N° 25977 y el Decreto Legislativo N° 1084, así como en las normas reglamentarias sobre la materia.

El tipo penal, amplía también sus efectos y protección a cualquier otra energía (la atómica por ejemplo) o elemento, análogo que tenga valor económico, lo que permite incorporar otros elementos, como la línea telefónica o la señal televisiva por cable e incluso aquella que transporta la señal de internet.

El ser humano vivo no puede ser considerado bien objeto de derecho, sino sujeto de derecho, por lo que resulta imposible hablar de hurto (ello podría tipificar el secuestro). Resulta controvertida la determinación en cuanto a si la sustracción de cadáveres humanos o sus tejidos u órganos, que conforme a la posición mayoritaria, no se constituyen en objeto de hurto, por no ser objetos integrantes del patrimonio individual y no ser permitida sus transacciones comerciales, podría ser considerada como constitutiva de hurto, en cuanto la acción estuviese destinada a hacer entrar los restos humanos o sus órganos al tráfico mercantil con fines de lucro. Ello en cuanto de hecho, la realidad ha demostrado que existe un arraigado mercado negro que si les asigna valor económico (y en todo caso, siempre el Estado podría resultar agraviado). Estos argumentos han permitido a un sector de la doctrina, fundamentar la necesidad de circunscribir este tipo de actos, dentro de los delitos patrimoniales (al efecto, manifiestan, tendría que adecuarse la tipicidad). Tema controversial, que en anteriores ediciones nos hicieron pronunciarnos en la necesidad de sancionar dichas conductas, incluso postulando la posibilidad de crear un tipo específico que comprenda tan reprochable comportamiento.

Es así que con fecha 18 de enero del 2004, mediante Ley 28189 (Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos), se incorpora el artículo 318-A en el Capítulo I del Título XIV del Código Penal (no en el ámbito patrimonial, sino en el contexto de los Delitos Contra la Tranquilidad Pública), que reprime con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, la conducta de quien por lucro y sin observar

la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

- a) Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o
- b) Constituye o integra una organización ilícita para alcanzar dichos fines.

Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4, 5 y 8.

Están exentos de pena el donatario o los que ejecutan los hechos previstos en el presente artículo si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

La sustracción de animales valiosos, que constituyan el patrimonio privado (fuera de los que conforman el objeto material en el abigeato y aquellos que no puedan ser objeto de propiedad privada), cuya titularidad y valorización pueda ser demostrada suficientemente, también puede configurar el hurto.

El bien mueble tiene que ser total o parcialmente ajeno. El empleo del concepto de ajenidad, utilizado por el legislador, traduce la intención de establecer que el bien mueble no es de quien lo hurta, sino que tiene un dueño (sea propietario o poseedor), quien la tiene dentro de su esfera de custodia y que resulta identificable y actualizable, por lo que, desde la perspectiva procesal, la posición mayoritaria sostiene que no podría procesarse al agente sin el conocimiento de quién es el sujeto agraviado. En contraposición a ello, indica Soler, el empleo de este concepto de ajenidad, traducido en la existencia de un dueño del bien mueble, implica según el profesor argentino, que no es indispensable la individualización y presencia del sujeto pasivo en este tipo de delitos, sólo basta tener la certeza de que la cosa pertenece a alguien (posición con la que estamos de acuerdo). En igual sentido, Vives Antón, manifiesta que en los supuestos de indeterminación del propietario de la cosa, se produce la condena por hurto en tanto en cuanto se tiene la seguridad de que lo hay, aunque no se pueda precisar quién es (1990, p. 368).

Conforme lo aprecia Creus (Tomo I, 1991, p.419), este carácter de ajenidad tiene que ser encarado desde el punto de vista del sujeto activo del delito: cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente; es totalmente ajena cuando éste no tiene ni una parte ideal de ella en comunidad con sus propietarios; es parcialmente ajena si tiene en propiedad parte de ella como condómino o comunero hereditario; quien es propietario en estas últimas condiciones puede cometer el delito de hurto con referencia a la cosa parcialmente ajena si no es el que ejerce su tenencia en el momento de la acción. Siguiendo esta misma línea de raciocinio, las cosas abandonadas por su dueño (*res derelictae*) y las que no pertenecen a nadie (*res nullius*), por no tener dueño en el sentido establecido, no pueden ser objetos materiales del delito de hurto. Asimismo, las cosas perdidas, que evidentemente tienen dueño, tampoco pueden ser objeto del apoderamiento que este tipo legal requiere, por cuanto no habría sustracción ya que fueron encontradas. En este último caso existe un tipo de apropiación ilícita que luego veremos.

Por último, ya hemos anotado que se tipifica el hurto, cuando el condómino o copropietario del bien mueble, la substraer del condómino o copropietario que ejercía sobre él una posesión legítima. Al respecto, resulta oportuno observar que por criterio jurisprudencial “no procede abrir instrucción por delito hurto contra un condómino que aprovecha de los frutos de la cosa común mientras se ventila el juicio de partición”. Conforme precisa García Arán (1998, págs. 114-115), los casos de copropiedad o condominio plantean problemas en relación a la ajenidad de la cosa cuando uno de los copropietarios se apodera de una de sus partes contra la voluntad de los demás, de modo que el concepto de ajenidad ha conducido tradicionalmente a la negación del hurto en estos casos. El enunciado del problema como apoderamiento del todo o parte de la cosa común, apunta a la cuestión previa planteada por Vives Antón y Gonzáles Cussac, dándoles la razón en el punto de partida: si el condómino tiene la posesión previa de la cosa, no cabe hablar de desplazamiento de la misma y no existe acto de apoderamiento, por lo que el hecho es atípico por éste motivo.

Sin embargo, continúa diciendo la profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona, la posesión en casos de condominio puede estar limitada en cuanto a las posibilidades de desplazamiento de la cosa, por la misma exis-

tencia de la copropiedad. Por ejemplo, el socio copropietario del material de oficina que traslada un ordenador a su domicilio privado, lo extrae del ámbito de disponibilidad de los copropietarios, afectando a la posesión que éstos tienen sobre el mismo en tanto que tales; por tanto, cabe desplazamiento afectante a la posesión con eventual ánimo de apropiación definitiva que niegue la (co) propiedad de los restantes sujetos, lo que, en principio, coincide con la estructura básica asignada al hurto (en tales casos, sigue siendo pertinente la consideración de la ajenidad de la cosa para confirmar o negar la tipicidad del hurto). Existe acuerdo general en torno a que en la copropiedad “pro indiviso”, en la que no hay división de cuotas y la cosa pertenece a todos por igual en cuotas ideales, no puede afirmarse la ajenidad de la cosa, por lo que el hecho es atípico. En cambio, si la propiedad está dividida en cuotas proporcionales, cabría ajenidad y por tanto hurto, en la apropiación del exceso respecto de la cuota propia. Frente a la opinión dominante, Muñoz Conde entiende que también hay hurto en la apropiación de la cuota proporcional antes de que se proceda a la división si con ello se perjudica el valor económico del todo, en tanto la “ajenidad” debe ser entendida como falta de legitimación para disponer de las cosas sin autorización de los condóminos (loc. Cit.).

1.2.2.b) Apoderamiento mediante sustracción.- Los delitos de apoderamiento, refiere Muñoz Conde, requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Eso exige por parte del sujeto activo una acción material de “tomar” o “apoderarse” (1995, p.316). Apoderamiento, en el sentido que el tipo penal reclama, significa la acción mediante la cual el agente introduce en su esfera de disposición un bien mueble, que anteriormente se encontraba dentro de la esfera de custodia de otra persona. Implicando, como indica Mezger, el quebrantamiento de una custodia ajena y la fundamentación de una nueva custodia. El apoderamiento implica pues, la inserción del bien mueble dentro de la esfera de disposición del agente, lo que a su vez se traduce en la posibilidad potencial e inmediata, que éste tiene de ejercitar sobre aquélla, cualquiera de los atributos propios derivados de la propiedad; usarla, usufructuarla, enajenarla o darla en prenda.

El apoderamiento del bien por parte del agente, conlleva correlativamente la existencia del desapoderamiento que sufre el propietario o poseedor. Pero

ello no significa que todo desapoderamiento implique el apoderamiento del agente. Es justamente en este momento de la acción donde entra a tallar el concepto de sustracción, que el tipo reclama como medio para lograr el apoderamiento. La sustracción del bien del lugar en el que se encuentra, no significa otra cosa que privar a la víctima de la posibilidad de ejercer su señorío sobre él, sacándolo de su esfera de custodia. Como vemos en la sustracción no existe todavía el apoderamiento, por lo que a esta altura del proceso ejecutivo del delito, nos encontramos ante un tipo imperfectamente realizado (tentativa). Por exigencia del tipo penal y desde una perspectiva lógica, el apoderamiento, para alcanzar un carácter antijurídico, debe producirse ilegítimamente, es decir sin derecho (evidentemente, el permiso o la autorización para la sustracción releva la tipicidad).

Ahora bien, como lo indica García Cavero, “la interpretación de los elementos típicos de un delito debe responder necesariamente a una comprensión normativa que permita imputar a alguien los elementos que definen una conducta como delito” (2010, p. 37). En tal sentido, la más adecuada interpretación nos lleva a establecer que la sustracción no necesariamente tiene que ser exclusivamente física, ya que la visión dogmática del hurto trasciende al ámbito meramente físico de la separación espacial, sino que es posible abarcar la posibilidad del desplazamiento del derecho usurpado por el agente, que así obtiene la posibilidad de ejercer actos de disposición sobre el bien, cumpliéndose con el postulado de que al fin de cuentas introduce el bien en su propia esfera de dominio.

En alusión a ello, y en concordancia con la exigencia típica del texto punitivo español, que en su artículo 234 (hurto) plantea la exigencia típica del actuar “sin la voluntad de su dueño”, Quintero Olivares (1996, p. 447) nos dice que sin necesidad de compartir la teoría de los llamados elementos negativos del tipo –que indica no asumir–, puede admitirse que en algunos concretos delitos sí es verdad que el legislador ha introducido expresamente un elemento negativo, cual es el caso del delito de hurto cuando incluye la mención a la falta de voluntad del dueño. Por obra de ese elemento, la voluntad favorable del dueño conduce a la atipicidad de la conducta y no a la justificación. Naturalmente, es indispensable que el autor capte (en términos de dolo) la falta de voluntad del dueño. A ello se añade un problema “objetivo”: ¿Quién es ese dueño que puede consentir y hasta dónde alcanza

su consentimiento?. Por ejemplo, el dueño no puede dar permiso para que alguien se apodere de lo que tiene arrendado o prestado a un tercero y, en cambio, ese arrendatario puede consentir, en orden a provocar la atipicidad de la conducta, en que alguien se lleve la cosa, con independencia de la responsabilidad que contraiga frente al dueño. Por tanto, a los efectos del delito de hurto, dueño es quien está en condiciones de permitir que otra persona “tome” (en el sentido típico) el bien.

1.3. El tipo subjetivo del hurto simple

El hurto es eminentemente doloso, el agente actúa con plena conciencia y voluntad, conociendo la ajenidad total o parcial del bien que sustrae y su falta de derecho, por lo que se descarta el dolo eventual. Adicionalmente el tipo penal se refiere también a un elemento complementario de tipo subjetivo diferente al dolo (dolo reforzado), referido a que el apoderamiento se efectúe con la **intención de sacar provecho del bien** (elemento descriptivo del tipo que lo revela abierto), que representa el **animus lucrandi** que orienta la acción del sujeto activo, quien persigue un beneficio económico para sí o para tercero (que, de verificarse, determina el agotamiento del delito). Al respecto, el artículo 234 del Código sustantivo español, hace referencia a tal determinación subjetiva, indicando: “el que con ánimo de lucro tomare las cosas muebles ajenas...”. El Código penal alemán, por su parte, no hace referencia al fin lucrativo, sino que refuerza el carácter de lo injusto al establecer en su artículo 242, la sanción, vía hurto, de quien “sustraiga una cosa mueble ajena a otro en la intención de apoderarse antijurídicamente de ella...”.

Indudablemente estamos ante la presencia de un tipo de tendencia interna trascendente, que desde la perspectiva del tipo, no requiere la actualización del beneficio patrimonial, sino la proyección subjetiva-motivacional del mismo, que ha de dominar el acto. Cabe precisar, que en la conceptualización del lucro como factor anímico, ha de involucrarse efectivamente la búsqueda de un provecho económico, el que ha de comprender incluso la satisfacción de los fines que el agente pretendió alcanzar, como por ejemplo, vender el bien, usarlo para sí o incluso darlo en donación. En tal sentido, si la acción se presenta sin tal ánimo de lucro, que se entiende comanda toda la realización típica, no puede procederse a la condena por hurto (por ejemplo, la motivación de mofa o burla <animus jocandi>), la intención de hacerse

cobro de deudas, la de destruir por venganza, e incluso los móviles nobles, como sustraer el rifle de quien pretende usarlo para hacer daño). Así, en el caso hipotético, si el hermano de la mujer arrojada de su casa por el conviviente abusivo, sustrae el refrigerador que ella reclamaba, con la intención de hacerle justicia ante tal acto de prepotencia del marido, no cometerá hurto (JURISPRUDENCIA: El acusado que no tuvo intención de aprovecharse de los objetos de que legítimamente se apoderó, al no encontrar en su casa al conviviente de su hermana a quien le fue a solicitar el préstamo de una pequeña suma de dinero para comprar alimentos, acto que practicó, además, en estado de embriaguez, no comete el delito de hurto, por faltar el factor intencional <Ej. 23 de octubre de 1996, R. de los T. 1996, pg. 369>).

No es requisito de orden típico, que el agente haya actuado con la intención o propósito de adueñarse del bien en el sentido del *animus rem sibi habendi* (ánimo de hacer suya la cosa). En el caso de que el agente haya sustraído el bien con la intención de donarlo, la conducta no excluye el ánimo de lucro, ya que se puede observar, objetivamente, que conscientemente el sujeto incorpora el bien a su patrimonio y luego actúa sobre él con las facultades propias del dominio. Diferente es la solución en el caso que el agente sustrae el bien para hacerse pago de una deuda. En este respecto, la jurisprudencia y la doctrina española (y en ese sentido la nuestra), mantiene uniformemente que quien actúa con ánimo de hacerse pago no lo hace con ánimo de lucro, por lo que en tales supuestos no cabe hablar de delito de hurto.

1.4. Consumación y tentativa

La materialización de este delito se objetiviza con el apoderamiento, por parte del agente, de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. El delito de hurto se consuma cuando el agente, luego de haber sustraído el bien mueble de la esfera de custodia ajena, lo introduce en su propia esfera de disposición, apoderándose de él aunque sea por breve tiempo y aunque no tenga la intención de conservarla (no es requisito típico la presencia del *animus rem sibi habendi*). El factor tiempo no es relevante desde la perspectiva típica, resulta suficiente que el sujeto activo asuma de hecho y sin que nada lo perturbe, las facultades de una real posibilidad de disposición (posibilidad potencial, sin que sea necesario que se actualice tal disposición) con respecto al bien sustraído (caso en el cual, se habrá llegado al estado de apoderamiento).

Este comportamiento, no se puede realizar con violencia sobre las personas ni con intimidación, puesto que en estos casos estaríamos ante el delito de robo. Al hurto básico le es ajeno cualquier tipo de conducta violenta o coercitiva. En tal sentido, el agente puede valerse de cualquier medio no constitutivo de otro tipo (hurto agravado, robo, etc.), pero que no impliquen el uso de la violencia física o de la amenaza.

Conforme al criterio jurisprudencial predominante, “el acuerdo o convenio sobre la posterior devolución de los efectos hurtados, no cambia la naturaleza originaria del hecho delictuoso, y como tal procede la apertura de instrucción”. El perdón o la indiferencia del agraviado tampoco determina la exclusión de la tipicidad. Por otro lado, el permiso o autorización legítima anterior a la sustracción, libera la tipicidad del hecho.

En lo referente al momento consumativo de este delito, en relación al momento en que se entiende apoderado el bien mueble, existen tres teorías:

a) La contrectatio (aprehencio).- En cuya virtud el apoderamiento se produce en el momento en que el agente toca o toma el objeto. Esta tesis es de contenido demasiado lato y podría comprender incluso, simples actos preparatorios.

b) La amotio.- Que identifica la consumación con el mero traslado o remoción indebida del bien. Para esta tendencia no es necesario que el bien sea sacado del lugar en que se encuentra para determinar el desposeimiento. Sólo bastaría que el agente la tome y se lo guarde, sin necesidad de alejarse del lugar en la que se encuentra, como en el caso del huésped, que guarda el bien en su equipaje sin haberse retirado de la casa que lo acoge. Circunstancia que denota demasiada exigencia.

c) La ablatio.- Que implica sacar la cosa de la esfera de vigilancia o custodia del propietario o tenedor.

d) Ilatio.- Según esta posición doctrinaria, se considera consumado el delito, cuando el bien es transportado por el agente a un lugar seguro, previamente escogido, donde permanece oculto a salvo de la reivindicación del titular, y a la entera disposición del autor, logrando así la disponibilidad potencial. Se fundamenta en el ocultamiento del bien.

Según lo establecido por el artículo 185 de nuestro cuerpo punitivo, la consumación de este delito se produce en el momento en que el sujeto activo asume, mediante el apoderamiento, la disponibilidad del bien mueble. Por tanto, no basta para que pueda darse por consumado el hurto, que el sujeto activo haya tomado el bien y haya huido con él (caso en el que estaríamos ante la tentativa), sino que es preciso que se haya constituido un mínimo de disponibilidad a favor del agente.

Con respecto al momento de consumación del hurto, el pleno jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha expedido la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A (publicada en el Diario Oficial el Peruano, con fecha 26-11-2005). En dicho precedente vinculante, se expresan los siguientes fundamentos:

a. El delito de hurto fija los criterios esenciales para determinar la consumación del delito de robo, en tanto que este último delito coincide en sus elementos típicos básicos con el primero—el bien jurídico afectado es el mismo: el patrimonios, y la diferencia deriva del hecho de que requiere la presencia de violencia o amenaza—intimidación—contra la persona, en tanto que constituye una forma calificante con respecto al hurto. El robo, como añadido, exige dos condiciones: la acción, en la violencia o amenaza ejercidas sobre las personas; y, el elemento temporal, en virtud del cual los actos de violencia o de intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción de la cosa.

b. El delito de hurto, al igual que el delito de robo, desde la perspectiva objetiva, exige que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra [confrontar: artículos 185° y 188° del Código Penal]. El acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el *iter criminis*, la consumación y la tentativa. Desde esta perspectiva el apoderamiento importa: (a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor—de su esfera de posesión—a la del sujeto activo, y (b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. A estos efectos, según el artículo 185° del Código Penal, se requiere de la sustracción de la cosa, esto es, la separación de la custodia de la cosa de su titular y la incorporación a la del agente.

c. La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender no sólo que el agente desapodera a la víctima de la cosa—adquiere poder sobre ella—sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho —resultado típico— se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aún cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; sólo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.

d. Este criterio de la disponibilidad potencial, no efectiva, sobre la cosa—de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos— permite desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensio* o *contractatio* —que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la *amotio*—que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido trasladada o movida de lugar—y la *illatio*—que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor—; y, ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la *ablatio*—que importa sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa—. El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición.

e. Por consiguiente, la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída—de inicio sólo será tentativa cuando no llega a alcanzarse el apoderamiento de la cosa, realizados desde luego los actos de ejecución correspondientes—. Disponibilidad que, más que real y efectiva—que supondría la entrada en la fase de agotamiento del delito—debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de

breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: (a) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y se recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; (b) si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, (c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

De esta manera ha quedado establecido como doctrina legal, respecto al delito de hurto, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendido como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída.

1.5. Consecuencia jurídica

La pena conminada para este delito, es privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Como ya expresamos, en atención a los fundamentos mismos del principio de lesividad, resultará también oportuno observar, que la cuantía puede ser aplicada también como instrumento de medición de la máxima lesividad a la que puede someterse el bien jurídico patrimonial a los efectos de un mayor desvalor que fundamente un justificado reproche sobrecriminalizado. De esta manera, en cuanto al aspecto del extremo máximo de imputación, en atención a fines de prevención general estricta, consideramos posible constituir como conducta agravada, la afectación extremadamente significativa del patrimonio (ello desde la perspectiva de la entidad del daño económico causado). Al respecto, proponemos que se incluya como circunstancia agravante si el monto de lo sustraído supera las cien RMV.

2.- HURTO AGRAVADO

2.1. Fundamento del injusto sobrecriminalizado

El hurto agravado se constituye como modalidad derivada de tipo agravado de su forma originaria que es el hurto simple. De esta manera es posible

advertir que nos encontramos ante la presencia de un hurto al que se le adiciona como acción, cualquiera de las modalidades que la ley determina como agravantes. Así, el texto legal del artículo 186 del Código Penal, introduce casuísticamente una serie de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que incrementan el reproche social en atención a la conducta peligrosa del sujeto activo, determinando una respuesta sobrecriminalizadora y una mayor sanción penal.

Desde la perspectiva operacional, es conveniente precisar que el hurto agravado deriva del tipo básico de hurto simple tipificado en el artículo 185, siendo por ello necesario, al momento de realizar la subsunción de la conducta como una forma agravada, referirse primero al tipo del artículo 185, ya que no basta invocar únicamente el artículo 186, por cuanto esta norma sólo describe las diferentes circunstancias bajo las cuales la conducta básica del hurto se agrava.

En una enumeración taxativa, el artículo 186 agrupa las modalidades agravadas de hurto de la siguiente manera:

a) Primer grupo: en cuyo caso la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

- 1.- Durante la noche.
- 2.- Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
- 3.- Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
- 4.- Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
- 5.- Mediante el concurso de dos o más personas.

b) Segundo grupo: en cuyo caso la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

- 1.- En inmueble habitado
- 2.- Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
- 3.- Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
- 4.- Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
- 5.- Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.

- 6.- Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales.
- 7.- Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima.
- 8.- Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.
- 9.- Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.
- 10.- En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
- 11.- Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia.

c) Tercer grupo: en cuyo caso la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, cuando el agente que comete el hurto actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos.

2.1.1. Primer grupo de circunstancias calificantes

2.1.1.a) Durante la noche.- En cuyo caso el fundamento de la agravante radica en el injustificado incremento del riesgo, ya que el agente decididamente aprovecha la falta de brillo solar, explotando la disminución de las posibilidades de protección o defensa de la víctima. La agravante en cuestión no debe identificarse con criterios puramente astronómicos, sino en motivaciones psicológicas de explotación por parte del agente, de la ventaja que le proporciona el actuar protegido por la oscuridad de la noche, por lo que, según nuestro criterio, si el hurto es cometido durante la noche, pero en un lugar adecuadamente alumbrado por la luz artificial, no tendría porque configurar la agravante. Por ello el tipo ganaría en claridad y reflejaría una adecuada orientación político criminal (repeliendo la posibilidad de una analogía mal interpretada, atentatoria incluso contra el principio de legalidad), si se completara con el texto: “Aprovechando la oscuridad de la noche”.

La aplicación de la agravante tiene directa relación con la oportunidad del logro del apoderamiento, el cual tiene que ser durante la oscuridad de la noche. La oscuridad provocada para el hurto no es constitutiva de esta forma de agravante (Ej. apagar las luces durante el día). Diferente sería el caso de apagar las luces durante la noche, caso en el cual si se estaría aprovechando de la oscuridad de la noche. Al respecto, apreciamos que nuestra jurisprudencia se orienta a aplicar la agravante, en relación directa a la hora de ejecución de la sustracción, la misma que se aprecia en relación a las horas en las que usualmente nos encontramos en horario nocturno.

2.1.1.b) Con destreza, escalamiento o fuerza.- La norma hace referencia a: “Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos”. (Se il fatto é commesso con destrezza...Art. 625 C.P. italiano). La acción del agente, utilizando destreza (habilidad, arte, sigilo), escalamiento (vencimiento de obstáculos defensivos, internos o externos, mediante el esfuerzo o agilidad para trepar, subir o descender), destrucción o rotura de obstáculos (fuerza sobre las cosas que constituyen el quebrantamiento de las defensas, que a decir de Creus <1990, p. 421>, constituyen ellos mismos una forma simbólica de custodia), para perpetrar el hurto, lo representa como un elemento peligroso, capaz de generar incremento injustificado del riesgo.

La destreza implica una especial habilidad en el accionar del agente, que presupone actos inusuales o excepcionales, con los que éste se procura la sustracción del bien. En este sentido, se hace controversial la distinción que típicamente se habrá de hacer para diferenciar, en el contexto de una acción de hurto, en la que por definición no se puede presentar ni violencia ni intimidación, para distinguir en qué caso nos encontramos ante una modalidad simple y cuando estamos ante una forma agravada. Ello en atención a que en el hurto básico, para evitar el enfrentamiento con la víctima, el agente, en la generalidad de los casos, hará gala justamente de su pericia, habilidad o ingenio.

En tal sentido, la pregunta que surge, y que lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha sabido responder es: ¿en qué caso, el ingenio o la habilidad puesta en acción es constitutiva de una forma simple o agravada?. Ante ello, consideramos que la “destreza” constitutiva del tipo agravado debe incluir, como nota diferencial, la identificación en el agente, de una conduc-

ta inusual, de enfrentamiento, inmediata y generadora de una atmósfera de peligro (lo que más bien fundamentaría la audacia) (por ejemplo: introducir una rata viva en el interior del auto para sustraer el bolso de la conductora, untarse excremento en el cuerpo para procurar la sustracción y evitar su captura, disfrazarse de autoridad, cortar el bolso con una cuchilla, distraer al conductor para arrebatarse su auto radio, “bolsiquear” al vencido por el sueño, etc.). En este extremo, apreciamos la característica abierta que el tipo presenta, ya que será el juez el llamado a determinar el fundamento incriminatorio. Pero ello también podría aparejar la posibilidad de excesos contra la seguridad jurídica, generándose el peligro de fundamentar una analogía in malam partem. Es por estas consideraciones, que conceptualizamos que sería mejor hacer radicar la circunstancia agravante en el empleo de la “audacia”, que involucra la acción decidida y de enfrentamiento.

El escalamiento, en el sentido típico agravado, significa el acto de subir, trepar o descender, poniendo de manifiesto un significativo esfuerzo físico (directo o indirecto, como cuando se emplean poleas o sogas), suficiente para lograr la sustracción perseguida (el empleo de una especial “energía criminal”, según refiere Quintero Olivares <1996, p. 461>). El fundamento de la agravante se encuentra en la demostración por parte del agente, de un especial comportamiento que denota mayor determinación y peligrosidad, que se traduce en el efectivo desbaratamiento de las “defensas predispuestas”, esencialmente colocadas para la protección del bien, sin importar su naturaleza, permanencia o temporalidad.

La destrucción o rotura de obstáculos, involucra en la acción la utilización de la propia fuerza física o el auxilio de elementos mecánicos o de otra índole, que permitan el doble efecto señalado en el tipo: la “destrucción” (eliminación) o rotura (quebrantamiento) de obstáculos. Se configura así el concepto de “fuerza sobre las cosas” como el fundamento agravante, que al igual que en el presupuesto precedente, denotan en el agente, un especial comportamiento que demuestra mayor determinación y peligrosidad, que se traduce en el efectivo desbaratamiento de las “defensas predispuestas”, esencialmente colocadas para la protección del bien, sin importar su naturaleza, permanencia o temporalidad. El tipo así adquiere carácter pluriofensivo, ya que el agente atenta contra la materialidad de los bienes que representan las defensas predispuestas y atenta también contra el patrimonio.

La legislación comparada nos brinda la posibilidad de ampliar el contexto de acción de esta modalidad agravada, así, el C.P. español engloba en el concepto de fuerza sobre las cosas (que para ellos es constitutivo de robo), los siguientes actos tipificados en el artículo 238: 1) Escalamiento; 2) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana; 3) Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo; 4) Uso de llaves falsas; 5) Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Se consideran llaves falsas, de acuerdo a lo normado por el artículo 239 del Código acotado: 1) Las ganzúas u otros instrumentos análogos; 2) Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal; 3) Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia. Art. 163.3 del C.P. argentino: Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída o hallada.

2.1.1.c) Con ocasión de desgracia o calamidad.- La norma refiere a que el hurto se cometa “con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado”. En este caso la acción del agente se torna mayormente reprochable, cuando el agente, dejando de lado fundamentales obligaciones sociales de asistencia y mutua protección, aprovecha eventuales circunstancias calamitosas (incendio, inundación, accidentes, atentados, naufragios, etc.), públicas o que sólo afecten a particulares, para apoderarse de los bienes de los afectados. Aprovecha inmisericordemente la escasa o nula posibilidad de defensa de éstos.

Decía Carrara, en su monumental “programma”, al estudiar el “hurto calamitoso”, que demuestra un ánimo bárbaro el que aprovecha de un incendio, de un terremoto o de una inundación para cometer el hurto, que, por eso, algunos autores denominan elegantemente, “hurto inhumano”; pero juzgaba que con ello se hacía una pura consideración moral, insuficiente para aumentar la cantidad política del delito, juzgando, por su parte, que la agravación tiene su causa en la disminución de la defensa privada que el desas-

tre da origen. Indica Eusebio Gómez, que “la aplicación de esta calificativa exige un examen muy atento de las modalidades del hecho, para establecer, no solamente la realidad del infortunio, sino, también que de él derivaron facilidades para la comisión del hurto y que de las mismas se aprovechó el delincuente” (1941, p. 109).

En tal sentido, nuestro Código se refiere a cuando el hurto es cometido “con ocasión” de la desgracia o calamidad, mientras que, con mejor técnica, el Código argentino se refiere al aprovechamiento de las facilidades provenientes de la desgracia o calamidad (Art. 163.2).

2.1.1.d) Sobre equipaje de viajero.- Los bienes muebles que componen el equipaje del viajero, representan para éste, elementos indispensables para su seguridad y sustento, sobre todo si entendemos que viajero es quien temporalmente se aleja de su domicilio, para trasladarse a otra locación territorial fuera de su radio urbano. La sustracción de sus bienes podría dejarlo en la indefensión y expuesto al peligro. Dicha sustracción podría verificarse, como así lo precisa el Código Colombiano (Art. 241.5), en el transcurso del viaje o en hoteles, aeropuertos. Muelles, terminales de transporte terrestre u otros lugares similares.

La condición necesaria para que se de esta agravante, refiere Peña Cabrera, es que el sujeto pasivo afectado en su patrimonio sea viajero. La condición de viajero, ocasiona preocupaciones, ansiedad, distracción, etc., influyendo sobre el normal poder de atención de las personas produciéndose una amonización de la defensa privada, pese a las diligencias adoptadas (1995, T II-A , p. 106).

Dado la poca claridad de la circunstancia agravante y de acuerdo a criterios de interpretación teleológica, consideramos que desde la perspectiva subjetiva, el agente ha debido tener presente la condición del sujeto pasivo y la calidad del bien sustraído, ya que de no ser así, podría encontrarse dentro de los alcances del error de tipo. Nos preguntamos cuál sería el efecto de la imputación si el agente sustrae un maletín, que conforma el equipaje, pero que sólo contiene su ropa sucia. Este caso nos refleja la necesidad de que la acción recaiga sobre bienes esenciales para el sustento del viajero, cuyo desposeimiento ocasione peligro para su seguridad.

2.1.1.e) Pluralidad de agentes.- Cuando el hurto se cometa “mediante el concurso de dos o más personas”. El concurso de una multiplicidad de personas durante el desarrollo de la acción, incrementa la peligrosidad de los agentes y el riesgo para la vida o integridad de la víctima, siendo ese el fundamento sobrecriminalizador. Sólo se requiere la calidad de coautores o partícipes, no es necesaria la pertenencia a banda u otro tipo de organización delictiva. A decir de Roy Freyre, los menores de edad y los enfermos mentales son aptos también para integrar con el autor el mínimo de personas que establece la ley. La inimputabilidad de los copartícipes los exime de pena pero no suprime la condición de autores de hechos típicos y antijurídicos (1983, p. 83).

2.1.2. Segundo grupo de circunstancias calificantes

2.1.2.a) En inmueble habitado.- Antes de la modificación legislativa la referencia inicial era a “casa habitada”; actualmente el texto es más preciso al referirse a “inmueble habitado”. El término inmueble proviene de un vocablo latino que sirve para referirse a algo que “está unido al terreno de modo inseparable, tanto física como jurídicamente”. Es decir, una estructura que no puede moverse sin causarle daños. Los edificios, las casas y las parcelas o terrenos son inmuebles. Este tipo de bienes forman parte de lo que se conoce como bienes raíces, ya que están íntimamente vinculados al suelo.

Si bien es cierto que un terreno también puede ser considerado un bien inmueble, el concepto suele utilizarse usualmente para referirse a las “estructuras arquitectónicas que se denominan viviendas”.

En esta circunstancia agravante la conducta del agente, conforme lo anota Bajo Fernández (1991, p. 95), genera un evidente riesgo para la vida o integridad de las personas que habitan la casa, entendida ésta como la construcción que sirve de albergue o morada continua o constante. Vives Antón fundamenta también esta circunstancia agravante en la lesión a la intimidad personal, que aunque sea de modo potencial, se ve afectada, vulnerándose el particular e íntimo espacio de autorealización y convivencia de sus moradores (1990, p. 854). En este contexto aparece en la acción un contorno pluriofensivo.

En el concepto de inmueble habitado se incluyen también no sólo a los que constituyen morada permanente, sino también a aquellos temporales o transitorias (por ejemplo la sustracción verificada en pensiones e incluso en hoteles). No constituyen casa habitada, los recintos universitarios, escolares, oficinas, instituciones públicas o privadas o los locales comerciales o industriales, que no estén destinadas a habitación (salvo el caso que el hurto se cometa en la habitación del guardián o vigilante por ejemplo). No se constituye la agravante si por ejemplo el agente vive también en el inmueble o fue invitado al mismo.

El texto punitivo mexicano amplía la protección penal, incluso cuando el hurto (robo según su tipicidad), sea cometido en el interior de casa habitación o “en el interior de un vehículo particular” (nuestro texto punitivo no ampara esta última modalidad). Igualmente, el Código Azteca, señala como agravada la conducta de sustracción realizada en “lugar cerrado”, entendiéndose por tal “cualquier recinto notoriamente aislado del espacio circundante al que el activo no tenga libre acceso, independientemente de que se encuentren abiertas las puertas o rotos los muros (Art. 290. II y XIII, C.P. del Estado de México).

No obstante la carencia de una definición normativa en nuestro Código punitivo, en la legislación comparada podemos observar que en el artículo 241 del Código Penal español (que sanciona el hurto agravado), se indica que: “se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar“. “Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o de local abierto al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos del edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física”. En igual sentido, el artículo 240 del Código Penal colombiano, tipifica como calificada la acción de hurto cuando se cometiere: “Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores”.

La interpretación doctrinaria orienta a definir la agravante, en cuanto el hurto se cometa “ingresando en la casa habitada de la víctima o en la que ella se encuentre”, aunque no sea el propietario (v. gracia, la casa del amigo en

la que se quedó a pernoctar). En el caso que el agente invita a la víctima a su propia casa (la bella joven que invita a su cuarto al parroquiano), y en esa circunstancia aprovecha para sustraer sus pertenencias, no podría típicamente configurarse la agravante (en su caso podría concurrir la destreza). Al respecto, encontramos en la legislación comparada, diversas otras modalidades, que matizan el campo de comprensión de este delito, así la legislación punitiva mexicana señala como circunstancias agravantes las siguientes: Artículo 290: VII. Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón, algún miembro de su familia, huésped o invitado, en cualquier parte que lo cometa...; VIII. Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los domésticos que lo acompañen, lo cometan en la casa donde reciban hospedaje, acogida o agasajo...; IX. Cuando lo cometa el anfitrión o alguno de sus familiares en la casa del primero, contra su huésped o domésticos o contra cualquier persona invitada o acompañantes de éste...(C.P. del Estado de México).

La agravante se constituye aun en el caso que los habitantes no estuviesen presentes en el momento en que se realiza el hurto. En tal sentido, el texto punitivo español resulta más específico, ya que expresamente hace referencia a que el delito se constituirá, aunque los moradores “accidentalmente” se encuentren ausentes de ella (Art. 240). El Código colombiano, coincidentemente también establece la consumación del ilícito “aunque allí no se encuentren sus moradores”. Ello en atención a que el fundamento agravante, radica en la generación de la atmósfera de peligro que se cierne sobre los moradores, que se manifiesta latente aunque físicamente ellos no se encuentren presentes, ya que es posible que “regresen”.

En este orden de ideas, encontramos justificada la imputación de esta agravante en relación directa al carácter eventual (accidental según los españoles) de la ausencia de los moradores, lo que implica como presupuesto que la casa o morada esté de ordinario habitada (en el sentido de permanencia física habitual). Por ello, cuando se trata de casas de campo o de playa, que son de temporada, y siempre que la ausencia de moradores sea constante (no eventual), no podría constituirse esta agravante, salvo que se hallen habitadas por alguna persona, como el guardián por ejemplo, en cuyo caso si se cumpliría el requisito de casa habitada.

El tipo agravado, cuya esencia sobrecriminalizadora se basa en la creación del riesgo (que se cierne pluriofensivo), reclama el ingreso físico del agente al interior del inmueble o casa habitada (no se asimila a este concepto la utilización sólo de las extremidades o el empleo de instrumentos mecánicos o de otra índole). Evidentemente la conducta intrusista de la violación del domicilio se subsume en la del hurto.

2.1.2.b) Actuar en calidad de integrante de organización delictiva.- “Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos”. En este supuesto, el agente incrementa su potencial peligro ya que actúa bajo los lineamientos u órdenes de la organización delictiva (banda, cartel, etc.) a la que pertenece, sólo en calidad de integrante, sin ningún papel protagónico o dirigencial (ello por cuanto la calidad dirigencial es constitutiva de otra forma agravada). Como vemos, la agravante se fundamenta en criterios de peligrosidad, en relación a la calidad personal del sujeto activo.

Conforme al criterio doctrinal, ser integrante de una organización delictiva, presupone vinculación subjetiva, aceptación de órdenes y jerarquías; acuerdo y organización; y vinculación funcional entre los actos del agente y la organización. Participar de una asociación delictiva implica el acatamiento y sometimiento a la organización delictiva, por lo que consideramos que la agravante se ha de verificar en cuanto el agente realice el hurto bajo el mandato de la asociación criminal. No se presentaría en cuanto actuara de mutuo propio.

2.1.2.c) Bienes científicos o culturales.- Cuando el hurto se realiza “sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación”. La acción del agente determina una mayor reprochabilidad, cuando se apodera de bienes de valor científico o pertenecientes al patrimonio cultural de la nación (para este efecto se requiere declaración previa de tal condición), ya que en estos casos confluye la afectación de intereses sociales predominantes, que perjudican a la comunidad en general atentando contra el desarrollo científico-tecnológico y contra el legado histórico, artístico o cultural del país. El Código penal alemán hace referencia al que “hurte una cosa de importancia para la ciencia, arte o historia o para el desarrollo técnico, que se encuentre en una colección generalmente accesible o que esté expuesta públicamente (Art. 243.5).

El fundamento del carácter sobrecriminalizado de lo injusto, radica en el énfasis político criminal de protección, relativo a bienes que valorativamente inciden en el desarrollo del conglomerado social. Al respecto, coincidimos con Queralt (1995, p. 324), en el sentido que el agente ha de tener presente la calidad del objeto a sustraer, de lo contrario regiría el tipo básico. Agregamos a ello, que este conocimiento no necesariamente debe corresponder a uno de carácter especializado, siendo necesario sólo el conocimiento común y corriente. En este sentido, ante la inexistencia de normas específicas, que cataloguen con precisión la característica de “científico” del bien, corresponde al operador penal “completar” el tipo, que así se manifiesta abierto. Para ello deberá integrar el conocimiento que le brinda su propia experiencia, el contexto normativo en la materia y la valoración técnico-científica de aquellas instituciones o personas especializadas.

El criterio rector debe referirse a la importancia del bien, en relación a su utilidad y posibilidad de aplicación tecnológica-científica y limitada en base a criterios de escasez y no dominio común por la colectividad. Así, como modo de ejemplo, nos indica Fidel Rojas (2000, p. 265), tenemos los artificios tecnológicos de significativa importancia por su valía, escasez y utilidad social (máquinas e instrumental médico de alta precisión, riñones artificiales, microscopios y telescopios electrónicos, aparatos y dispositivos higrométricos, espectógrafos de última tecnología, etc.) como los objetos de utilidad científica (material genético depositado en recipientes, cultivos de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo y experimentación, compuestos químico-radioactivos, etc.). El bien de valor científico puede ser de propiedad privada o pública.

En lo referente a la determinación del concepto “bienes culturales”, que denota la inserción de un elemento normativo en el tipo, la ley penal se manifiesta en blanco, debiendo ser, como lo indica Binding, complementada en la materia de su prohibición, por otro ordenamiento legal, que en este caso serían las normas que determinan la condición de bien “patrimonio cultural de la nación”. Al respecto, la Ley 28296 (22-julio-2004): “Ley general del patrimonio cultural de la nación”; establece que “se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano material o inmaterial – que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico,

militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley” (Artículo II).

“Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte. La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte” (artículo III).

En el sentido típico, el patrimonio cultural comprende las diversas manifestaciones del ingenio y desarrollo humano, que con el paso del tiempo constituyen el vagaje de los bienes muebles, documentos, libros, pergaminos y otros diversos, que componen su memoria colectiva y representan los lazos de su identidad histórica y cultural. El ámbito de comprensividad del concepto, abarca las manifestaciones culturales de las épocas prehispánicas, virreinal y republicana. Su determinación objetiva requiere declaración expresa, de la entidad administrativa correspondiente (Instituto Nacional de Cultura) y su respectiva inscripción en el inventario de bienes muebles del Patrimonio Cultural de la Nación).

Es necesario precisar, que es posible el concurso, entre esta forma agravada y la que corresponde a los delitos contra los bienes culturales (exportación de bienes del patrimonio cultural, Art. 228 y extracción de bienes culturales, Art. 230), que se ha de resolver conforme a los fundamentos generales de solución de los concursos.

2.1.2.d) Desgracia económica.- En cuyo supuesto la norma sobrecriminaliza el hurto cuando se realiza “colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica”. Así, desde una óptica socialmente proteccionista, el legislador ha establecido como circunstancia agravante, la acción del agente que comete el hurto “colocando a la víctima o a su familia en grave situa-

ción económica”. De acuerdo al texto legal, debe tratarse de una situación extrema de desgracia económica (que no necesariamente es la pobreza absoluta), que puede ser de carácter permanente o pasajero.

Conforme lo precisa Quintero Olivares, la gravedad de la situación económica no debe interpretarse como dejar a la víctima en la condición de pobre de solemnidad, sino simplemente arrojarla a un problema (previsible y aceptado por el autor) económico grave (pago de una nómina, devolución de un préstamo hipotecario, por ejemplo) (1996, p. 453). Apreciamos que, para efectos de imputación de la agravante, el agente ha debido representarse, al momento de la acción, el resultado de desgracia económica en el que dejaría a su víctima (dolo). No podemos entender otra circunstancia, dado que el texto típico señala la acción con el verbo “colocar”, lo que indica intención o por lo menos conocimiento.

2.1.2.e) Uso de explosivos.- Cuando el hurto se comete “con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos”. Evidentemente, el empleo de materiales o artefactos explosivos, para la destrucción o rotura de obstáculos (entendido en el concepto de defensas predisuestas), que el agente utiliza como medio para lograr la sustracción, denotan suma peligrosidad y provocan peligro común, siendo justamente esta la base del acentuamiento del reproche penal y el incremento punitivo.

2.1.2.f) Uso indebido del espectro radioeléctrico.- Caso en el cual el hurto se realiza “utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales”. Conforme a lo ya dicho, el objeto material del hurto, que es el “bien mueble”, en su concepción penal tiene una significación más amplia que la asignada en el campo civilista, puesto que, siguiendo los postulados del Código punitivo italiano, permite incluir en él, tanto la característica corpórea de las cosas, que constituyen su especie, sino también otro tipo de bienes, como la energía eléctrica, el gas, el agua y el espectro electromagnético.

El espectro radioeléctrico está compuesto por distintas formas de radiaciones, que interactúan simultáneamente cada una con distinto factor de penetración e incidencia sobre la superficie. El espectro radioeléctrico se encuentra dentro del concepto económico de dotación finita, también ins-

tituido por la Unión Internacional de Telecomunicación (UIT-R), cuyo alcance máximo es de 3000 Ghz. Las señales radioeléctricas de éste espectro son generadas artificialmente por desarrollos tecnológicos, por los que se ha verificado que, en la escala descrita del espectro electromagnético, se los encuentra localizado entre la gama de radiación infrarroja cercana y la radiación infrarroja lejana. Las señales son transmisiones, las que a su vez son emisiones y recepciones, cuyos niveles de energía, canalizaciones y tipos de servicios se acuerdan mundialmente en el seno de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, incluyéndose los espectros radioeléctricos para los servicios fijos o móviles, de voz, datos e imagen, destinados a servicios públicos o de interés público, como la radiodifusión sonora y televisiva. En nuestro país, la regulación normativa la encontramos en la Legislación sobre telecomunicaciones.

En este sentido, la protección jurídico penal incide en la preservación de los derechos patrimoniales, que alrededor del espectro radioeléctrico se puede generar. Así se ha verificado la posibilidad de generar artificialmente tráfico radioeléctrico inteligente en hiperespacio en que se encuentra este espectro, con independencia de las radiaciones de todo tipo, por sistemas de filtro de interferencias provenientes de la lluvia o viento estelar y otras formas desorganizadas de energía.

En nuestro país, la regulación normativa la encontramos en la Legislación sobre telecomunicaciones. Así, la Ley establece que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la Ley y su reglamento. El uso del segmento espacial radioeléctrico mediante satélites se regirá eminentemente por el derecho internacional. El segmento terrestre será regulado por la Ley y su correspondiente reglamento. La utilización del espectro radioeléctrico se efectuará de acuerdo al Plan Nacional de Asignación de Frecuencias.

Así, en atención a la importancia económica que tal recurso representa actualmente, nuestro legislador, atendiendo a exigencias reales, ha ampliado el tipo a la protección del espectro radioeléctrico, sobrecriminalizando la conducta de quien utiliza indebidamente las ondas de radio frecuencia

transmitiendo señales de telecomunicaciones ilegales. Así, a los efectos típicos, cuando se utiliza indebidamente el espectro radioeléctrico lo está “sustrayendo” y cuando emite la señal de telecomunicación ilegal, se estaría produciendo del “apoderamiento”.

2.1.2.g) Sobre bienes de utilidad esencial.- Si el hurto se realiza “sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima”. Se trata en esencia de un esfuerzo político criminal preventivo, orientado a paliar de alguna forma la incidencia delictiva trasgresora de la protección que el sistema brinda al patrimonio de las personas. El fundamento que sustenta la sobrecriminalización aparece nítido en la redacción de la norma. El mayor reproche penal se aprecia en relación directamente proporcional a la importancia económico-social del bien materia de sustracción y se entiende en su desvalor por el grado de afectación que sufre la víctima y el riesgo personal y económico al que la conducta del agente lo somete. Ello en atención a que no se trata de cualquier bien, sino aquél que constituye su único medio de subsistencia o su herramienta de trabajo, bienes esenciales, que de ser sustraídos, lo dejan inmediatamente en una situación de carencia y necesidad fundamentalmente económica, pero que tiene directa incidencia sobre su persona e incluso sobre su familia, sobre todo en una realidad social, donde las carencias económicas son evidentes.

Apreciamos en el Código penal español, una circunstancia agravante, que podría asemejarse a la que comentamos; a saber, el artículo 235 sobrecriminaliza la conducta cuando el hurto “revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración”.

En este caso hablamos por ejemplo del triciclo con el que trabaja, el carrito sanguchero, las herramientas del tallador de madera, del carpintero, la podadora eléctrica o con motor a gasolina, etc. La condición es que sean bienes que el sujeto pasivo no pueda reemplazar o le sea muy dificultoso hacerlo, sin un esfuerzo económico, que lo limite en su producción laboral. No interesa que posteriormente pueda reemplazarlos, lo que importa es la situación de apremio, carencia y necesidad en la que queda inmediatamente al momento de la sustracción.

El problema está en lo abierto que el tipo se manifiesta. Qué pasaría si se hurta uno de los tres carritos sangucheros que componen la flota de la víctima, o se sustrae uno de los martillos o llaves del carpintero o mecánico. ¿Será un “único medio de subsistencia o herramienta” los libros y códigos del abogado, la casa móvil del marido arrojado de su casa?. Igualmente, desde la perspectiva del principio de culpabilidad, y coherentemente a lo ya manifestado en otras modalidades agravantes, debería considerarse, a los efectos de la imputación sobrecriminalizada, la posibilidad de exigir en el tipo el que el agente conozca o por lo menos pueda darse cuenta de la naturaleza esencial de los bienes que sustrae, ya que lo contrario sería castigar por el mero resultado objetivo.

Consideramos que no es buen método el proceder a sobrecriminalizar conductas, como respuesta a problemas sociales sin un adecuado sustento técnico, ya que con ello se rompe el principio de mínima intervención y merecimiento de pena. Es este el caso, en el que apelando a presupuestos de prevención general negativa, el Estado apela al derecho punitivo de manera indiscriminada. Nos parece que la modalidad de dejar a la víctima o a su familia en grave situación económica es suficiente para cubrir el presupuesto fáctico.

2.1.2.h) Sobre vehículo automotor, sus autopartes y accesorios. Se trata, como en el supuesto anterior, de un esfuerzo político criminal preventivo, orientado a paliar de alguna forma la incidencia delictiva trasgresora de la protección que el sistema brinda al patrimonio de las personas, representado por un bien específico, que en este caso lo son los bienes automotores, sus auto partes y accesorios. Es innegable la incidencia delictiva en este rubro, los datos aportados por la División de Prevención de Robo de Vehículos de la Policía Nacional (DIPROVE), son alarmantes, la actividad delincencial sigue en aumento, determinando ello la reacción del Estado, que mediante la modificación legislativa contenida en la Ley N° 29407, apela a fundamentos sobrecriminalizadores indiscriminados, que bajo vedados postulados de prevención general negativa, sólo pretende esgrimir como respuesta al problema social, el endurecimiento de la respuesta punitiva sin mayor sustento de técnica jurídica.

Así, el fundamento político criminal que sustenta la modificación legislativa, hace referencia a la búsqueda de un objetivo preciso: “brindar una oport-

tuna y adecuada respuesta político criminal ante el incremento desbordante de sustracciones violentas y no violentas de vehículos a motor”. Con esta propuesta se aseveraba que “son evidentes los beneficios” y que “el impacto que producirá la norma (...) será muy positivo”, y ello debido a que el bien jurídico estará más protegido, a que se generará una “mayor sensación de seguridad jurídica” y porque repercutirá “favorablemente en el sector económico de los seguros y financiero”. Igualmente el legislador fundamenta su opción legislativa, argumentando que endurecer la legislación penal en materia de delitos contra el patrimonio referidos a vehículos automotores es una tendencia en la legislación de la región. “Venezuela lo sanciona con penas de cuatro a ocho años; Chile también modificó su legislación, estableciendo que este ilícito penal sea una figura agravada; y Puerto Rico viene discutiendo el tema”.

En efecto, mediante Ley 37.000 (26 de julio de 2000), el Estado venezolano decreta la denominada “Ley sobre el hurto y robo de vehículos automotores”, tipificando en su artículo primero, el hurto de vehículos automotores, como la conducta del que “se apodere de un vehículo automotor perteneciente a otra persona natural o jurídica con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, sin el consentimiento de su dueño, será penado con prisión de cuatro a ocho años. Igualmente, el artículo segundo de la acotada Ley, tipifica las conductas agravadas, que son sancionadas con pena de seis a diez años de prisión, si el hurto se cometiere: sobre vehículos destinados al transporte público, colectivo o de carga; sobre vehículos expuestos a la confianza pública por necesidad, costumbre o destinación; sobre vehículos pertenecientes a los cuerpos policiales de seguridad pública o sobre vehículos destinados al transporte de valores; aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor del vehículo; entre otros supuestos. Apreciamos también que en la legislación española, se hace referencia también a la sustracción de “un vehículo a motor o ciclomotor ajeno”, pero dentro del contexto típico del hurto de uso (Artículo 244).

Consideramos también, como en el caso anterior, que no es buen método el proceder a sobrecriminalizar conductas, como respuesta a problemas sociales sin un adecuado sustento técnico, ya que con ello se rompe el principio de mínima intervención y merecimiento de pena. Es este el caso, en el que apelando a presupuestos de prevención general negativa, el Estado apela al

derecho punitivo de manera indiscriminada. Nos parece que fundamentar la sobrecriminalización tan sólo a la naturaleza del bien, no es políticamente adecuado, ya que ello abriría una válvula muy peligrosa, ya que si bien es cierto, un vehículo automotor se constituye actualmente en un instrumento de mucha utilidad y valor, también existen otros elementos técnico científicos de similar importancia. Por ejemplo, a una ama de casa que no maneja, le es más útil su cocina que el auto; o, en su caso, en el plano personal, mi computadora en realidad me es más útil que mi carro.

2.1.2.i) Sobre bienes relacionados a servicios públicos.- “Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones”. Al igual que en los casos precedentes, se trata de un esfuerzo político criminal prevencionista, orientado a paliar de alguna forma la incidencia delictiva, que atenta contra el interés común de las personas, afectando de manera directa o indirecta la normalidad del funcionamiento de servicios públicos fundamentales, y lesionando el interés patrimonial de quienes son sus titulares.

De esta manera se evidencia el interés de parte del sistema, de brindar una especial protección al patrimonio, tanto de particulares, como del Estado mismo, representado por bienes específicos, relacionados a los que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones. Consideramos también, como en el caso anterior, que no es buen método el proceder a sobrecriminalizar conductas, como respuesta a problemas sociales sin un adecuado sustento técnico, ya que con ello se rompe el principio de mínima intervención y merecimiento de pena.

2.1.2.j) En agravio de sujetos vulnerables.- Cuando el hurto se comete en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor. Circunstancia agravante que no encuentra referente nacional. En la legislación comparada, donde no es muy conocida esta circunstancia calificante, encontramos que el Código penal chileno, en su artículo 456 bis, establece como agravante del robo, el hecho de “ser la víc-

tima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física”. Por su parte, el Código penal alemán establece como circunstancia agravante del hurto, que el agente haya aprovechado de la “indefensión de otra persona” (Art. 243.6).

El concepto de adulto mayor presenta un uso relativamente reciente, aparece como alternativa a los clásicos de “persona de la tercera edad” o “anciano”. Un adulto mayor es aquel individuo mayor de sesenta años (Ley de la persona adulta mayor N° 30490, Art. 2°), que se encuentra en la última etapa de la vida, la que sigue tras la adultez. Precisamente es durante esta fase que el cuerpo y las facultades cognitivas de la persona se van deteriorando.

Se trata de una modalidad agravante directamente relacionada con la calidad de la víctima, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, que determina un estado peligroso de indefensión que el agente aprovecha, generándose así un riesgo mayormente reprochable. Presunción *juris tantum*, ya que podríamos señalar el ejemplo del menor o anciano que si tenga la posibilidad física de defenderse (por ejemplo el adulto de 70 años, ex boxeador con suficiente vitalidad física o el menor de 17 años campeón de carate), en cuyo caso no debería fundamentarse la agravante. Consideramos que hacer depender la circunstancia agravante sólo condicionada a la edad cronológica resulta perjudicial y proclive a la fundamentación de una analogía *in malam partem*.

Por su lado, la condición de discapacidad de la víctima determina, sin lugar a dudas, la mayor carga de reproche. Pero en cuanto a la condición de embarazo de la misma, circunstancia que a todas luces se representa cargada de un disvalor mayor, consideramos que requiere como requisito para su imputación, que el agente sepa o le conste la condición grávida de la víctima, ya que lo contrario sería sancionar por el mero resultado objetivo. En todo caso, la referencia específica a diversas circunstancias y condiciones que se representan como fundamento de la agravante, no parece buena técnica legislativa. El texto ganaría en claridad si sólo se refiriese al “aprovechamiento de las condiciones de indefensión o disminución física de la víctima”, que incluso podría abarcar otros supuestos no contemplados hoy en el tipo en comentario (heridos, ciegos, etc.). Reafirmamos que resulta evidente que la agravante tendrá aplicación en cuanto el agente, al actuar, haya tenido co-

nocimiento o le haya constado o podido presumir, la condición personal de vulnerabilidad o disminución de la víctima, lo contrario podría derivarnos a la presencia del error de tipo.

2.1.2.k) Sobre bienes esenciales para la explotación de gas, hidrocarburos y derivados.- Se evidencia el interés de parte del sistema, de brindar una especial protección al patrimonio, tanto de particulares, como del Estado mismo, representado por bienes específicos, relacionados a los que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia. Al efecto, consideramos también, como en el caso anterior, que no es buen método el proceder a sobrecriminalizar conductas, como respuesta a problemas sociales sin un adecuado sustento técnico, ya que con ello se rompe el principio de mínima intervención y merecimiento de pena.

2.1.3. Tercer grupo de circunstancias calificantes

2.1.3.a) Calidad dirigenal del sujeto activo

La responsabilidad penal se incrementa, cuando el agente (sujeto activo cualificado), actúa en su calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal, destinada a perpetrar estos delitos (parte in fine del artículo 186). En este supuesto, diferente al caso de la agravante contenida en el numeral 2 de la segunda parte del artículo 186 (actuar en calidad de integrante de organización delictiva), la participación del sujeto activo se da en su calidad de dirigente.

Conforme al criterio doctrinal ya expresado, una organización criminal, presupone vinculación subjetiva, aceptación de órdenes y jerarquías; acuerdo y organización; y vinculación funcional entre los actos del agente y la organización. Participar de una asociación delictiva implica el acatamiento y sometimiento a la organización delictiva, por lo que consideramos que la agravante se ha de verificar en cuanto el agente realice el hurto bajo el mandato o auspicio de la asociación criminal. No se presentaría la agravante en cuanto actuara de motu proprio. Se requiere pues, haber perpetrado el hurto como elemento dirigenal en ejercicio de la banda u organización criminal.

CONCLUSIONES

1. En el delito de hurto simple la imputación se ve restringida por el agregado de la observancia de criterios de cuantía. Por interpretación (teniendo como referencia lo dispuesto por el artículo 444 del C. P.), se establece que si el bien sustraído alcanza hasta un valor de una Remuneración Mínima Vital, sólo estaríamos ante la configuración de una falta contra el patrimonio, mientras que si la valorización del bien sobrepasa dicho monto, la acción sí sería constitutiva de delito.
2. A diferencia de lo establecido en el Código penal derogado de 1924, el vigente Código punitivo (y en ese mismo sentido el proyecto de C.P.) ya no se refiere a “cosas” (concepto que atendía fundamentalmente a la necesaria característica corpórea del objeto), sino a “bienes”, que son los valores u objetos materiales o inmateriales, susceptibles de poder ser extraídos o transportados, que sirven de objeto a las relaciones jurídicas, y que poseen utilidad y valor económico.
3. El bien mueble tiene que ser total o parcialmente ajeno. El empleo del concepto de ajenidad, utilizado por el legislador, traduce la intención de establecer que el bien mueble no es de quien lo hurta, sino que tiene un dueño (sea propietario o poseedor), quien la tiene dentro de su esfera de custodia y que resulta identificable y actualizable, por lo que, desde la perspectiva procesal, la posición mayoritaria sostiene que no podría procesarse al agente sin el conocimiento de quién es el sujeto agraviado.
4. Como lo indica García Cavero, “la interpretación de los elementos típicos de un delito debe responder necesariamente a una comprensión normativa que permita imputar a alguien los elementos que definen una conducta como delito” (2010, p. 37). En tal sentido, la más adecuada interpretación nos lleva a establecer que la sustracción no necesariamente tiene que ser exclusivamente física, ya que la visión dogmática del hurto trasciende al ámbito meramente físico de la separación espacial, sino que es posible abarcar la posibilidad del desplazamiento del derecho usurpado por el agente, que así obtiene la posibilidad de ejercer actos de disposición sobre el bien, cumpliéndose con el postulado de que al fin de cuentas introduce el bien en su propia esfera de dominio. En ese sentido

el texto proyectado ya no hace referencia a la sustracción como medio de ejecución del hurto.

5. El hurto es eminentemente doloso, el agente actúa con plena conciencia y voluntad, conociendo la ajenidad total o parcial del bien que sustrae y su falta de derecho, por lo que se descarta el dolo eventual. Adicionalmente el tipo penal vigente y en igual sentido el contenido en el proyecto de C.P., se refiere también a un elemento complementario de tipo subjetivo diferente al dolo, referido a que el apoderamiento se efectúe con la **intención de sacar provecho (el proyecto se refiere a “obtener provecho”)** del bien (elemento descriptivo del tipo que lo revela abierto), que representa el **animus lucrandi** que orienta la acción del sujeto activo, quien persigue un beneficio económico para sí o para tercero (que, de verificarse, determina el agotamiento del delito). Indudablemente estamos ante la presencia de un tipo de tendencia interna trascendente, que desde la perspectiva del tipo, no requiere la actualización del beneficio patrimonial, sino la proyección subjetiva-motivacional del mismo, que ha de dominar el acto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGELOTTI, Dante... "Delitti contra el patrimonio: Trattato di diritto penale", Cuarta Edición, Milano, 1934.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda... "Derecho Penal: Cursos primero y segundo", Editorial Harla, México, 1993.
- BACIGALUPO, Enrique... "Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal", 2da Edición, Madrid, 1994.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel... "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales Económicos", Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1991.
- BERNAL CAVERO, Julio... "Manual de Derecho Penal Parte Especial: Los delitos de hurto y robo en el Código Penal de 1991", Editorial San Marcos, Lima 1997.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique... "La Constitución de 1993: Análisis Comparado", ICS editores, Lima, 1996.

- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto... "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", Editorial San Marcos, Lima 1998.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan... "Manual de derecho Penal. Parte especial", Ariel edit., Barcelona 1986.
- CHANAME ORBE, Raúl.... "La Constitución Actual", Impresión y Distribución: Gráfica Horizonte S.A., Lima-Perú 2001.
- CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial", Tomo 1, Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1990.
- DEL RIO C. J. Raymundo... "Derecho Penal: Delitos Especiales", Tercer Tomo, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1935.
- FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial", Décimo Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina 1994.
- GARCIA ARÁN, Mercedes.... "El Delito de Hurto", Tirant lo blanch, Valencia 1998.
- GOMEZ , Eusebio... "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando.... "Tratado de Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley LTD, Bogotá-Colombia 2001.
- HURTADO POZO, José y otros.... "La Nueva Constitución y El Derecho Penal", Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, Tipografía SESATOR, Lima 1980.
- IRURETA GOYENA, José... "El delito de Hurto", Talleres Gráficas Barreiro; Montevideo, 1913.
- KELSEN, Hans... "La teoría pura del derecho", Buenos Aires, 1942.
- MAGGIORE, Giuseppe... "Derecho Penal Parte Especial" Volumen V, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco... "Derecho Penal: Parte Especial", Undécima Edición, Edi. Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- NUÑEZ , Ricardo... "Derecho Penal Argentino Parte Especial", tomo V, De. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- PEÑA CABRERA, Raúl... "Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II - A"; Delitos contra el patrimonio", Ediciones Jurídicas Lima - Perú 1995.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio... "Tratado de la parte especial de Derecho Penal", T. II, De. Revista de Derecho privado, Madrid, 1985.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.... "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Arazandi Editorial, Pamplona España, 1996.
- ROJAS VARGAS, Fidel... "Delitos Contra el Patrimonio", Volumen I, Grijley, Lima 2000, primera edición.
- ROY FREYRE, Luis E... "Derecho Penal Peruano", Tomo III, Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima - Perú, 1983.
- VILLA STEIN, Javier... "Derecho Penal: Parte General", Editorial San Marcos, Lima 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, "Código Penal", 2da Edición, Editorial Grijley, Lima - Perú.
- VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C. Y GONZALEZ CUSSAC, J.L. ... "Derecho Penal Parte Especial", 3º Edición, tirant lo blanch, Valencia 1999.

La Declaración de Parte en el Proceso Civil

Carlos Antonio Pérez Ríos*

*Departamento Académico de Derecho Privado de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
cperezr@unmsm.edu.pe*

SUMARIO: *1.- Información preliminar. 2.- Concepto. 3.- Confesión y declaración de parte. 4.- Clases. 5.- Ofrecimiento. 6.- Contenido. 7.- Forma del interrogatorio. 8.- Actuación. 9.- Excepciones: secreto profesional; principio de no incriminación. 10.- Declaración por exhorto. 11.- Declaración asimilada. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Profesor principal en la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM. Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Doctor en Derecho y Ciencia Política, grados obtenidos en la UNMSM. Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM.

1.- INFORMACIÓN PRELIMINAR

El juramento decisorio y la confesión personal, actualmente erradicados de nuestro sistema procesal civil como medios probatorios, son los antecedentes de la declaración de parte. Seguidamente revisamos someramente algunos componentes de la confesión para establecer los elementos comunes y a partir de ello destacar los elementos diferenciadores propios de la declaración de parte.

La confesión judicial regulada en el artículo 678 del Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852 fue concebida como la *declaración que por mandato de juez competente hacen los litigantes en juicio*. Del mismo modo, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 se mantuvo en esta posición, según el artículo 363 la confesión es la *absolución de posiciones sobre hechos relativos a la materia controvertida* que no era otra cosa que una declaración dada por una de las partes, en perjuicio propio y en favor de la contraria, implicaba el reconocimiento total o parcial de la verdad de una obligación o de un hecho referido a ella y susceptible de efectos jurídicos.

Sobre el particular, Mario Alzamora Valdez sostiene que “se discute el empleo del término confesión para designar con él la prueba personal considerada en sí misma, ya que el citado término se refiere sólo al resultado de dicha prueba. De acuerdo con tales ideas se propone como denominación más adecuada *interrogatorio de las partes*. Pese a que tal atingencia es justificada, persiste, sin embargo, el uso del nombre tradicional, por su generalización”¹.

Pero sucede que entre confesión e interrogatorio o declaración de las partes existen diferencias importantes. La confesión implica el reconocimiento, en perjuicio propio y en favor del preguntante, total o parcialmente, acerca de la veracidad de un hecho, en tanto que la declaración de parte tiene mayor amplitud respecto la forma del interrogatorio por ende al contenido y alcance de las respuestas, como lo veremos en acápite aparte.

1 Alzamora Valdez Mario. “*Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario*”. Lima Perú 196, p. 143

El nuevo Código General del Proceso colombiano (Artículo 198) y el Código de Proceso Civil de Brasil (Artículo 385) norman este instituto con el nombre de declaración de parte con una regulación similar; pero a diferencia del nuestro, el código colombiano mantiene las pruebas de la confesión y el juramento; en tanto que el código de Brasil junto a la declaración de parte regula la confesión y no el juramento. En el Código General del Proceso uruguayo está normada la declaración de parte (Artículo 148) como medio probatorio mediante el interrogatorio (Artículo 149) que en su actuación no excluye la posibilidad de la confesión (Artículo 153) para cuyo efecto se regula las posiciones.

Los demás códigos procesales mantienen la confesión y no la declaración de parte, tal es el caso de Chile (confesión de parte, artículo 385); Ecuador (confesión judicial, artículo 122), Venezuela (confesión, artículo 403), Argentina (confesión e interrogatorio de las partes artículos 404 al 425), Bolivia, artículo 156), Paraguay (confesión, artículo 276).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España regula a la declaración de partes con la denominación de *interrogatorio de las partes*. El artículo 301 establece que “Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticias y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos...”. Sobre el particular, el interrogatorio es el mecanismo a utilizar para obtener la declaración de las partes y no es el medio o soporte del contenido probatorio; los legisladores españoles han preferido el mecanismo y no el medio para la denominación de la declaración de las partes.

2.- CONCEPTO

La declaración de parte es un medio probatorio de carácter oral, histórico y representativo. La trascendencia de este medio probatorio radica precisamente en que el Juez puede percibir directamente la consistencia de las respuestas del deponente, formular las observaciones y hacer las preguntas que considere pertinentes, en suma, tener una apreciación íntegra de la declaración de la parte.

La declaración de parte es histórica y retrospectiva porque los hechos, situaciones, o personas sobre los que versa la declaración, pertenecen al pasado; es *representativa*, porque no siempre puede registrarse los hechos a través de documentos, en muchos casos solo pueden ser reconstruidos a través del relato del declarante; es *oral* porque es actuada bajo la dirección y presencia del juez, al término del interrogatorio su conservación es escrita en soporte papel, documentalizada en el acta correspondiente, sin descartarse su conservación en archivos digitales como acontece en la actualidad.

Modernamente, en todos los ordenamientos procesales civiles, con denominaciones afines, se regula la opción de considerar a demandante y el demandado como fuente de prueba por ser las personas que mayor información poseen sobre el caso objeto de controversia. El conocimiento de las partes constituye un material valioso en la formación del juicio jurisdiccional. Efectivamente, como bien lo destaca Mauro Cappelletti la parte es el sujeto mejor informado del caso concreto que en el proceso se debe examinar, de allí fluye la impostergable necesidad de utilizarla como fuente de prueba, en todos los ordenamientos procesales civiles; por eso, es indispensable transformar el libre interrogatorio de las partes en el proceso civil en el instituto principal de la instrucción probatoria, o cuando menos en uno de los principales, para utilizar adecuadamente el saber de las partes en la formación del convencimiento del juez².

La declaración de parte puede ocurrir antes del proceso en cuyo caso consta en un documento e ingresa al proceso en esta condición como documento público o privado. Si la declaración de parte es ofrecida en la demanda entonces se oraliza personalmente ante el juez en la audiencia respectiva, es propiamente la declaración de parte. En ambos casos es la misma declaración con la diferencia que llega al juez en oportunidad y modo, distintos. La intensidad y fidelidad probatoria de lo declarado oralmente ante el juez y bajo su dirección es mayor que la que llega al proceso en un documento público o privado.

2 Cappelletti Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'Oralità ob.cit.p.3; citado por Hernando Devis Echandía en Teoría de la Prueba Judicial Tomo I, Quinta Edición. Editorial Temis Bogotá 2002. P.544.

3.- CONFESIÓN Y DECLARACIÓN DE PARTE

La declaración que emana de las partes es uno de los actos que ha generado muchas confusiones entre declaración de parte y confesión. Entonces, precisemos: la declaración de parte es el género, la confesión es una de sus especies, luego, toda confesión es siempre una declaración de parte, pero una declaración de parte no siempre contiene una confesión.

La confesión, según Carlos Lessona, es la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por intermedio de la parte contraria o por el juez directamente) mediante la cual una parte, con capacidad para obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos³. La confesión judicial es la declaración que, por mandato de juez competente, hacen los litigantes en juicio⁴.

Al establecer las diferencias entre las interrogaciones y las posiciones, Couture, señala que la interrogación supone las dudas del actor que no sabe a quién demandar; en tanto que la posiciones suponen la certeza del preguntante o ponente que no duda de lo que afirma y solo aspira a que lo confirme el absolvente; añade seguidamente que los resultados de ambos medios son antagónicos. Las posiciones tenidas por absueltas en rebeldía suponen confesión. Se supone que el citado a absolver consiente o confirma las proposiciones del ponente. En las interrogaciones, en cambio, nada puede darse por confirmado⁵.

La absolución de posiciones es la vía para producir la prueba confesional. El absolvente (quien debe efectuar la declaración) tiene que responder si son o no ciertas las afirmaciones -posiciones- que realiza el ponente (oferente de la prueba)⁶.

3 Lessona Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Traducción de Enrique Aguilera de Paz, Parte General. Madrid. Hijos de Reus Editores 1987, T.I, p.143. Citado por Mario Alzamora Valdez en Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario. Lima Perú 1966, p. 143.

4 Tal es tenor del artículo 678 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1852.

5 Couture Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil, Pruebas en materia civil. Tomo II. EDIAR S.A EDITORES, Buenos Aires 1949, pp 270-271.

6 Leguisamon Hector Eduardo. Derecho Procesal Civil Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editorial, 1ª edición, Santa Fe 2009.

En nuestro ordenamiento procesal civil, la declaración de parte presenta una apertura hacia el interrogatorio libre. Inicialmente está sujeta a la absolución de posiciones redactada por la parte proponente lo que induciría a creer en un remanente encubierto de la prueba confesional; sin embargo, concluida la primera fase, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas; el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes.

Téngase en cuenta que el esquema clásico de la absolución de posiciones exige la regulación del apercibimiento respectivo, de modo que, si no asiste la parte obligada a declarar, o asistiendo se resiste a declarar o da respuestas evasivas, el apercibimiento es tenérsele por confeso, es decir, tener por contestadas en sentido afirmativo las preguntas contenidas en el pliego interrogatorio. La regulación actual de nuestro código procesal civil no contiene este tipo de apercibimiento porque es el juez quien evalúa la conducta del renuente al momento de resolver⁷. Entonces, la alusión formal a la absolución de posiciones en el artículo 213 del Código Procesal Civil no es ningún remanente de la confesión; por lo demás el interrogatorio es abierto con las precisiones exigidas por el artículo 217 en el sentido de que las preguntas deben ser concretas, claras y precisas.

Sobre la absolución de posiciones, Devis Echandía es categórico al sostener que “En el proceso moderno resulta anacrónico, inconveniente o antijurídico el sistema formal de las posiciones como medio para el interrogatorio de las partes por lo cual en la justicia civil, comercial y laboral de algunos países se ha sustituido por el libre interrogatorio oficioso del juez o provocado por la iniciativa del adversario, sin forma especial asertiva para las preguntas (...) La estricta regulación legal de las formas como deben redactarse las preguntas, e incluso el número, constituye una limitación absurda de una de las principales fuentes de convicción que el juez puede tener en el proceso civil, comercial o laboral: el conocimiento o la ciencia de las partes sobre los hechos del litigio”⁸.

7 Sin embargo, la absolución de posiciones clásica tiene expresión vigente en nuestro Código Procesal Civil en el capítulo correspondiente a “Prueba anticipada”. Específicamente, en el artículo 296 están regulados los apercibimientos; en el caso de la prueba anticipada de absolución de posiciones se establece que se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado.

8 Devis Echandía Hernando. Ob. Cit. T.II, p. 713

4.- CLASES

Son diversos los criterios de clasificación de la declaración de parte; por razones didácticas adoptamos los cuatro criterios desarrollados por Hernando Devis Echandía, en su obra tantas veces citada en este trabajo.

4.1. Declaración de parte jurisdiccional y no jurisdiccional

Este criterio de clasificación toma en cuenta el escenario en el cual ocurre la declaración de parte y no a quien corresponde la iniciativa para su postulación. La declaración de parte jurisdiccional ocurre en el desarrollo y dinámica de un proceso contencioso o no contencioso, o en diligencias de prueba anticipada; *tiene lugar ante una autoridad jurisdiccional*, ésta es su particularidad.

La declaración de parte no jurisdiccional ocurre ante autoridades administrativas, notarios públicos e incluso ante entidades privadas, puede tener lugar antes del proceso o coetáneamente pero fuera de él; puede ser aportada al proceso según las circunstancias y particularidades del caso como el contenido de un medio probatorio documental, en modo alguno, como declaración de parte ni tan siquiera como declaración asimilada.

4.2. Declaración de partes documental y oral.

La variable tomada en cuenta para esta clasificación es el momento y forma como ocurre la declaración de parte.

La *declaración de parte documental* es la producida antes del inicio o coetáneamente al proceso jurisdiccional por lo que llegan a éste en documentos públicos o privados La declaración de parte documental pública puede provenir de un proceso jurisdiccional bajo la autoridad de un juez, caso en el cual ingresa al proceso en curso como declaración asimilada. Si se tratase de autoridad pública no jurisdiccional, como se señaló precedentemente, la declaración de parte documental, ingresa al proceso en desarrollo, como medio probatorio documental público y no como declaración de parte.

La *declaración de parte oral* es la actuada y recibida directamente por el Juez, aunque finalmente quede transcrita documentalmente en el acta de audiencia de actuación de medios de prueba; ésta es, propiamente, la declaración de parte regulada en nuestro Código Procesal Civil.

4.3. Declaración de parte por iniciativa propia y por iniciativa judicial

La diferencia está determinada por la forma cómo se gesta la declaración de parte, es decir, si la iniciativa corresponde a las partes o al Juez. Si la declaración de parte es postulada por iniciativa de las partes o de un tercero estamos frente a la *declaración de parte propia o espontánea*, o por iniciativa de parte.

Si la declaración de parte es motivada y decidida por el Juez, entonces estamos frente a una declaración por interrogatorio, propiamente una declaración de parte por iniciativa judicial: una prueba de oficio según los parámetros del artículo 194 del CPC. Esta norma establece que, excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes para la formación de convicción judicial es procedente que el Juez ordene de oficio la actuación de una declaración de parte.

4.4. Declaraciones de parte formales e informales

Este criterio toma en cuenta la libertad de formas o la sujeción a determinados procedimientos o formalidades en el ofrecimiento y actuación de la declaración de parte.

En el caso nacional, la declaración de parte tiene, inicialmente, un carácter formal puesto que el interrogatorio es realizado por el Juez y se inicia con una absolucón de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado.

Seguidamente se inicia una fase de un interrogatorio libre; se establece en la ley que “Concluida la absolucón, las partes, a través de sus Abogados y con la direccón del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes”.

5.- OFRECIMIENTO

La declaración de parte del demandado o del demandante, como todos los medios de prueba, debe ser ofrecida en la demanda o en la contestación de demanda. La declaración de parte es personal, por excepcón, tratándose de

persona natural, el juez puede admitir la declaración del apoderado siempre que no se pierda su finalidad.

Resulta sumamente discutible tal excepción, puesto que la declaración hecha por el apoderado jamás podría tener el mismo alcance y la misma trascendencia jurídica que la declaración de la parte. El apoderado solo podría declarar sobre hechos para los cuales fue autorizado expresamente, si declarase sobre hechos distintos, tal declaración sería susceptible de cuestionamiento.

La declaración es irrevocable luego de concluido el interrogatorio. La posterior declaración rectificatoria será apreciada por el juez al momento de resolver.

El nuevo Código General del Proceso colombiano (Artículo 201) y el Código de Proceso Civil de Brasil (Artículo 385.3) a diferencia del nuestro, establecen la posibilidad de recabar la declaración de la parte o el testimonio personal a través de videoconferencia, teleconferencia u otro recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real, cuando la parte citada reside en lugar distinto a donde se tramita el proceso.

6.- CONTENIDO

El contenido probatorio de la declaración del demandante o del demandado son los hechos o las informaciones, material cognitivo valioso que aquellos aportan al proceso. La regla es que la parte declare personalmente siempre que sea una persona natural con capacidad de ejercicio; por excepción, el Juez puede admitir la declaración del apoderado, si considera que no se pierde su finalidad (Art. 214 CPC).

Cuando las partes son personas jurídicas la regla es que declaren sus representantes legales o apoderados, no obstante, en la realidad surgen situaciones respecto de hechos que no son del conocimiento pleno del representante legal. En el Código Procesal Civil no está regulada la medida a adoptar por el Juez frente a este supuesto.

Sobre el particular, en la revisión de la legislación extranjera encontramos una respuesta: el numeral 1 del artículo 309 de la LEC española establece que si el “representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio. Interrogatorio de persona jurídica o de entidad sin personalidad jurídica. El representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad”.

Asimismo, en el numeral 2 del mismo artículo establece que “Cuando alguna pregunta se refiera a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiere intervenido en aquellos hechos. El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final...”.

7.- FORMA DEL INTERROGATORIO

Tanto las preguntas contenidas en el pliego interrogatorio acompañado a la demanda en sobre cerrado como las formuladas adicionalmente por las partes deben estar expresadas de manera concreta, clara y precisa. Las oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, de oficio o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable; las que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente. La norma no exige que las preguntas sean formuladas en sentido afirmativo como sí lo exigen otras legislaciones, ejemplo España⁹.

9 Artículo 302. Contenido del interrogatorio y admisión de las preguntas. 1. Las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas. 2. El tribunal comprobará que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido, y decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio.

La tendencia predominante en la legislación procesal contemporánea es que el juez tenga la potestad de interrogar libremente a las partes, preservando los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad en su accionar en concordancia con los principios que rigen la actividad probatoria. En la hora actual “la prohibición del libre interrogatorio de las partes por el juez en el proceso civil es un rezago del concepto, revaluado desde hace ya casi un siglo del juez como simple árbitro en la contienda procesal y de la tutela del interés individual como fin del proceso (...). No puede existir un derecho a callar la verdad ni a ocultarla, cuando el Estado interviene en ejercicio de su función jurisdiccional; en cambio sí existe el deber de lealtad, veracidad y probidad para toda persona que concurra a un proceso, cualquiera que sea su naturaleza y finalidad”¹⁰.

8.- ACTUACIÓN

El juez en su calidad de director del proceso realiza el interrogatorio, inicialmente, sobre la base de las posiciones contenidas en el pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado.

Las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente; ejemplo si la pregunta fuese la siguiente: “Pregunta N° 5.- Para que diga si es verdad que el 30 de enero de 2010 se celebró el contrato de mutuo, en la ciudad de Lima, y que no obstante haberse pactado en la cláusula tercera que el dinero sería depositado en la cuenta bancaria del mutuuario dentro de las 48 horas, en el acto de suscripción del contrato el mutuante hizo entrega de tres mil soles al mutuuario”. La pregunta contiene tres hechos, entonces, la respuesta se referirá a cada uno de ellos por separado.

Se señala en la norma que ningún pliego interrogatorio tendrá más de veinte preguntas por cada pretensión. Se infiere de esta restricción que una pretensión no puede tener más de veinte fundamentos fácticos, si es que se formulase una pregunta por cada hecho. No obstante, consideramos que esta

10 Devis Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. Editorial Temis Bogotá 2002, p. 544

medida tiene finalidad preventiva y aséptica; además, la declaración de parte es una prueba más que debe ser valorada junto a los otros medios probatorios.

Sin embargo, si subsiste la necesidad de formular preguntas por un número superior al establecido, el Juez tendrá que preferir normas constitucionales para garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y en consecuencia, permitir la formulación de las preguntas adicionales que fueran necesarias.

Concordante con la exigencia sobre el tipo de preguntas exigidas por la ley, las respuestas deben ser categóricas (Artículo 218 CPC), sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Entonces, si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, será requerido por el Juez para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez no puede emplear medidas coercitivas ni mucho menos hacer efectivo apercibimiento alguno, tan solo se limitará a comunicar al renuente que su conducta será evaluada al momento de resolver. Esta regulación es concordante con el sistema de valoración de los medios de pruebas adoptado por el legislador, según el cual todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (Art. 197 CPC)

Dentro de esta misma orientación, entre los más recientes, están los códigos de Brasil (Artículo 386)¹¹ y Colombia (Artículo 203)¹². Entre los cón-

11 Art. 386. Cuando la parte, sin motivo justificado, deje de responder a lo que le sea preguntado o empleando evasivas, el juez, apreciando las demás circunstancias y los elementos de prueba, declarará, en la sentencia, si hubo rechazo de declarar.

12 Artículo 203. Práctica del interrogatorio. Antes de iniciarse el interrogatorio se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad.

En la audiencia también podrán interrogar los litisconsortes facultativos del interrogado.

El interrogado deberá concurrir personalmente a la audiencia, debidamente informado sobre los hechos materia del proceso.

Si el interrogado manifestare que no entiende la pregunta el juez le dará las explicaciones a que hubiere lugar.

Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá limitarse a negar o a afirmar la existencia del hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con las explicaciones que considere necesarias. La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas. Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o impertinentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.

gos que sí consideran apercibimientos están los códigos de Uruguay (Artículo 149.4)¹³ y España (Artículo 307)¹⁴.

Al declarante solo le está permitido consultar libros o documentos para sus respuestas, en modo alguno puede usar apuntes o borradores.

Concluido el interrogatorio por el juez, seguidamente las partes, a través de sus Abogados, y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes.

El juez al valorar la declaración puede dividirla si comprende hechos diversos, independientes entre sí o cuando se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado.

9.- EXCEPCIONES. SECRETO PROFESIONAL Y PRINCIPIO DE NO INCRIMINACIÓN

“Artículo 220.- Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

13 Artículo 149.4 La no comparecencia a la citación, sin causa justificada, así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión.

14 “Artículo 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.

1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.
2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior”.

Tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

9.1. Sobre el secreto profesional o confesional

Sobre la dimensión constitucional del derecho al secreto profesional, el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el expediente N° 07811-2005-PA/TC ha desarrollado cuatro importantes criterios:

1º) El derecho al secreto profesional se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, en él se establece que toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional (*Fundamento 4*).

2º) El derecho a *guardar el secreto profesional* supone una obligación para el profesional (abogado, notario, médico, periodista, etc.) de mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición de profesional o técnico en determinada arte o ciencia. Dicha obligación le impone que no divulgue ni participe a otros dichos *secretos* sin consentimiento de la persona a quien le conciernan. El secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio, de modo que ninguna autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos propios de la profesión (*Fundamento 5*).

3º) La garantía del secreto profesional resulta fundamental cuando la profesión u oficio guarda estrecha relación con el ejercicio de otras libertades públicas, como es el caso de los periodistas respecto de la libertad de información y expresión, o de los abogados con relación al ejercicio del derecho de defensa. En estos supuestos, se trata de preservar y garantizar el ejercicio libre de las profesiones, de los periodistas, médicos o abogados con relación a sus fuentes de información, sus pacientes y patrocinados respectivamente, de modo que estos profesionales no puedan ser objeto de ningún tipo de presión de parte de sus empleadores o de las autoridades y funcionarios con relación a hechos u observaciones vinculadas al ejercicio de una determinada profesión u oficio (*Fundamento 6*).

4º) Dos son los ámbitos de actuación de la garantía-derecho al secreto profesional que reconoce la Constitución. *En cuanto derecho*, reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión.

En cuanto garantía, el secreto profesional impone un deber especial de parte del Estado a efectos de preservar su eficaz cumplimiento. Dichas acciones de parte del Estado deben concretarse en una adecuada legislación, así como en la promoción de una cultura de respeto al ejercicio de las profesiones en general y, en especial, de aquellas que tienen directa implicancia con la promoción de los derechos y libertades públicas, como es el caso de la profesión del periodismo y la promoción del derecho a la libre expresión e información; la abogacía y el ejercicio del derecho de defensa; la profesión médica y la promoción de la salud, así como las profesiones que inciden en la promoción de las libertades económicas en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho (*Fundamento 7*).

5º) En cuanto al contenido de lo que debe considerarse secreto para los fines de su protección, el Tribunal opina que aunque resulta difícil determinarlo en abstracto, de modo general puede establecerse que, se trata de toda noticia, información, situación fáctica o incluso proyecciones o deducciones que puedan hacerse en base a la pericia o conocimientos del profesional y que hayan sido obtenidas o conocidas a consecuencia del ejercicio de una determinada profesión, arte, ciencia o técnica en general. Están incluidas en la cláusula de protección y, por tanto, también les alcanza la obligación de mantener el secreto, no sólo los profesionales a quienes se ha confiado directamente, sino también sus colaboradores, ayudantes, asistentes e, incluso, el personal al servicio del profesional que tuviera acceso directo a tales secretos (*Fundamento 8*).

En la misma sentencia (*fundamento 3*) se establece que si bien el Código Procesal Constitucional no ha incluido la tutela del derecho al secreto pro-

fesional en la lista de derechos protegidos a través del proceso de hábeas corpus (art. 25) y tampoco en la lista que corresponde al proceso de amparo (art. 37), el Tribunal aprecia que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 2, inciso 18), de la Constitución, por lo que, de conformidad con el inciso 25) del artículo 37 del Código Procesal Constitucional, el amparo resulta ser la vía procesal para intentarse su tutela procesal.

9.2. Sobre el principio de la no incriminación

Del mismo modo, el principio de la no incriminación, subsumido en el literal h, numeral 24 del artículo 2, en el Texto Constitucional vigente, establece que “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

Sobre el particular, el artículo IX, numeral 2, del Código Procesal Penal, dentro de los ámbitos del derecho de defensa establece que “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

Los preceptos citados son los fundamentos: constitucional y legal del artículo 220 del Código Procesal Civil, por consiguiente, si alguna de las preguntas contenidas en el interrogatorio o formulada directamente por el juez desconociera los alcances de los preceptos citados, el interrogado, directamente o a través de su abogado, tendría que formular oposición a la pregunta impertinente precisando los fundamentos de su impugnación.

10.- Declaración por exhorto

Siguiendo los parámetros clásicos, la norma establece que cuando el declarante domicilia en el extranjero o fuera de la competencia territorial del Juzgado, el interrogatorio se efectuará por medio de exhorto (Artículo 219). Sobre el particular, debemos señalar sin ambages que ya es momento de poner al día a nuestro sistema procesal respecto a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

La videoconferencia es una opción valiosa que debería se incorporar para la actuación de la declaración de parte y de este modo mantener el exhorto solo por excepción para aquellas zonas de difícil accesibilidad tecnológica. No obstante, reconocemos que en el Poder Judicial se viene dando pasos importantes en el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como es el caso del uso obligatorio de las casillas electrónicas, el sistema de consulta de expedientes judiciales, la institucionalización del expediente judicial, entre otros.

Existen experiencias cercanas en las que se ha incorporado la videoconferencia como opción alternativa. Efectivamente, el Código General del Proceso de Colombia (Artículo 201) y el Código de Proceso Civil de Brasil (Artículo 385) como lo dijimos, establecen la posibilidad de recabar la declaración de la parte a través de videoconferencia, teleconferencia u otro recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real, cuando la parte citada reside en lugar distinto a donde se tramita el proceso.

En nuestro país, el Código Procesal Penal (Artículo 119-A) prevé, excepcionalmente, la posibilidad del interrogatorio mediante videoconferencia en casos en que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga.

11.- DECLARACIÓN ASIMILADA

“Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa” (Artículo 221).

Se trata de declaraciones o afirmaciones contenidas en actuaciones jurisdiccionales de procesos concluidos o en curso; tales declaraciones pueden estar insertas en actas; el declarante pudo haber tenido la condición de testigo en dicho proceso y en el proceso en curso ser demandante o demandado. Otro supuesto es que pudo haber sido parte en el proceso precedente y mantener tal calidad en el proceso en curso. De otro lado, las afirmaciones pueden es-

tar contenidas en escritos de las partes; ejemplo, la Municipalidad Provincial de Atalaya afirma en su contestación de demanda que el actor fue contratado para prestar servicios como experto en gestión de conflictos sociales, con dependencia directa de la Subgerencia de Servicios a la Comunidad.

La declaración asimilada es, en términos prácticos, una declaración de parte trasladada de otro proceso, junto a otros medios de prueba, llamadas por tal razón *prueba trasladada*, regulada por el artículo 198 del CPC en los siguientes términos: **“Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez”**. Precisemos, **la prueba trasladada puede provenir de un proceso precedente o paralelo; la declaración asimilada, además, puede manifestarse en el proceso en curso.**

Finalmente, la declaración asimilada no puede ser confundida con la declaración jurada o simplemente la declaración otorgada ante autoridad administrativa o un notario público porque, solo constituyen **declaración asimilada** las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, **en el contexto de un proceso judicial.**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alzamora Valdez Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario. Lima Perú 196, p. 143
- Hernando Devis Echandía en Teoría de la Prueba Judicial Tomo I, Quinta Edición. Editorial Temis Bogotá 2002.
- Lessona Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Traducción de Enrique Aguilera de Paz, Parte General. Madrid. Hijos de Reus Editores 1987.
- Couture Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil, Pruebas en materia civil. Tomo II. EDIAR S.A EDITORES, Buenos Aires 1949.
- Leguisamon Hector Eduardo. Derecho Procesal Civil Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editorial, 1ª edición, Santa Fe 2009.

El Fuero Militar: Alcances, naturaleza y contenido en el devenir histórico*

José Félix Palomino Manchego**

Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
palominomanchego@gmail.com

SUMARIO: *I.- Consideraciones previas. II.- Antecedentes históricos y fundamentos para su existencia y especialidad. III.- La jurisdicción militar en la España Romana. IV.- Los fueros municipales en la Edad Media: la jurisdicción militar y el fuero militar de la marina. V.- El fuero juzgo (lex visigothorum, liber gothorum, forum judicum o liber iudiciorum). VI.- Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. 6.1. El autor y su tiempo. 6.2. La obra. 6.3. Epílogo. VII.- La jurisdicción eclesiástica o castrense. VIII.- La legislación militar durante el reinado de Carlos I (Emperador Carlos V). 8.1. El autor y su tiempo. 8.2. La obra. 8.3. Epílogo. IX.- Las ordenanzas militares de Alejandro Farnesio. 9.1. El autor y su tiempo. 9.2. La obra. 9.3. Epílogo. X.- Los consejos de guerra, jurisdicción de guerra o tribunales militares. XI.- Las ordenanzas militares [Segundas de Flandes] de Felipe V. XII.- Las ordenanzas militares de Carlos III. 12.1. El autor y su tiempo. 12.2. La obra. 12.3. Epílogo. XIII. A modo de resumen. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* El presente estudio, en gran parte, constituye el Capítulo III de la tesis intitulada: *Conflictos de competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar en el contexto constitucional*, sustentada el 21 de noviembre del 2011 en el Salón de Grados de la Unidad de Posgrado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para obtener el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, habiendo obtenido la calificación: “Aprobado por unanimidad con la nota de veinte (20)”. El Jurado calificador estuvo integrado por el Dr. Percy Peñaranda Portugal (Presidente); Dr. Chedorlaomer R. Gonzáles Espinoza (Jurado Informante); Dr. Amadeo Felipe Salgado Padilla (Jurado Informante); Dr. Jaime Zelada Bartra (Asesor) y Dr. Gerardo Eto Cruz (Miembro).

** Magister con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (e) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la U.N.M.S.M. Profesor Principal de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las Universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Orden del Mérito Judiciario Militar otorgado por el Superior Tribunal Militar de Brasil. Orden del Fuero Militar Policial con el Grado de Comendador otorgado por el Tribunal Militar Policial de Perú.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Ya señalaba, con miras prácticas y fervoroso celo, Carlos Banús y Cómas (1852-1936), capitán de ingenieros y profesor de la Academia del cuerpo, refiriéndose a la palabra *fuero*, ya sea *especial* o *privilegiado*, que la necesidad de su existencia es incuestionable. “En sus primitivos tiempos —recordaba Banús y Cómas— la palabra *fuero* fue sinónima de Código, quizá mejor de Constitución como hoy se dice: ¿Qué otra cosa son el *Forum Judicum* (Fuero Juzgo)? y los innumerables fueros concedidos a los pueblos que levantándose en las fronteras de los Estados cristianos, servían de antemural a las algaradas de los árabes. Pero conceder fueros a aquellos pueblos, equivalía a darles privilegios, exenciones, y de ahí que hoy la voz <fuero> más que Código significa privilegio, y como el siglo XIX en su *espíritu igualitario* trueno contra todo lo que es preeminencia, no es de extrañar que el elemento civil haya asestado sus tiros contra el fuero militar”¹.

Cobijado en el ambiente de la época, José Vicente y Caravantes (1820-1880), en pleno siglo XIX, expresó con una luminosa claridad que: “en la milicia el fuero es de necesidad local, porque los militares no tienen más domicilio fijo que sus banderas, es de necesidad orgánica, porque la disciplina se robustece resumiendo los jefes las atribuciones judiciales; es de necesidad moral, porque los jefes deben saber las vicisitudes de la vida privada de sus súbditos, y es de necesidad política en circunstancias singulares y en los estados de guerra

1 Cfr., el equilibrado libro de Banús y Cómas, Carlos: *Estudios de Arte é Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos* (Segunda Parte), Redacción y administración de la Revista Científico-Militar, Barcelona, 1881, págs. 255-256. Sobre el influjo de Banús y Cómas en siglo XIX, vid. Busquets Bragulat, Julio: “La Sociología Militar en España”, en Revista de Estudios Políticos, N° 158, Marzo-Abril, Madrid, 1968, págs. 180-181. Con anterioridad, vid. su libro *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1967, págs. 196-215, en donde desarrolla el pensamiento de Carlos Banús Cómas, Francisco Barado y Font, José Almirante Torroella y Francisco Villamartin. En particular, también importa escuchar otra opinión de la época a cargo de Estévanez, Nicolás: *Diccionario Militar. Con un vocabulario Español-Francés-Alemán*, voz: “Fuero Militar”, Garnier Hermanos, Libreros-Editores, París, 1897, pág. 103: “Privilegio de que gozan los militares y asimilados, en virtud del cual los fusilan por cosas que en la sociedad civil no son ni siquiera faltas; pero pueden tanto la tradición y la rutina, que algunos se enfadan cuando se trata de quitarles ese privilegio”.

o de sitio, porque la fuerza física se aumenta cuando se le agrega los resortes legales que sirven para precaver y reprimir”².

Queremos hacer notar también que el abogado riojano, fiscal del Consejo de Guerra y Marina, teniente auditor de guerra de segunda clase, Pedro Buesa y Pison (1850-1919), sostenía con inequívoca elocuencia, en el último tercio del siglo XIX, que: “Siendo el Ejército una sociedad especial dentro del organismo social, forzosamente ha de regirse por leyes especiales. Ciertos hechos que para los no militares son inocentes, trae hondas perturbaciones dentro de la Milicia y exigen severo castigo... Y no sólo los Códigos penales deben ser distintos, sino que han de serlo también los Tribunales que los apliquen y las reglas para su aplicación... mientras exista, el Ejército [desde cuando sus tropas todavía no eran profesionales], y existirá en cuanto subsista la sociedad, tendrá sus leyes propias, sus tribunales peculiares y su enjuiciamiento especial, constituyendo todo ello la *jurisdicción de guerra*”³.

Bien es verdad que, como precisara Federico de Madariaga a inicios del siglo XX: “El fuero militar es consecuencia necesaria de la existencia, hoy por hoy imprescindible, de la fuerza armada, del modo de ser de ésta, de su especial funcionamiento. Mantener ese fuero dentro de un justo límite es, pues, velar por la existencia de la institución militar. Nada que convierta á los Estados Mayores de la milicia en Audiencias de lo criminal; más nada tampoco que haga

-
- 2 Cfr., la célebre obra de Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1853, pág. 8. De igual parecer era en aquella época el Teniente Coronel y Capitán de Carabineros, Santiago Benito é Infante cuando sostenía, con un talante especial, que: “El fuero especial de guerra como conjunto de leyes y forma excepcional de enjuiciar, existe y existirá siempre por imperio fatal de los hechos, interin exista o haya necesidad de que exista el Ejército en nuestras actuales sociedades”. Cfr. *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886, pág. 24.
 - 3 Cfr: Buesa y Pison, Pedro: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Militar publicada el 30 de setiembre de 1886*, Imprenta de Lúcas Polo, Madrid, 1886, págs. 27-28. En el último tercio de la centuria antepasada Joaquín Escriche (1784-1847) sostenía que la Jurisdicción Militar es: “... la potestad que tienen los jueces militares para conocer de los negocios de las personas que sirven en los ejércitos ó dependen de ellos, como asimismo de los que interesan al servicio de los mismos ejércitos”. Cfr., el cuidadoso *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho Americano, voz: “Jurisdicción Militar”, Librería de la V^{da}. de C. Bouret, París-México, 1906, pág. 1127.

imposible la vida independiente de la fuerza pública para el cumplimiento de sus fines propios”⁴.

Por su parte, bien ha destacado Rafael Bielsa (1889-1966), subrayando —con un juicio crítico estimable— la razón de ser de la Jurisdicción Militar y/o Jurisdicción de Guerra, que: “El Estado militar impone especiales deberes y obligaciones (a la vez que crea prerrogativas y derechos), de carácter esencialmente militar, por lo que afecta directamente a la institución y a la disciplina; de ahí que la facultad de juzgar y reprimir la transgresión de esos deberes y obligaciones debe ser, como lo es, atribución exclusiva del mismo Ejército y es precisamente esto lo que constituye y justifica la Jurisdicción Militar”⁵. Aun cuando en todo ordenamiento jurídico no se deja de verificar la existencia de tribunales o fueros militares “como algo absolutamente normal”⁶, pocos son los países que escapan a esta regla que a través del tiempo⁷ se ha convertido en general⁸.

4 Vid. Prólogo de Federico de Madariaga al libro de Del Nido y Torres, Manuel: *Código de Justicia Militar, comentado y concordado con las resoluciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Autos del Tribunal Supremo sobre cuestiones de competencia entre las Jurisdicciones de Guerra y la ordinaria, Leyes, reglamentos, Reales decretos, Reales órdenes y cuantas disposiciones se han dictado modificando ó aclarando alguno de los artículos de dicho Código, y formularios para todas las diligencias*, Imprenta de La Correspondencia Militar, Madrid, 1910, pág. VI.

5 Cfr. Bielsa, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª. edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, pág. 618. Sobre este punto, más particularmente, también *vid.* Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997, págs. 366-371.

6 Cfr., la exposición sistemática de Fernández Segado, Francisco: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista General de Derecho*, N°s. 568-569, Enero-Febrero, Valencia, España, 1992, págs. 335-361. En el mismo sentido, también *vid.* Rojas Caro, José: *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1991, págs. 79-93. Antecede Prólogo de Mariano Monzón y de Aragón.

7 *Vid.*, por ejemplo, lo expuesto en el libro muy completo para la época: *Organización administrativa de varios ejércitos de Europa comparada con la de España. Memoria escrita en virtud de orden del Director General de Administración Militar por una Comisión de dicho cuerpo y publicada con autorización del Gobierno*, Imprenta de la Administración Militar, Madrid, 1870.

8 Por ejemplo, cítese el *Código Penal Militar de Colombia*, Ley N° 1407 de 2010, que en su artículo 1° reza literalmente lo siguiente: “*Fuero Militar*. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio,

De modo parejo, Guillermo Cabanellas de Torres (1911-1983) ha precisado que el fuero militar es: “El derecho de todo militar de ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado; y el deber de la justicia militar de someter a su juicio a cuantos militares y civiles incurran en delitos o faltas típicamente militares. Aun cuando existan algunos aspectos no penales, resulta indudable que el carácter del *fuero militar* es predominantemente criminal, sin excluir algunas intervenciones de otra especie, incluso de jurisdicción voluntaria, cual la prevención de los abiestatos”⁹.

Pero, de vuelta a nuestro tema, siguiendo la ancha senda abierta por los especialistas, otros autores le asignan al *fuero militar* el sinónimo de *fuero de guerra*¹⁰ o *castrense*, y constituye el conjunto de inmunidades y ventajas

conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

- 9 Cfr.; la obra de Cabanellas de Torres, Guillermo, excelente en su género: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero Militar”, t. III, (E-G), Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1961, pág. 364. Redactado con el asesoramiento y consulta de técnicos por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. También, *vid.* Muñiz y Terrones, José: *Diccionario de Legislación Militar*, voz: “Fuero de Guerra o Fuero Militar”, 2ª. edición modificada y aumentada, Tipografía y Litografía de Olea, Cádiz, 1885, págs. 221-224; Kaplan C., Oscar: *Diccionario Militar*, voz: “Fuero Militar”, Talleres Gráficos Buschi, SRL, Buenos Aires, 1944, pág. 333 y Téllez Zamudio, Ingrid: *Diccionario Jurídico Militar*, voz: “Fuero Militar”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2003, págs. 99-101. *Idem*, Bedoya, Manuel: voz: “Fuero”, en *Diccionario Militar Ilustrado*, t. I, Imprenta Gloria, Lima, 1918, pág. 491.
- 10 Por ejemplo, la Constitución de México de 1917 en su artículo 13 estableció el reconocimiento del “fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar”. Cfr: Carlos E., Alejandro: *Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 2000, págs. 18-26. Antecede Prólogo a la 1ª. edición de Máximo Carvajal Contreras y Prólogo a la 2ª. edición de Mario Guillermo Fromow García. También, en el mismo sentido, *vid.* Bermúdez Flores, Renato de J.: *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 1998, págs. 155-164. Antecede Prólogo de Antonio Millán Garrido. Más de pronto, Cossío Díaz, José Ramón, “Fuero militar: sus alcances y limitaciones”, en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 22, Enero-Junio, México, D.F., 2010, págs. 321-361. Desde el punto de vista histórico también resulta provechosa la lectura de McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2ª. edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1982, págs. 22-23.

concedidas y de obligaciones impuestas a la clase de militar por razón de las funciones que ejerce, misión que desempeña y jerarquía social que ocupa¹¹. Por ejemplo, en 1860 se sostenía que: “La ordenanza general del Ejército y aclaraciones posteriores conceden á todas las clases militares determinados privilegios ó exenciones conocidos con el nombre de *fuero de guerra*. Este fuero se divide en fuero de guerra militar, fuero de guerra político y fuero de guerra temporal, según la clase de personas que lo disfrutaban, aunque en su esencia todas ellas gozan de unas mismas prerrogativas”¹². Y años después se comentaba que: “... el Fuero de Guerra, que no debe ser considerado como un privilegio envidiable, sino como una amarga necesidad orgánica de la Milicia, es la atmósfera en que únicamente puede vivir el Ejército, si ha de llenar su noble y honroso cometido”¹³.

Del mismo modo, Magdiel Gonzáles Ojeda expresa elocuentemente que: “Los tribunales militares constituyen la jurisdicción militar o fuero real, cuya función está encaminada a juzgar a determinadas personas en razón de la cuestión o materia que versa el juicio y no en razón de la persona comprendida

11 Interesante, en sumo grado, es la opinión que da Joaquín Escriche acerca del Fuero de Guerra: “La potestad que tienen los juzgados militares para conocer de los negocios de las personas que sirven en los ejércitos, ó dependen de ellos”. Cfr. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, ob. cit., voz: “Fuero de Guerra”, pág. 726. Más aún, como señalara Ramón Díaz Vela, Fiscal que fue de S. M. y Vocal de la Junta Consultiva de Guerra de España, a mediados del siglo XIX: “El Fuero Militar tiene su origen o es hijo de la necesidad social de un Ejército disciplinado y ambulante”. Y, agregaba a continuación: “El Fuero Militar, como hijo de una necesidad social, no es una mera gracia que constituya un privilegio odioso, sino una escepción tan justa como otra cualquiera de las que comúnmente urge introducir en la ley general, por causas ó motivos especiales, que no pueden ser desatendidos, sin faltar al sentimiento de la justicia”. Cfr. Díaz Vela, Ramón: *Informe sobre el Fuero Militar, en lo civil*, Imprenta de Don José González, Madrid, 1859, págs. 9 y 12, respectivamente.

12 Cfr. Pérez y Pérez, Francisco: *Tratado Teórico-Práctico de Juzgados Militares fundado en la Ordenanza General del Ejército y Órdenes posteriores, y extractado de la obra de Don Felix Colon*, Parte Primera. Del fuero de guerra. Capítulo Primero. Del fuero de guerra, personas que lo disfrutaban y exenciones que dá este fuero, artículo 1, Imprenta y Librería de Severiano López Fando, Toledo, 1860, pág. 5. Se trata de un libro de Texto para la enseñanza en el Colegio de Infantería, escrito por el profesor del mismo... y aprobado por el Excmo. Sr. Director general del arma.

13 López y Novella, Julián, *Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares*, 5.^a edición, Establecimiento Tipográfico de R. Labajos, Madrid, 1888, pág. 3.

en el proceso, por infracciones a las leyes y reglamentos que rigen a las Fuerzas Armadas. La función la realiza teniendo en cuenta las formas prescritas por la ley, por ciertos órganos castrenses especializados y previstos para tales fines”¹⁴.

En consecuencia, recuérdese en primer término que no parece ocioso apuntar que el *fuero militar* —cuya justificación constitucional no está en tela de juicio— constituye en los ordenamientos jurídicos, un alto organismo de los institutos armados encargados de procesar y juzgar los delitos y faltas sometidas a la jurisdicción privativa. Es decir, en su verdadero concepto, la normativa jurídico penal militar está circunscrita al ámbito estrictamente castrense¹⁵. Y, en segundo lugar, tal como suele darse actualmente en Perú, obsérvese que comprende en su conjunto, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en situación de actividad.

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FUNDAMENTOS PARA SU EXISTENCIA Y ESPECIALIDAD

Es oportuno revelar en este momento que las leyes militares son tan antiguas como los ejércitos. Para centrar mejor el tema, con miras al pasado, Emiliano González Díez ha subrayado con precisión que: “La evolución histórica de la jurisdicción militar en su vertiente de especialidad judicial exige una prevención terminológica y conceptual ya que la adjetivación que aquí se hace soporta una evidente carga convencional y por supuesto alejada de la moderna

14 Cfr. Gonzáles Ojeda, Magdiel: *La excepcionalidad en la Constitución. Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana*, L.F. Lann Editorial, Lima, 1991, pág. 55. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde. También, *vid.*, en particular, sobre este punto, Donayre Montesinos, Christian: *La reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, 2004, págs. 48-53. Antecede Presentación de Francisco Eguiguren Praeli y Prólogo de Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.

15 Cfr., sobre este punto, Saucedo López, Antonio: *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2002, págs. 58-63. También, *vid.* Gálvez Montero, José Francisco: “Antecedentes históricos de la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004, págs. 33-34.

concepción jurídico-procesal muy atenta en aquilatar y condensar su contenido semántico después de una progresiva depuración nocional que la doctrina ha sostenido en los prolijos debates en torno a la constitucionalización del Estado y en especial por la literatura jurídico-procesal. Esta ha sido la primera interesada en eliminar anfibologías y todas aquellas adherencias polisémicas para ajustar el núcleo conceptual del significante y significado en la relación bimembre de poder dictar o declarar el derecho y de juzgar y ejecutar lo juzgado. Que no se trata de una cuestión pacífica de idea la disparidad de ofertas terminológicas y de la necesidad de incrementar el análisis histórico para reivindicar el desarrollo autónomo del concepto como algo tardío según establece la literatura científica”¹⁶.

Y, sin temor a exageración, añadía en seguida con orientación certera lo siguiente: “Es verdad que, históricamente, se advierte una palmaria confusión e indiferenciación entre los términos *justicia* y *jurisdicción*; las más de las veces con esta última locución se quiere expresar la potestad decisoria, otras veces el nudo enjuiciamiento, no faltan aquellas otras que aluden a un difuso ejercicio plurifuncional sin que advierta emancipación de la actividad gubernativa como ocurre en el mundo medieval que arrastra como sobrecarga una impresión que hace acoger en su seno manifestaciones que hoy indubitadamente inscribiríamos en el marco competencial administrativo”¹⁷.

Mas, por lo mismo, Ángel Salcedo y Ruiz, Académico de Número de la Real de Ciencias Morales y Políticas de España, recordaba que la Justicia Militar es una locución inventada por los franceses. En su concepto: “Por Justicia

16 Cfr: González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, en AA.VV.: *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. El Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*, Burgos, 1996, pág. 778.

17 Cfr: González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, *ob. cit.*, pág. 778. También, *vid.* Rodríguez Devesa, José M^a. (1916-1987): “Algunas reflexiones sobre la jurisdicción militar”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIII, fasc. I, Enero-Abril, Madrid, MC-MLXXX, págs. 5-16. Se trata de algunas sugestivas reflexiones que el recordado penalista español abordó con ocasión del VIII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, celebrado en Ankara (Turquía) durante los días 11 al 15 de octubre de 1979, y cuyo tema central fue la “Evolución de la Justicia Militar”.

Militar se entiende todo un *Derecho Judicial* y todo un *Derecho Penal*, propios del Ejército, distintos de los generales del Estado, no en pormenores, sino en sus principios fundamentales”¹⁸.

A nuestro entender, nadie mejor que Francisco Villamartin (1833-1872) para dar una opinión, en toda su magnitud, acerca de la justicia militar, y que se encuentra plasmado en su famosa obra “Nociones del Arte Militar” —que ha sido catalogado como una verdadera enciclopedia militar—: “La justicia militar debe ser pronta y severa. La subordinación es una virtud que debe mantenerse vírgen, y no solamente relaja los lazos de la disciplina y quebranta la subordinación el inferior que falta, al superior, sino también el superior que se humilla y humilla la institución al humillar á sus subordinados; por consiguiente, esas reglas marcadas en nuestra leyes y reglamentos, que forman, por decirlo así, la etiqueta militar, deben conservarse siempre puras, porque las cuestiones de forma son en todo de tanto interés como la cuestión de esencia. Nada más expuesto que verse precisado á recurrir á alardes de carácter y autoridad aquel jefe que se ha familiarizado anteriormente, y nada más desorganizador que este vaivén violento entre la debilidad y el abuso de mando. No se debe dispensar nada de lo pequeño, para no verse precisado á castigar lo grave: hé aquí en qué estriba la buena educación de las clases”¹⁹.

Teniendo esto presente, en principio, y antes de aludir comprensiblemente al fuero militar, hemos de significar que, reforzando los presupuestos históricos, la expresión *fuero* —la fuente más representativa del Derecho medieval español, es decir, de vieja factura— deriva de la palabra latina *forum*, equivalente a foro o tribunal; *foro*, en portugués, gallego y leonés; *for*, en bearnés, provenzal, antiguo francés y catalán; *fur*, en catalán y valenciano; *fuero*, en

18 Vid. Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, Tipografía del Sagrado Corazón, Madrid, 1913, pág. 27. También se ha publicado en Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, t. X, Mayo 1912- Mayo 1914, Madrid, 1916, págs. 392-472. Hay separatas en circulación.

19 Cf. Villamartin, Francisco: “Nociones del Arte Militar”, en su libro *Obras selectas*, Establecimiento Tip. de los Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1883, pág. 99. Seguido con la biografía del autor por Luis Vidart, y un Apéndice a las *Nociones del Arte Militar* por Arturo Cotalero. Para mayores datos históricos, también vid. Ramos Espinoza, Juan Pablo (*et al.*): *Derecho Penal y Procesal Militar*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005, págs. 11-23. Hay 2ª edición actualizada, Lima, 2008.

castellano navarro y aragonés²⁰. Se trata, a no dudarlo, de una voz de origen nobilísimo y de recuerdo venerado, tal como lo ha puntualizado en el siglo XIX, con expresión más práctica, el erudito José Almirante Torroella (1823-1894)²¹.

Es indudable que, desde el punto de vista jurídico-militar, la acepción más generalizada del vocablo *fuero* es la que se refiere a la compilación o campo de leyes medievales, así como las que existieron en su respectivo momento —época Hispano-Goda— tales como el *Fuero Juzgo* o *Liber iudiciorum* (1241) y el *Fuero de las Leyes* o *Fuero Real* (1255). La expresión es de viejo cuño histórico y se le asigna un origen nobilísimo, pues conserva implícita la idea de preeminencia y privilegio, de franquicia o exención. En este contexto, y romanceado el término, fue anexado o vinculado a lo militar, acuñándose así el término *fuero militar*. En la actualidad se ha superado la noción que implicaba la idea de exención o privilegio, y es visto como deber y derecho²². Más, por otra parte, al decir de Cabanellas de Torres: “el fuero es el radio en que ejerce su acción la denominada justicia militar”²³.

20 Cfr. García-Gallo de Diego, Alfonso (1911-1992): “Aportación al estudio de los fueros”, en *Anuario de Derecho Español*, N° 26, Madrid, 1956, págs. 396-397. También resulta útil la lectura de la voz “Fuero”, y sus diversos significados históricos a cargo de Joaquín Escriche que desarrolla en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, *ob. cit.*, págs. 714-726.

21 Cfr. Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar* [versión original, publicada en un tomo por la Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869], voz: “Fuero”, vol. I, (A-G), reimpresión, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2002, pág. 486. Antecede Presentación de Miguel Cuartero Larrea. Sobre el influjo de Almirante Torroella, con miras en el siglo XIX, *vid.* Busquets Bragulat, Julio: “La Sociología Militar en España”, *ob. cit.*, págs. 176-180. En realidad, las obras de Almirante, en especial el *Diccionario Militar*, también tuvieron repercusión fuera de España. Al respecto, *vid.*, además, la obra de Martins De Carvalho, Francisco Augusto: *Diccionario Bibliográfico Militar Portuguez*, Impressão Nacional, Lisboa, 1891, de útil consulta para la época.

22 *Vid.* Erman, Sahir: “Evolución actual de las jurisdicciones militares”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 35, Enero-Junio, Madrid, 1978, págs. 81-93.

23 Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero”, t. III, (E-G), *ob. cit.*, pág. 364. Una aproximación equilibrada al tema se puede consultar en la obra de Sardina Páramo, Juan Antonio: *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979.

En general, conviene subrayar a este respecto, que el tema ya se dejaba notar delicado en el último tercio del siglo XIX conforme ha esbozado con claridad Nicolás Estévanez: “Á cualquiera se le ocurre que la Justicia no es militar, ni civil, ni eclesiástica, sino una é indivisible como la República francesa; porque si no es para todos, é igual para todo el mundo, más que justicia habrá de ser injusticia. Bien está que los tribunales militares entiendan en los delitos militares, en los que sólo por militares pueden ser cometidos y juzgados; un centinela que abandona el puesto, un soldado que vende los cartuchos, un capitán que maltrata de obra al coronel, es claro que deben ser juzgados militarmente, porque los paisanos están libres de cometer esos delitos, ya que no tienen coroneles, ni cartuchos, ni entran jamás de centinela, por lo que el Código civil no ha previsto ninguno de esos casos. Pero sucede que los tribunales militares, además de entender en esas cosas, pretenden entrometerse en otras. Y gracias que ya no existe más que el fuero militar, cuya necesidad reconocemos; pero no se hallan lejanos los tiempos en que había fueros y jurisdicciones de Artillería, de Ingenieros, de la Guardia Real, de los Alabarderos, de los Capellanes, de la Hacienda militar y otros, lo que daba motivo á reclamaciones, competencias y conflictos de jurisdicción, que convertían en golillas á un gran número de militares, muy duchos en el conocimiento de textos legales y de reales órdenes, pero sin tiempo ni ocasión para aprender la Táctica. El antiguo régimen, en lo referente á la Justicia (y en otras muchas cosas), era lo más antimilitar que puede imaginarse”²⁴.

Observemos, por otra parte, que con acentuados caracteres generales, existen razones de *orden histórico* y razones de *necesidad* que abonan la existencia y la especialidad del fuero o tribunal militar, como materia u objeto de estudio del Derecho Militar²⁵. El fuero militar, si bien se remonta a la antigüedad, como se indicó antes, los primeros pueblos cuyos jefes imponían sanciones, se institucionaliza recién en la Edad Media, aun cuando no en sentido estricto. En efecto, ni en la Edad Antigua ni en la Edad Media se estructuró un

24 Cfr. Estévanez, Nicolás: *Diccionario Militar. Con un vocabulario Español-Francés-Alemán*, voz: “Justicia Militar”, *ob. cit.*, págs. 125-126. También, *vid.*, en el mismo sentido, entre otros, Téllez Zamudio, Ingrid: *Diccionario Jurídico Militar*, voz: “Justicia Penal Militar”, *ob. cit.*, págs. 131-132.

25 Cfr., al respecto, Gomes Carneiro, Mário Tiburcio: “Los elementos fundamentales del Derecho Militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961, págs. 181-209.

órgano jurisdiccional castrense tal como se concibe hoy, pues los atropellos que en las batallas se cometían se penaban en el acto por los jefes o se olvidaban por el comportamiento heroico en la lucha; y disuelta la hueste, toda la estructura militar desaparecía²⁶.

Lo reseñado bastará para atestiguar que: “Donde quiera que han existido fuerzas armadas regulares y organizadas han funcionado, más o menos embrionariamente, las leyes y justicia de carácter militar específico, porque siempre ha sido facultad y deber del mando mantener en las huestes sobre que se ejerce la disciplina, a cuyo fin es indispensable el uso rápido y eficaz del poder punitivo”²⁷. Es más: “Sin la disciplina no hay Ejército posible, y sin Ejército no hay defensa eficaz”²⁸.

Al margen de esta breve evolución histórica, si fuera menester agregar algo más, diremos que la presencia de los tribunales militares obedece también a una *razón de necesidad*. Así, es un hecho evidente que los miembros de las Fuerzas Armadas descansan, igual que la policía, en una disciplina funcional y jerarquizada de todos sus miembros. En este sentido, el personal castrense y policial que, en gradación de infrajerarquía se encuentra frente al superior, son dóciles y deben obediencia al jefe que los manda²⁹, y si éste es un juez que

26 Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voces: “Fuero” y “Fuero Militar”, t. III, (E-G), *ob. cit.*, págs. 363 y 365, respectivamente. Sobre este punto, también, *vid.* Mercado G., Roberto y Soria Galvarro C., Carlos: *Diccionario Militar*, voz: “Fuero Militar”, Editorial Renacimiento, La Paz, 1948, pág. 449.

27 Cfr., sobre esta cuestión, De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, Editorial Naval, Madrid, 1948, pág. 31. Antecede Informe del Excmo. Sr. Ministro Togado, Asesor General del Ministerio de Marina, sobre la declaración de utilidad de esta obra, Eugenio Blanco.

28 Cfr. Cousiño Quiroga, José: *El Ejército como elemento indispensable de la vida nacional*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1917, pág. 24.

29 Todo mandato, provenga de un superior, por principio, si es una orden racional, sensata, legal, debe ser ejecutado por el subordinado. Sin embargo, el tema de la *obediencia debida* impone ciertos límites, pues alegar una obediencia que significa una impunidad de una falta o delito es de por sí reprochable. Por consiguiente, no puede ejecutarse una orden cuyo cumplimiento signifique simplemente la comisión de un delito. *Vid.*, sobre todo esto, Rojas Caro, José: “Las órdenes que pueden ser desobedecidas”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 361-370. También, *vid.* las cuidadosas reflexiones a cargo de Rodríguez Devesa, José M^a.: “La obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N^o 3, Enero-Junio,

puede castigarlos, no hay intervalo alguno entre la falta y la sanción imposible de eludir³⁰. Unido a esta situación se argumenta, por razón de necesidad misma, que para juzgar es necesario conocer los delitos de naturaleza castrense y, en consecuencia, hay que ser perito en la profesión y únicamente los militares se encuentran en condiciones de emitir un juicio expedito y fundado en lo que atañe a la disciplina militar, sobre todo lo acontecido en una función de guerra³¹.

Parece comúnmente admitido que todos estos elementos históricos han venido primando y hoy, por lo menos, es lo que ocurre en el sistema continental europeo y en el mundo anglosajón. Los puestos de la judicatura militar son ocupados por militares *strictu sensu* y los profesionales en Derecho son normalmente abogados que ocupan los cargos de auditores y cumplen labor de asesoramiento sobre todos los asuntos jurídicos para la aplicación del Derecho Penal Militar³². En razón de ello, como suele darse en todos los demás órdenes de la cultura jurídica: “El estudio del Derecho Penal Militar es por otra parte

Madrid, 1957, págs. 29-79. Para el caso peruano, en concreto, *vid.* Zuñiga Rodríguez, Laura, “La obediencia debida y el nuevo Código Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Derecho*, N° 46, Diciembre, Lima, 1992, págs. 193-219.

- 30 También resulta utilísima la lectura del penalista español Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (1925-2000): *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, EDEVAL, Valparaíso, 1969. Antecede Prólogo de Francisco Blasco Fernández de Moreda. Para el caso peruano, *vid.* Ugaz Heudebert, Juan Diego: *La exigente de obediencia debida en el Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2011. Antecede Prólogo de Iván Meini Méndez.
- 31 *Cfr.* Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero Militar”, t. III, (E-G), *ob. cit.*, págs. 364-365. Una visión panorámica, en tiempo de paz, especialmente en los ordenamientos de Italia, Gran Bretaña, Alemania y Estados Unidos, se puede consultar en Gómez del Castillo Gómez-F., Manuel: “La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N°s. 2-3, Madrid, 1975, págs. 349-411.
- 32 En el siglo XIX se sostenía que: “La existencia de la justicia militar es... cuestión de vida o muerte para la disciplina del Ejército”. *Cfr.*, sobre todo esto, el *Novísimo Tratado de Derecho Militar*, t. I, Tipografía de Diego Pacheco Latorre, Madrid, 1886, pág. 10. La preparación y edición estuvo a cargo de la redacción de “La Correspondencia Militar”. La doctrina penal militar italiana, tan rica en sugerencias, también se ocupó del tema por aquella época. Al respecto, *vid.*, en efecto, en este sentido, la sucinta exposición de Pio, Oscar: *Elementi di Diritto Penale Militare per uso degli ufficiali dell'esercito*, Parte generale, Tipografía Giachetti, Figlio E C., Prato, 1884, Libro II. Della Giurisdizione Militare. Capo I, págs. 57-58. Una profunda exposición sobre este punto se encuentra en Rodríguez Devesa, José María: “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”, en AA.VV.: *Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1961, págs. 21-48.

interesante. Plantea múltiples cuestiones, ofreciendo un carácter propio y original. Las controversias que en él se encuentran, y que son, en su mayoría, de aplicación cotidiana, son nuevas y vivas”³³.

Con todo, la tendencia contemporánea es que la judicatura militar sea un cuerpo técnico para que la impartición de justicia se plasme con todas las garantías del debido proceso y de la tutela procesal efectiva, incluyéndose también su reconocimiento y aplicación a través del Derecho Disciplinario Militar³⁴. De lo que hemos dicho se deriva que, en la actualidad, la existencia de la jurisdicción militar ha suscitado vivas polémicas, habiéndose mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídico con argumentos de tipo político³⁵. No obstante ello, de entonces a la fecha, el problema no cesa.

Del mismo modo, entre los razonamientos a favor del mantenimiento de los tribunales militares, incluso en tiempo de paz, podemos destacar los siguientes³⁶:

33 En tal sentido, *cfr.* Moreau, Alfred y Dejongh, Charles: *Commentaire du Code Pénal Militaire*, Ferdinand Larcier Libraire-Éditeur y Arthur Rousseau Libraire-Éditeur, Bruxelles-París, 1880, pág. VIII. En realidad, se trata del *Code Pénal Militaire*, Loi du 27 mai 1870, que fue promulgado por el rey Leopoldo II de Bélgica (1835-1909).

34 Desde el punto de vista del régimen disciplinario militar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *vid.*, entre otros, Sospedra Navas, Francisco: “Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: tendencias (y algunas propuestas) expansivas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 89, Enero-Junio, Madrid, 2007, págs. 49-87. También, *vid.* Martínez Micó, Juan Gonzalo: “El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXXVIII-1-2-3-4, VII-1, Bruxelles, 1999, págs. 209-246.

35 El Abogado y Auditor de Guerra, Rafael Díaz-Llanos y Lecuona, ya advertía en su momento que: “La misión de los Jueces, Secretarios y Defensores en la Jurisdicción de guerra ofrece grandes dificultades en atención a su falta de condición letrada. La buena fe y el celo que ponen en la actuación no es bastante a impedir que cometan en ocasiones errores que anulan los procedimientos, lesionan derechos y entorpecen la rapidez tan necesaria en la administración de justicia”. Sobre esto, *cfr.* *Manual de Justicia Militar (Formularios para jueces, secretarios y defensores)*, 4ª. edición, Librería General, Zaragoza, s/f., pág. V. Obra declarada de utilidad para el Ejército por Cr. de 12 de Julio de 1935 (D.O. núm.160). Re-compensado su autor por Cr. de 28 de Enero de 1936 (D.O. núm. 28).

36 A este respecto, *cfr.* las reflexiones con independencia de criterio y equilibradas de Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en

a) asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador, ya que el juez militar se encuentra en mejores condiciones que nadie para calibrar el espíritu de las normas militares, sin que los informes periciales técnicos puedan suplir el conocimiento directo de su alcance; b) las muy especiales circunstancias en que se desarrolla la vida militar, que son irreproducibles ante un tribunal ordinario; c) la especial importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una respuesta rápida y ejemplar; d) la imperiosa necesidad de mantener la disciplina militar, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores; e) la necesidad de dotar a las Fuerzas Armadas de unos medios específicos de autodefensa; f) impedir que la autoridad judicial ordinaria penetre en la intimidad y en el secreto de muchos aspectos de la vida militar; y g) disponer, en tiempo de paz, de un núcleo de organización judicial militar que, en caso de guerra, pueda extenderse a campos más vastos.

Ampliando un poco más el horizonte, la existencia de una jurisdicción marcial no sólo se fundamenta con razones filosófico-jurídicas, sino también por motivos de orden práctico, por citar unos cuantos ejemplos:

- I. La necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los jefes que se consigue cuando éstos son, a la vez, jueces y superiores.
- II. La solución de continuidad que representaría la marcha de un ejército a país extranjero, maniobras o campaña.
- III. Lo difícil y escasa en resultados prácticos que sería la actuación de los jueces ordinarios en el interior de los cuarteles.
- IV. La dificultad que encontraría la jurisdicción común para entender en delitos de índole militar, ajenos a la competencia técnica de sus jueces.
- V. La incompatibilidad que produciría la situación de procesado ante el fuero ordinario con los deberes militares, lo cual no sucede en delitos de escasa importancia, cuando no lo aparta de su destino la instrucción del proceso.

el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, ob. cit., pág. 371. Sobre esta cuestión, también *vid.* El provechoso libro redactado por De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, ob. cit., págs. 92-95.

- VI. La necesidad imperiosa de un procedimiento rápido, en algunos casos sumarisimos, a fin de que la aplicación de la pena sea inmediata a la comisión del delito; rapidez incompatible con la tramitación del fuero común.
- VII. La mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno mismo del ejército por alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente; y,
- VIII. La naturaleza de la institución militar que obliga a castigar con penas severísimas actos de escasa o nula significación en la vida ciudadana³⁷.

Y las críticas que más han abundado en contra de los tribunales militares han girado en torno a los siguientes argumentos:

a) atentar contra el principio de unidad jurisdiccional poniendo en peligro, a su vez, los de igualdad de todos ante la ley o de uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta³⁸; *b)* suponer una justicia doméstica o corporativa que se presta a encubrir privilegios injustificados; *c)* falta de rigor técnico-jurídico en detrimento de las garantías que corresponden al justiciable; *d)* mayores dificultades para lograr una efectiva independencia de los jueces y magistrados militares, dada su habitual sujeción y vinculación a la jerarquía castrense; y *e)* como han puesto de manifiesto reiteradas experiencias históricas, la mayor facilidad de los tribunales militares para convertirse en instrumentos de acción política, especialmente en manos de regímenes autoritarios para reprimir cualquier intento de oposición, bien directamente o bien mediante el abuso de leyes de excepción³⁹.

37 Sobre esta materia, *cf.* la obra, de destacada importancia, de Véjar Vázquez, Octavio: *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo, México, D.F., 1948, págs. 25-26. Antecede Presentación de Agustín Mercado Alarcón y Prólogo de Emilio Pardo Aspe. Para el caso peruano, *vid.* Talavera Delgado, Abraham: *Nueva estructura del Fuero Privativo Militar en la reforma del Poder Judicial*, Lima, 1976, págs. 60-62. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

38 *Cfr.* la exposición detallada de Gil García, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1999, págs. 38-51. Antecede Prólogo de Alejandro Ruiz-Huerta Carbonell.

39 *Cfr.* Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986, págs. 82-83. En ese orden de ideas, para Aníbal Quiroga León, la Justicia Militar es excepcional, y agrega que la doctrina procesal la ubica como un rezago del “fuero de casta”. *Cfr.* “La Justicia Militar”, en Perúpaz, N.º. 24, Lima, 1994, pág. 12. Sobre esta cuestión, hay que mencionar seguidamente los Cuadernos para el Diálogo, XVII Extraordinario, Diciembre, Madrid, 1969, dedicado a las jurisdicciones especiales, en concreto, el ensayo de Miralles, Jaime: “La jurisdicción militar”, págs. 34-36.

En una muy bien lograda síntesis, Díaz Cardona anota que, sobre la conveniencia del fuero militar ha habido opiniones a favor y en contra, no obstante lo cual las cartas constitucionales modernas consagran unánimemente esta institución. Las razones aducidas para la abolición del fuero son básicamente las siguientes:

1. Nada justifica un privilegio respecto de empleados públicos de igual naturaleza que todos los demás agentes vinculados a la prestación de los diversos servicios a cargo del Estado.
2. La especialidad en la función militar también se presenta en cualquier otro organismo del Estado, y así como el juez común se asesora de peritos para obtener suficientes elementos de juicio, bastaría un examen de conocedores en los aspectos militares para obtener la erudición necesaria en las materias sometidas a su decisión.
3. Su conservación es peligrosa dada la dudosa independencia de que gozan los tribunales militares, en cuanto que la estructura esencialmente jerárquica del ejército supedita al criterio de un superior el pronunciamiento judicial. Al carecer de independencia, la actividad del juez militar se desnaturaliza, convirtiéndose en una actividad que pertenece a la rama ejecutiva del poder.

Cuanto acabamos de apuntar, a los anteriores argumentos, como bien sostiene Díaz Cardona, se oponen razonamientos igualmente valederos que propugnan por la consagración del fuero; entre estos destacan:

1. La necesidad de incrementar la disciplina de la institución y la autoridad de los superiores, y de que ese acrecentamiento reduzca el número de casos de rebeldía.
2. La naturaleza de la actividad castrense, que impone la necesidad de jueces que tengan capacidad de formar un juicio pronto e ilustrado en todo lo concerniente a la actividad.
3. La mayor ejemplaridad que produce el juicio seguido en el seno mismo de la institución por alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente, significa un estigma permanente sobre su hoja de servicios.
4. La condena dictada por las cortes marciales —que debe considerarse como hecha por un tribunal ordinario en cuanto a su obligatoriedad— castiga severamente conductas de escasa o nula significación en la vida ciudadana, como lo son el desacato al superior o la cobardía; y

5. Finalmente, someter las violaciones sufridas a la potestad de los tribunales comunes, equivaldría a nulificar las disposiciones específicas del ordenamiento castrense, dada la lentitud del procedimiento por la variedad de sus formulismos⁴⁰.

Queda, por tanto, bastante claro que la Justicia Militar —conforme enseña Cotino Hueso— nació con los Ejércitos como medio de lograr la eficacia de los mismos con relación a los fines que servían. Sin perjuicio de ello, especialmente desde la reaparición de la disciplina militar a fines de la Edad Media la jurisdicción castrense se configuró como un instrumento corporativo y privilegiado, esto es, a su razón de ser primigenia se añadió el hecho de resultar un privilegio en un mundo estamental cuyo sistema se nutría de toda una serie de prebendas de este tipo. Finalmente, en el Estado liberal la existencia de la jurisdicción castrense seguiría siendo tanto un medio en beneficio de la defensa militar llevada a cabo por los Ejércitos cuanto un privilegio para sus componentes, si bien, asimismo, resultó un instrumento de represión política por parte del poder. En un Estado democrático, la existencia de la jurisdicción militar no puede dar cobertura ni a un privilegio ni a un medio de represión política, sino que su razón de ser sólo puede ser la inicial, es decir, configurarse como uno más de los medios jurídicos para satisfacer la eficaz defensa militar del Estado constitucional⁴¹.

En consonancia con las consideraciones que preceden, hemos de concluir significando que, si hay algo que caracterizó a los ejércitos reales, que fueron organizados por los Reyes Católicos Fernando II de Aragón (1452-1516) e Isabel de Castilla (1451-1504) —quienes jamás dejaron de prestarles cuidadosa atención— durante los siglos XV y XVI, en rigor de verdad, es la unidad

40 En tal sentido, *vid.* Díaz Cardona, Francia Elena: *Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1988, págs. 78-79. Acerca de la independencia, *vid.* González Fernández, Carlos A.: “La independencia en los Tribunales Militares”, en *La Ley*, t. 51, Buenos Aires, 1948, págs. 1160-1162.

41 *Cf.* Cotino Hueso, Lorenzo: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid, 2002, págs. 420-421. Antecede Prólogo de Remedio Sánchez Ferriz.

jurídica y la unión peninsular de la institución militar⁴². Como consecuencia de ello —una suerte de transición de la Edad Media a la Edad Moderna—, tal y conforme advierte con llameantes palabras Ángel Salcedo Ruiz: “La organización del Ejército Real trajo consigo la de la jerarquía, y así como había determinado en el cuerpo social la distinción completa y absoluta entre el militar y el paisano, dentro del cuerpo bélico determinó una distinción no menos profunda entre el oficial y el soldado. Verdad es que aún el soldado ha de pertenecer a cierta clase social, o mejor dicho, no pertenecer a las tenidas en menos precio general, como gitanos, negros, etc.; pero el soldado es el plebeyo, el hombre de estado llano, y el oficial es el noble, el hombre de la clase superior”⁴³.

Esto no es todo. El alcance y contenido de la locución *Ejército Real* indicaba claramente que el Rey no era su jefe, tal y conforme hoy se reconoce —en todas sus manifestaciones civilizadoras— en las constituciones contemporáneas⁴⁴, sino que el Ejército era del Rey, como lo es su patrimonio. El Rey, en efecto, podía por sí y ante sí, sin contar con ninguna otra autoridad ni dar cuenta a nadie, aumentar su hueste o disminuirla, organizarla como le pareciese bien, admitir a los oficiales o despedirlos, ascenderlos o postergarlos. Todo dependía de él, o lo que era más grave, en muchas ocasiones de los favoritos que usufructuaban abusivamente la regia potestad⁴⁵.

42 Para una mayor amplitud de miras, en lo tocante a la labor de los reyes católicos, *vid.* Maravall, José Antonio: “El régimen de Estado moderno y el sistema de fortificación militar en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XVIII, Madrid, 1947, págs. 23-64.

43 *Cfr.* Salcedo y Ruiz, Ángel: *Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas. Conferencias dadas en el Centro del Ejército y de la Armada, durante el curso de 1902-903*, Imprenta de la Revista Técnica de Inf.^a y Cab.^a, Madrid, 1910, pág. 31. Para una visión histórica de la Jurisdicción Militar, *vid.* el oportuno ensayo, que contiene puntos de vista decisivos, de Montserrat Alsina, Sebastián: “El Ejército Real y la jurisdicción de guerra: Estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 21, Enero-Junio, Madrid, 1966, págs. 9-52.

44 Por ejemplo, el artículo 62 *h* de la Constitución española de 1978 le otorga al Rey el mando supremo de las fuerzas armadas. Sobre el tema, *vid.* Lafuente Balle, José María: “Artículo 62 (apartados f-j). Atribuciones del Rey”, en Alzaga, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. V (artículos 56 a 65), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 247-255.

45 *Vid.* Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, *ob. cit.*, págs. 56-57.

III.- LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA ESPAÑA ROMANA⁴⁶

Retrocedamos por un momento en el tiempo para sostener que, como consecuencia de la II Guerra púnica —para lograr la hegemonía del Mediterráneo— entre cartagineses y romanos, estos últimos intervinieron la Península. Y desde ese entonces se le conocerá como Hispania. El inicio de la conquista de Hispania por Roma se dio cuando los Escipiones desembarcaron en Ampurias el año 218 a. De J.C. El mundo latino era una civilización superior, y los pueblos peninsulares iban cediendo paso a la romanización. Una vez romanizada, la Península se convirtió en una de las provincias más notables del Imperio, para lo cual, la milicia jugó un papel muy importante en la Italia primitiva en medio de las contingencias y vicisitudes que se presentaron en la trama de la Historia. Bien es verdad que el apetito egoísta de dominio por parte de los gobernantes de las provincias, quienes reclutaban a las fuerzas indígenas, aprovechándose del espíritu bélico de los hispanos que entonces formaban las tropas denominadas *auxilia*, también era una de las notas características en aquella época⁴⁷.

Siguiendo su ordenación sistemática, en cuanto respecta a Roma, Eugenio D'ors (1882-1954), con vivísimo acento personal, nos dice que desde sus primeros tiempos históricos el pueblo reveló cierta vocación de universalidad. A este respecto, no en balde se suele hablar, a través de la historia de la civilización, del famoso Imperio Romano. Y para llegar a la cima expansiva en Europa, Roma mantuvo incólume el cultivo de la disciplina militar. “Con

46 Para una perspectiva histórica, muy completa hasta mediados del siglo XIX, *vid.* la obra del digno Consejero de Guerra y Auditor que fue del Ejército en África, Nuñez de Prado, José: *Código Penal Militar y Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra*, precedido de una introducción del Excmo. Sr. D. Hilario Igon y de un Estudio sobre Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Nuñez de Prado, seguido del Libro II del Código Penal Común, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1884, págs. XXI-LXIII. También, *vid.* Calderón Serrano, Ricardo: *El Ejército y sus Tribunales*, (Segunda Parte), Ediciones Lex, México, D.F., 1946, págs. 43 y sgtes.

47 *Cfr.*, sobre todo esto, Homo, León: *La Italia primitiva y los comienzos del imperialismo romano*, traducción del francés por Luis Pericot García, Editorial Cervantes, Barcelona, MCMXXVI. Antecede Prefacio de Henri Berr con el título “El «milagro» romano”. Al respecto, también es enormemente significativo, especialmente desde la perspectiva histórica, el libro de Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, *ob. cit.*, correspondiente a la edición de la Tipografía del Sagrado Corazón, págs. 392-472.

un solo pueblo —como bien apuntara D’ors— había de encontrarse en Roma en posición de irreductible hostilidad: con Cártago, metrópoli semítica, mediterránea también, y cuyo poder fue por muchos siglos superior al de Roma, y sólo pudo ser vencido por el esfuerzo de las largas luchas que se denominaron «guerras púnicas», acontecidas en gran parte sobre el territorio de la Península ibérica. El severo Catón, general y patriota romano, mostró gran lucidez política cuando tomó como un estribillo de su vida y de su obra el categórico lema «Hay que destruir a Cártago». Condujo, desde Roma, las guerras púnicas al Senado de la ciudad, órgano supremo de la República que había allí sustituido a la serie de reyes cuyos orígenes cifra la leyenda en los gemelos Rómulo y Remo, hijos del dios Marte y de una vestal y que fueron amamantados por una loba, símbolo, desde entonces, de la romanidad. Sigue contando la leyenda que Rómulo asesinó a Remo y tuvo por sucesor a Numa Pompilio, rey legislador, sucediéndose los monarcas hasta Tarquino *el Soberbio*, asesinado por Bruto, quien vengó así, poniendo fin a la monarquía romana, la afrenta inferida a la matrona Lucrecia”⁴⁸.

Es de subrayar, asimismo, que en el Capítulo I del Libro Primero, que lleva por título *Compendio de técnica militar (Epitoma institutionum rei militaris)*, Flavio Vegecio Renato (*Flavius Vegetius Renatus*) recordaba que: “Los Romanos vencieron a todos los pueblos gracias al singular adiestramiento en el uso de las armas”. Vemos, en efecto, que el pueblo romano ha sometido al mundo entero exclusivamente gracias al adiestramiento en el uso de las armas, a la disciplina del campamento y a la experiencia militar. ¿De qué habría valido la exigüidad romana contra la multitud de los galos? ¿A qué se habría podido atrever su menudencia contra la altura de los germanos?⁴⁹.

48 Cfr. D’ors, Eugenio: *La civilización en la Historia*, Ediciones Españolas, S.A., Madrid, s/f., págs. 116-117.

49 Cfr., en efecto, en este sentido, Vegecio Renato, Flavio: *Compendio de técnica militar*, traducción del latín y edición a cargo de David Paniagua Aguilar, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006, págs. 133-134. En su versión original, la obra lleva por título *Epitoma rei militaris*. Aun cuando, otros autores lo han traducido como *De re militari* o *Epitoma institutorum rei militaris*. Hemos de recordar a este respecto que el emperador Teodosio II (408-450) le encargó a Flavio Vegecio Renato la ambiciosa empresa de recoger la tradición preceptiva militar romana. También tenemos a la vista otra edición: *Instituciones Militares*, traducidas del latín y precedidas de una “Historia del Arte Militar en la Roma Clásica”, por José Belda Carreras, Librería y Casa Editorial Hernando (S.A.), Madrid, 1929.

No es de extrañar, a la vista de lo anteriormente expuesto, que: “Roma fue, desde sus orígenes, una nación de agricultores, aunque organizada militarmente para defender y atacar, si fuera preciso. El ejército, aunque fue abatido en muchas batallas, prácticamente nunca perdió una guerra. Ello se debió a que el principal cuidado de los romanos era descubrir en qué los superaban sus enemigos y remediarlo, de modo que sus derrotas eran provechosas”⁵⁰.

En coherencia con todo lo afirmado, González-Deleito y Domingo, refiriéndose a la Jurisdicción Militar en la España romana ha sostenido, con la correspondiente brevedad, que: “La dominación romana en España, iniciada en el año 206 antes de Jesucristo y finalizada en el año 409 de la Era cristiana, supone, tanto por razón de conquista como por inexistencia de un Derecho propiamente español —uniforme y viable—, la vigencia del Derecho de Roma en nuestro país [España]”⁵¹. Destacaron, entre otros, *De re militari*, *Officio militarium iudicum*, *Officio magistri militum* y *Apparitoribus magistrorum militum*, reconocidos tanto en el *Codex* como en el famosísimo *Digesto* (Libro XLIX, *De Re Militari*). Muy significativo, a este respecto, es que el primer ejemplo de disciplina militar lo dio Rómulo dando muerte a su hermano Remo, porque había traspasado el muro de la ciudad. Recuérdese también que en la justicia romana de guerra (*forum militari*) el servicio militar era obligatorio.

Y conforme recuerda Francisco Villamartin con la precisión necesaria: “Al revés que Grecia, y con una misión providencial distinta, Roma estaba constituida para la acción exterior, tanto como Grecia para la interior; su vida social consistía en adquirir; sin adquirir hubiera muerto, porque nada suyo tenía, y Grecia, por el contrario, debía conservar; Roma había de penetrar en

50 Cfr. Martínez Teixidó, Antonio (Dirección), Romero Serrano, José y Calvo Albero, José Luis (Con la colaboración de): *Enciclopedia del Arte de la Guerra*, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2001, pág. 89.

51 Cfr. el estudio, cargado de un rico material de fuentes, de González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 38, Julio-Diciembre, Madrid, 1979, pág. 15. También, *vid.* De Lorenzo Ponce de León, Rodrigo: “Pasado, presente y porvenir del sistema británico de «Courts Martial»”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 85, Enero-Junio, Madrid, 2005, págs. 109-110. También *vid.* Abásolo, Ezequiel: *El Derecho Penal Militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 23-26. Premio Dalmacio Vélez Sársfield a las tesis sobresalientes.

el corazón de todos los pueblos para ser entre ellos una corriente de vida, así como Grecia era el manantial de esa corriente y todos los pueblos habían de ir á ella; Roma, por lo tanto, había de ser activa y ofensiva en política y guerra; Grecia, pasiva, defendiendo sus hogares y custodiando el fuego sagrado que debía legar á otras generaciones”⁵².

En perfecta sintonía con todo ello, ya en 1835 Alfredo de Vigny (1797-1863), refiriéndose a la lengua de lacio, afirmaba en un libro muy sugestivo que: “Es el Ejército una nación en la Nación, y éste es un vicio de nuestro tiempo. En la antigüedad ocurría de otro modo: todo ciudadano era guerrero y todo guerrero era ciudadano; los hombres del Ejército no querían ser distintos de los hombres de la ciudad. El temor de los dioses y de las leyes, la fidelidad a la patria, la austeridad de costumbres y, ¡cosa extraña!, el amor de la paz y del orden se encontraban en los campamentos más que en las ciudades, porque era la flor de la nación la que habitaba en ellos. Para aquellos ejércitos inteligentes la paz tenía trabajos más rudos. Por ellos el suelo de la patria estaba cubierto de monumentos o surcado de anchas rutas, y el cemento romano de los acueductos, así como la propia Roma, por las manos que la defendían”⁵³.

Como fácilmente puede comprenderse, en sintonía con todo ello: “La jurisdicción penal de los cónsul, en el ámbito del *imperium militae*, debe considerarse desde una doble vertiente: en primer lugar, el cónsul ejerce jurisdicción, sobre los individuos integrados en las legiones, en relación con la comisión de delitos estrictamente militares (como, por ejemplo, desertión, abandono de puesto, venta de armas, etcétera), en segundo lugar, el cónsul ejerce también jurisdicción penal, durante la época republicana, sobre los *cives longius ad urbe mille passum* y los *peregrini*, es decir, ejerce la jurisdicción penal fuera del recinto amurallado (*pomerium*) de la *civitas*”⁵⁴.

52 Sobre el particular, *cf.*: Villamartin, Francisco: *Nociones del Arte Militar*, en su libro redactado, con increíble riqueza de material, *Obras selectas, ob. cit.*, pág. 99.

53 *Cf.*: Vigny, Alfredo de: *Servidumbre y grandeza militar*, traducción del francés de Nicolás González-Ruiz, Tipográfica Renovación, Madrid, 1921, pág. 21. No faltaron las críticas al presente libro. Un solo ejemplo bastará para poner en claro esta idea. Al respecto, entre otros, *vid.* Vigón, Jorge: *El espíritu militar español. Réplica a Alfredo de Vigny*, 2ª. edición, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1956.

54 *Cf.*: De Buján, Federico F.: “Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado”, en *Revista Española de Dere-*

Además de todo lo expuesto, a nuestro juicio, el Derecho Militar moderno no sólo en España, sino en todos los Estados modernos y contemporáneos, tiene su antecedente y soporte en el Derecho Romano por el conducto de la Jurisdicción Militar (*castrensis jurisdictio*). El ejemplo más notorio lo tenemos en el famoso *Epitoma...* de Vegecio, ya mencionado, que conservó la tradición clásica militar en la Edad Media y determinó su restauración⁵⁵.

IV.- LOS FUEROS MUNICIPALES EN LA EDAD MEDIA: LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL FUERO MILITAR DE LA MARINA

Renglón aparte ocuparon en la Edad Media los espigados fueros municipales castellanos y aragoneses (siglos XII y XIII), que en su gran mayoría contenían normas jurídico-militares referidas a la prestación del servicio militar u obligación de concurrir al Ejército, atributos de índole castrense (*hueste o fonsado*), a exenciones de deberes militares, a penas aplicables a desertores y otros delincuentes⁵⁶, que cometían delitos de traición, espionaje y saqueo,

cho Militar, Nº 41, Enero-Junio, Madrid, 1983, pág. 66. El famoso historiador alemán Theodor Mommsen (1817-1903) recuerda que: “A la magistratura le correspondía, además de la administración de justicia, el mando del ejército; la unión de ambas funciones constituía el concepto de imperium, o sea del poder público primitivo; pero el mando militar era aún cosa más exclusiva de la magistratura suprema que la jurisdicción: no hay magistratura suprema sin mando militar, ni mando militar que no pertenezca a una magistratura suprema”. Cfr: Mommsen, Teodoro: *Compendio del Derecho Público Romano*, traducción del alemán por Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, s/f., pág. 439. El eminente historiador alemán alude en el Prólogo que se trata de la versión alemana aparecida en Berlín en mayo de 1893.

55 Vid. Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, ob. cit., correspondiente a la edición de la Tipografía del Sagrado Corazón, pág. 41. También, vid. Calderón Serrano, Ricardo: *El Ejército y sus Tribunales*, (Segunda Parte), op. cit., págs. 49-51.

56 Vid. González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, ob. cit., pág. 25. El mismo estudio, aun cuando con el siguiente título: “La jurisdicción penal-militar española en las edades antigua y media”, se publicó parcialmente en AA.VV.: *Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro*, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979, págs. 535-554. Sobre el particular, también vid. el ensayo, con aportes notables, de Fernández Segado, Francisco: “La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Nºs. 56-57, Julio-Diciembre, Enero-Junio, Madrid, 1990-1991, págs. 21-26.

sedición, insubordinación, desobediencia, contra los deberes del centinela, deserción, fraude militar, negligencia militar. Como también, los delitos de naturaleza común que por las circunstancias en que se cometen, pasan a convertirse en delitos de carácter militar y, por tanto, juzgados por la jurisdicción castrense o militar. Fue aquella época, entonces, la más fructífera en cuanto respecta al Derecho Militar⁵⁷.

En efecto, es durante la Alta Edad Media o Temprana Edad Media (siglos V-XI, XII)⁵⁸ cuando los preceptos concernientes al Derecho Militar, incursos en los fueros municipales, y como fácilmente puede colegirse, también en los códigos, se centraban casi exclusivamente en el deber de prestación del servicio militar obligatorio y en los delitos militares. En rigor estricto, el Fuero de Teruel —prototipo del Derecho Militar— disponía que al frente de la *hueste* marchaba el Señor de la ciudad con el Juez y los Alcaldes, y que del Gobierno de ésta quedaban encargados un Juez suplente o *facticio* y dos Alcaldes⁵⁹. En su más alta medida, el extensísimo Fuero latino de Teruel o *Forum Turolii* (¿1177?) concedido por Alfonso II de Aragón *el Casto* (1157-1193) constituyó una magna compilación medieval del siglo XII producto del Derecho consuetudinario de la época, y sirvió de norma base y modelo para otros, que siguieron y mejoraron esta magnífica iniciativa⁶⁰.

57 Vid. De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, *ob. cit.*, págs. 32-41.

58 Vid. De Lorenzo Ponce de León, Rodrigo: “Pasado, presente y porvenir del sistema británico de «Courts Martial»”, artículo citado, págs. 110-133.

59 A este respecto, inquiere: ¿Qué significaba ‘Alcalde’ en el contexto histórico de esa época?: “Era aquella persona a quién el Rey, o Señor, que de aquel tiene autoridad para nombrarle, constituye en la dignidad de Juez en el pueblo o pueblos de su jurisdicción para que la ejerza en aquellos”. *Cfr.* Vizcaino Perez, Vicente: *Tratado de la Jurisdicción Ordinaria, para dirección, y guía de los alcaldes de los pueblos de España. Trata de sus elecciones, su gobierno, y de los exéptos de su Fuero, conforme á las Leyes, Pragmáticas, y Ordenanzas Militares, publicadas hasta este año*, 2ª edición, Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, MDCCLXXXIV, págs. 1-2. La 1ª edición se publicó en 1781.

60 Al respecto, *vid. El fuero latino de Teruel*, edición preparada y con Estudio Preliminar de Jaime Caruana Gómez de Barreda, Instituto de Estudios Turolenses de la Excm. Diputación Provincial de Teruel adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Teruel, 1974.

Por lo tanto, se puede sostener que: “En el siglo XII —tan decisivo en tantos aspectos para la Historia de Europa occidental— es cuando podemos observar cómo se bosqueja en los reinos cristianos de la Península un nuevo Derecho Militar, encaminado a dotar —fundamentalmente a las milicias concejiles— de las normas primarias de una necesaria disciplina. Los textos anteriores apenas se ocupan tan sólo del deber general de prestación del servicio militar. A fines de ese siglo XII se perfila ya todo un Derecho de *hueste* (*hostis*, en latín puro; *hosticium*, en latín bárbaro=Ejército), que engloba en sus preceptos —aunque tosco, quizás— una regulación jurídico-castrense”⁶¹.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, Martínez de la Vega en su notable y sentido libro que lleva por título *Derecho Militar en la Edad Media*, nos explica que: “No son en su origen la mayor parte de los fueros municipales obra de un legislador ó jurisconsulto cierto y determinado: unos constituyen verdaderos pactos entre el rey y los vecinos de una villa o quienes se proponen poblarla; otros fueron hechos por los mismos concejos y aprobados por los monarcas; no pocos son costumbres reducidas a escrito y sancionadas por la Corona, como premio de servicios recibidos; cuando los reyes dieron códigos completos a algunas poblaciones les aplicaron los ya existentes en otras, que se habían formado de aquellas maneras. Hace esto que los fueros municipales tengan un espíritu absolutamente nacional, sin influencias exóticas, ni prejuicios de escuela”⁶².

61 Cfr: De Moxo, Salvador: “El Derecho Militar en la España cristiana medieval”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961, pág. 16. También, *vid.* Martínez Marina, Francisco (1754-1833): “Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio”, en sus *Obras Escogidas*, t. I, Biblioteca de Autores españoles desde la formación del lenguaje hasta nuestros días, Madrid, 1966, págs. 66-125. Antecede Estudio Preliminar y Edición de José Martínez Cardos. El citado autor —historiador del Derecho, filólogo y sacerdote— habla de Alonso y no de Alfonso.

62 Cfr: sobre esta cuestión, la obra de Martínez de la Vega y Zegri, Juan, que ofrece una historia general de la época: *Derecho Militar en la Edad Media (España-Fueros Municipales)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII, págs. 8-9. También hay otra edición con el siguiente título: *Legislación militar de España en la Edad Media (Ensayo histórico)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII. Memoria en el ejercicio del grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

Por otra parte, además, Martínez de la Vega sostiene que: “Sus elementos constitutivos son, con especialidad, el Derecho germano-gótico, que por medio de estos cuadernos se salvó en gran parte de la catástrofe de la invasión sarracena [árabes o musulmanes]; algunos principios romanos, que llegaron a los fueros a través del Código de Alarico [*Breviarium Alarici*, *Breviarium Alaricianum*, *Breviario de Aniano*, *Lex Romana Visigothorum* o *Liber Legum*] promulgado el 2 de febrero del año 506 y del Fuero Juzgo; ciertas leyes canónicas; otras arábicas, incorporadas a las costumbres por la vida íntima entre cristianos y moros, pues en algunos pueblos recién reconquistados estos últimos formaban la mayoría de la población, como ocurrió en Toledo; alguna reminiscencia talmúdica traída por los judíos que moraban entre los árabes y también entre los cristianos; y determinados elementos de derecho consuetudinario muy antiguo, en los cuales se descubren instituciones de los iberos y de otros pueblos aborígenes. Encierran pues los fueros municipales una síntesis completa de nuestra personalidad jurídica, inútil de buscar en ningún otro código”⁶³.

Y en lo tocante al Fuero Militar de la Marina, la Ordenanza Militar de 1748, en concordancia con la Ordenanza de Marina, disponía lo siguiente:

Capítulo XIX⁶⁴

*De los Individuos, y casos sujetos á la jurisdicción de Marina,
y de los exceptuados, y sujetos á la Justicia Ordinaria,
conforme á la Ordenanza del año de 1748,
y adición de I de Enero de 1751.*

Todos los individuos que estuvieren en actual servicio en la Real Armada, en cualesquiera Cuerpos, y clases, empleos, ó ejercicios de guerra, ministerio, y mar; los empleados en las diferentes ocu-

63 Cfr., en el mismo sentido, Martínez de la Vega y Zegri, Juan: *Derecho Militar en la Edad Media (España-Fueros Municipales)*, ob. cit., pág. 9. Para una visión global, vid. Gil Villanueva, Jacobo: *Apuntes sobre el Fuero Juzgo*, Establecimiento Tipográfico de José M. Paredes, Santiago de Compostela, 1874.

64 Cfr. Vizcaino Perez, Vicente: *Tratado de la Jurisdicción Ordinaria, para dirección, y guía de los alcaldes de los pueblos de España. Trata de sus elecciones, su gobierno, y de los ex-éntos de su Fuero, conforme á las Leyes, Pragmáticas, y Ordenanzas Militares, publicadas hasta este año*, ob. cit., págs. 241-242.

paciones necesarias á la construcción, aparejo, y armamento de los Baxeles; la Gente de Mar, y Obreros de todos géneros matriculados en los dominios de S. M. para el servicio de ellos, han de gozar el Fuero Militar de la Marina: en virtud del qual no podrán ser comprendidos á comparecer en juicio ante las Justicias Ordinarias, ni otras qualesquiera; y sus causas, así civiles, como criminales, se substanciarán, y sentenciarán por los Xefes de Guerra, ó Ministerio de Marina á quienes corresponda, segun se declara en los artículos siguientes. *Artículo primero, Ordenanza de Marina, tít. 2 trat. 5 fol. 241 part. I.*

V.- EL FUERO JUZGO (*LEX VISIGOTHORUM, LIBER GOTHORUM, FORUM JUDICUM O LIBER IUDICIORUM*)

Por lo que toca al Fuero Juzgo, también denominado Código gótico, recuérdese que fue un cuerpo de leyes redactado en latín que rigió en España durante la dominación visigoda. Y fue elaborado en lengua castellana en virtud de lo dispuesto el 4 de abril de 1241 durante el reinado de Fernando III de Castilla y León (1199-1252), llamado *el Santo*. Siendo ley general del reino, se aplicó como derecho local, en calidad de fuero municipal conforme se iba conquistando a los reinos musulmanes. Tuvo vigencia hasta la aprobación del Código Civil [1889] a finales del siglo XIX, y actualmente sigue en pie como Derecho Foral Civil supletorio en el País Vasco, Navarra y Aragón⁶⁵.

Importa no olvidar que el Fuero Juzgo —príncipe entre los fueros— estaba conformado por un Primer Título, XII Libros, 54 títulos con 559 leyes y un Apéndice que contiene un glosario de voces antiguas y raras que se encuentran en el léxico castellano. Su contenido, catalogado como código nacional, era el siguiente:

65 *Cfr.* las interesantísimas reflexiones de Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003, págs. 39-42.

DE LOS LIBROS Y TÍTULOS QUE CONTIENE EL FUERO JUZGO⁶⁶

PRIMER TÍTULO

De la elección de los príncipes et del insinnamiento como deben iudgar derecho et de la pena de aquellos que iudgan torto

LIBRO I.

Del facedor de la ley et de las leyes.

LIBRO II.

De los juicios y causas.

LIBRO III.

De los casamientos é de las nascencias.

LIBRO IV.

Del linage natural.

LIBRO V.

De las avenencias é de las compras.

LIBRO VI.

De los malfechos é de las penas é de los tormentos.

LIBRO VII.

De los furtos é de los engannos.

LIBRO VIII.

De las fuerzas é de los damnos é de los quebrantamientos.

LIBRO IX.

De los siervos foidos é de los que se tornan.

LIBRO X.

De las particiones é de los tiempos é de los annos é de las lindes.

66 Cfr., sobre todo esto, *Fuero juzgo o libro de los jueces, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, por la Real Academia Española, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815. También publicado en Muro Martínez, José: *Códigos Españoles y Colección Legislativa, comprensiva de lo legislado con posterioridad á los códigos, ó sea Legislación General de España, ilustrada con los retratos de los Reyes autores de los Códigos, redactada con el texto literal ó compendiado de las respectivas disposiciones legales, á su vez también historiadadas, anotadas ó comentadas*, 2ª. edición refundida, t. I, Librería de Saturnino Gómez, Madrid, 1881, págs. 1-197. Antecede Prólogo y Discurso sobre las sociedades, y sobre España en particular, a cargo del autor.

LIBRO XI.

De los físicos é de los mercadores de ultramar é de los marineros.

LIBRO XII.

De devedar los tuertos é derraigar las sectas é sus dichos.

En directa conexión con lo que se acaba de señalar, conviene poner de relieve a este respecto, que: “La *Lex Visigothorum*, llamada más tarde *Liber Judiciorum* y *Fuero Juzgo*, representa, en nuestro siglo XII, la unificación del Derecho hispanorromano y el germánico —propio de los visigodos—. El título de su Libro IX puede ser considerado como expresión de lo que, en su época, preocupaba más a reyes y gobernantes: la abstención de un servicio militar obligatorio, el cual era inherente a la ciudadanía como deber o función; y la huida del campo de batalla... El título II de este Libro señala, como obligación de los jefes de caudillos y de todos los ciudadanos la de ir a la guerra y acudir a la defensa del país. Las Leyes 1.^a, 4.^a y 5.^a imponen sanciones punitivas a los jefes que, por dádivas o por otra consideración, eximen a alguien del cumplimiento de tales deberes. Las leyes 3.^a y 4.^a castigan a quienes no se presentan en las huestes o las abandonan. Y la 9.^a, con referencia a traidores y desertores, establece que el Rey «faga dél todo lo que quisiere»⁶⁷.

Y, justo es decirlo: “No se regula institución judicial distinta de los Jueces y Tribunales a que se refiere el Libro II... El Rey encarna la suprema potestad jurisdiccional. Tanto para lo común como para [lo] especial actúan, en su nombre, unos mismos Jueces y Tribunales, sin perjuicio de que ese *fazer lo que quisiere* pueda delegarse, en caso de guerra, en los jefes de las huestes (aunque ello no aparezca claramente regulado)”⁶⁸.

67 Cfr: González Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la legislación penal militar en España”, *ob. cit.*, pág. 21.

68 Cfr: González Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la legislación penal militar en España”, *ob. cit.*, pág. 21. También, *vid.* sobre esta cuestión, Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, págs. 33-34.

VI.- LAS SIETE PARTIDAS DE ALFONSO X *EL SABIO*

6.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

A nuestro ver, bien claramente Alfonso X *el Sabio*, rey de Castilla, de León y «del Andalucía», «rey electo de Romanos, siempre Augusto», quien nació en Toledo el 23 de noviembre de 1221 fue, sin disputa alguna, una de las grandes personalidades del siglo XIII, educado en un ambiente semítico. El nombre que le dieron sus padres Fernando III *el Santo*, rey de Castilla y León (1199-1252) y la reina Beatriz de Suabia (1205-1235), se hizo pensando en asegurar la sucesión hereditaria, en honor de su abuelo Alfonso IX de León (1171-1230) y de su bisabuelo Alfonso VIII de Castilla (1155 -1214). Como lo ha descrito uno de sus mejores biógrafos contemporáneos, Alfonso X fue: “Culto y refinado, protector de poetas, sabios y artistas, generoso y liberal, despertó entre sus contemporáneos la misma admiración e interés, y hasta la polémica histórica que fue su personalidad y su obra han suscitado y aún suscitan entre los historiadores”⁶⁹.

Cabe observar, por otra parte, que el 4 de abril de 1284, en el Alcázar de Sevilla, donde treinta y dos años antes falleciera su padre Fernando III moría el monarca Alfonso X *el Sabio* antes de cumplir los sesenta y tres años de edad. Su hijo Sancho IV de Castilla (1258-1295) —por lo demás, rebelde contra su padre— a quien correspondía la sucesión al trono según el derecho tradicional, fue reconocido como rey por todos los estamentos del reino, incluso por los que habían servido al Rey Sabio hasta el momento mismo de su muerte. No empee decir que el Rey Sabio, en uno de sus dos testamentos, lo desheredó. Se ha dicho con razón que, en el escenario europeo: “Concluía así un reinado apasionante, pleno de realizaciones y fracasos, testigo del final de una época de expansión y del inicio de los cambios y dificultades que desembocarían más tarde en la llamada «depresión» bajomedieval. Con Alfonso X desaparecía la generación que había protagonizado el momento más brillante de la reconquista y que había presenciado y hecho posible el mayor y más generoso esfuerzo de síntesis cultural conocido hasta entonces en España.

69 Cfr. González Jiménez, Manuel: *Alfonso X el Sabio*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2004, pág. 5. También, *vid.* sobre este punto, Almirante Torroella, José: “La reconquista y D. Alfonso el Sabio”, en su libro utilísimo *Estudios Militares. Antología*, Colección de Clásicos Militares, Ediciones Ejército, Madrid, 1943, págs. 125-133.

En ese tramo de su vida, la muerte ponía un amargo final al reinado del más sabio y universal de los reyes hispánicos medievales, y, también, el menos comprendido en su tiempo y el más desgraciado”⁷⁰.

6.2. LA OBRA

Sin ningún género de dudas, se ha sostenido a través de la historia, *a fortiori* en la Edad Media, que las Siete Partidas —conocidas como Código Alfonsino, Libro de las Posturas, Libro de las Leyes, Fuero de las Leyes o *Setenario*— fue la compilación más ambiciosa que mandó hacer el Rey Sabio —de claro talento, dotado de una sólida experiencia militar producto de las campañas junto a su padre, y competencia suma— rodeado de los «sabidores de derecho» de su corte. Fue redactada del 23 de junio de 1256 al 28 de agosto de 1265⁷¹, en pleno renacimiento cultural del siglo XIII⁷². Sin embargo, no se publicó hasta el año 1348 en el reinado de Alfonso XI *el Justiciero* (1312-1350). Y aun entonces corregida y reformada no sólo en cuanto al estilo sino también en cuanto a la sustancia de sus leyes, porque se temió que los pueblos se resistieran a su admisión por conservar sus privativos fueros⁷³.

70 Cfr. González Jiménez, Manuel: *Alfonso X el Sabio*, ob. cit., pág. 371. También, vid. *Alfonso el Sabio*, selección y notas de Manuel Cardenal de Iracheta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, MCMXLVI; y Rodríguez Llopis, Miguel (Coordinador General): *Alfonso X y su época. El siglo del Rey sabio*, Carroggio, S.A. de Ediciones, Barcelona, 2001. Antecede Prólogo de José Ángel García de Cortázar.

71 Cfr. *Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, 2 ts., Madrid, con glosas en castellano de Alonso Díaz de Montalvo, impresores Meynardo Ungut Alamano y Lançalao Polo, 1491. Existen otras ediciones, por ejemplo, *Fuero real del rey don Alfonso el Sabio*, en la Imprenta Real, Madrid, 1836. También se ha publicado en Muro Martínez, José: *Códigos Españoles y Colección Legislativa...*, ob. cit., t. III, págs. 1-581 y t. IV, págs. 5-452, respectivamente. Las ediciones posteriores de las Siete Partidas, en especial en el siglo XIX, han sido materia de diversas críticas y agudas observaciones. Vid., por ejemplo, Valdeavellano, Luis G. de: “Martínez Marina y las «Partidas» de Alfonso el Sabio”, en Boletín de la Real Academia de la Historia, tomo CLXXXI, cuaderno III, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1984, págs. 371-385. (Número especial en homenaje a Alfonso X el Sabio en su VII centenario).

72 Para mayores precisiones y datos históricos, vid. Maravall, José Antonio: “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en Revista de Estudios Políticos, N° 117-118, Mayo-Agosto, Madrid, 1961, págs. 5-45.

73 Vid. sobre esto, Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, ob. cit., voz: “Partidas”, págs. 1329-1330.

En atención a las características anteriormente descritas, se afirma que el Rey Sabio tuvo las siguientes razones principales para dar nacimiento a las Siete Partidas: *a)* Cumplir el mandato que de ello le hizo su padre Fernando III. *b)* Facilitar a los reyes sucesores suyos el gobierno de sus pueblos. Y, *c)* Facilitar también a éstos la inteligencia y cumplimiento de las leyes.

Y, en atención a ello es menester recordar que, su antecedente inmediato era el Fuero sobre el Fecho de las Cavalgadas o Fuero de las Cavalgadas, que fue una recopilación de leyes militares tomadas literalmente de los fueros municipales, escritos en pergamino a dos columnas, y que se le atribuye a Carlomagno o Carlos I *el Grande* (742-814)⁷⁴. Volviendo al punto inicial, la Partida alfonsina II constituyó una deontología y filosofía de la milicia, el mando y la guerra; pero también un importante texto de psicología castrense, tanto como una enciclopedia militar de su tiempo, con sus definiciones, etimologías y clasificaciones siempre a punto. No en vano, ha sido catalogada como un completo Código Militar⁷⁵.

Vistos los anteriores argumentos, he aquí su contenido:

Sumario de la Partida Segunda

Que habla de los emperadores y de los reyes y de los otros grandes señores de la tierra, que la han de mantener en justicia y en verdad.

Títulos 1 al 11. Deberes y derechos de reyes, emperadores y señores.

Título 9. Los oficiales del Rey. Los amesnadores. El Almirante. El Alférez.

74 *Cfr.* Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar*, voz: “Cabalgada o Cavalgada”, vol. I, (A-G), *ob. cit.*, págs. 177-179. También, *vid.* Martínez Marina, Francisco: “Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio”, en sus *Obras Escogidas*, t. I, *ob. cit.*, págs. 199-260. Certero es el juicio de valor de Martínez Marina: “Precioso monumento de historia, de legislación, de moral y de política, y sin disputa la parte más acabada entre las siete que componen el Código de don Alonso el Sabio, ora se considere la gravedad y la elocuencia con que está escrita, ora las excelentes máximas filosóficas de que está sembrada, o su íntima conexión con las antiguas costumbres, leyes y fueros municipales o generales de Castilla, de las cuales por la mayor parte está tomada” (pág. 238).

75 *Vid.* Martín Arrúe, Francisco: *Curso de Historia Militar*, 5ª. edición, Imprenta, Librería y Encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1907, pág. 75.

- Títulos 12 al 17. Deberes del pueblo para con Dios, el Príncipe, los Oficiales del Rey y los bienes del Príncipe.
- Título 18. Los alcaides, los castillos, su abastecimiento y defensa por el pueblo.
- Título 10. Los enemigos del Rey y del reino. Cómo y cuándo se constituye el pueblo en hueste, y qué órdenes de combate adopta: Formaciones.
- Título 20. Cómo defiende el pueblo su tierra.
- Título 21. Los caballeros.
- Título 22. Los adalides, almocadenes, peones y almogávares a caballo. (Los últimos omitidos en el texto).
- Título 23. Las guerras. Naturaleza de la guerra. Los caudillos. Las enseñanzas y transmisiones. Formas de la guerra: Combate, Lid, Hacienda, Batalla, Torneo, Espolonada, Cabalgadas, Algaras, Correduras y Celada.
Alojamiento, Campamento. Fortificación y Convoyes.
- Título 24. La guerra por mar.
- Título 25. Pensiones de guerra: Por mutilación, heridas y fallecimiento.
- Título 26. El botín.— Atalayas y escuchas. Espías y toma-lenguas.— Asonada, Apellido, Caballería y Almoneda.
- Título 27. Los galardones.
- Título 28. Delitos y penas militares.
- Título 29. Los cautivos y sus derechos.
- Título 30. Los encargados de liberar los presos.
- Título 31. Los estudios y maestros.

Se observará, de otro lado, que en realidad las Partidas no contienen normas procesales especiales de naturaleza militar, aun cuando es preciso señalar que se instituyeron órganos jurisdiccionales castrenses, tales como el Alférez del Rey, que era una especie de General en Jefe que mandaba la hueste si el Rey no acudía a las batallas, o especie de Jefe de Estado Mayor del Rey, cuando éste asumía directamente el Mando supremo (ley XVI del título II de la Partida II). Frente a esto, las cualidades militares que le exigían las Partidas eran: linaje, lealtad, maestría, buen seso y esfuerzo.

Desde esta perspectiva, también destaca el Adalid [caudillo o jefe], que servía de guía, es decir, era una especie de avisador, tenía la misión de organizar algaras (excursiones o correrías en el campo enemigo, para causar perjuicio a los adversarios), y estaba investido de jurisdicción para castigar en nombre del Rey, a quienes no le obedecieron (ley IV del título XII). Con todo esto

a la vista, las cualidades que le exigían las Partidas eran: lealtad, maestría, esfuerzo y buen seso. Debe resaltarse, expresamente, que en la Marina se ejercía la jurisdicción militar por el Almirante, en su condición de guarda mayoral de la Armada y Tribunal unipersonal de alzada (ley II del título XXIV) y por el Cómite, una especie de «Cabdilho del mar so el Almirante», que hacía las veces de órgano jurisdiccional de primera instancia (ley IV del título XXIV)⁷⁶. De acuerdo con estos ideales, las cualidades y virtudes que le exigían las Partidas eran: linaje, lealtad, maestría y esfuerzo⁷⁷.

6.3. EPÍLOGO

En suma, como recordaba con severa disciplina intelectual García-Gallo: “El Derecho español, y [...] el de las naciones hispanoamericanas, que se nutrieron de su sabia, descansa en buena parte en las Partidas. No importa que éstas apareciesen en su origen recogiendo un sistema de Derecho que pugnaba abiertamente con el de los fueros entonces imperante, y que por ello fue objeto de viva oposición”⁷⁸.

Es más: “En ella —acota Gárate Córdoba— se sistematizan las bases tradicionales del pensamiento militar cristiano, en su sentido más humanista y amplio, para proyectarlo a través del Siglo de Oro [XVI] hasta la cumbre del Marqués de Marcenado, y bifurcarse poco después en una rama tradicional que se debilita, y otra liberal que llega hasta nosotros en las Ordenanzas de Carlos III, mientras florecen ya junto a ellas nuevos brotes del clásico ideario militar español”. Y, a modo de una empresa constructiva: “En la Partida II, están las primitivas Ordenanzas. Estas sí que pueden lla-

76 Cfr: González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *ob. cit.*, págs. 23-25. Sobre este punto, también *vid.* Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, *ob. cit.*, págs. 44-57.

77 A este respecto, *vid.* las importantes aportaciones de De Las Heras Santos, José Luis: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, 1ª. reimpresión, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994, págs. 109-111. Antecede Prólogo de Manuel Fernández Álvarez.

78 Cfr: García-Gallo, Alfonso: “Los orígenes de las «Partidas»”, en el libro *VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1963, pág. 29. Se incluye también el provechoso estudio de Redonet y López-Doriga, Luis: “A propósito de «Las Siete Partidas»”, págs. 7-26. También, *vid.* el lúcido trabajo de García-Gallo, Alfonso: *Los libros de leyes del Rey Alfonso X el Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1984.

marse sin ninguna reserva ni eufemismo «las sabias ordenanzas», por tener en el Rey Sabio su autor y aún el redactor material de muchas páginas”⁷⁹. En puridad, conforme se desprende de su contenido, visto en su conjunto, y a tono del espíritu de la época, las Partidas fueron el punto de referencia del Derecho Militar en la Edad Media, incluso, aplicadas por los conquistadores en los respectivos virreinos: Virreinato de las Indias y Tierra Firme de la Mar Oceano (1492-1524), Virreinato de Nueva España (1535-1821), Virreinato del Perú (1542-1824), Virreinato de Nueva Granada (1717-1723, 1739-1810 y 1816-1819), y el Virreinato del Río de la Plata (1776-1814).

VII.- LA JURISDICCIÓN ECLESIAÍSTICA CASTRENSE

Importa subrayar al respecto, que Eduardo de Hinojosa y Naveros (1852-1919) ya advertía, en el siglo XIX, que: “En los comienzos del Cristianismo, los cargos de la magistratura estaban exclusivamente desempeñados por paganos; y además, las actuaciones judiciales, y en especial la prestación de juramento, estaban ligadas con creencias y prácticas gentílicas, en que no podían tomar parte los cristianos sin menoscabo de su fe. De aquí que San Pablo censurase duramente a los cristianos que llevaban sus litigios antes los tribunales paganos, y que se considerase como apóstata al clérigo que invocaba su jurisdicción. Los Obispos y Presbíteros eran entonces los jueces de los cristianos, y respecto de ellos se consideraba tribunal competente a los Obispos de la misma provincia, reunidos desde fines del siglo II en Concilio metropolitano. Pero desde el momento en que el Cristianismo llega a ser religión del Estado, la facultad de decidir los litigios antes sometidos a su arbitraje, de que hasta entonces habían gozado los Obispos, sin otra sanción que el consentimiento de los fieles, adquiere el carácter de verdadera jurisdicción”⁸⁰.

79 Cfr. Gárate de Córdoba, José M^o.: “El pensamiento militar en el Código de las Siete Partidas”, en Revista de Historia Militar, Año VII, N^o 13, Madrid, 1963, pág. 55. Una visión más completa, con extenso comentario, se puede consultar en su libro *Espíritu y milicia en la España medieval*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1967, págs. 263-319.

80 Cfr. la descripción lúcida de Hinojosa, Eduardo de, en su libro que verdaderamente hizo época: *Historia General del Derecho español*, t. I, Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1857, págs. 322-323. También, *vid.* López y Novella, Julián, *Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares*, ob. cit., págs. 264-266.

Por lo que a nosotros corresponde, conceptualizando, la jurisdicción eclesiástica castrense (etimológicamente significa *castra*, campamento) que existe en España desde el 26 de setiembre de 1644 —fecha del breve *Cum sicut Majestatis tuae* del Papa Inocencio XI (1611-1689)— es una jurisdicción privilegiada, porque, siguiendo a la condición de las personas, sólo accidentalmente puede estar ligada al territorio. Y, privativa, por estar fundada en privilegios pontificios que separan de la potestad de los Obispos u Ordinarios determinadas cosas y personas para entregárselas al gobierno y administración de un Delegado apostólico, con facultad de subdelegar⁸¹.

Por lo mismo, es de advertir que la historia demuestra que nada pacíficas han sido las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria, es decir, entre los vicarios generales castrenses y los ordinarios diocesanos. Buena prueba de ello fue el restablecimiento del Vicariato General Castrense que tuvo lugar en 1762, durante el pontificado de Clemente XIII (1693-1769) y el reinado de Carlos III. A él acudían los patriarcas, vicarios generales para que la defendiera como algo suyo, y les faltaba tiempo a sus ministros, generalmente, para atender la petición.

Independientemente de ello, Martínez Martí, con muy buenos argumentos, sostiene que: “El difícil recurso de los militares a los párrocos y obispos de la jurisdicción ordinaria es la razón que fundamenta el restablecimiento de la castrense y su prórroga cada siete años, según los breves pontificados. Los obispos españoles, sin embargo, juzgaron, en muchos casos, que el recurso a ellos y sus párrocos no era difícil para los militares. Este hecho explica, esencialmente, la génesis de las controversias entre los sucesivos vicarios generales: castrenses y los ordinarios diocesanos”⁸². Y, para formarse una idea cada vez más cabal y completa, es en 1532 cuando sucede la incorporación de manera permanente del sacerdote al Ejército o milicia⁸³.

81 Cfr: García Castro, Manuel: “Origen, desarrollo y vicisitudes de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, en Revista Española de Derecho Canónico, vol. V, N° 14, Mayo-Agosto, Salamanca, MCML, págs. 602-603.

82 Cfr: Martínez Martí, Mateo: “Controversias entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII”, en AA.VV.: *Estudios del Departamento de Historia Moderna*, Facultad de Filosofía y Letras, Zaragoza, 1974, pág. 158.

83 Cfr: Alonso Muñozerro, Luis: *La Jurisdicción Eclesiástica Castrense en España*, Vicariato General Castrense, Madrid, s/f., pág. 10.

En esta visión de conjunto de la temática estudiada, Vicente y Caravantes la definía de la siguiente manera: “La jurisdicción eclesiástica castrense consiste en la potestad de conocer de las causas civiles y criminales del fuero eclesiástico que se suscitaren entre personas que gozan del fuero de militar, y también en la práctica y concesión de las licencias necesarias para efectuar sus matrimonios. Esta jurisdicción se ejerce por el patriarca, vicario general de los ejércitos, con sus tenientes vicarios subdelegados y los capellanes de los regimientos de tierra y marina, etc., en virtud de bulas y breves expedidos por Su Santidad”⁸⁴. Joaquín Escriche también ha aportado felices precisiones sobre la jurisdicción eclesiástica castrense. A su juicio, es: “La potestad que compete al vicario general de los ejércitos de mar y tierra y á sus subdelegados para el conocimiento y decisión de las causas civiles y criminales del fuero eclesiástico que se suscitaren entre ó contra personas que gozan del fuero de guerra”⁸⁵.

A propósito de lo expuesto, es necesario señalar aquí, que una primera manifestación de la Justicia Militar⁸⁶ aparece en el siglo XVI, con la agrupación de las compañías en tercios y regimientos, que por sus efectivos y permanencia llevó a crear funciones de justicia en el Ejército, sin especialidad requerible, por atribuirse a los maestros de campo y a los coroneles de tales unidades, que fueron rodeándose poco a poco con *auditores*, *prebostes*, *capitanes de campaña*, *barracheles*, *alguaciles* y *verdugos*, con cargos de policía, represivos o

84 Cfr: Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los tribunales eclesiásticos de los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1853, Título Segundo, Sección I (De la jurisdicción eclesiástica extraordinaria ó privilegiada), pág. 457. A modo de complemento, del mismo autor, *vid. Tratado de los procedimientos en los Juzgados militares*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1853. También *vid.*, en el mismo sentido, Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, t. I, 3ª. edición, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramirez y Cª., Barcelona, 1878 (Título VI, de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense). Ambas obras ofrecen una consideración extensa sobre el tema que nos ocupa.

85 Cfr: Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, *ob. cit.*, voz: “Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, pág. 1125.

86 No han faltado autores que han tenido una posición inflexible refiriéndose a la Justicia Militar. Por ejemplo, el mariscal francés Auguste Frédéric Louis Viesse de Marmont, duque de Ragusa (1774-1852), sostenía que: “... la Justicia Militar no está establecida de una manera absoluta sobre principios de moral, su base es la necesidad”. Citado por Fabregat, Luis: *Derechos políticos de los militares. Sus restricciones*, Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes, Montevideo, 1899, pág. 23.

ejecutivos en lo jurídico o judicial. Una apreciación notoria nos lleva a sostener —con premonitoria precisión— que por entonces no existían sino algunas ordenanzas para determinados Ejércitos de operaciones y los bandos militares que ciertos jefes daban⁸⁷.

VIII.- LA LEGISLACIÓN MILITAR DURANTE EL REINADO DE CARLOS I (EMPERADOR CARLOS V)

8.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

Anotemos, ante todo, que un momento sumamente especial en la historia militar fue el que se vivió durante el reinado —tan pródigo en acontecimientos de enorme trascendencia histórica— de Carlos I de España (Emperador Carlos V de Alemania) (1500-1558), tildado como el primer Habsburgo español, en especial porque en aquella época se expidieron cuatro textos básicos que empezaron a darle forma al tema de la jurisdicción militar⁸⁸. En este sentido, la personalidad del décimo cuarto Rey de Castilla y León ha sido materia de atención hasta nuestros días. Fue hijo de Felipe I de Habsburgo *el Hermoso* (1478-1506) y de Juana I de Castilla, conocida como Juana *la Loca* (1479-1555). Y nieto, por su padre, del Emperador Maximiliano I, emperador del Sacro Imperio Romano (1493-1516) y de María de Borgoña (1457-1482), y, por su madre, de Fernando II de Aragón, *el Católico* (1452-1516) e Isabel I de Castilla, *la Católica* (1451-1504). De sus progenitores, Carlos V —tan notablemente activo— reunió en sí el espíritu aventurero y ceremonioso de la corte borgoñona y la esencia del alma española, cabaleresca, austera y perspicaz⁸⁹.

87 Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Justicia Militar”, t. IV, (H-N), *ob. cit.*, pág. 182.

88 Cfr. Calvo Sánchez, Ignacio: *Retratos de personajes del siglo XVI, relacionados con la Historia Militar de España*, Imprenta y Encuadernación de Julio Cosano, Madrid, 1919, págs. 43-45.

89 Cfr. Poch Noguier, José: *Carlos V. Emperador de Occidente y señor de dos mundos*, Editorial Juventud, S.A., Barcelona, 1941, pág. 6. A modo de complemento, *vid.* Bennassar, Bartolomé: *La España de los Austrias (1516-1700)*, traducción del francés de Bernat Hervàs, Editorial Crítica, SL, Barcelona, 2010, *in toto*. No menos importante es de consulta inmediata el libro de Robertson, William: *Historia del Reinado del Emperador Carlos V, precedida de una descripción de los progresos de la sociedad en Europa desde la ruina del Imperio*

Como hace notar uno de sus biógrafos, con el más rendido además: “Nacido en Gante (Flandes) el 20 de febrero de 1500 —Carlos V— discurrió sus primeros años entre Bruselas y Malina. Con tan solo un año recibió la insignia del Toisón de oro, símbolo de esa cultura flamenca en la que se criaba. No en vano fue bautizado con el mismo nombre de su bisabuelo Carlos I [de Valois, llamado *el Audaz* o *el Temerario*] (1433-1477), duque de Borgoña [casado con Margarita de York (1446-1503), que aún vivía para ser madrina de la ceremonia sacramental del futuro Emperador, oficiada en la Iglesia de San Juan]. Acto que se celebró con grandes festejos en la ciudad como presagio de un futuro brillante”⁹⁰. De ahí que, al fluir del tiempo, como todo hombre de temple viril, se le ha reconocido como “buen soldado y buen general”⁹¹.

Es más, producto de la coyuntura de la época: “El nuevo Emperador tenía potestad sobre la mayor parte del mundo conocido. *Los Habsburgos habían conseguido, de hecho, ser los titulares de una monarquía que podía calificarse de mundial y que, sin duda, era católica. Por ello, el emperador, que tiene una concepción teológico-política, se cree un soberano elegido por Dios como rey perdurable encargado de la misión de restaurar un Imperio cristiano, siendo rey de reyes*”⁹².

Romano hasta principios del siglo XVI, traducida del inglés al español por Felix Ramón Alvarado y Velaustegui, edición corregida, Imprenta de Julián Arranz, Madrid, 1846-1847.

- 90 Cfr. Gómez Rivas, León: “Los primeros años del Emperador. Cartas del príncipe Carlos al conde de Oropesa”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000, pág. 5. También se encuentran noticias provechosas en Ranke, Leopold von: “Carlos V (1500-1558)”, en su libro *Grandes figuras de la historia. Una antología*, 2ª. edición, traducción del alemán y Prólogo de Wenceslao Roces, Editorial Grijalbo, S.A., México, D.F., 1958, págs. 177-183. *Idem*, González Cremona, Juan Manuel: *Carlos V, señor de dos mundos*, 2ª. edición, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 1990.
- 91 Cfr. Soisson, Jean-Pierre: *Carlos V*, traducción del francés de Jorge Salvetti, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2005, pág. 14. De la abundante bibliografía, *vid.* Lewis, D.B. Wyndham: *Carlos de Europa. Emperador de Occidente*, 2ª. edición, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires, 1939; Cossio, Francisco de: *Carlos V*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1941; y Trevor-Roper, Hugh: *Principi e artisti. Mecenasismo e ideologia in quattro corti degli Asburgo (1517-1633)*, traducción del inglés de María Luisa Bossi, Giulio Einaudi editore, Torino, 1980, págs. 3-49.
- 92 Cfr. Javaloy, Joaquín: *El origen judío de las monarquías europeas. El mayor secreto de la Historia*, 3ª. edición, Editorial EDAF, S.A., Madrid, 2005, pág. 184.

Con este fin, consciente de los cuarenta años de reinado, cargados de halagüeña perspectiva, Carlos V pasó solamente dieciséis en España: siete años (julio de 1522 a julio de 1529) y cinco cortas visitas. Después de 1543 no se le volvió a ver en España hasta setiembre de 1556, cuando luego de su renuncia, en consonancia con la naturaleza de la monarquía austríaca, regresó para residir en un pequeño palacio contiguo al monasterio extremeño de monjes jerónimos instalado en Yuste, Cuacos de Yuste (Cáceres), donde falleció el 21 de setiembre de 1558, después de abdicar el 16 de enero de 1556 en su hijo Felipe II todo su poder y todos sus dominios españoles tanto en el Viejo como en el Nuevo Mundo, para que siguiera gobernando esos extensos territorios⁹³.

En cuanto tal, observa Claro Delgado que: “En la Europa Occidental de finales del siglo XV empiezan a surgir los Estados modernos en la Inglaterra de [la dinastía de] los Tudor, la España de los Reyes Católicos [Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla, soberanos de la Corona de Castilla y de la Corona de Aragón], la Francia de Carlos VIII, *el Afable* (1470-1498) y Luis XII [Luis de Orleans] (1462-1515). Dichos Estados [luego de ir dejando los últimos residuos del feudalismo] se van consolidando conforme avanza el siglo XVI, al tiempo que se robustece la autoridad real, para lo cual los reyes contaron con dos poderosos aliados”⁹⁴.

93 No cabe duda que la personalidad de Felipe II también fue decisiva para justificar la presencia de la milicia, y por tanto de la Jurisdicción Militar en el devenir histórico. Bien se ha dicho que la bibliografía de Felipe II sólo puede compararse con la bibliografía de Miguel de Cervantes Saavedra (1547?-1616) por el carácter que impuso en el siglo XVI. Por algo ha sido denominado el “Quijote del siglo XVI”. A modo de referencia, entre varios, *vid.* Pérez Minguez, Fidel: *Psicología de Felipe II* (Conferencias dadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Volvntad, Madrid, MCMXXV; Thomas Walsh, William: *Felipe II*, traducción del inglés por Belén Marañón Moya, Editorial Diana, S.A., México, D.F., 1948; y Trevor-Roper, Hugh: *Principi e artisti. Mecenasismo e ideologia in quattro corti degli Asburgo (1517-1633)*, *ob. cit.*, págs. 51-100.

94 *Cfr.* Claro Delgado, Manuel: “Importancia del Ejército durante el reinado de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, *ob. cit.*, pág. 285. También, *vid.* Babelón, Jean: *Carlos V (1500-1558)*, traducción del francés de Miguel de Hernani, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952, *in toto*.

En este sentido: “Sin dicho soporte —continúa enseñando Claro Delgado— los reyes no habrían podido llevar a cabo su política exterior e interior, pues a pesar de que ya desde antes del siglo XVI fue costumbre el intercambio de embajadores entre los distintos Estados, los gobernantes de dichos Estados tenían muy poca fe en la acción de la diplomacia para arreglar los conflictos surgidos entre ellos. De tal forma que los tratados se incumplían con suma facilidad, como queda de manifiesto en los numerosos ejemplos que nos ofrece la Historia; por lo que la diplomacia se empleaba más con la intención de espiar o engañar al adversario, que con el fin de resolver los problemas surgidos entre los Estados. Porque según diversos autores, el hecho de intercambiar representantes diplomáticos es más un signo de debilidad de los países de la época que de seguridad; pues cuando un Estado se sentía fuerte al estar respaldado por un poderoso ejército, no procedía al intercambio de dichos diplomáticos, tal como ocurrió siempre con el Estado turco; es decir, confiaba más en la fuerza de sus ejércitos que en la acción de la diplomacia”⁹⁵.

Siento esto así, habrá de convenir que, como no podía menos de serlo, todos los monarcas europeos estaban convencidos de que la actuación de un ejército permanente les daba presencia en todo el territorio y poder expansionista⁹⁶. Sin embargo, tenían un problema: la escasez de sus haciendas reales no les permitían darse esos lujos, por eso recurrieron a la diplomacia como mecanismo sustituto de la fuerza que carecían. En el caso de Carlos V —por derecho propio, personaje con empuje varonil— la situación era totalmente distinta porque, estando ejerciendo la corona imperial, los inmensos caudales que sufragó en muchas guerras provenían de los dominios o provincias de ultramar, es decir, de los virreinos. Entre tanto, habrá que inquirir lo siguiente: ¿cómo hubiera sido, en el pleno sentido de la palabra,

95 Cfr. Claro Delgado, Manuel: “Importancia del Ejército durante el reinado de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, ob. cit., págs. 285-286. También, vid. Lynch, John: *Monarquía e Imperio: El Reinado de Carlos V*, El País, S.L., Madrid, 2007, *in toto*.

96 Sobre los ejércitos permanentes en la Europa del siglo XIX, vid. los datos concretos que aparecen en el libro del teniente coronel de infantería, primer ayudante del regimiento de Burgos, 21 de línea, Del Arenal, Ángel: *Ideas sobre el sistema militar de la nación española, derivadas de su Constitución y del objeto de la Fuerza Armada*, Imprenta que fue de García, Madrid, 1820, págs. 367-389.

el Imperio de Carlos V —el más vasto que ha conocido el mundo— si no hubiese afrontado las luchas bélicas?⁹⁷.

8.2. LA OBRA

Este es el momento de decir, con carácter general, algunas palabras acerca de la obra —su gran obra— de Carlos V. De toda la legislación militar ordenancista⁹⁸ que se dio en el reinado de Carlos V —desde 1516 hasta 1556—, con lo cual se reafirma su mayestático poder, sobresalen las siguientes:

a) Las Ordenanzas Militares del Capitán General y Justicia Mayor de la Nueva España, Hernán o Fernando Cortés (Medellín Badajoz, 1485-Castillejos de la Cuesta, 1547) —hijo de Martín Cortés de Monroy y Catalina Pizarro Altamirano— para el régimen y gobierno de las tropas de España, catalogado como el primer código castrense o militar. No en vano, el texto de estas Ordenanzas, sobre cuyo nombre existen variantes, prueba el profundo espíritu religioso de Hernán Cortés, de su preparación militar, había estudiado durante dos años en Salamanca, —valiente e implacable conquistador— y el conocimiento de las virtudes de sus soldados. Los conceptos expresados tienen como lógico antecedente las anteriores Ordenanzas Militares publicadas por los reyes españoles durante toda la etapa medieval. Sus capitanes, investidos por la autoridad real de los cargos otorgados, en este caso del capitán general y justicia mayor de Nueva España del Mar Océano Hernán Cortés, trataban de adaptarlas a las circunstancias del lugar y momento en que se encontraban⁹⁹.

97 Acerca del periodo imperial de Carlos V en Flandes, *vid.* la obra, cargada de una buena información, de Cárdenas Piera, Emilio de: *Forjadores del imperio español. Flandes*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2001.

98 *Cfr.* Pérez Martín, Antonio: “Ordenanzas Militares de Carlos V”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, *ob. cit.*, págs. 325-327. El autor citado da cuenta del códice 53 de la Biblioteca de Santa Cruz de Valladolid que lleva por título *Ordenanzas Militares de Carlos V*, y cuyo contenido tiene rico material que permite un mejor estudio de la organización del ejército militar español en el siglo XVI, clasificados en a) ordenanzas, b) nombramientos, c) aspectos económicos y d) sentencias.

99 *Cfr.*, Calvo Sánchez, Ignacio: *Retratos de personajes del siglo XVI, relacionados con la Historia Militar de España*, *op. cit.*, págs. 73-74.

Al correr de los tiempos, el cronista de Indias y célebre capitán Bernal Díaz del Castillo (1496-1584) llegó a describir con viva penetración a Cortés de la siguiente manera: “Fué de buena estatura y cuerpo, y bien proporcionado y menbrudo, y la color de la cara tiraba algo a cenicienta, y no muy alegre, y si tuviera el rostro más largo, mejor le pareciera, y era en los ojos en el mirar algo amorosos, y por otra parte graves; las barbas tenía algo prietas y pocas y ralas, y el cabello, que en aquel tiempo se usaba, era de la misma manera que las barbas, y tenía el pecho alto y la espalda de buena manera, y era cenceño y de poca barriga y algo estevado, y las piernas y muslos bien sentados; y era buen jinete y diestro de todas armas, así a pie como a caballo, y sabía muy bien menearlas, y sobre todo, corazón y ánimo, que es lo que hace al caso”¹⁰⁰.

La localización de los textos originales de estas Ordenanzas se encuentran en el Archivo General de Indias de Sevilla. No están catalogadas con las voces de «Ordenanzas» u «Hordenanzas», y se pueden localizar en la «Sección Justicia. Legajo 223, n. 1, folios 342 al 349». Parte de su contenido, que fue redactado en tlaxcalteque el 22 de diciembre de 1520 y pregonadas el día 26 del mismo mes, reza literalmente lo siguiente¹⁰¹:

Por ello, yo Hernán Cortés, Capitán General y Justicia Mayor de esta Nueva España del Mar Océano, por el muy alto y Poderoso Señor Selecto Rey de Romanos, Futuro Emperador, siempre Augusto Rey de España, y de otros muy grandes Reinos y Señoríos, considerando todo lo dicho y que es necesario y conveniente seguir y observar toda la mejor costumbre y orden que nos sea posible,

100 Cfr. Romero de Terreros, Manuel: *Los retratos de Hernán Cortés. Estudio iconográfico*, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, D.F., 1944, págs. 31-32. No han faltado quienes han cuestionado el rostro de Hernán Cortés, especialmente, a partir de la pintura realizada por Diego Rivera en el Palacio Nacional de México en donde aparece “un sujeto bizco, jorobado y patizambo”, cuya figura se parece más a Sancho Panza, el inseparable compañero del Hidalgo manchego. *Vid.*, en vía de ejemplo, Villalonga Guerra, Manuel: “Sobre una interpretación pictórica modernista de Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XIII, N° 151, Agosto, Madrid, 1952, págs. 17-24. También *vid.*, en el mismo sentido, el relevante artículo de Villalonga Guerra, Manuel: “El ingenioso hidalgo Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N° 140, Setiembre, 1951, págs. 33-38.

101 En tal sentido, *cfr.* la sugestiva exposición de Salas López, Fernando de: *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Editorial MAPFRE, S.A., Madrid, 1992, págs. 30-32.

tanto en lo que toca al servicio de Dios Nuestro Señor y de la Cesárea Católica Majestad, como por tener por enemigos a contrarios de la más belicosa y astuta gente en guerra que ninguna otra generación, especialmente por ser tantos, que no tienen número, y nosotros tan pocos y tan apartados y desprovistos de todo humano socorro, viendo ser muy necesario y conveniente al servicio de Su Cesárea Majestad y utilidad nuestra, mandé hacer e hice las Ordenanzas que irán firmadas con mi nombre, y el del escribano infraescrito en la manera siguiente:

Primeramente: por cuanto por experiencia hemos visto y vemos cada día que los naturales de estas partes tienen cultura y veneración de sus ídolos, de que a Dios Nuestro Señor se hace gran «diservicios», y el demonio por la ceguedad y engaño que los trae, es de ellos muy venerado, y para apartarlos de tanto error e idolatría y llevarlos al conocimiento de Nuestra Santa Fe Católica, Nuestro Señor será muy servido además de adquirir gloria para nuestras almas al ser causa de que de aquí en adelante no se pierdan ni condenen tantos acá en lo temporal, sería Dios siempre en nuestra ayuda y socorro. Por ello, con toda la Justicia que puedo y debo, «exhorto» y ruego a todos los españoles que en mi compañía fueren a esta guerra, que al presente vamos, y a todas las otras guerras y conquistas que en nombre de Su Majestad, y bajo mi mando hubieran de ir, que su principal motivo e intención sea apartar y desarraigar de dichas idolatrías a todos los naturales de estas partes, y reducirlos, o al menos desear su salvación y que sean reducidos al conocimiento de Dios y de su Santa Fe Católica, porque si con otra intención se hiciera dicha guerra sería inaceptable y todo lo logrado debería ser restituido, y Su Majestad no tendría razón de mandar gratificar a los que en ella sirvieron; y sobre ello encargo las conciencias de los españoles, y desde ahora, en nombre de Su Católica Majestad, declaro que mi principal intento y motivo de hacer esta guerra y las otras que hiciere, es por traer y reducir a los naturales al conocimiento de Nuestra Santa Fe y creencia, y después para sojuzgarlos y supeditarlos bajo el yugo y dominio imperial Real de Su Cesárea Majestad, a quien jurídicamente pertenece el Señorío de todas estas partes.

...

Que ninguna persona, de cualquier condición que sea, no sea osado de decir «no creo en Dios», y lo mismo se entiende de Nuestra Señora y de todos los otros santos, so pena que además de ser ejecutadas las penas establecidas por las Leyes del Reino contra los blasfemos, la persona que en ello incurriere pague quince castellanos de oro, la tercera parte para la primera Cofradía de Nuestra Señora que en estos territorios se hiciese, otra tercera parte para el Fisco de Su Majestad, y otra tercera parte para el Juez que lo sentenciara.

Con un carácter sumarial, el propio contenido de sus capítulos disciplinaba severamente la vida militar, con una gran dureza responde a las infracciones donde caben la pena de muerte y los castigos físicos; sin embargo, las ordenanzas son pobres en materia jurisdiccional al prever la existencia de un juez sin precisar el fuero militar del mismo¹⁰².

b) Seguidamente, tenemos la Ordenanza de los guardas de Castilla otorgada en Madrid el 5 de abril de 1525. Denominadas guardas viejos, esta fuerza permanente de caballería fue creada en el tiempo de los reyes católicos y empleada en el Rosellón, y con la opción del Tercio en Italia este ejército peninsular redujo su número y perdió efectividad al tiempo de que sus hombres de armas pasaron a ser más bien una fuerza de orden público. Integrado por 84 artículos, el 11 lo dedica a la jurisdicción del alcalde de los guardas para solventar los conflictos que en su ausencia resolverá el capitán o lugarteniente. En los artículos 40, 46, 82 y 83 se regulaba el Consejo de Guerra, institución que en el siglo XVI tuvo una posición vicaria del Consejo de Estado por la materia competencial hasta que en 1586 Felipe II le configura su personalidad jurídica y vida autónoma¹⁰³.

102 Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, en AA.VV.: *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. El Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*, ob. cit., págs. 785-786. Desde una perspectiva histórica, citaremos solamente a Melchor y Lamanette, Federico: *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877. Y, Tissot, Cláudio José: *El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción Filosófica e Histórica al estudio del Derecho Penal*, versión castellana traducida del francés de la edición de 1860 por J. Ortega García, comentada con notas y algunas indicaciones biográficas del autor por A. García Moreno, 3 ts., F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1880.

103 Cfr. González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, en AA.VV.: *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. El Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*, Burgos, ob. cit., pág. 786. También, vid. Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, t. II, ob. cit., págs. 5-6. Enseña Bacardí que: “El ejército reconoce mejor la justicia de una sentencia cuando se pronuncia dentro de su mismo seno; solo ante este juez que aprecia sus hábitos y sus costumbres, que comprende su lenguaje y conoce sus deberes, que cumple también á su vez, dentro de la familia militar, que ocupa el lugar de la suya, puede el reo hallar una benignidad justa, si se trata de actos tolerables, ó una justicia libre de toda sospecha, si se tratase de un verdadero delito” (pág. 9).

c) Posteriormente, encontramos la instrucción para el régimen y organización del ejército de Italia, dictada en Génova el 15 de noviembre de 1536. De su contenido se colige que se ratifica la comisión a un auditor, oficio de solvente autoridad, para promover la resolución judicial. Es en plena época de los Austrias en donde la jurisdicción especial de guerra cobrará todo su dinamismo como función autónoma dotada de órganos propios¹⁰⁴. Hay que notar también que el auditor —de pura y rancia cepa española, recuerda Salcedo y Ruiz— se constituye en figura clave que la Instrucción... le cataloga como *sabedor del derecho* en una dimensión profesional, es decir, era hombre de Ciencia Jurídica que iba al lado del general quien era incapaz de atreverse a pronunciar sentencia sin que el letrado la encontrara conforme a ley. En 1545 otra ordenanza de Carlos V para el mantenimiento y retribución de las fuerzas asentadas en Piamonte y Lombardía, le reconoce 15 escudos como salario para su *entretenimiento*. El alguacil, el preboste y el barrachel en los Tercios ocupan la función ejecutiva de la justicia bajo la dirección del Capitán General y otras labores de policía, como prevención y represión de acciones delictivas, imposición de castigos y sanciones, arresto de vagabundos y contraventores de los bandos y ordenanzas militares¹⁰⁵.

Aparte de las razones aducidas con anterioridad, es conveniente inquirir aquí: ¿Qué era el Tercio? Un análisis contextual permite sostener que el Tercio, cuya primera aparición fue en Italia, era un cuerpo de Infantería, de gran significado, que durante los siglos XVI y XVII equivalía en España a Regimiento, cuyo jefe era un Coronel, y su organización se componía de varias compañías de tres armas diferentes, unas de picas, otras de arcabuz y

104 Sobre este punto, *cf.* Castellano, Juan Luis: “La reputación de la monarquía en época de los Austrias”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, Editorial Comares, Granada, 2007, págs. 1-13.

105 *Cf.* González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, *ob. cit.*, pág. 786. También, con relación al papel que cumplían los tercios, *vid.* González-Deleito y Domingo, Nicolás: “Régimen jurídico- procesal militar en unidades de composición internacional durante el siglo XVII en España”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. VII-1, Bruxelles, 1968, págs. 279-281.

otras de espada y rodela de principio y después de mosquete¹⁰⁶, que lucharon en los más distintos campos de batalla, especialmente en los países bajos¹⁰⁷. Es decir, herederos de las tropas castellanas curtidas en la conquista de Granada, se dio a conocer en 1534 para sustituir al sistema anterior de coronelías que habían sido actualizados por Gonzálo Fernández de Córdoba (1453-1515) llamado el *Gran Capitán*. Es uno de los guerreros más ilustres que han existido y una de las glorias militares más grandes de España¹⁰⁸. En aquella época los cuatro tercios grandes y viejos eran Lombardía, Nápoles, Saboya y Sicilia¹⁰⁹. Y, a fin de cuentas, recibían un sueldo mensual de 194 escudos, que en realidad no se abonaban regularmente, tal como sucedió en las guerras de Flandes¹¹⁰. Entre tanto, durante más de dos siglos fueron los Tercios la mejor infantería preparada de Europa.

-
- 106 Sobre los tercios, no hay mejor testimonio en el siglo XVI que el del escritor, militar y maestre de campo Londoño, Sancho de (1515?-1569): *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*, Blass, S.A., Tipográfica, Madrid, 1943, págs. 34-36. Se trata de una edición facsimilar que fue publicada en Bruselas en 1589, aun cuando, existe otra de 1587. También hay edición en Madrid, por Luys Sánchez, 1593. En forma coetánea, Valdés, Francisco de (1511-1580), maestre de campo del tercio de Italia (1574-77), maestre de campo del tercio gemelo de Sicilia (1578-1580) y Gobernador de Piombino (1580) publicó el año de 1586 en Bruselas su libro *Espejo y disciplina militar*, Ediciones «Atlas», Madrid, 1944. Antecede Prólogo de Joaquín Rodríguez Arzúa.
- 107 *Cfr.*, sobre este aspecto, Montaña Jou, Daniel: *Los Tercios de Flandes*, I. G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona 1944, pág. 10.
- 108 *Cfr.* Calvo Sánchez, Ignacio: *Retratos de personajes del siglo XVI, relacionados con la Historia Militar de España*, *op. cit.*, págs. 24-25.
- 109 *Cfr.* De Pablo Cantero, Antonio: “La infantería de Carlos I. Los tercios grandes viejos. Reglamento, Organización, Historia”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, *ob. cit.*, págs. 297-310. También, *vid.* Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar*, voz: “Tercio”, vol. II, (H-Z), *ob. cit.*, págs. 1015-1018.
- 110 *Vid.* el libro, de elevado valor, de Picatoste, Felipe: *Estudios sobre la grandeza y decadencia de España. Los españoles en Italia*, t. II, Imprenta de la Viuda de Hernando y C.^a, Madrid, 1887, pág. 17. También, *vid.* la excelente monografía de Rodríguez Hernández, Antonio José: “La contribución militar del Reino de Granada durante la segunda mitad del siglo XVII: La formación de tercios de Granada”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, *ob. cit.*, págs. 151-154.

d) Executoria real de 10 de mayo 1544, que fue ratificada en 1584, 1620, 1630 y 1661 por Felipe II de Austria, o Habsburgo, llamado *el Prudente* (1527-1598), Felipe III de Austria, o Habsburgo, llamado *el Piadoso* (1578-1621) y Felipe IV de Austria, o Habsburgo, llamado *el Grande* o *el Rey Planeta* (1605-1665) en sus respectivos reinados. En ella, ratificando su Real Provisión de 1522, dispone que en las causas contra navarros y guipuzcoanos por contiendas con aforados conozcan conjuntamente el *Juez natural* de los moradores o habitantes (Justicia Ordinaria) y el Capitán General —o su lugarteniente, en su ausencia—... Este sistema de jurisdicción mixta puede ser considerado como un lejano precedente del régimen jurisdiccional castrense que existe en algunos países de Occidente (Francia, Canadá, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza...) en que los Magistrados administran justicia en unión de juzgadores específicamente castrense, bajo un signo evidente de juridicidad y de tutela de las garantías procesales, conforme sostiene sobriamente González-Deleito y Domingo¹¹¹.

8.3. EPÍLOGO

Y volvamos ya al emperador de dos mundos. El contenido del elevado número de las Ordenanzas Militares de Carlos V, sea de ello lo que fuere, constituyeron los precedentes que sirvieron de norte para las posteriores ordenanzas militares, especialmente las que expidió, con alcance mucho más fructífero, Carlos III. De ahí su estudio forzoso para poder entender la organización del sistema militar en los tiempos de Carlos V —*Hispaniarum Rex*—, en concreto, mediante sus valores heredados de la reconquista (cruzada) y valores modernos como la soldada —sobre la que empezaba a girar el compromiso— disciplina militar, la eficacia militar y la filosofía de vida del *soldado de fortuna*¹¹². Como asevera el Mariscal de campo Montgomery (1887-1976), en la historia de las guerras europeas habidas en el curso del siglo XVI —denominado el Siglo de Oro—, la nación más destacada fue España. Oscura y atrasada en la Edad Media, adquirió unidad y audacia de propósito en los comienzos del siglo, bajo Fernando e Isabel; alcanzó

111 Cfr. González Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la legislación penal militar en España”, *ob. cit.*, págs. 34-35.

112 Cfr. Contreras Gay, José: “El sistema militar carolino en los reinos de España”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, *ob. cit.*, pág. 342.

la cima de su poderío en 1550 bajo Carlos I, y conservó esa importancia bajo Felipe II, aunque hacia 1600 el sol empezaba a ponerse en su vasto Imperio¹¹³. Esas fueron una de las tantas y principales virtudes de Carlos de Gante o Carlos de Yuste, que el tiempo se ha encargado de reafirmar sin sombra alguna¹¹⁴.

IX.- LAS ORDENANZAS MILITARES DE ALEJANDRO FARNESIO

9.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

De todos es sabido que el *serenissimo* Alejandro Farnesio (1545-1592), Príncipe de Parma, nieto del Emperador Carlos V y sobrino y gran caudillo de Felipe II, conforme empieza recordando su biógrafo Vela Martínez: “Nació —en el ducado de Parma el 27 de agosto de 1545— entre sábanas de Holanda, suspiros y cuquerías. Amás por aquí, pajes por allá. Creció siempre a la sombra, sin que le diera el calor áspero de la vida en la cara y en el corazón. Esto quiero, esto no quiero. No gozó de la infancia. No supo echar unas partidas a la taba, al palmo, al hoyuelo o a punta con cabeza, ni endurecerse las costillas jugando a quebrantabarriles. Sin embargo —agrega Vela Martínez— en cuestión de geometrías y otras matemáticas era un lince. Tenía el magín lleno de números, arcos, cuerdas, diámetros, radios, esferas y grados. Aristóteles (384-322 a.C.), Euclides (ca. 325-ca. 265 a.C.), Teodosio I *el Grande* (347-395), y otros ... le robaban el sueño más ahincadamente que los ojuelos lindos de cualquier camarera. Veía ángulos obtusos

113 Cfr. Montgomery de Alamein, Mariscal Bernard L., *Historia del arte de la guerra*, traducción del inglés de Juan García-Puente, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1968, pág. 213. A modo de complemento, vid. Fernández Álvarez, Manuel (Ed.): *Corpus Documental de Carlos V*, 5ts., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1973-1981. Del mismo autor, vid. *Carlos V, el César y el hombre*, 18va. edición, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006; y Martín Rubio, María del Carmen: *Carlos V. Emperador de las Islas y Tierra firme del Mar Océano*, Ediciones Atlas, Madrid, 1987. Antecede Prólogo de Horacio Villanueva Urteaga.

114 Para el período comprendido entre los siglos XVI y XVII, vid. Chudoba, Bohdan: *España y el Imperio (1519-1643)*, Biblioteca de la Historia de España, Madrid, 1986. Y, para una visión de conjunto durante la España de los Reyes Católicos, vid. De Contreras, Juan: *Los orígenes del Imperio (La España de Fernando e Isabel)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1939, en especial, págs. 165-181.

hasta en la sopa. Con la espada hallaba la perpendicular a las paredes, a los retratos y a los fámulos, que era una bendición verlo”¹¹⁵. Se precisa, además, que Farnesio, figura representativa de la España —católica e imperial— en el siglo XVI, fue hijo de Octavio [*Ottavio*] Farnesio (1521-1586) y de Margarita de Parma (1522-1586), habiéndose educado en España, estudió en la Universidad Cisneriana (*Complutensis Universitas*), de Alcalá, fundada el año 1499. Y el 11 de noviembre de 1565 desposó en Bruselas a María de Avis y Braganza o María de Guimarães, conocida como María de Portugal (1538-1577), quien era nieta del rey Manuel I de Avis *el Afortunado* (1469-1521). De este matrimonio, que en su momento ocupó el primer plano, nacieron tres hijos: Margarita, Ramuccio [*Ranucio*] y Odvardo.

Expuesto lo que antecede, conviene recordar ahora que Alejandro Farnesio —dueño de una intrepidez extraordinaria— a la sazón uno de los primeros caballeros de la Corte de España, luego de su matrimonio y hallándose en Parma, empezó a adquirir una intensa cultura militar complementada y muy a tono con su grandeza, poderío, altivez y austeridad. Para ello, se rodeó de expertos en el arte de la guerra que habían adquirido prestigio por aquella época, tales como Sforza Pallavicino (1519-1585), Giovanni Luigi “Chiappino” Vitelli (1519-1575), Cornia, el Conde Santa Fiose y el renombrado capitán español Álvaro de Sande (1489-1573). A nuestro modo de ver, en cualquier caso, todos estos rasgos definitorios influyeron sobremanera para que *Alexander Farnesius* —gran jinete y diestrísimo en el manejo de las armas— se constituyera en uno de los gestores y pioneros de la Justicia Militar, tal como advertiremos a continuación¹¹⁶.

Podemos entonces afirmar que: “Un ramillete de virtudes castrenses completan este carácter, haciendo de él un perfecto hombre de mando: coraje, audacia, valor personal, decisión, impetuosidad, animoso esfuerzo; rapidez

115 Cfr. Vela Jiménez, Manuel: *Alejandro Farnesio. Furia española*, Luis Carlt Editor, Barcelona, 1944, págs. 48, 49 y 50. También, *vid.*, entre otros, Riaño Lozano, Fernando: *Los medios navales de Alejandro Farnesio (1587-1588)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999; y Borreguero Beltrán, Cristina: *Diccionario de historia militar. Desde los reinos medievales hasta nuestros días*, voz: “Farnesio, Alejandro”, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2000, págs. 136-137.

116 Cfr. Calvo Sánchez, Ignacio: *Retratos de personajes del siglo XVI, relacionados con la Historia Militar de España*, *op. cit.*, págs. 177-178.

y clarividencia en las decisiones, pero también reflexión y ponderación de criterio en la elaboración de los proyectos; con formidable preparación técnica era, sin embargo, asequible al consejo y al contraste de su opinión con la ajena”¹¹⁷. Importa destacar al respecto que Farnesio ponía a deliberación en su Consejo de Guerra la conquista de una ciudad o cualquiera que fuera la empresa a realizar.

A segundas, dice Vela Martínez: “Al entrar la mañana del 2 de diciembre —de 1592— subió la muerte hasta su pecho como avenida de río turbio. Se fue con un beso a Cristo y unas palabras dulces, para los suyos, entre revuelo de banderas, a tanques desesperados —lenguas de acero por delante— de la furia española y bamboleo de muertos, con quienes en vida compartió vino y pan”¹¹⁸. Sobre esta esfera de acción, el día que se extinguió en Arras [Francia] la vida del Príncipe de Parma, como se extingue una luz por falta de combustible, tenía 48 años. Su cadáver, amortajado con hábito de capuchino fue embalsamado y llevado a Bruselas y luego conducido a Parma, siendo enterrado definitivamente en la cripta de la Iglesia la Madonna della Steccata. A Farnesio “Príncipe de la Fe” le sucedieron en el gobierno de Flandes Pedro Ernesto de Mansfeld, conde de Mansfeld (1517-1604), Ernesto de Austria, archiduque Ernesto (1553-1595), y Pedro Enríquez de Acevedo, conde de Fuentes (1525-1610), quien llegó a lograr algunas ventajas militares.

Centrado en el plano militar, Carl von Clausewitz (1780-1831), reafirmando su enorme capacidad, como buen prusiano, recuerda que Alejandro Farnesio, entre otros personajes, demostró la superior capacidad del general o el entusiasmo popular; de otro modo, los resultados no hubieran estado a la altura del esfuerzo invertido¹¹⁹. En conexión con esta idea, conforme ha evo-

117 Cfr. Díaz Santillana, Santos: *Del claustro al trono. Biografía y Anecdotario del Cardenal Cisneros*, Ediciones Ajax, Barcelona, 1952, pág. 64. Sobre este punto, también *vid.* Almirante Torroella, José: “Alejandro Farnesio (1545-1592)” en su libro *Estudios Militares. Antología, ob. cit.*, págs. 191-208.

118 Cfr., una vez más, Vela Jiménez, Manuel: *Alejandro Farnesio. Furia española, ob. cit.*, pág. 227. Para una mejor comprensión de los hechos episódicos sucedidos entre los siglos XVI y XVII, *vid.* Fernández Almagro, Melchor: *Política naval de la España moderna contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, págs. 5-47.

119 Cfr. Clausewitz, Carl von: *De la guerra*, dirigida y traducida del inglés por Michael Howard y Peter Paret, ensayos introductorios de Peter Paret, Michael Howard y Bernard Brodie,

cado de manera clara y amplía el antiguo Rector de la Universidad de Valladolid y miembro de la Real Academia de la Historia, Julián María Rubio: “Tuvo el príncipe de Parma todas aquellas grandes y cardinales cualidades que deben adornar a un jefe de ejército: coraje, audacia, valentía temeraria, decisión, impetuosidad y animoso esfuerzo. Formidablemente preparado desde el punto de vista técnico, con gran talento táctico y estratégico”¹²⁰.

9.2. LA OBRA

A tal efecto, en la historia hispana, la primera expresión normativa de la Justicia Militar —muy útil, por muchos y variados conceptos— se consolida en los papeles farnesianos que lleva por título: *Ordenanzas e Instrucción del Duque de Parma y de Plasencia, Lugarteniente, Gobernador y Capitán General por S.M. en los Estados de Flandes, sobre el ejercicio y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo ejército. En Bruselas, a 13 de mayo de 1587*, creadas, ni más ni menos, por el Duque de Parma Alejandro Farnesio: “español en todo y por todo”¹²¹.

Más, en particular, las *Ordenanzas...*, que tuvieron un significado de excepción, se estructuraban en 39 artículos, en números romanos, destacando sin lugar a dudas los 5 primeros que a continuación se transcriben:

I

EL DUQUE DE PARMA Y PLASENCIA^(*)

Siendo razón que todos los que tienen cargos, para que los administren bien, entiendan lo que dellos depende y lo que les toca, no aviendo visto hasta agora instrucion ni ordenança ninguna de lo que toca al cargo de

con un comentario de Bernard Brodie, e Índice por Rosalie West, t. I, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999, pág. 319. La versión original de la obra cumbre del famoso militar Clausewitz se publicó póstumamente por su esposa en idioma alemán el año 1832: *Von Kriege*.

120 Cfr. Rubio, Julián M.^a: *Alejandro Farnesio. Príncipe de Parma*, Ediciones Luz, Zaragoza, 1939, pág. 287.

121 Sobre la administración militar llevada a cabo por Alejandro Farnesio, *vid.* Ranke, Leopold von: *La monarquía española de los siglos XVI y XVII*, traducción del alemán a cargo de Manuel Pedroso, Editorial Leyenda, S.A., México, D.F., 1946, págs. 299-315.

(*) Las rúbricas de los capítulos, en el impreso se encuentran al margen.

los Auditores de un exercito, nos ha parecido hazer la presente con una declaración de la juridicion militar, para remediar algunos abusos y que sepan aora y siempre lo que han de hazer, pues ansi conviene, y importa mucho, para la conservación de la buena orden y disciplina del exercito.

CALIDAD DEL OFICIO DE AUDITOR GENERAL

1. *El autoridad y calidad del oficio de Auditor general.*— El oficio de Auditor general es muy preeminente y de mucha importancia porque «es» la persona sobre quien el Capitan general descarga todos los negocios y casos de justicia, que el propio avia de juzgar y determinar, y ansi se puede dezir que tiene el exercicio de la juridicion del Capitan general, y por tanto queremos y es nuestra voluntad que ninguna persona de qualquier condicion o calidad que sea deste exercito, fuera del Maestre de campo general, en quanto dependiere de su cargo, tenga tanta autoridad en las cosas de justicia quanta el Auditor general y que en todo, lo que ordenare, concerniente a su oficio, ninguno le contradiga, sino que le den asistencia y favor, so pena de la desgracia del Rey mi señor por lo qual le avemos dado y damos todo el poder y autoridad que tenemos de su Magestad en las cosas de justicia.
2. *Encarga el cuidado de la autoridad y juridicion militar el Auditor general.*— El Auditor general ha de tener particular cuidado de mantener la autoridad, juridicion y diciplina militar, porque a nos, como Capitan general, y a los ministros de guerra, para ello ordenados a causa de sus oficios y cargos, toca la cognicion, juridicion y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gente de guerra, sin que ningunos otros juezes, justicias, Consejos ni otro qualquiera pueda tomar esta cognición o juridicion o empatarse en cosa destas directa o indirectamente, porque es contra razón y contra las leyes y privilegios militares y de aquí podran nacer grandes inconvenientes y confussion y los ministros de guerra vendrian a ser mal obedecidos y respetados.
3. *Excepciones de la juridicion e fuero militar.*— De manera que un soldado no podrá ser convenido ni llamado en justicia por ningún delito ni deuda ni por otra cosa ninguna sino es por ante los Auditores y juezes militares, y ninguno otro, excepto en causas de acciones reales, hipotecarias y de sucession de bienes raices y patrimoniales, porque en tal caso cada uno podía proseguir y pedir su justicia según las costumbres

y ante los jueces del lugar donde estuvieren situados dichos bienes, que conforme a las leyes comunes y los placartes del Emperador mi señor, de gloriosa memoria, sin querer derogar, fuera desto, en cosa chica ni grande a los privilegios militares, los cuales queremos y es nuestra voluntad que sean inviolablemente guardados.

4. *El fuero y privilegios militares no se estienden a los casos sucedidos antes.*— Pero si alguno de miedo de algún delito o maleficio que ha hecho o por defraudara sus acreedores se hiziere soldado, en tal caso no es justo que el privilegio militar le valga, sino que a requerimiento de la justicia o de la parte se le borre la placa y esto no se les puede negar, pero hasta tanto no es razón que las otras justicias provinciales y del país, sin respetar a los ministros de guerra, pongan la mano en el soldado o procedan por vía de justicia o de hecho contra el.
5. *El Auditor general conoce de todas personas y negocios que ante el se piden.*— El Auditor general puede y debe conocer y determinar generalmente todos los pleitos y diferencias, así civiles como criminales, que huviere entre todas las naciones y personas de qualquier suerte deste felicissimo exercito, así de a pie como de a cavallo, así de los que estuvieren en presidios como los que estuvieren en campaña, que ante nos o ante el nuestro nombre pidieren cumplimiento de justicia, sin respeto ni excepción de persona¹²².

...

A lo anterior se debe añadir que estas Ordenanzas —de añeja factura— fueron complementadas el 22 de mayo de 1587, en Bruselas, con el Edicto *Ordenanza e Instrucción sobre el oficio de Preboste general y de los demás Capitanes de compañía y Barricheles del ejército*. Contenía 19 artículos dedicados a la definición de las atribuciones de la Policía Judicial Militar: prebostes, barricheles, capitanes de campaña y demás ministros y oficiales de justicia, a quienes se reservaba la conservación de la disciplina y el mantenimiento de la justicia. En tal sentido, la Ordenanza empieza pasando revista a la calidad de oficial del preboste:

122 *Cfr.* la profunda exposición en el artículo a cargo de Moreno Casado, José: “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI, Madrid, 1961, págs. 439-441.

“1. La calidad y necesidad deste oficio.- El oficio de Prevoste general es de mucha autoridad y muy necesario para la conservación de la disciplina militarymantenimiento de la justicia del exercito, porque es executor de los bandos y ordenes del Capitan general y constituciones militares y ansimismo de las sentencias y decretos del Auditor general, que en nuestro nombre administra la dicha justicia”.

Siguiendo a José Almirante Torroella, Guillermo Cabanellas sostiene que las Ordenanzas de Alejandro Farnesio parecen haber regido durante todo el siglo XVI, habiendo sido catalogadas como la iniciación de la moderna Justicia Militar¹²³. Se puede afirmar sin mengua que tal juicio es certero y aceptado por gran parte de los estudiosos que se han ocupado de la evolución histórica de la Justicia Militar, por cuanto dichas Ordenanzas —verdadero Tratado de Justicia Militar— marcaron su paso por la historia con rastro indeleble. Y es el punto de mira del Derecho Penal Militar, en clave histórica, como factor determinante y fundamental para una mejor comprensión.

9.3. EPÍLOGO

Ha de tenerse en cuenta aquí, que toda esta legislación medieval culmina con una mayor consolidación en el reinado de Felipe V cuando se publican, como tendremos ocasión de ver más adelante, las Ordenanzas denominadas las Segundas de Flandes —también, verdadero Tratado de Derecho Militar completo— el 18 de diciembre de 1701¹²⁴, a las que siguieron las de 12 de julio de 1728, que fueron reproducidas casi íntegramente por Carlos III el 22 de octubre de 1768. En dicha época se afirmó una serie de privilegios, exenciones y prerrogativas al ejército y se estableció el Fuero a través de los Consejos de Guerra, en el que el militar en campaña y en paz, se rige por leyes distintas del elemento civil para poder conservar la debida subordinación. Algo más todavía, se ha sostenido que en el siglo XVIII se exagera la existencia del Fuero Militar, pues se crearon, sin guía ni norte, para distintas compañías militares. Así, hubo uno para la tropa de la realeza; otro para

123 Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Justicia Militar”, t. IV, (H-N), *ob. cit.*, pág. 182. También, *vid.* Moreno Casado, José: “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, *ob. cit.*, en la nota anterior, págs. 431-458.

124 *Id.*, por todos, Ramos Alonso, José: *Historia Política del Ejército Español*, Editora Nacional San Agustín, Madrid, 1974, pág. 25.

la artillería y los ingenieros; la marina pretendió, igualmente, un tribunal militar para sí. Y, como si fuera poco, los capellanes de los regimientos reclamaban también su fuero, y los funcionarios de la hacienda militar y los jurídico-militares, lo propio.

X.- LOS CONSEJOS DE GUERRA, JURISDICCIÓN DE GUERRA O TRIBUNALES MILITARES

Para nuestros propósitos es suficiente con indicar que los tribunales militares, cortes marciales, jurados de guerra, jurisdicción de guerra o consejos de guerra¹²⁵ —institución francesa que ya estaba reconocida en las Ordenanzas de 1655— están estrechamente relacionados con los fueros¹²⁶. Esto significa que son de antiguo abolengo. Como refiere con claridad y vigor Banús y Cómas: “... si hay un Código especial para los militares, es natural que existan también tribunales especiales para juzgar los delitos en aquél comprendidos. Lo relativo a los procedimientos militares y a las personas encargadas de ellos ha sido objeto de varias disposiciones. La Ordenanza de 1551 disponía que los Alcaldes de las Guardias viejas y en ausencia de estos los Capitanes, fueran los encargados de administrar justicia, pudiéndose apelar a aquellos como en segunda instancia de los fallos de éstos. La real cédula de 7 de mayo de 1587 da esta facultad a los Comisarios generales de acuerdo con los Auditores. En 1594 se da a los Alcaldes de casa y Corte las facultades que tenía el Consejo de Guerra relativamente a las causas civiles y criminales seguidas a los militares, y en 1598 se devuelven a este las facultades que se le quitaron. Más adelante, los Auditores son los encargados de hacer justicia y por fin, [...] se crean para

125 A los efectos de nuestra exposición, *vid.* la obra de elevado valor científico de Pradier-Fodéré, M.P. y M. Le Faure, Amédée: *Commentaire sur le Code de Justice Militaire, précédé d'une Introduction Historique*, Librairie Militaire de J. Dumaine, Paris, 1873, págs. X-XI. Hay traducción parcial del francés, y notas, con el siguiente título: “Comentarios sobre el Código de Justicia Militar Francés de 1857. Antecedentes históricos”, a cargo de Renato de J. Bermúdez Flores, publicado en la Revista Española de Derecho Militar, N° 83, Enero-Junio, Madrid, 2004, págs. 207-234.

126 *Vid.* Plaza Ortiz, Juan: *Manual del Juez Militar*, 2ª. edición corregida y aumentada, Imprenta y Encuadernación del Colegio de María Cristina, Toledo, 1924, pág. 22. Antecede Prólogo de Luis de Alba. Sobre este sentido, también *vid.* Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar*, voz: “Consejo”, vol. I, (A-G), *ob. cit.*, pág. 273.

los delitos militares los Consejos de guerra”¹²⁷. Todo ello sin obviar los conflictos, una especie de amor y odio, que se suscitaron durante los siglos XVII y XVIII con los otros tribunales del reino, en especial con el Consejo de Castilla, con el Consejo de Hacienda, Consejo de Indias —acaso si apenas existieron disputas— por la nueva estructura del poder que se había implantado¹²⁸.

En virtud de estas situaciones que se presentaban, y para solucionar todos los problemas de cada comando, se siguieron dictando otras disposiciones militares. Así, las Reales Ordenanzas de Flandes de 1701, como ya se tiene dicho, es la que crea el Consejo (del latín *consilium*) de Guerra o Tribunal de Capitanes, conservando su carácter preeminente de Tribunal técnico militar, con la presidencia del Rey y de 15 ministros como vocales con jurisdicción para dirimir y juzgar todo lo concerniente a la justicia militar¹²⁹. Pero a un cierto punto, años después, las Reales Ordenanzas del 22 de octubre de 1768 modificaron los Consejos, y posteriormente se creó el Consejo de Guerra extraordinario para juzgar a los individuos de la clase de tropa que tuviesen carácter de oficiales¹³⁰. Por tanto, la existencia de la jurisdicción de guerra, como lo sostenía con sentido afirmativo, en el primer tercio del siglo XX el Auditor de Guerra y Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Rafael de Piquer y Martín-Cortés:

127 Cfr. Banús y Cómas, Carlos: *Estudios de Arte é Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos* (Segunda Parte), *ob. cit.*, págs. 258-259. También, *vid.* Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, *ob. cit.*, Título V, Sección I, págs. 74-91.

128 Cfr. Andújar Castillo, Francisco: *Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 104-118. Antecede Prólogo de Didier Ozanam.

129 El Auditor de Brigada Ángel Salcedo Ruiz recuerda que Felipe V fue el que introdujo en las Reales Ordenanzas de Flandes de 18 de diciembre de 1701 el principio de que “el que manda debe juzgar”, y que en este principio responde la institución de los consejos de guerra. Cfr. *Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas. Conferencias dadas en el Centro del Ejército y de la Armada, durante el curso de 1902-903*, *ob. cit.*, pág. 65. También, *vid.* De Las Heras Santos, José Luis: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, *ob. cit.*, pág. 113.

130 Cfr. Benito é Infante, Santiago: *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército*, *ob. cit.*, pág. 47. Sobre el influjo de la creación del Consejo de Guerra en las Ordenanzas Militares francesas de 1655, *vid.* Mesa de Molina, Julio: “La jurisdicción militar española en el siglo XVIII y su Ejército en unidades de composición internacional”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. VII-1, Bruxelles, 1968, pág. 284.

“...es la necesidad del mantenimiento de la disciplina, base indispensable para la vida de las colectividades armadas”¹³¹.

En líneas generales, como escribe Andújar Castillo con machacona insistencia: “... el Consejo de Guerra se articuló como una institución de «término» para una trayectoria profesional en el campo de la milicia. En conjunto esta afirmación es válida para todo el siglo XVIII. Con el nombramiento como consejero de Guerra, un militar alcanzaba un honor anejo a su condición profesional —recuérdese el requisito de estar en posesión del grado de Teniente General o Capitán General— y a menudo solía ser la recompensa a los largos años de servicios prestados. Llegar a formar parte de un tribunal cuya presencia la ostentaba el rey era antes que nada un alto honor y un signo distintivo de prestigio social. En palabras del conde de Riela, escritas en 1779, siendo por entonces Secretario del Despacho de Guerra, en la carrera militar el Consejo de Guerra: «es el destino de mayor honor, conveniencia y satisfacciones». Por tanto, se aunaba en la persona de un consejero de guerra, la función particular determinada por las competencias mismas del Consejo, y un alto honor para quien lo ejercía”¹³². Constituyeron una suerte de buque insignia de la Jurisdicción Militar, no solo en su sentir histórico, sino también en la actualidad, es más, hay un binomio indisoluble entre la jurisdicción castrense y los tribunales militares.

131 Cfr., a este respecto, Piquer y Martín-Cortés, Rafael de: *Los Tribunales de Guerra. Su organización, atribuciones y procedimiento con arreglo a las modificaciones del Código de Justicia Militar establecidas por el R. D. de 19 de marzo de 1919*, 2ª. edición, Casa Editorial Zarzalejos, Madrid, 1919, pág. 24.

132 Cfr. Andújar Castillo, Francisco: *Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, ob. cit., págs. 148-149. Todavía citaremos otro ejemplo. El teniente coronel de infantería José Muñiz y Terrones así razonaba con brevedad y claridad, sin propósito de ofensa para nadie: “Alguna vez se me ha preguntado cómo se salvaría un General que obrando iniciativamente dejara de cumplir ó modificara órdenes recibidas, y resulta luego haberse equivocado; y he contestado y sostengo que el Consejo de Guerra, verdadero jurado, es tribunal de capacidad para apreciar técnicamente las razones del General, y aunque su acierto haya sido dudoso, puede muy bien absolvelo”. Cfr. Muñiz y Terrones, José: *Concepto del mando y deber de la obediencia (Cartas á Alfonso XIII) Estudio bibliográfico-histórico-filosófico-jurídico-militar*, t. I, 2ª. edición, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid, 1893, pág. 394. Antecede Prólogo de José Canalejas y Méndez. Y, con justo juicio, a continuación añadía lo siguiente: “El Consejo de Guerra, jurado y tribunal á un tiempo, juzga y gradúa, estima y sentencia; desde la absolución, hasta la pena de muerte”, ob. cit., t. II, pág. 641.

XI.- LAS ORDENANZAS MILITARES [SEGUNDAS DE FLANDES] DE FELIPE V

11.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

Como pone de manifiesto el Capitán Auditor Juan Gómez Calero: “También estaba vigente para aquella época una disposición de Felipe V de 20 de enero de 1717 en cuya virtud el Consejo Supremo de Guerra —hoy Consejo Supremo de Justicia Militar— habría de estar constituido solamente por elemento letrado, de forma que el conocimiento de los asuntos militares de índole gubernativa correspondía al Ministerio de Guerra. Tal legalidad no fue derogada hasta el 4 de noviembre de 1773, por Real Cédula de Carlos III”¹³³.

11.2. LA OBRA

Sin embargo, desde la perspectiva que nos interesa es importante recordar el Edicto de Felipe V —primero de los Borbones— de 15 de octubre de 1740, cuyo espinazo orgánico, literalmente, decía lo siguiente:

“Hallandose el Rey con seguros avisos, que la Peste introducida en Argél por la Embarcación Francesa, que a dicha Plaza arribó, procedente de Alexandria, no solo continúa, pero que también se experimentan cada día mayores los efectos de su contagio: y havindose asimismo sabido, que en Esmirna, y en muchas Islas del Archipiélago se padece el mismo mal: Ha mandado su Magestad que subsitiendo las provincias hasta aquí tomadas por la Junta de Sanidad, y comunicadas generalmente a las Justicias de los Puertos de estos Reynos, para el resguardo de la publica salud, se examinen, y reconozcan en ella los Vandos últimamente publicados en el Reyno de Napoles, y las recientes noticias participadas por los Consules de su Magestad, que residen en los Puertos de Italia, a fin de formarse un nuevo Edicto, que comprehenda a todos los casos, que en la presente situacion puedan ocurrir. Y visto, y examinado por la expresada Junta, y consultando à su Magestad, lo que ha creido conveniente, se ha servido resolver se expida el presente Edicto, por el qual, renovando su Magestad las providencias hasta aquí tomadas, ordena, y manda se

133 Cfr. Gómez Calero, Juan: “Un Edicto de Felipe V (Su contenido jurídico-penal)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 7, Enero-Junio, 1959, págs. 48-49. También, *vid.* el valioso estudio de Bacallar y Sanna, Vicente: *Comentarios de la guerra de España e historia de su Rey Felipe V, el animoso. Memorias políticas y militares. Tratados de paz y alianzas de España*, Biblioteca de Autores españoles, Madrid, 1957. Edición y estudio de Carlos Seco Serrano.

observen las siguientes, baxo la pena irremisible de la vida, y otras establecidas en el antecedente.

I. Primeramente, que no se admitan en ninguno de los Puertos de estos Reynos Embarcaciones algunas grandes, ò pequeñas, procedentes de Argèl, Esmirna, de Alexandria, y de las Islas del Archipelago, en las que se haya introducido el contagio; antes bien inmediately se hagan salir, obligándolas con la fuerza en caso de renitencia: y porque alguna de dichas Embarcaciones podrá acercarse à las Playas, Ensenadas, Caletas, y demás Surgideros de nuestras Costas, los Capitanes Generales, Comandantes, Governadores, y demás Cabos de los Puertos Maritimos deberán zelar esta importancia en sus respectivas jurisdicciones, à efecto de prohibir el que entren, ni se arrimen a la tierra Embarcaciones mayores ni menores, ya sean de Naturales, o Estrangeros; como asimismo el que echen, y desembarquen gente, frutos, mercaderías, ni otros generos con ningún pretexto, haciéndolos retirar la Mar afuera, disparando sobre ellos, en caso necessario, y si los encontraren en tierra, los cercarán en el parage donde los hallaren, conteniéndolos sin frizarse con ellos, ni tocar en los generos, ò mercaderías que huvieren desembarcado, dando cuenta luego al Comandante de la Plaza inmediata, à fin de que por este se dè à la Junta establecida en la Capital de aquella inmediación, con información del suceso, y sus circunstancias, esperando su resolución, sin innovar esta providencia, hasta que se le comunique por la misma la conveniente.

II. Se previene, que no se admitan libremente à la platica las Embarcaciones mayores, o menores, que procedan, ò ayan tocado en la isla de Tabarca, Gibraltar, y Puerto Mahon, sin que primero haga la quarentena que se juzgare conveniente, en inteligencia de que no resulte de sus Patentes, y Fe de Santidad, y demás diligencias de visita, segun está mandado, rezelo de venir apestadas, en cuyo caso deberán incluirse en la providencia antecedente, mandandolos inmediately salir, y usando de las prevenciones arriba mencionadas.

III. Siendo contingente, que nuestros Armadores, y los de las Provincias amigas en el presente tiempo de la Guerra con los ingleses visiten, ò sean visitados en la Mar de otras Embarcaciones que hayan podido tener comercio, ò platica con algunas que vengan, ò hayan tocado en Países infestados; para mayor resguardo deberán estos igualmente someterse à la quarentena que pareciere imponerles, en conformidad de lo que constasse de las diligencias de Visita, y declaraciones de los Capitanes, ò Patrones de dichas Embarcaciones; y alguno de ellos arribase a nuestros Puertos con generossos apresados procedentes de los Puertos de Levante; en este caso se deberá proceder con el mayor cuydado, examinando las circunstancias, y encontrándose alguna fundada, y grave presumpcion, de que dichos generos pue-

den ser de las referidas Plazas en que hay Peste, se mandaràn salir con toda la carga, sin admitirlos à la platica, ni a la quarentena: y siempre que se reconozca poderse admitir à esta, se dè cuenta à la Junta de la Capital inmediata, con remission de las diligencias practicadas, y no se les dè platica antes de recibirse la resolucion que la Junta tomare sobre ello.

IV. Desde ahora en adelante, y hasta nueva orden, las Diputaciones de Sanidad haràn las visitas à todas las Embarcaciones que vinieren á comerciar a nuestros Puertos; ya sea de la parte de Levante, ó de otra cualquiera, con la asistencia de Escrivano, Medico, y Cirujano, como se acostumbraba por lo respectivo à las personas de los equipajes, y passageros, tomandoles sus declaraciones juradas à los Capitanes, ò Patrones, conforme a las Reales Ordenes, que están expedidas à este fin, pidiendoles las patentes de salud, que deben traer, las listas, ó rollos de la gente de sus equipages, los libros diurnales, las polizas, ò conocimiento de sus cargas y los testimonios de sus fabricas; y estando corrientes, y sin sospecha alguna, se les admitirà à platica, y comercio, y de no, se observará lo prevenido en los Capítulos precedentes.

V. Para la mas clara inteligencia de este Capitulo se advierte que la visita se ha de practicar passando el Barco de la Sanidad a los Navios, o Embarcaciones que llegaren a nuestros Puertos, y que su Cabo, sin entrar en ellos, ni persona alguna de los que forman la visita, les pida las Patentes, y Papeletas de Sanidad de los Puertos en que huvieren estado, ù hecho escala, las que recibirá con todas las precaciones que fueren convenientes para el mejor resguardo, y assi recogidas, las passará à los Diputados de la Sanidad, que assistieren aquel dia al parage, que en cada Puerto se destinase a este fin, y examinadas por estos, se dará cuenta al Governador, y Junta, y no siendo de las comprehendidas en la prohibicion, se reconocerán los Oficiales, y gente que traxesse de equipaje por el Cabo, Escrivano, y Medico que passará, y acercándose a la Embarcación, o Navio, sin entrar en ellos, haràn que el Capitan, o Patron ponga toda la gente à la borda, aperciéndole con pena de la vida, si ocultasse alguno, ò algunos, como también las partes donde huviesen entrado, ò tocado, y assi puestos, los iràn contando, y reconociendo los semblantes, para ver si de ellos hay algún enfermo: y hecho, veran si es la misma gente que consta de la Patentes, tomandoles sus declaraciones juradas, de si han tocado en algún puerto: o parage donde hubiesse el contagio, ò que tenga comunicaciòn con èl, o Puerto donde tenga abierto comercio sin estos resguardos, como son Puerto Mahon, y Gibraltar, y faltando un hombre, que diga el Oficial està enfermo, o muerto, no se les admita al comercio, ni se les permita saltar ninguno en tierra, hasta passada la quarentena, que tuviesse la Junta por conveniente que haga; y pasado aquel termino, se hará segunda visita para reconocer si la gente es la misma, y si la falta de aquel hombre

enfermo, ò muerto fuè ocasionada del contagio, ù de otra enfermedad, no incluyéndose en esta visita mas que el Cabo del Barco, Escrivano, y Medico; y hecha en estos términos, se dará cuenta de todo al Governador, y Junta con testimonio del Escribano, para que dè la orden, que el Navio ò Embarcacion entre en el Puerto, y se le admita a su comercio: con prevención, que á los Navios o Embarcaciones procedentes de Levante, y que hubiessen tocado en la Isla de Tabarca, Puerto Mahon, ò Gibraltar, por la comunicacion que estas Plazas tienen con Argèl, y otras partes infestas, se deberá después de executadas las expressadas diligencias, poner todas sus ropas en quarentena en el parage que el Governador, y Junta destinasen, y pasada, se admitirán, practicandose las diligencias acostumbradas.

VI. Pudiendo ocurrir, que alguna de las Embarcaciones sospechosas de Peste, y de las que comprehende la prohibicion de poderse admitir, necesite del socorro de viveres, ò de agua, en este caso hará la Junta de Sanidad advertir inmediatamente al Consul de la Nacion cuya fuere la Embarcacion, disponga su remesa con tal que esta se execute con la intervencion, y à vista del Barco de Sanidad precaviendo de que la gente de dicha Embarcacion se tripule, ò mezcle con la del Barco, ò Lancha que conduxere los viveres; y si el Consul se negasse à embiarle, se sacará testimonio del requerimiento, y su respuesta, y se remitirá à la Junta de Sanidad de esta Corte. Executada esta diligencia, se hará saber al Capitan, ò Patron de dicha Embarcacion, que salga luego del Puerto, y que no toque ninguna de nuestras Costas, so pena de ser quemada con su tripulacion, y generos: à cuyo fin se despacharán, sin perder instante, los avisos convenientes, con las señas de la Embarcacion, para no admitirla, ò quemarla, si se echasse à tierra en qualquiera de nuestras Costas.

VII. Para la observancia de lo referido se destinaran en cada Reyno los Puerto en que solamente se deban admitir las dichas Embarcaciones, que serán los mismos en que commodamente se puedan practicar las diligencias de visita en la forma expressada, sin que por ningún acontecimiento se admitan, y dè platica en otro alguno, à excepcion de los que se señalaren por las Juntas de Sanidad de cada Reyno: y cuydarán los Comandantes Generales de que se hagan saber en sus respectivas jurisdicciones al tiempo de la publicacion de este Edicto, para que llegue à noticia de todos, remitiendo á la Junta de Sanidad de esta Corte testimonio de haverse executado, con expresion de los Puertos, que se huvieren destinado para dicho fin.

VIII. Y ultimamente se advierte, que assi como su Magestad manda el mas exacto cumplimiento de lo contenido en este Edicto baxo las penas impuestas, igualmente ordena, que las precauciones prevenidas se executen procurando evitar agravios, ò perjuicios excusables, ò voluntarios al Comercio, que tanto importa fomentar, y conservar, encargando à todas las Juntas de Sanidad tengan particular cuidado

para no consentirlos; y que las diligencias mandadas en los casos mencionados, se executen con la mayor brevedad, evitando quanto sea posible los dispendios que se siguen à las Embarcaciones en la demora de su despacho, porque verificada la detención por culpa, ò negligencia de los que las componen, no solo serán responsables à los daños, y perjuicios que resultaren à los interesados, sino à otras arbitrarias penas, que se le deberán imponer. Madrid 15. de Octubre de 1740... El Cardenal de Molina”¹³⁴.

En breve conclusión, el Edicto —de su lectura salta a la vista que era de naturaleza penal, en especial para las penas severísimas—, conforme se desprende de su contenido, lo suscribió el Cardenal de Molina, cuyo nombre completo era Gaspar de Molina y Oviedo (1679-1744), agustino y jurista, Gobernador del Supremo Consejo de Castilla, Comisario General de Cruzada, Teólogo del Concilio Lateranense y Cardenal de la Iglesia Romana. Y tenía como frente a los Bandos del Reino de Nápoles. Y a la vista de la disposición militar transcrita, Felipe V se inspiró, sin duda alguna, en las de su abuelo Luis XIV (1638-1715), llamado “El Rey Sol” (en francés: *Le Roi Soleil*) o Luis *el Grande* de Francia.

XII.- LAS ORDENANZAS MILITARES DE CARLOS III

12.1. EL AUTOR Y SU TIEMPO

En este propósito interesa destacar que: “Para situar, histórica y geográficamente, el patrimonio paterno de aquel nuevo infante —hijo de francés e italiana— que vino al mundo en el viejo Alcázar madrileño el 20 de enero de 1716, hay que tener presente que cuando nació hacía poco más de dos años que se había firmado la Paz [Tratado] de Utrecht —[Rastaff]—, término diplomático de la Guerra de Sucesión [española entre 1713-1715] que estableció *de iure* y *de facto* a los Borbones en el Trono de España”¹³⁵.

134 Cfr. Gómez Calero, Juan: “Un Edicto de Felipe V (Su contenido jurídico-penal)”, artículo citado, págs. 37-40.

135 Cfr. De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1962, pág. 31. En fin, también *vid.* Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S.A., Madrid, 1998.

A tenor de cuanto antecede, de más está decir que aquella guerra y aquella paz habían ocasionado al Imperio español la pérdida de ricos territorios en el continente europeo, la familia de los Austrias habían cedido el trono a los Borbones en 1700. Y luego del nacimiento de Carlos III, al fluir del tiempo con su reinado, al lado de su esposa María Amalia de Sajonia (1724-1760), se le reconoció a España como gran potencia mundial, especialmente en el ámbito cultural y político del siglo XVIII, catalogado como el Siglo de las Luces, Iluminismo o de la *Belle Époque*.

Nada más natural, Carlos III, considerado el soberano más laborioso de su estirpe, fue entre otras tantas cosas, fiel a sus costumbres como buen borbón, hombre poco dado a las pasiones, salvo su esposa y la casa, devoto y obediente y su refinado gusto de hombre de mundo lo complementaba sabiamente con la fidelidad a las consignas de sus padres los reyes de España, a saber, Felipe V (1683-1746) e Isabel de Farnesio (1692-1766). Su recia personalidad dejó marcada con trazos vigorosos la historia de España entre sus antepasados y sucesores. Y su exceso de inteligencia en pleno ejercicio de funciones y exceso del corazón se apagó para siempre a las doce y cuarenta minutos de la madrugada del 14 de diciembre de 1788, siete días antes de cumplir 73 años. Sus restos fueron enterrados en el real monasterio de El Escorial, al lado de su amada esposa.

12.2. LA OBRA

Situándolo en el contexto histórico de la época, advertimos que: “Dos fueron las Ordenanzas Militares publicadas durante el reinado de Carlos III. Unas, las de 1762, redactadas por una Junta de Generales nombrada en 1749, y derogadas apenas nacidas, cuando estaba aún fresca la tinta de la impresión de tres de los seis volúmenes de que habían de componerse. Otras, las de 1768, calificadas por muchos de «sabias» y por todos reconocidas con el sonoro nombre de «Ordenanzas de Carlos III»¹³⁶. Y se inspiraron, definiti-

136 *Cfr.* Martínez Frieria, Joaquín: “Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N° 141, Octubre, Madrid, 1951, pág. 3. De igual forma, de la abundante bibliografía sobre el tema, *vid.* Bermúdez de Castro, Luis: “Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XI, N° 131, Diciembre, Madrid, 1950, págs. 9-14 ; del mismo autor: “A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de

vamente, en las de Federico II *el Grande* (Friedrich II der Große) de Prusia (1712-1786).

Baste con señalar que: “A partir del análisis de las Ordenanzas de 1728, en el que se incluían los comentarios y observaciones de generales de prestigio y corregidas por una junta que presidió el propio [Pedro Pablo Abarca de Bolea (1719-1798)] Conde de Aranda, y de la que formó parte [Felice Gazzola (1699-1780)] [el Conde de] Gazola, fundador del Real Colegio de Artillería [que se instaló en el espléndido Alcázar de Segovia en 1764], se llegó a la redacción definitiva que sancionó el Rey, ordenando su publicación «firmada de mi mano, sellada con sello secreto y refrendada de mi infrascripto Secretario de Estado, y del Despacho de la Guerra» en San Lorenzo el Real el 22 de octubre de 1768”¹³⁷. No es inútil advertir finalmente que el 18 de febrero del año siguiente se dio una aclaración sobre la inteligencia de las Ordenanzas, en el sentido que la *aclaran, alteran, varían o modifican*. El tema no fue más allá por cuanto el tiempo se encargó de reafirmarlas tanto en la Monarquía y nobleza española como en el descubrimiento de las nuevas rutas oceánicas, y por tanto, en el Imperio de Ultramar, es decir, en los virreinos establecidos en la América morena.

Efectuadas estas consideraciones previas, veamos ahora cómo se estructuró orgánicamente —el Índice— su contenido, que para la época era con sobrada razón de buen cuño jurídico y línea modélica para la futura Justicia Militar de Derecho Comparado:

Carlos III”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N° 124, Mayo, Madrid, 1950, págs. 19-22. También, *vid.* Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar, ob. cit.*, pág. 36.

- 137 *Cfr.* Alonso Molinero, Antonio: “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1999, págs. 16-17. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente. En el mismo libro *vid.*, las exposiciones panorámicas sumarisimas, claras y comprensibles de Fernández Campos, Sabino: “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, págs. 23-38; y de González Díez, Emiliano: “Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, págs. 55-62.

TOMO PRIMERO DE LAS ORDENANZAS MILITARES¹³⁸

TRATADO PRIMERO.

QUE CONTIENE LA FUERZA, PIE, Y LUGAR de los Regimientos de Infanteria: Eleccion de Granaderos: Pie, y formacion de los Cuerpos de Cavalleria, y Dragones: Fondos de Recluta, Remonta, y Armamento: Reglas para la administracion, y ajuste de ellos: Descuentos de Oficiales, y Tropa en viajes de Mar por Mesa, y Racion de Armada: Funciones del Habilitado para el manejo de intereses.

Titulos.

- I. Fuerza, pie, y lugar de los Regimientos de Infanteria.
- II. Saca de Granaderos.
- III. Fuerza, y pie de los Regimientos de Cavalleria, y Dragones.
- IV. Método que ha de seguirse para el cobro, custodia, y distribucion de graficacion de Recluta, y Remonta.
- V. Regla con que el entretenimiento de la fuerza ha de atenderse, y método que para el ajuste de gaticacion de gente, y fondos de Caja ha de observarse.
- VI. Entrega de Compañias vacantes al Comun, y del Comun á los Provistos.
- VII. Fondo de Armamento.
- VIII. Método con que ha de procederse al abono del haber de Prest, y Pagas de la Tropa, y Oficiales que se embarquen para America.
- IX. Del Habilitado para el manejo de intereses.

138 La edición que tenemos a la vista, y que destaca por su monumentalidad, es: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus exercitos*, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768. Además, se ha consultado la siguiente edición, muy meritoria para su época: *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S.M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el Teniente General Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885. Incluye Índice Alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas Ordenanzas Adicionadas. También resulta útil, en clave histórica, el ensayo de Parada, Ramón: "Toque de silencio por la Justicia Militar", en Revista de Administración Pública, N° 127, Enero-Abril, Madrid, 1992, págs. 17-20; y el de Canosa Usera, Raúl, notable por su amplitud de horizontes: "Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar", en la Revista Poder Judicial, 2ª. época, N° 34, Junio, Madrid, 1994, págs. 10-12.

TRATADO SEGUNDO.

QUE CONTIENE LAS OBLIGACIONES DE CADA clase, desde el soldado, hasta el Coronel inclusive: Ordenes generales para Oficiales en guarnicion, Quartel, Marchas, y Campaña: Proposicion de Empleos vacantes: Formalidades para dar la posesión: Modo de reglar las antigüedades: Junta de Capitanes: Visita de Hospital: Guardia de prevención: Licencias temporales: orden, y sucesion del mando de los Cuerpos.

- I. Del Soldado.
- II Del Cabo.
- III. Obligaciones del Soldado, y Cabo de Cavalleria, y Dragones.
- IV. Del Sargento.
- V. Obligaciones del Sargento de Cavalleria, y Dragones.
- VI. Obligaciones de los Subtenientes.
- VII. Obligaciones del Alférez de Cavalleria, y Dragones.
- VIII. Tenientes.
- IX. Obligaciones del Teniente de Cavalleria, ó Dragones.
- X. Obligaciones del Capitan.
- XI. Obligaciones del Capitan de Cavalleria, y Dragones.
- XII. Sargento Mayor de Infanteria.
- XIII. Sargento Mayor de Cavalleria, y Dragones.
- XIV. Teniente Coronel.
- XV. Teniente Coronel de Cavalleria, ó Dragones.
- XVI. Coronel de un Regimiento.
- XVII. Ordenes Generales para Oficiales.
- XVIII. Forma, y distinción con que han de ser los Cadetes admitidos, y considerados.
- XIX. Funciones de los Avanderados.
- XX. Funciones de los Ayudantes.
- XXI. Del Tambor Mayor.
- XXII. Modo en que han de admitirse los Cirujanos, y su obligación.
- XXIII. Modo en que han de admitirse los Capellanes, y sus obligaciones.
- XXIV. Proposicion de Empleos vacantes.
- XXV. Formalidades que deben observarse para poner en posesión de sus empleos á los Oficiales, y demás Individuos de las Tropas.
- XXVI. Forma en que se han de reglar las antigüedades.
- XXVII. Juntas de Capitanes.
- XXVIII. Visita de Hospital.
- XXIX. Guardia de prevencion.

- XXX. Licencias temporales.
- XXXI. Orden, y sucesion del mando de los Cuerpos.

TRATADO TERCERO.

QUE CONTIENE LOS HONORES MILITARES: Los que por Cuerpos enteros deben hacerse á entrada, y salida de Personas Reales, y Capitanes Generales en las Plazas: Guardias, y honores á personas, que por sus dignidades los gozan, no siendo Militares: Honores fúnebres: tratamientos: Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados: Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones: Revistas de Comisario: Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

- I. Honores Militares.
- II. Honores por Cuerpos enteros, formados en las Plazas al entrar, y salir de ellas Personas Reales, y Capitanes Generales de los Exercitos, y de Provincia.
- III. Honores que deben hacer las Tropas campadas á las Personas que los tienen, quando pasen por las Lineas.
- IV. Guardias, y honores con que por su dignidades han de distinguirse algunas personas, que no son del Cuerpo Militar del Exercito, ni Armada.
- V. Honores funebres que han de hacerse á Personas Reales, Oficiales Generales, y Particulares, y demás Individuos de mis Tropas, que murieren empleados en mi Real servicio.
- VI. Tratamientos.
- VII. Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados.
- VIII. Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones.
- IX. Revistas de Comisario.
- X. Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

TRATADO CUARTO.

QUE EXPLICA LA FORMACION, MANEJO
de Arma, y Evoluciones de Infanteria.

- I. Toques que han de observar los Tambores, y Pifanos.
- II. Disposiciones que deben preceder para ponerse un Batallon sobre las Armas.
- III. Formacion del Batallon, y método con que ha de subdividirse en Trozos, Compañías, Medias, Quartas, y Octavas.
- IV. Formalidad con que han de traerse, y recibirse las Vanderas.
- V. Colocacion de Oficiales, Vanderas, y Sargentos en los ordenes de Batalla, y Parada de un Batallon, y Regimiento.

- VI. Formacion en Columna.
- VII. Instrucción para la marcha de frente, obliqua, y circular.
- VIII. Prevenciones generales para el manejo de Arma, y Evoluciones.
- IX. Manejo del Arma.
- X. Evoluciones que se practicarán concludido el manejo de Arma.
- XI. Advertencias generales para los fuegos.
- XII. Fuegos que se harán en los Ejercicios.
- XIII. Ejercicio de Granaderos.
- XIV. Suplemento del manejo del Arma, que deberá servir para todos los movimientos que se han de executar en las Guardias, Revistas, etc.
- XV. Modo con que los Oficiales han de saludar con las Vanderas, y Fusiles; y tiempos con que han de recogerlos, y descansar sobre ellos.
- XVI. Método pronto, y fácil para enseñar el Ejercicio, y perfeccionar en él á un Regimiento.
- XVII. Toques de Caja con que ha de señalarse el mando de Evoluciones.
- XVIII. Señales de mando con la Espada.

TOMO SEGUNDO DE LAS ORDENANZAS MILITARES

TRATADO QUINTO,

QUE CONTIENE LOS EJERCICIOS de Cavalleria, y Dragones, en que se explican sus formaciones, y maniobras.

Titulos.

- I. Toques que han de usar los Trompetas, y Timbales de la Cavalleria, en Guarnición, Quartel, y Campaña.
- II. Toques que han de observar los Cuerpos de Dragones.
- III. Formación de Compañias, division de ellas, su colocación, y la de Oficiales, y Sargentos de un Esquadron en el orden de Batalla.
- IV. Subdivision de un Esquadron, reglas de distancia entre filas, é hileras, y medida del terreno que por calculo ha de considerarse competente á qualquiera numero de Cavalleria en el orden de Batalla.
- V. Conduccion, retiro, y custodia de los Estandartes en Quartel, y Campaña.
- VI. Regla que ha de seguirse para pasar del orden de Batalla al de Parada.
- VII. Orden, y sucesion de las voces del Ejercicio, Evoluciones, y maniobras que harán los Esquadrones.
- VIII. Reglas para formar el Piquete con todo el Regimiento.
- IX. Formacion en Columna por filas.

- X. Método que han de observar los Cuerpos de Dragones para las maniobras de desmontar, encadenar sus Cavallos, salir á formar el Batallon, y volver por Esquadrones á su orden de Batalla.
- XI. Advertencias generales, comunes á Cavalleria, y Dragones montados.

TRATADO SEXTO,
QUE COMPREHENDE TODO LO PERTENECIEN-
te al servicio de Guarnicion.

- I. Autoridad de los Capitanes Generales de Provincia.
- II. Funciones del Gobernador de una Plaza, y sucesión del mando accidental de ella.
- III. Funciones del Teniente de Rey.
- IV. Consideraciones á que ha de arreglarse el servicio de Guarnicion.
- V. Funciones de los Sargentos Mayores de las Plazas, y Gefes de los Cuerpos en el servicio de ellas.
- VI. Formalidades que han de observarse para cerrar las puertas de las Plazas.
- VII. Formalidades para dar el Santo, y Orden: hacer, y recibir las Rondas, y practicar el servicio de Patrullas.
- VIII. Formalidad con que se ha de hacer la descuebierta, y abrir las puertas de la Plaza.
- IX. Destacamentos.
- X. Modo en que los Gobernadores de las Plazas deben expedir Libramientos para la Polvora.
- XI. Salvas que han de hacerse con la Artilleria de las Plazas, y casos en que corresponde excutarlas.
- XII. Reglas que deben observarse para la persecución, y aprehensión de Desertores, y obligación de las Justicias para su descubrimiento, y conducción.
- XIII. Reglas que deben observarse en la Marcha de las Tropas.
- XIV. Regla que ha de seguirse en el Alojamiento de las Tropas, quando marchen.

TRATADO SEPTIMO,
QUE CONTIENE EL SERVICIO DE CAMPAÑA.

- I. Asamblea del Exercito prevenido.
- II. Clases de que se compone el Estado Mayor del Exercito.
- III. Sucesion del accidental mando del Exercito, y lugar de los Oficiales Generales, y Brigadieres en las Lineas.
- IV. Pie, fuerza, y servicio de la Tropa de á pie, y montada, que ha de formarse en dos Cuerpos separados para Guardias de Generales, y Escolta de Equipages.

- V. Funciones del Quartel Maestre, Junta de Campamento, y distribución del terreno por mayor.
- VI. Funciones del Mayor General de Infanteria.
- VII. Del Mayor General de Cavalleria, y Dragones.
- VIII. Del Aposentador.
- IX. Funciones del Conductor General de Equipages, y orden en que han de marchar los del Exercito.
- X. Modo de campar con sus medidas, y circunstancias.
- XI. Servicio de Campaña por Brigadas.
- XII. Distribucion del Santo, y Orden general.
- XIII. Modo de recibir la Ronda de Generales, y Oficiales de dia.
- XIV. Sobre Destacamentos.
- XV. Movimiento de un Campo á otro nuevo.
- XVI. Alojamiento de Quarteles, ó Cantones, y modo en que ha de distribuirse el forage que haya en ellos.
- XVII. Ordenes generales para el servicio de Campaña.
- XVIII. Funciones del Intendente, y sus Dependientes.
- XIX. Reglamento de mesa para los Oficiales Generales, y de otros grados en Campaña.
- XX. Raciones de Pan, y Cebada con que en tiempo de Guerra ha de asistirse á los Oficiales Generales, y particulares que sirvieren en el Exercito de Campaña.

TRATADO OCTAVO, DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

- I. Esenciones, y Preeminencias del Fuero Militar, y declaración de las personas que le gozan.
- II. Casos, y delitos en que no vale el Fuero Militar.
- III. Casos, y delitos en que la Jurisdicción Militar conoce de Reos independientes de ella.
- IV. Causas, cuyo conocimiento corresponde á los Capitanes Generales de las Provincias.
- V. Consejo de Guerra Ordinario.
- VI. Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
- VII. Delitos, cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
- VIII. Del Auditor General de un Exercito en Campaña, y de los de Provincia.
- IX. De las formalidades que se han de observar en la degradación de un Oficial delincente.

- X. Crímenes Militares, y comunes, y penas que á ellos corresponden.
- XI. De los Testamentos¹³⁹.

Por ello, Antonio Vallecillo, con la finalidad de explicar el contenido del Índice, diría en el siglo XIX con magistral capacidad de síntesis, que: “Lo principal que en él se observa, es la división de las Ordenanzas en *tratados, títulos y artículos* con numeración independiente unos de otros; cuyo método, si bien el más científico y filosófico de todos, no es, sin embargo, el más expedito y claro para el manejo y uso de las Ordenanzas, por necesitarse tres citas para expresar y encontrar un artículo cualquiera. Y aunque no puede desconocerse que la naturaleza de la obra exige esta triple división de asuntos ó materias; hubiérase podido, sin embargo, conciliar todos los extremos, con la expresada división, y la numeración de los artículos continuada desde el primero hasta el postrero del último tratado, como hay varios ejemplos antiguos y modernos para asuntos de más espera que los militares, y entre ellos el *Código* penal de España, publicado en 1848”¹⁴⁰.

Es decir, las Ordenanzas, definitivamente, fueron una recopilación de las muchas que se hicieron con anterioridad. Sin embargo, tuvieron dos innovaciones debidas a la ilustración: *a)* en ellas se cedían los privilegios de sangre a la personal valía del individuo y *b)* significaban una ruptura con el espíritu religioso y un triunfo del laicismo frente al tradicional espíritu católico de los Ejércitos de España¹⁴¹.

139 Al cierre del presente trabajo de investigación cayó en nuestras manos otra edición de las Ordenanzas..., muy útil y completísima. Al respecto, *vid.* Muñiz y Terrones, José: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un Apéndice General que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológico por materias; y un Apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año de 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes.

140 *Cfr.* el utilísimo libro, notable por la aguda interpretación que se realiza, de Vallecillo, Antonio: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D.P. Montero, Madrid, 1861, págs. 5-6.

141 *Vid.* Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, *ob. cit.*, pág. 18.

Como es lógico, hemos de advertir de antemano que, por tratarse de una obra que tuvo mucho impacto en la legislación militar hispanoamericana y que sigue mereciendo plácemes —¡adelanto grandísimo!— es importante transcribir algunos de sus artículos tal como aparecieron publicados en 1768, especialmente los referidos al Fuero Militar, respetándose la ortografía de la época:

*Trat. VIII. Tit. I.*¹⁴²

TRATADO VIII.

DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA. TITULO PRIMERO.

ESENCIONES, Y PREEMINENCIAS

del Fuero Militar, y declaracion de las personas que le gozan.

ARTICULO PRIMERO.

Para atajar los inconvenientes que (con atraso de mi servicio, y competencia de jurisdicciones) detienen, ò embarazan la buena administracion de Justicia, asi por solicitar el Fuero Militar, muchos que no deben gozarle, como por sujetarse por ignorancia à otros Juzgados algunos, à quienes les está concedido, y debieran defenderle: Declaro, que el referido Fuero pertenece à todos los Militares, que actualmente sirven, y en adelante sirvieren en mis Tropas regladas, ò en empleos que subsistan con actual exercicio en Guerra, y que como tales Militares gocen sueldo por mis Tesorerias del Exercito en Campaña, ò las Provincias, comprehendiendose en esta clase los Militares que se huvieren retirado del servicio, y tuvieren Despacho mio, para gozar de Fuero; pero con la diferencia, y distinción que se expresará sucesivamente en este Titulo.

2. Las Tropas Ligeras de Infanteria, y Cavalleria, que existen oy, y sucesivamente se formaren, gozarán del mismo Fuero que las Tropas regladas de mi Exercito.

3. A los Oficiales, y Soldados, que estuvieren en actual servicio, no podrán las Justicias de los parages en que residieren apremiarlos à tener Oficios concegiles, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad: gozarán la excepcion de pago de servicio ordinario, y extraordinario, y no podrá imponerseles Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte: Y siendo casados, gozarán sus mugeres de las mismas preeminencias; podrán traer Caravinas, y Pistolas largas de arzon, como las que se usan en la Guerra,

142 *Cfr. Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos, ob. cit., t. II, págs. 255 y sgts.*

teniendo plaza viva, y estando actualmente sirviendo: Y siempre que usaren de licencia, ò por comision de mi servicio se separen de sus destinos, ò Cuerpos, podrán traer estas Armas por el camino, para resguardo de sus personas; con calidad, que mientras estuvieren en la Corte, ò en las Ciudades, Villas, y Lugares de mis Reynos, no podrán andar con ellas, sino tenerlas guardadas en sus casas, para quando buelvan à servir, y hacer su viage: Podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los terminos, y meses vedados; y si usaren de otras Armas de fuego de las prohibidas por Vandos, y Pragmaticas, se les dará por incursos en los Vandos publicados, y por perdidas las Armas, sujetandose à la pena que se impusiere en dichos Vandos.

4. No podrán los referidos Oficiales, y Soldados ser presos por la Justicia Ordinaria por deudas, que hayan contraído despues de estar sirviendo, ni se les executará por ellas en sus Cavallos, Armas, ni vestidos, ni en los de sus mugeres, à menos que la deuda proceda de alcances, ò créditos, que mi Real Hacienda tenga contra ellos; pero en las deudas anteriores al tiempo en que el deudor entró en mi servicio, responderá según la calidad de la obligacion en su persona, y bienes raíces, y muebles, que no sean del uso Militar.

5. No podrán conocer de las causas civiles, ni criminales de Oficiales las Justicias Ordinarias, sino solo el Capitan General, Consejo General, ò Comandante Militar del parage donde residieren, segun la diferencia, y circunstancias de los casos en la forma que se explicará mas adelante.

6. Los Oficiales, Sargentos, Cabos, y Soldados, que se retiraren de mi servicio con licencia, habiendo servido quince años sin intermisión, gozarán Cedula de premio correspondiente; y en virtud de ella, si se retiraren del Exercito, estarán esentos del servicio ordinario, y extraordinario: No podrán ser apremiados à tener Oficios de Concejo, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad, ni se les impondrá Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte; y las mismas preeminencias gozarán sus mugeres; y podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los términos, y meses vedados; pero si usaren de Armas prohibidas, se les dará por incursos en los Vandos publicados.

7. Desde la clase de Alférez, ò Subteniente inclusivé arriba, todos los Oficiales que se huvieren retirado del servicio con licencia mia, y Cedula de preeminencia, gozarán, además de las expresadas en el Artículo antecedente del Fuero Militar en las Causas criminales; de suerte, que las Justicias Ordinarias solo tendrán facultad para hacer la Sumaria, que deberán formar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo la causa leve; y siendo grave, en el de ocho dias naturales, y remitirla al Capitan General de la Provincia, en cuyo Juzgado se sentenciará, concediendo las apelaciones al Consejo Supremo de Guerra; y en las civiles, y casos exceptuados,

los podrán procesar, sentenciar, y executar las Justicias Ordinarias: pero los Oficiales agregados à Plazas, destinados á Inválidos, y los de Milicias Provinciales regladas, gozarán tambien del Fuero civil, sacando la Cedula de preeminencias correspondiente à su clase.

8. Las mugeres, y los hijos de todo Militar gozarán este Fuero: y muerto aquel, le conservarán su viuda, y las hijas, mientras no tomen estado; pero los hijos varones unicamente le gozarán hasta la edad de diez y seis años.

9. Todo Criado de Militar, con servidumbre actual, y goce de salario, tendrá por el tiempo en que exista con estas calidades, el Fuero en las Causas civiles, y criminales que contra él se movieren, no siendo por deudas, ò delitos anteriores; en cuyo caso, ni le servirá el Fuero, ni se le apoyará con pretexto alguno, quedando responsables los Amos, y los Gefes de qualquiera omision en perjuicio de la buena administración de Justicia.

10. Todo Individuo que goce Fuero Militar, deberá declarar siempre que sea citado para ello por las Justicias Ordinarias, precediendo el aviso de estas al Comandante natural de que dependa; pero en los casos criminales executivos in fraganti, deberán declarar, aunque no se haya pasado el aviso à sus Gefes naturales; y reciprocamente se observará lo mismo por los dependientes de la jurisdicción ordinaria, siempre que la Militar los necesite para declarar, con la diferencia de casos que este Artículo previene.

TITULO SEGUNDO.
CASOS, Y DELITOS EN QUE NO VALE
el Fuero Militar.

ARTICULO PRIMERO

El Individuo dependiente de la Jurisdiccion Militar, (de qualquiera especie, ò calidad que sea) que incurriere en los delitos de resistencia formal à la Justicia, ò desafio probado, en el modo que prescribe la Pragmatica expedida en 16. de Enero de 1716. inserta al fin de este Tratado, perderá el Fuero de que goza, y quedará (por la calidad de semejante exceso) sujeto al conocimiento de la Justicia Ordinaria del territorio en que le cometa, con inhibición absoluta de la Jurisdicción Militar, de que naturalmente dependa.

2. Tampoco ha de gozar del Fuero Militar el que extragere, ò ayudare á extraer de mis Reynos moneda, o pasta de oro, ò plata, ò introduxere en ellos moneda de vellon: el que fabricáre, ò ayudare à fabricar, ò expender moneda falsa contra las

Leyes, Pragmaticas, y Cedula expedidas en este asunto: El que usáre de Armas cortas de fuego, ò blancas de las prohibidas por Reales Pragmaticas, como se verifique la aprehension Real en la persona; no entendiendose prohibida la Bayoneta sola, y descubierta en el Soldado de Infanteria, ni las de fuego en los casos que es permitido traerlas à los Militares, ni el de las otras Armas cortas, aunque vayan disfrazados, siendo en busca de Desertores, ù otro fin de mi servicio, y con despachos para ello, que señalen tiempo limitado.

3. Igualmente quedará despojado del Fuero Militar el que cometiere delito de robo, ò amancebamiento dentro de la Corte; y el que delinquiere en qualquiera parte contra la Administración, y Recaudacion de mis Rentas, siempre que, por diligencias de Ministros de ellas se verifique la aprehensión Real de los fraudes en su persona, casa, ò equipages, con especialidad contra la del Tabaco; à cuyo favor quiero que subsistan en su fuerza las Ordenes anteriormente expedidas; pero para procederse contra el Militar, en cuya casa, ò equipage se halle el fraude, ha de justificarse, que intervino su diligencia, o consentimiento en ocultarle.

4. Sobre particiones de herencia, si no fuere de persona que gozaba del Fuero Militar, en cuyo caso toca al Fuero de Guerra el Inventario, según Real Decreto de 25. de Marzo de 1752. conocimiento de Pleytos sobre bienes raíces, sucesion de Mayorazgos, acciones Reales, Hypothecas, y Personales, que provengan de trato, y negocio, y sobre oficio, y encargo público, en que voluntariamente se huviere mezclado el Militar, no gozara del Fuero de su clase; ni tampoco le valdrá en los delitos capitales, que huviere cometido antes de entrar à mi servicio: pues es mi voluntad, que en este caso, sin suscitarse competencia por la Jurisdicción Militar con la Ordinaria, conozca ésta de semejantes causas; y se le entreguen los comprendidos en ellas, quando los reclamáre, para que los juzgue, y sentencie como corresponda.

5. Si las Justicias prendieren algún Individuo dependiente de la Jurisdicción Militar del Exercito, que en su territorio haya cometido delito de los no exceptuados en los Artículos precedentes, ù otros, que se declararán en esta Ordenanza, deberán entregar el Reo à su respectivo Gefe, remitiendole, ò dándole aviso, para que le envíe à buscar; y quando esto no pueda practicarse prontamente, substanciarán la causa las Justicias que le aprehendieren, hasta ponerla en estado de Sentencia, lo que deberán executar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo leve; y siendo grave en el de ocho dias naturales, por lo que mira à las de Oficiales Militares, y remitirán el proceso al Comandante Militar de aquel distrito, para que determine la causa; y lo mismo en las de los Soldados, que van de transito por el Pais solos con Pasaporte, ò sin él, y que robaren, ò ultrajaren; en cuyo caso podrán las Justicias Ordinarias del territorio procesarlos, remitiendo los Autos en el termino expresado al Capitan General de aquel distrito, para que dé la sentencia.

TITULO TERCERO.
CASOS, Y DELITOS EN QUE LA
Jurisdiccion Militar conoce de Reos independientes de ella.

ARTICULO PRIMERO

Toda persona de qualquiera especie, sexo, ò calidad que sea, que contribuyere à la desercion de Tropa de mi Exercito, aconsejando, ò favoreciendo este delito, bien sea ocultando à el Desertor, comprandole su Ropa, ò Armamento, ò dandole otra de disfraz, deberá ser juzgada por la Jurisdiccion Militar de que dependa el Desertor favorecido; y siempre que ésta reclame à los Reos de semejante crimen, estará obligada à entregarlos la Justicia natural de que dependan.

2. La inhibición, de que trata el Artículo antecedente: declaro, que no solo debe entenderse con la Jurisdicción Ordinaria, sino con la Militar de qualquier otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, de la Armada, ò de Tropas Ligeras, ò Milicias; pues es mi voluntad, que el Cuerpo de que fuese el Desertor, à quien se le huviere ocultado, comprado su Ropa, o Armamento, ò dado otra de disfraz, tenga derecho de reclamar à los Reos auxiliares de su fuga, aunque sirvan en otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias; y que reciprocamente se entreguen de unos à otros Cuerpos los Reos reclamados por este delito, à fin de que se les juzgue por el Consejo de Guerra del que le reclama, imponiendoles la pena que en el Título de ellas se previene.

3. Los Cuerpos del Exercito, que aprehendieren, Reos dependientes de otros Regimientos de él, ò de la Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias por delito que no sea el de favorecer, ò abrigar la desercion, en el modo que explica el Artículo antecedente, deberán reciprocamente entregarlos à los Regimientos, ò Gefe de que dependan; y si para justificacion de la causa necesitáre la Jurisdicción Militar testigos sujetos à otra, ò al contrario, se les mandará, sin dificultad, que hagan su deposicion ante el que la substanciáre.

4. A la Jurisdiccion Militar ha de pertenecer privativamente el conocimiento de causas de incendio de Cuarteles, Almacenes de boca, y Guerra, y Edificios Reales Militares, robos, ò vejaciones que en dichos parages se executen, trato de infidencia por espías, ò en otra forma, insulto de Centinelas, ò Salvaguardias, y conjuración contra el Comandante Militar, Oficiales, ò Tropa, en qualquiera modo que se intente, ò execute: y los Reos de otras Jurisdicciones, que fueren comprehendidos en qualquiera de estos delitos, serán juzgados, y sentenciados por la Militar, con el castigo que por esta Ordenanza corresponda.

5. Siempre que qualquiera Regimiento, ò Batallón entero de mi Exercito, fuere destinado à servir en la Armada, en sus Baxeles, ò Arsenales, desde el dia en que tome posesion de este destino, hasta el en que cese, dependerá de la Jurisdicción de Marina; y por la misma regla la Tropa de Marina, que sirviere en tierra, dependerá de la Jurisdicción Militar de tierra, en la forma que explica el Titulo segundo del sexto Tratado de esta Ordenanza.

...

TITULO QUINTO.
CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO.

ARTICULO PRIMERO

Para que las Tropas se contengan en aquella exacta obediencia, y disciplina Militar, que conviene al decoro, y estimación de su destino: ordeno, que por todo crimen, que no sea de los exceptuados, en que no vale el Fuero Militar, sea el Individuo que le cometa, (desde Sargento inclusive abaxo) juzgado por el Consejo de Guerra, que tengo concedida facultad de formar para estos casos à los Regimientos de mis Exercitos, así de Infanteria, como de Cavalleria, y Dragones, (bien sean Españoles, ò Estrangeros) para todos los delitos que señala esta Ordenanza; y en los de que por estraños no se trata, ha de observar el Consejo las formalidades, que para el acierto de su juicio, y sentencia prescribe este Tratado, con apercibimiento de que qualquiera Oficial, que contraviniere à lo prevenido en él, concurriendo en calidad de Juez al Consejo de Guerra, será depuesto de su empleo.

...

TRAT. VIII. TIT.VI.
TITULO SEXTO.
CONSEJO DE GUERRA DE OFICIALES
Generales.

ARTICULO PRIMERO

Por lo que toca à crímenes Militares, y faltas graves, en que los Oficiales incurrieren contra mi Real servicio, es mi voluntad, que se examinen en Junta de Oficiales de superior graduación, dandosele à este Tribunal la denominacion de Consejo de Guerra de Oficiales Generales.

2. La formacion de este Consejo ha de ser siempre en la Capital de la Provincia en que el Oficial Reo tenga su destino: el Capitan General, o Comandante General de ella, Presidente, y facultad suya el nombrar los Oficiales, que deban componerle, atendiendo à que su numero no sea menor de siete, ni que exceda de trece, y à que le

llenen (en el modo posible) Oficiales Generales, eligiendo (si estos no alcanzaren) Brigadieres, y en su defecto Coroneles; pero nunca ha de descenderse de esta clase, y siempre ha de asistir el Auditor de Guerra, como Asesor del Consejo, tomando el ultimo lugar, sin voto en él, y solo con el fin de iluminar (en los casos dudosos que ocurran) al Presidente, y qualquiera de los Jueces, que para asegurar su acierto le pregunte.

...

Trat. VIII. TIT.VIII. TITULO OCTAVO.
DEL AUDITOR GENERAL DE
un Exército en Campaña, y de los de Provincia.

Siendo de la mayor importancia la recta, y buena administración de justicia en un Exército, que se halle en Campaña, reservo en mi Persona el nombramiento de un Auditor General, que sirva en él, del caracter, graduación, ciencia, y circunstancias correspondientes à la gravedad de tan respetable Ministerio, y sus funciones serán las que explican los Artículos siguientes.

ARTICULO PRIMERO

El Auditor General conocerá en todos los negocios, y casos de Justicia, como persona en quien reside el ejercicio de la jurisdicción del Capitan General, ò General en Gefe del Exército, y en nombre de éste encabezará las sentencias en esta forma: *Nos el Capitan General N. vistos estos Autos, fallamos, que debemos condenar, y condenamos*, etc. lo firmará el Auditor, y con la sentencia pasará à dar cuenta al Gefe General del Exército, quien, enterado por dicho Ministro de lo que resulta de la causa, y contiene la sentencia, firmará en lugar preeminente; y por el Escribano se notificará à las Partes, si fuere civil, y si criminal, à los Reos.

...

12.3. EPÍLOGO

Para concluir con este punto, debemos manifestar que Carlos III, “adicto a sus buenos amigos” y “consecuente y fiel con los antiguos servidores”, sin duda alguna, en la época de su reinado sentó las bases de la Justicia Militar, con admiración y conocimiento de causa, institución a la que dejó marchando con la regularidad de un reloj que marca la hora exacta. De ahí que su legado histórico siga vigente hasta el día de hoy, especialmente en el campo de la milicia, en donde la legislación marcial le debe muchísimo a él. La historia de la Jurisdicción Militar así lo atestigua de manera elocuente.

Por lo expuesto, es conveniente y necesario sostener que las Ordenanzas Militares de Carlos III¹⁴³ —paciente y formidable trabajo— impusieron nuevas reformas y reorganización en 1768, que culminaron con la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812¹⁴⁴. Se puede entender entonces que la creación del Consejo Supremo de Guerra, viejo antecedente de las actuales estructuras de la Justicia Militar, también fue recepcionado en el Perú por el innegable influjo del dominio español¹⁴⁵. Y el tiempo, para decirlo con más exactitud, le dio a las Ordenanzas carolinas —gala y ornato de la legislación militar española ha sostenido Federico de Madariaga— un notabilísimo prestigio que no ha cesado de crecer hasta nuestros días.

XIII.- A MODO DE RESUMEN

Como ya se trasluce de lo expuesto, oscilando entre la Edad Antigua, Edad Media y la Edad Moderna, el iter histórico de la legislación militar se fue gestando paulatinamente, al compás de diversas vicisitudes políticas, con sus avances y retrocesos —tejer y destejer— como era obvio. Primero, con la no existencia de los ejércitos permanentes y segundo, con la existencia de los ejércitos permanentes, sobre la base de la disciplina y la obediencia, en sus aspectos orgánicos y procesales, sin descuidar la parte de los precedentes históricos. Y, como era de esperar, se empezó a notar un nuevo pelaje en la concepción de los ejércitos. Por eso es que: “A la organización social romana, que había absorbido casi por completo al individuo, sucedió la Edad Media, con el más

143 Vid. McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, ob. cit., págs. 24-25.

144 Por todos, vid. la voz: “Ordenanzas Militares”, a cargo de Salas Larrazábal, Ramón, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1991, págs. 886-887. Del mismo autor, vid. “Ejército y Marina”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2ª. reimpresión, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2007, págs. 239-341.

145 Vid. Vigón Suerodíaz, Jorge: “El Ejército y la Armada en el reinado de Carlos III”, en Revista de Estudios Americanos, N° 100, Sevilla, 1960, págs. 117-120. También, a modo de complemento, vid. Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971, págs. 71-82. Y, el utilísimo libro de Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2ª. edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985, págs. 37-60. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría.

exacerbado individualismo. Este carácter tuvo mucha influencia en el arte militar, pues en virtud de él los combatientes se sentían impulsados instintivamente a la lucha individual, y para tener en ésta mayor ventaja, todo soldado combatía a caballo y cubierto de hierro, si podía”¹⁴⁶. Por consiguiente, resumiendo esta interesantísima excursión histórica a través de los diversos textos militares, podemos decir que: “Los cuerpos armados del Antiguo Régimen, integrados por mercenarios, sentenciados y alistados por la fuerza, que habían servido ciegamente a los intereses de Monarcas absolutos [obediencia ciega], iban dando paso a ejércitos nacionales, servidos por ciudadanos, que ejercían el derecho, a la par que cumplían el deber, de defender su patria y sus libertades”¹⁴⁷.

Una última cuestión, y no menos importante, es la siguiente: Sobre la base de proyectos y trabajos preparatorios empieza a diseñarse la etapa de la codificación penal militar en España, primero con la publicación de un Código Penal en 1822, y más propiamente con la Ley de Bases de 1882, tal como tendremos ocasión de ver. Hablando propiamente, la península ibérica ha sido un referente totalmente puntual y directo para la elaboración de la legislación militar en los países de América Latina, tanto a través de las Ordenanzas Militares —profusamente difundidas— como también desde el primer tercio del siglo XIX, por definición misma, mediante su normatividad y algunas instituciones. Tales son los casos de: *a)* la Secretaría de Estado y del Despacho de la Guerra, creada por Decreto de 24 de mayo de 1755, y que tenía a su cargo el mantenimiento y gobernación de los ejércitos; y *b)* el Supremo Consejo de Guerra, hechura del ejército borbónico, y derivación del Consejo de Estado, que fue creado a tenor de los Decretos de 27 de abril de 1714 y 23 de agosto de 1715¹⁴⁸.

Así, se advierte también en línea evolutiva la siguiente legislación penal ordinaria y militar en la España del siglo XIX: Código Penal de 1822, Código Penal común de 1848, Proyecto de Código Penal Militar de 1850, redactado

146 *Cfr.* Montañá Jou, Daniel: *Historia de la Infantería*, I.G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona, 1943, pág. 32.

147 *Cfr.* Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, *ob. cit.*, pág. 37.

148 *Cfr.* León Villalba, Francisco Javier de: *Bases del Derecho Penal Militar español*, Iustel, Madrid, 2016, págs. 29-62.

por el brigadier Manuel Llorente, Código Penal común de 1870, Ley de Bases de 15 de julio de 1882, que autorizó al gobierno a redactar y a publicar para el Ejército de Guerra y de Marina la legislación militar correspondiente, Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales Militares de 10 de marzo de 1884, Código Penal para el Ejército de 17 de noviembre de 1884, Ley de Enjuiciamiento Militar de 29 de setiembre de 1886¹⁴⁹, Código Penal de la Marina de Guerra de 19 de agosto de 1888¹⁵⁰, y el Código de Justicia Militar del Ejército de 27 de setiembre de 1890¹⁵¹.

Para completar mejor la idea expuesta, en el siglo decimonónico, el Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 no se puede pasar por alto, por cuanto: “Luchaban unos por limitar el Fuero Militar, que juzgaban fuente de privilegios. Abogaban otros por el mantenimiento de unas excepciones que estimaban necesarias y sólo privilegiadas en la mente de sus

-
- 149 *Vid. Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos. Concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1886. Con un Prólogo por el Excmo. Sr. D. Hidalgo Igon.
- 150 *Vid.*, Montojo y Burguero, Luis: *La reforma del Código Penal de la Marina de Guerra*, Establecimientos Cerón, Cádiz, 1938. Antecedes Prólogos de Eloy Escobar y de la Riva y de Federico Castejón y Martínez de Arizala, respectivamente. El libro contiene el Código Penal de la Marina de Guerra y su crítica, y un Proyecto de Nuevo Código Penal de la Marina de Guerra. También, *vid.* Manzanque y Montes, Fausto: *Derecho Procesal Militar. Guía Práctica de los Funcionarios Judiciales del Ejército*, Tip. La Equitativa, Málaga, 1902.
- 151 *Vid.*, sobre esta cuestión, Sáinz de la Maza, Joaquín: *Apuntes sobre la Organización Militar de España y algunos ejércitos extranjeros escritos para la Academia General Militar*, 7ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, Librería y Encuadernación de Menor Hermanos, Toledo, 1892; Ugarte, Francisco J.: *Código de Justicia Militar con comentarios y citas del Tribunal Supremo y los artículos del Código Penal del Fuero Común aplicables a los militares*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1890; y Del Nido y Torres, Manuel: *Código de Justicia Militar. Comentado y concordado con las resoluciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Autos del Tribunal Supremo sobre cuestiones de competencia entre las jurisdicciones de guerra y la ordinaria, leyes, reglamentos, Reales decretos, Reales ordenes y cuantas disposiciones se han dictado modificando o aclarando alguno de sus artículos de dicho Código, y formularios para todas las diligencias*, Imprenta de La Correspondencia Militar, Madrid, 1910. Antecede Prólogo de Federico de Madariaga. Y, Dávila y Huguet, José Mª.: *Código de Justicia Militar con notas aclaratorias, formularios, Código Penal común, tablas para la aplicación de las penas y disposiciones complementarias*, 4ª. edición, Imprenta Aldecoa, S.A., Burgos, 1938.

detractores”¹⁵². Cuanto acabamos de señalar nos revela que el articulado en mención redujo a los militares a límites estandarizados.

Así rezaba, literalmente, el Decreto-Ley en mención:

DECRETO LEY¹⁵³
6 Diciembre 1868
Unificación de fueros

TÍTULO PRIMERO
DE LA REFUNDICIÓN DE LOS FUEROS ESPECIALES
EN EL ORDINARIO

1º Desde la publicación del presente decreto, la jurisprudencia ordinaria será la única competente para conocer: 1º De los negocios civiles y causas criminales por delitos comunes de los eclesiásticos, sin perjuicio de que el Gobierno español concuerde en su día con la Santa Sede lo que ambas potestades crean conveniente sobre el particular. 2º De los negocios comunes, civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases, retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en el activo. 3º De los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y por los operarios de los arsenales, astilleros, fundiciones, fábricas y parques de marina, artillería e ingenieros fuera de sus respectivos establecimientos. 4º De los delitos contra la seguridad interior del Estado y del orden público cuando la rebelión y sedición no tengan carácter militar; de los de atentado y desacato contra la Autoridad, tumultos o desórdenes públicos y sociedades secretas; de los de falsificación de sellos, marcas, monedas y documentos públicos; de los delitos de robo en cuadrilla, adulterio y estupro; de los de injuria y calumnia a personas que no sean militares; de los de defraudación de los derechos de Aduanas y contrabando de géneros estancados o de ilícito comercio cometido en tierra, y de los perpetrados por los militares antes de pertenecer a la milicia estando dados de baja en ella, durante la desertión o en el desempeño de algún destino o cargo públi-

152 *Cfr.*, al respecto, Muga López, Faustino: “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (Notas para la historia de la codificación del Derecho Penal Militar)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 1, Enero-Junio, Madrid, 1956, pág. 47. Sobre ello, también, *vid.* Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, *ob. cit.*, págs. 201-206.

153 Citado en Marañón, José Luis y Marañón, Jesús: *Leyes penales de España conforme a los textos oficiales*, novísima edición refundida, corregida y considerablemente aumentada, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1923, págs. 29-30.

co. 5º De las faltas castigadas en el libro III del Código penal, excepto aquellas a las que las Ordenanzas, reglamentos y bandos militares del Ejército y Armada señalan una mayor pena cuando fueren cometidas por militares, que serán de la competencia de la jurisdicción de Guerra y de la Marina. 6º De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeúntes. 7º De los negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando, defraudación y sus conexos, excepto el de resistencia armada a los resguardos de costas. 8º de los negocios mercantiles.

En el siglo XX, destacan el Código de Justicia Militar de 17 de julio 1945¹⁵⁴ y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que promulga el Código Penal Militar de 1985¹⁵⁵, con sus respectivas reformas y concordancias, necesarias en todo su orden: Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra; Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar¹⁵⁶; Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción¹⁵⁷.

154 Una versión completa se puede consultar en Díaz-Llanos y Lecuona, Rafael: *Leyes penales militares*, Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1946, págs. 3-420. Existe edición a cargo de Editorial Canaria S.A.-Librería General Independencia, Las Palmas-Zaragoza, 1938.

155 *Cfr.* Casado Burbano, Pablo: "Visión histórica del Derecho Penal Militar", en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, *ob. cit.*, págs. 37-43. Y, Barado y Font, Francisco: *Literatura militar española en el siglo XIX (Bosquejo histórico-bibliográfico)*, Tip. de C. Cano, Madrid, 1889. Destaca el autor, en su condición de Capitán de Infantería, los aportes fundamentales y decisivos en el campo de la historia militar de Francisco Villamartin y Antonio Vallecillo, entre otros. De igual manera lo hace Arráiz de Conderena, Domingo: *Nociones de Literatura Militar*, 3ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, librería y encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1904. Ambas, *in toto*.

156 *Vid.* Lorca Navarrete, Antonio M^º: *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, *in toto*.

157 A mayor abundamiento, *vid.* Millán Garrido, Antonio: *Código de Leyes Militares*, Editorial Avanzada, S.A., Madrid, 2008. Y, desde el punto de vista histórico, especialmente entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, *vid.*, por todos, Trápaga y Aguado, D. Adolfo y Blanco de la Viña, D. Gerardo: *Justicia Militar. Reformas introducidas en su organización y funcionamiento desde el advenimiento de la República*, 2ª. edición, Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervención Militares, Madrid, 1934.

Y en el siglo XXI tenemos la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, que entró en vigor el 15 de enero de 2016, Código Penal Militar, y que se encuentra vigente en todo su contenido¹⁵⁸.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y FOLLETOS

- Almirante Torroella, José: *Diccionario de Derecho Militar* [versión original, publicada en un tomo por la Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869], voz: “Fuero”, vol. I, (A-G), reimposición, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2002.
- Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.
- Alonso Muñozerro, Luis: *La Jurisdicción Eclesiástica Castrense en España*, Vicariato General Castrense, Madrid, s/f.
- Arráiz de Conderena, Domingo: *Nociones de Literatura Militar*, 3ª. edición corregida y aumentada, Imprenta, librería y encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1904.
- Babelón, Jean: *Carlos V (1500-1558)*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952.
- Bacallar y Sanna, Vicente: *Comentarios de la guerra de España e historia de su Rey Felipe V, el animoso. Memorias políticas y militares. Tratados de paz y alianzas de España*, Biblioteca de Autores españoles, Madrid, 1957.
- Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colón ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, t. I, 3ª. edición, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramirez y Cª., Barcelona, 1878.
- Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2ª. edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985.
- Banús y Cómas, Carlos: *Estudios de Arte é Historia Militar. Política Militar, creación y organización de los ejércitos* (Segunda Parte), Redacción y administración de la Revista Científico-Militar, Barcelona, 1881.

158 *Vid.*, por todos, De León Villalba, Francisco Javier, Juanes Peces, Ángel, Rodríguez Villasantes y Prieto, José Luis (Directores): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

- Barado y Font, Francisco: *Literatura militar española en el siglo XIX (Bosquejo histórico-bibliográfico)*, Tip. de C. Cano, Madrid, 1889.
- Bedoya, Manuel: voz: “Fuero”, en *Diccionario Militar Ilustrado*, t. I, Imprenta Gloria, Lima, 1918.
- Benito é Infante, Santiago: *Tribunales Militares. Jurisdicciones Gubernativa, Disciplinaria y Administrativa en el Ejército*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886.
- Bennassar, Bartolomé: *La España de los Austrias (1516-1700)*, Editorial Crítica, SL, Barcelona, 2010.
- Bermúdez Flores, Renato de J.: *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 1998.
- Bielsa, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª. edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966.
- Borreguero Beltrán, Cristina: *Diccionario de historia militar. Desde los reinos medievales hasta nuestros días*, voz: “Farnesio, Alejandro”, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2000.
- Buesa y Pison, Pedro: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Militar publicada el 30 de setiembre de 1886*, Imprenta de Lucas Polo, Madrid, 1886.
- Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1967.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, excelente en su género: *Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre*, voz: “Fuero Militar”, t. III, (E-G), Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1961.
- Calderón Serrano, Ricardo: *El Ejército y sus Tribunales*, (Segunda Parte), Ediciones Lex, México, D.F., 1946.
- Cardenal de Iracheta, Manuel y Rodríguez Llopis, Miguel (Coordinador General): *Alfonso X y su época. El siglo del Rey sabio*, Carroggio, S.A. de Ediciones, Barcelona, 2001.
- Cárdenas Piera, Emilio de: *Forjadores del imperio español. Flandes*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2001.
- Carlos E., Alejandro: *Derecho Militar Mexicano*, 2ª. edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 2000.
- Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Edersa, Madrid, 1986.
- Chudoba, Bohdan: *España y el Imperio (1519-1643)*, Biblioteca de la Historia de España, Madrid, 1986.

- Cossio, Francisco de: *Carlos V*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1941.
- Cotino Hueso, Lorenzo: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid, 2002.
- Cousiño Quiroga, José: *El Ejército como elemento indispensable de la vida nacional*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1917.
- Dávila y Huguet, José M^a.: *Código de Justicia Militar con notas aclaratorias, formularios, Código Penal común, tablas para la aplicación de las penas y disposiciones complementarias*, 4^a. edición, Imprenta Aldecoa, S.A., Burgos, 1938.
- De Contreras, Juan: *Los orígenes del Imperio (La España de Fernando e Isabel)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1939.
- De Las Heras Santos, José Luis: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, 1^a. reimpresión, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994.
- De Querol y Durán, Fernando: *Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, Editorial Naval, Madrid, 1948.
- De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1962.
- Del Arenal, Ángel: *Ideas sobre el sistema militar de la nación española, derivadas de su Constitución y del objeto de la Fuerza Armada*, Imprenta que fue de García, Madrid, 1820.
- Del Nido y Torres, Manuel: *Código de Justicia Militar, comentado y concordado con las resoluciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Autos del Tribunal Supremo sobre cuestiones de competencia entre las Jurisdicciones de Guerra y la ordinaria, Leyes, reglamentos, Reales decretos, Reales órdenes y cuantas disposiciones se han dictado modificando ó aclarando alguno de los artículos de dicho Código, y formularios para todas las diligencias*, Imprenta de La Correspondencia Militar, Madrid, 1910.
- Díaz Cardona, Francia Elena: *Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1988.
- Díaz Santillana, Santos: *Del claustro al trono. Biografía y Anecdotario del Cardenal Cisneros*, Ediciones Ajax, Barcelona, 1952.

- Díaz Vela, Ramón: *Informe sobre el Fuero Militar, en lo civil*, Imprenta de Don José González, Madrid, 1859.
- Díaz-Llanos y Lecuona, Rafael: *Leyes penales militares*, Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1946.
- Donayre Montesinos, Christian: *La reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, 2004.
- D'ors, Eugenio: *La civilización en la Historia*, Ediciones Españolas, S.A., Madrid, s/f.
- Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho Americano, voz: "Jurisdicción Militar", Librería de la V^{da}. de C. Bouret, París-México, 1906.
- Estévanez, Nicolás: *Diccionario Militar. Con un vocabulario Español-Francés-Alemán*, voz: "Fuero Militar", Garnier Hermanos, Libreros-Editores, París, 1897.
- Fabregat, Luis: *Derechos políticos de los militares. Sus restricciones*, Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes, Montevideo, 1899.
- Fernández Almagro, Melchor: *Política naval de la España moderna contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946.
- Fernández Álvarez, Manuel (Ed.): *Corpus Documental de Carlos V*, 5ts., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1973-1981.
- Fernández Álvarez, Manuel: *Carlos V, el César y el hombre*, 18^{va}. edición, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006.
- Gárate de Córdoba, José M^a.: *Espíritu y milicia en la España medieval*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1967.
- García-Gallo, Alfonso: *Los libros de leyes del Rey Alfonso X el Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1984.
- Gil García, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1999.
- Gil Villanueva, Jacobo: *Apuntes sobre el Fuero Juzgo*, Establecimiento Tipográfico de José M. Paredes, Santiago de Compostela, 1874.
- Gonzáles Ojeda, Magdiel: *La excepcionalidad en la Constitución. Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana*, L.F. Lann Editorial, Lima, 1991.

- González Cremona, Juan Manuel: *Carlos V, señor de dos mundos*, 2ª edición, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 1990.
- González Jiménez, Manuel: *Alfonso X el Sabio*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2004.
- Hinojosa, Eduardo de: *Historia General del Derecho español*, t. I, Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1857.
- Javaloy, Joaquín: *El origen judío de las monarquías europeas. El mayor secreto de la Historia*, 3ª edición, Editorial EDAF, S.A., Madrid, 2005.
- Kaplan C., Oscar: *Diccionario Militar*, voz: “Fuero Militar”, Talleres Gráficos Buschi, SRL, Buenos Aires, 1944.
- Lewis, D.B. Wyndham: *Carlos de Europa. Emperador de Occidente*, 2ª edición, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires, 1939.
- *Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos. Concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1886.
- Londoño, Sancho de: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo Estado*, Blass, S.A., Tipográfica, Madrid, 1943.
- López y Novella, Julián, *Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares*, 5ª edición, Establecimiento Tipográfico de R. Labajos, Madrid, 1888.
- Lynch, John: *Monarquía e Imperio: El Reinado de Carlos V*, El País, S.L., Madrid, 2007.
- Manzaneque y Montes, Fausto: *Derecho Procesal Militar. Guía Práctica de los Funcionarios Judiciales del Ejército*, Tip. La Equitativa, Málaga, 1902.
- Marañón, José Luis y Marañón, Jesús: *Leyes penales de España conforme a los textos oficiales*, novísima edición refundida, corregida y considerablemente aumentada, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1923.
- Martín Arrúe, Francisco: *Curso de Historia Militar*, 5ª edición, Imprenta, Librería y Encuadernación de Rafael Gómez-Menor, Toledo, 1907.
- Martín Rubio, María del Carmen: *Carlos V. Emperador de las Islas y Tierra firme del Mar Océano*, Ediciones Atlas, Madrid, 1987.
- Martínez de la Vega y Zegri, Juan: *Derecho Militar en la Edad Media (España-Fueros Municipales)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII.

- Martínez de la Vega y Zegri, Juan: *Legislación militar de España en la Edad Media (Ensayo histórico)*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, MCMXII.
- Martínez Teixidó, Antonio (Dirección), Romero Serrano, José y Calvo Albero, José Luis (Con la colaboración de): *Enciclopedia del Arte de la Guerra*, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2001.
- Martins De Carvalho, Francisco Augusto: *Diccionario Bibliographico Militar Portuguez*, Impressão Nacional, Lisboa, 1891.
- McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2ª. edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1982.
- Melchor y Lamanette, Federico: *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877.
- Millán Garrido, Antonio: *Código de Leyes Militares*, Editorial Avanzada, S.A., Madrid, 2008.
- Mommsen, Teodoro: *Compendio del Derecho Público Romano*, La España Moderna, Madrid, s/f.
- Montañá Jou, Daniel: *Historia de la Infantería*, I.G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona, 1943.
- Montañá Jou, Daniel: *Los Tercios de Flandes*, I. G. Seix y Barral Hnos., S.A., Editores, Barcelona, 1944.
- Montgomery de Alamein, Mariscal Bernard L.: *Historia del arte de la guerra*, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1968.
- Montojo y Burguero, Luis: *La reforma del Código Penal de la Marina de Guerra*, Establecimientos Cerón, Cádiz, 1938.
- Monzón y de Aragón, Mariano: *Ayer y hoy de la Jurisdicción Militar en España*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003.
- Moreau, Alfred y Dejongh, Charles: *Commentaire du Code Pénal Militaire*, Ferdinand Larcier Libraire-Éditeur y Arthur Rousseau Libraire-Éditeur, Bruxelles-París, 1880.
- Muñiz y Terrones, José: *Concepto del mando y deber de la obediencia (Cartas á Alfonso XIII) Estudio bibliográfico-histórico-filosófico-jurídico-militar*, t. I, 2ª. edición, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid, 1893.

- Muñiz y Terrones, José: *Diccionario de Legislación Militar*, voz: “Fuero de Guerra o Fuero Militar”, 2ª. edición modificada y aumentada, Tipografía y Litografía de Olea, Cádiz, 1885.
- Muñiz y Terrones, José: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883.
- Muro Martínez, José: *Códigos Españoles y Colección Legislativa, comprensiva de lo legislado con posterioridad á los códigos, ó sea Legislación General de España, ilustrada con los retratos de los Reyes autores de los Códigos, redactada con el texto literal ó compendiado de las respectivas disposiciones legales, á su vez también historiadas, anotadas ó comentadas*, 2ª. edición refundida, t. I, Librería de Saturnino Gómez, Madrid, 1881.
- *Novísimo Tratado de Derecho Militar*; t. I, Tipografía de Diego Pacheco Latorre, Madrid, 1886.
- Nuñez de Prado, José: *Código Penal Militar y Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra*, precedido de una introducción del Excmo. Sr. D. Hilario Igon y de un Estudio sobre Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Nuñez de Prado, seguido del Libro II del Código Penal Común, Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1884.
- *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus ejercitos*, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768.
- *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S.M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el Teniente General Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885.
- *Organización administrativa de varios ejércitos de Europa comparada con la de España. Memoria escrita en virtud de orden del Director General de Administración Militar por una Comisión de dicho cuerpo y publicada con autorización del Gobierno*, Imprenta de la Administración Militar, Madrid, 1870.
- Pérez Minguez, Fidel: *Psicología de Felipe II (Conferencias dadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, Editorial Volvntad, Madrid, MCMXXV.

- Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S.A., Madrid, 1998.
- Pérez y Pérez, Francisco: *Tratado Teórico-Práctico de Juzgados Militares fundado en la Ordenanza General del Ejército y Órdenes posteriores, y extractado de la obra de Don Felix Colon*, Parte Primera. Del fuero de guerra. Capítulo Primero. Del fuero de guerra, personas que lo disfrutaban y exenciones que dá este fuero, artículo 1, Imprenta y Librería de Severiano López Fando, Toledo, 1860.
- Picatoste, Felipe: *Estudios sobre la grandeza y decadencia de España. Los españoles en Italia*, t. II, Imprenta de la Viuda de Hernando y C.^a, Madrid, 1887.
- Pio, Oscar: *Elementi di Diritto Penale Militare per uso degli ufficiali dell'esercito*, Parte generale, Tipografia Giachetti, Figlio E C., Prato, 1884.
- Piquer y Martín-Cortés, Rafael de: *Los Tribunales de Guerra. Su organización, atribuciones y procedimiento con arreglo a las modificaciones del Código de Justicia Militar establecidas por el R. D. de 19 de marzo de 1919*, 2.^a edición, Casa Editorial Zarzalejos, Madrid, 1919.
- Plaza Ortiz, Juan: *Manual del Juez Militar*, 2.^a edición corregida y aumentada, Imprenta y Encuadernación del Colegio de María Cristina, Toledo, 1924.
- Poch Noguer, José: *Carlos V. Emperador de Occidente y señor de dos mundos*, Editorial Juventud, S.A., Barcelona, 1941.
- Pradier-Fodéré, M.P. y M. Le Faure, Amédée: *Commentaire sur le Code de Justice Militaire*, précédé d'une Introduction Historique, Librairie Militaire de J. Dumaine, Paris, 1873.
- Ramos Alonso, José: *Historia Política del Ejército Español*, Editora Nacional San Agustín, Madrid, 1974.
- Ramos Espinoza, Juan Pablo: *Derecho Penal y Procesal Militar*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.
- Ranke, Leopold von: *La monarquía española de los siglos XVI y XVII*, Editorial Leyenda, S.A., México, D.F., 1946.
- Riaño Lozano, Fernando: *Los medios navales de Alejandro Farnesio (1587-1588)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, EDEVAL, Valparaíso, 1969.

- Robertson, William: *Historia del Reinado del Emperador Carlos V, precedida de una descripción de los progresos de la sociedad en Europa desde la ruina del Imperio Romano hasta principios del siglo XVI*, edición corregida, Imprenta de Julián Arranz, Madrid, 1846-1847.
- Rojas Caro, José: *Derecho Procesal Penal Militar*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1991.
- Romero de Terreros, Manuel: *Los retratos de Hernán Cortés*. Estudio iconográfico, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, D.F., 1944.
- Rubio, Julián M.^a: *Alejandro Farnesio. Príncipe de Parma*, Ediciones Luz, Zaragoza, 1939.
- Sáinz de la Maza, Joaquín: *Apuntes sobre la Organización Militar de España y algunos ejércitos extranjeros escritos para la Academia General Militar*, 7.^a edición corregida y aumentada, Imprenta, Librería y Encuadernación de Menor Hermanos, Toledo, 1892.
- Salas López, Fernando de: *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Editorial MAPFRE, S.A., Madrid, 1992.
- Salcedo y Ruiz, Ángel: *Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas. Conferencias dadas en el Centro del Ejército y de la Armada, durante el curso de 1902-903*, Imprenta de la Revista Técnica de Inf.^a y Cab.^a, Madrid, 1910.
- Salcedo y Ruiz, Ángel: *Substantividad y fundamento del Derecho Militar*, Tipografía del Sagrado Corazón, Madrid, 1913.
- Sardina Páramo, Juan Antonio: *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979.
- Soisson, Jean-Pierre: *Carlos V*, traducción del francés de Jorge Salvetti, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2005.
- Talavera Delgado, Abraham: *Nueva estructura del Fuero Privativo Militar en la reforma del Poder Judicial*, Lima, 1976.
- Téllez Zamudio, Ingrid: *Diccionario Jurídico Militar*, voz: “Fuero Militar”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2003.
- Thomas Walsh, William: *Felipe II*, traducción del inglés por Belén Marañón Moya, Editorial Diana, S.A., México, D.F., 1948.
- Trápaga y Aguado, D. Adolfo y Blanco de la Viña, D. Gerardo: *Justicia Militar. Reformas introducidas en su organización y funcionamiento desde el advenimiento de la República*, 2.^a edición, Imprenta del Pa-

tronato de Huérfanos de Intendencia e Intervención Militares, Madrid, 1934.

- Trevor-Roper, Hugh: *Principi e artisti. Mecenasismo e ideologia in quattro corti degli Asburgo (1517-1633)*, traducción del inglés de María Luisa Bossi, Giulio Einaudi editore, Torino, 1980.
- Ugaz Heudebert, Juan Diego: *La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2011.
- Valdés, Francisco de: *Espejo y disciplina militar*, Ediciones «Atlas», Madrid, 1944.
- Vallecillo, Antonio: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D.P. Montero, Madrid, 1861.
- Vegecio Renato, Flavio: *Compendio de técnica militar*, traducción del latín y edición a cargo de David Paniagua Aguilar, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006.
- Véjar Vázquez, Octavio: *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo, México, D.F., 1948.
- Vela Jiménez, Manuel: *Alejandro Farnesio. Furia española*, Luis Carl Editor, Barcelona, 1944.
- Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1853.
- Vicente y Caravantes, José: *Tratado de los tribunales eclesiásticos de los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1853.
- Vigny, Alfredo de: *Servidumbre y grandeza militar*, traducción del francés de Nicolás González-Ruiz, Tipográfica Renovación, Madrid, 1921.
- Vigón, Jorge: *El espíritu militar español*. Réplica a Alfredo de Vigny, 2ª edición, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1956.
- Villamartin, Francisco: “Nociones del Arte Militar”, en su libro *Obras selectas*, Establecimiento Tip. de los Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1883.

ARTÍCULOS EN REVISTAS

- Almirante Torroella, José: “La reconquista y D.Alfonso el Sabio”, en su libro *Estudios Militares. Antología*, Colección de Clásicos Militares, Ediciones Ejército, Madrid, 1943.

- Alonso Molinero, Antonio: “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1999.
- Bermúdez de Castro, Luis: “A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N° 124, Mayo, Madrid, 1950.
- Bermúdez de Castro, Luis: “Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N° 131, Diciembre, Madrid, 1950.
- Busquets Bragulat, Julio: “La Sociología Militar en España”, en Revista de Estudios Políticos, N° 158, Marzo-Abril, Madrid, 1968.
- Canosa Usera, Raúl: “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, en Poder Judicial, 2ª. época, N° 34, Junio, Madrid, 1994.
- Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (Coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988.
- Castellano, Juan Luis: “La reputación de la monarquía en época de los Austrias”, en Jiménez Estrella, Antonio y Andújar Castillo, Francisco (Editores): *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el ejército de la monarquía hispánica (S. XVI-XVII): Nuevas perspectivas*, Editorial Comares, Granada, 2007.
- De Buján, Federico F.: “Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 41, Enero-Junio, Madrid, 1983.
- De Lorenzo Ponce de León, Rodrigo: “Pasado, presente y porvenir del sistema británico de «Courts Martial»”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 85, Enero-Junio, Madrid, 2005.
- De Moxo, Salvador: “El Derecho Militar en la España cristiana medieval”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961.
- Eto Cruz, Gerardo, Landa Arroyo, César y Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el Perú”, en Bidart Campos, Germán J. - Palomino Manchego, José F. (Coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1997.

- Erman, Sahir: “Evolución actual de las jurisdicciones militares”, en Revista Española de Derecho Militar, Nº 35, Enero-Junio, Madrid, 1978.
- Fernández Segado, Francisco: “La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica”, en Revista Española de Derecho Militar, Nºs. 56-57, Julio-Diciembre, Enero-Junio, Madrid, 1990-1991.
- Fernández Segado, Francisco: “La Justicia Militar en el Derecho Comparado”, en Revista General de Derecho, Nº s. 568-569, Enero-Febrero, Valencia, España, 1992.
- Gálvez Montero, José Francisco: “Antecedentes históricos de la Justicia Militar”, en AA.VV.: *III Seminario Justicia Militar: Propuestas y perspectivas (15, 16, 22, 23 de junio de 2004)*, Oficina de Relaciones Públicas del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 2004.
- Gárate de Córdoba, José M^a.: “El pensamiento militar en el Código de las Siete Partidas”, en Revista de Historia Militar, Año VII, Nº 13, Madrid, 1963.
- García-Gallo de Diego, Alfonso: “Aportación al estudio de los fueros”, en Anuario de Derecho Español, Nº 26, Madrid, 1956.
- García Castro, Manuel: “Origen, desarrollo y vicisitudes de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense”, en Revista Española de Derecho Canónico, vol. V, Nº 14, Mayo-Agosto, Salamanca, MCML.
- García-Gallo, Alfonso: “Los orígenes de las «Partidas»”, en el libro *VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Instituto de España, Madrid, 1963.
- Gómez Calero, Juan: “Un Edicto de Felipe V (Su contenido jurídico-penal)”, en Revista Española de Derecho Militar, Nº 7, Enero-Junio, 1959.
- Gomes Carneiro, Mário Tiburcio: “Los elementos fundamentales del Derecho Militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza”, en Revista Española de Derecho Militar, Nº 12, Julio-Diciembre, Madrid, 1961.
- Gómez Rivas, León: “Los primeros años del Emperador. Cartas del príncipe Carlos al conde de Oropesa”, en AA.VV.: *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar* (Sevilla, 24-28 de mayo de 1999), Editorial Deimos, Sevilla, 2000.
- González Díez, Emiliano: “De la justicia penal militar: Notas sobre el régimen jurídico-normativo hasta la época constitucional”, en AA.VV.: *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. El Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*, Burgos, 1996.

- González Fernández, Carlos A.: “La independencia en los Tribunales Militares”, en *La Ley*, t. 51, Buenos Aires, 1948.
- González-Deleito y Domingo, Nicolás: “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 38, Julio-Diciembre, Madrid, 1979.
- González-Deleito y Domingo, Nicolás: “Régimen jurídico procesal militar en unidades de composición internacional durante el siglo XVII en España”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. VII-1, Bruxelles, 1968.
- Lafuente Balle, José María: “Artículo 62 (apartados f-j). Atribuciones del Rey”, en Alzaga, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. V (artículos 56 a 65), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- Maravall, José Antonio: “El régimen de Estado moderno y el sistema de fortificación militar en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XVIII, Madrid, 1947.
- Maravall, José Antonio: “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 117-118, Mayo-Agosto, Madrid, 1961.
- Martínez Friera, Joaquín: “Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, Nº 141, Octubre, Madrid, 1951.
- Martínez Marina, Francisco: “Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio”, en sus *Obras Escogidas*, t. I, Biblioteca de Autores españoles desde la formación del lenguaje hasta nuestros días, Madrid, 1966.
- Martínez Martí, Mateo: “Controversias entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII”, en AA.VV.: *Estudios del Departamento de Historia Moderna*, Facultad de Filosofía y Letras, Zaragoza, 1974.
- Martínez Micó, Juan Gonzalo: “El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares”, en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XXXVIII-1-2-3-4, VII-1, Bruxelles, 1999.
- Montserrat Alsina, Sebastián: “El Ejército Real y la jurisdicción de guerra: Estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa

- de Austria”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 21, Enero-Junio, Madrid, 1966.
- Moreno Casado, José: “Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587”, en Anuario de Historia del Derecho Español, t. XXI, Madrid, 1961.
 - Muga López, Faustino: “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (Notas para la historia de la codificación del Derecho Penal Militar)”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 1, Enero-Junio, Madrid, 1956.
 - Parada, Ramón: “Toque de silencio por la justicia militar”, en Revista de Administración Pública, N° 127, Enero-Abril, Madrid, 1992.
 - Ranke, Leopold von: “Carlos V”, en *Grandes figuras de la historia. Una antología*, 2ª. edición, traducción del alemán y Prólogo de Wenceslao Roces, Editorial Grijalbo, S.A., México, D.F., 1958.
 - Rodríguez Devesa, José M^a.: “La obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 3, Enero-Junio, Madrid, 1957.
 - Rodríguez Devesa, José María: “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”, en AA.VV.: *Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1961.
 - Rojas Caro, José: “Las órdenes que pueden ser desobedecidas”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
 - Salas Larrazábal, Ramón: “Ejército y Marina”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2ª. reimpresión, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2007.
 - Salas Larrazábal, Ramón: “Ordenanzas Militares”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1991.
 - Sospedra Navas, Francisco: “Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: tendencias (y algunas propuestas) expansivas”, en Revista Española de Derecho Militar, N° 89, Enero-Junio, Madrid, 2007.
 - Valdeavellano, Luis G. de: “Martínez Marina y las «Partidas» de Alfonso el Sabio”, en Boletín de la Real Academia de la Historia, tomo CLXXXI, cuaderno III, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1984.

- Vigón Suerodíaz, Jorge: “El Ejército y la Armada en el reinado de Carlos III”, en *Revista de Estudios Americanos*, N° 100, Sevilla, 1960.
- Villalonga Guerra, Manuel: “El ingenioso hidalgo Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N° 140, Setiembre, 1951.
- Villalonga Guerra, Manuel: “Sobre una interpretación pictórica modernista de Hernán Cortés”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XIII, N° 151, Agosto, Madrid, 1952.
- Zuñiga Rodríguez, Laura, “La obediencia debida y el nuevo Código Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Derecho*, N° 46, Diciembre, Lima, 1992.

ARTÍCULOS
UNIDAD DE POST GRADO

Clasificación de la nulidad procesal. Relación con la nulidad procesal insubsanable

*Alejandro Legua Quispe-Inga**

*Colaborador con la Revista
de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: *Resumen. Abstract. I.- Introducción. II.- Clasificación de la Nulidad Procesal. III.- La Nulidad Procesal Insubsanable. IV.- Importancia y relación con las otras clasificaciones. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, egresado de la Maestría en la mención de Derecho Procesal y del Doctorado en Derecho de la Unidad de Posgrado de Derecho de la UNMSM. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

RESUMEN

El presente artículo describe las principales propuestas de clasificación de la nulidad procesal, desarrolladas por la doctrina, ligándolas al tema de la nulidad procesal insubsanable, para así establecer la definición, características e importancia de la nulidad insaneable.

ABSTRACT

This article describes the main proposals for classifying procedural nullity, developed by the doctrine, linking them to the subject of insurmountable procedural nullity, in order to establish the definition, characteristics and importance of the insurmountable nullity.

PALABRAS CLAVE

Nulidad procesal, nulidad procesal insubsanable, nulidad procesal absoluta, saneamiento procesal, subsanación, convalidación

KEY WORDS

Procedural nullity, insubstantial procedural nullity, absolute procedural nullity, procedural sanitation, correction, validation

I.- INTRODUCCIÓN

Efectuar una clasificación es importante, es una herramienta didáctica, que no pretende reflejar la verdad ni abarcar toda la realidad. En el caso de la nulidad procesal, la doctrina ha presentado diversas clasificaciones, con el propósito de desarrollar de manera eficiente la institución, para describir de manera adecuada, ordenada y a profundidad los aspectos teóricos y fundamentar el tema estudiado.

De la clasificación surgen características centrales e importantes, también aparecen similitudes y diferencias, todo lo cual debe ser tenido en cuenta a efectos de describir y profundizar sobre la institución, pero a su vez debe reco-

nocerse que ante la abundancia de opiniones y posturas surgen inconvenientes, pues cada autor brinda su perspectiva, establece particularidades.

La clasificación en torno a la nulidad procesal permite identificar sus aspectos trascendentales y ligarlos con otros temas dentro de la institución e incluso dentro del derecho procesal, todo lo cual ocasiona que la nulidad procesal tenga un concepto preciso, se revitalice, se renueve y se aprecie en interacción con otras instituciones.

En el presente artículo se desarrollan las principales clasificaciones de la nulidad procesal esbozadas por la doctrina, buscando aquel aspecto que identifique a cada clasificación, encontrando características precisas, algunas únicas, otras concurrentes, es decir comunes a varias clasificaciones, también se describen diferencias; para luego ligarlo con la nulidad procesal insubsanable para establecer la definición, la importancia y las características de la nulidad procesal insaneable.

II.- CLASIFICACIÓN DE LA NULIDAD PROCESAL

La doctrina ha desarrollado y debate sobre la clasificación de la nulidad procesal, lo cual incide respecto a cómo se considera a la nulidad procesal e incluso cómo se la regula normativamente. La clasificación de una institución logra establecer aspectos comunes y trascendentales, también se identifican diferencias y particularidades, además las clasificaciones se interrelacionan, sin confundirse; porque cada una tiene al menos una característica básica, única y fundamental que la diferencia de las demás, dicha característica es suficiente para ser distinta. Se resaltan los siguientes grupos de clasificación en torno a la nulidad procesal:

- a.- Nulidad intrínseca o de fondo y nulidad extrínseca o formal
- b.- Nulidad subsanable y nulidad insubsanable
- c.- Nulidad absoluta y nulidad relativa
- d.- Nulidad de oficio y nulidad a pedido de parte
- e.- Nulidad expresa y nulidad implícita o virtual
- f.- Nulidad total y nulidad parcial

Los grupos de clasificación señalados son los puntos más recurrentes desarrollados por la doctrina, no se pretende comprender todas las clasificaciones, se han dejado de lado varias, como por ejemplo la clasificación consistente en inexistencia, acto nulo y acto anulable, Chioventa¹ señalaba inexistencia²,

- 1 Chioventa sostenía que en el caso de la inexistencia “no hay obligación de resolver”, no nace la litispendencia; en cambio la nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, existe litispendencia, representa una exigencia de interés público; la anulabilidad es declarada a instancia de parte. (Giuseppe Chioventa, Curso de Derecho Procesal Civil, México D.F., 1997, pp. 370)
- 2 La inexistencia no es un concepto adecuado, los precisos supuestos resaltados por la doctrina pueden ser tranquilamente absorbidos por la nulidad, conforme resalta Jorge A. Clariá Olmedo que señala que “Dentro de nuestro sistema legal, la nulidad debe funcionar también para sancionar hechos que sólo tienen la apariencia de actos procesales penales por faltarles el elemento básico que los caracterice como tales (inexistencia)”. (Jorge A. Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Tomo II, 1998, pp. 230); Eduardo J. Couture considera que la inexistencia no tiene efectos prácticos: “Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse: *quod non est confirmare nequit*. La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de que el *acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado*. No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo *confirmen* u *homologuen*, dándole eficacia”. (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque Depalma Editor, 1958, pp. 377); Salvatore Satta sobre la distinción entre inexistencia y nulidad establece que “El empirismo de la distinción se manifiesta en las mismas fórmulas usadas para distinguir las dos categorías, y se hace más notorio en la absoluta incertidumbre que reina sobre la individualización de los actos inexistentes. La verdad es que la distinción es fruto de un notorio equívoco, en cuanto la validez del acto está siempre en función de su conformidad con la hipótesis legal, y por lo tanto cualquier diversidad hace al acto inexistente o nulo como quiera decirse, sin posibilidad de distinguir entre diversidades grandes o pequeñas. Fuera de la hipótesis legal no hay acto, casi en sentido naturalístico, al que se pueda atribuir una existencia o que tenga sus condiciones de existencia”. (Salvatore Satta, Manual de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1971, pp. 236 y 237); Mario Alzamora Valdez sostiene que “Acto inexistente, es aquel que carece de los elementos esenciales capaces de prestarle realidad y vida. El acto inexistente, no tiene significación legal”. (Mario Alzamora Valdez, Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso, Lima-Perú, 1981, pp. 318); Alberto Luis Maurino afirma: “Coincidimos con la doctrina que sostiene que el acto inexistente está excluido del régimen de las nulidades procesales. No tiene categoría de acto, sino que es un “simple hecho”. (Alberto Luis Maurino, Nulidades Procesales, Tercera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 25). Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín opina que “Para que un acto sea nulo debe, en primer lugar, ser, existir. De lo contrario no podríamos aplicarle el calificativo de nulo”. (Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, Constitución y Poder Judicial, Segunda edición, Atelier Libros

nulidad y anulabilidad; no se analiza nulidades específicas y genéricas, no se desarrolla nulidades esenciales y accesorias o secundarias; tampoco se estudia sobre las nulidades sustanciales³ y aquellas que son accidentales, ni sobre nulidades procesales manifiestas⁴ y aquellas que no lo son.

Jurídicos, Barcelona 2015, pp. 419); Felipe Gorigoitia Abbott considera que "Las causales de inexistencia son perfectamente encausables a través de los motivos de nulidad durante la vigencia del juicio". (Felipe Gorigoitia Abbott, La inexistencia en el proceso civil: un análisis crítico, en "Revista Ius et Praxis" Año 23, número 1. Universidad de Talca, 2017) Desde la perspectiva del Derecho Civil, Luis Díez-Picasso y Antonio Gullón sobre la inexistencia señalan: "Sería aquel en el que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio en la compraventa, la merced en el arrendamiento), lo que impide identificarlo o, en términos generales, carece de algunos de los elementos esenciales de todo negocio (contrato celebrado por menor incapaz).

La inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, con fundamento en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad –pas de nullité sans texte-, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara a aquellos defectos negociales necesariamente relevantes – la identidad del sexo en el matrimonio es el ejemplo clásico-, que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta por la ley para declarar la nulidad.

No es en modo pacífica la admisión de esta categoría. En contra puede alegarse que es inútil desde el momento en que no se da lugar a unas consecuencias jurídicas a la nulidad radical. Carece también de necesidad, ya que la nulidad no es preciso que esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que la exija su significado y finalidad según reiterada jurisprudencia". (Luis Díez-Picasso y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Décima edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, pp. 534 y 535)

- 3 Para David Lascano, citado por Hugo Alsina, las formas sustanciales son las que hacen efectivas las garantías procesales establecidas en la Constitución, por ende cuando se vulnera el derecho de defensa, se causa indefensión, el juzgador debe declararla, porque la indefensión es la máxima nulidad en la que puede incurrirse en el proceso. (Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Parte General, Segunda edición, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1956, pp. 649 y 650). Por otro lado, el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, del Ecuador del 2015, establece en su artículo 107, en siete numerales, supuestos expresos que denomina solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos; estableciendo en el inciso 1 del artículo 110 que la solemnidad sustancial es declarada de oficio o a petición de parte.
- 4 El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Ley 17.454, en la última parte del artículo 172 establece que "*Si la nulidad fuere manifiesta no se requerirá sustanciación*"; el artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja, Argentina, Ley 1575 del año 1950, establece en su última parte, que el juez puede declarar de oficio sin sustanciación, las nulidades manifiestas; así también el tercer párrafo del artículo 166 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de Tucumán, Argentina, Ley N° 6176, el juez puede declarar de oficio sin sustanciación nulidades manifiestas.

Existen opiniones que consideran que no debe clasificarse la nulidad procesal, sosteniendo que las clasificaciones inciden en el vicio y la nulidad es un fenómeno único. Ante lo cual debo manifestar que no existe duda que la nulidad procesal es una institución procesal especial, con concepto único; pero una clasificación parte de una perspectiva didáctica, no pretende ser absoluta, menos alcanzar la perfección, siendo útil e importante clasificar porque surgen importantes aspectos, como similitudes, diferencias y características factibles de ser profundizadas en la investigación. Respecto a que las clasificaciones inciden en el vicio, considero que el término vicio no es apropiado porque rebasa a la nulidad procesal como institución, el vicio como defecto procesal no solo se relaciona con la nulidad procesal, está presente en otras instituciones, por ejemplo en la calificación de la demanda, en las figuras de la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, pues en la primera existe un vicio subsanable, en la segunda uno insubsanable; también está presente en las excepciones procesales, porque en determinados casos al declararse fundada la excepción se declara nulo lo actuado y concluido el proceso ante un vicio insubsanable; en otros casos se suspende el proceso al encontrarse una deficiencia subsanable; también está presente en la impugnación, porque el defecto puede ser de forma o vicio in procedendo o de fondo llamado también error in iudicando; similar asunto se presenta en los problemas en torno a la idoneidad de los medios de prueba ofrecidos por las partes, también allí existen deficiencias de nivel normativo legal y constitucional, pero la institución a utilizar es la cuestión probatoria a efectos que se declare que la prueba ofrecida no tiene eficacia probatoria; es decir en todos los casos mencionados anteriormente existen vicios o defectos de nivel legal o constitucional.

En consecuencia, para particularizar sobre la nulidad procesal considero adecuado utilizar el término clasificación de la nulidad procesal, pues la clasificación de los vicios, defectos, deficiencias, irregularidades, de la invalidez o la ineficacia, puede generar confusión, tratar inadecuadamente el tema, o abarcar demasiado, cuando lo que se pretende es estudiar y centrar el debate sobre la nulidad procesal como institución.

La posición mayoritaria clasifica la nulidad procesal y en todo caso no muestra reticencia ni desacuerdo. Al respecto Humberto Briseño Sierra opina que *“No hay significados precisos, y por consiguiente, no puede haber definiciones de cada tipo de irregularidades, pero existen posiciones específicas y*

características circunstanciales que pueden justificar las clasificaciones”⁵. El autor citado parte de la noción de irregularidad procesal, descartando la invalidez y la nulidad; establece varias posibilidades de clasificación, como irregularidades de origen e irregularidades surgidas con posterioridad, posibilidad de convalidar o no, posibilidad de invalidar o no, irregularidades frente a todos e irregularidades frente a algunos, anomalías que solo puede declarar el juzgador como anomalías que no necesitan de declaración por establecerlo así la ley, invalidez que se retrotrae y otras que operan para el futuro.

Juan Carlos Mendonça desarrolla la siguiente clasificación, en parejas: 1.- absolutas y relativas; 2.- substanciales y accidentales; 3.- expresas e implícitas (conminadas y virtuales); 4.- totales y parciales; 5.- que afectan el orden público o el interés privado; 6.- declarables de oficio o a petición de parte⁶.

A continuación se desarrolla cada una de las clasificaciones propuestas, a efectos de identificar, precisar y establecer cuál es el aspecto trascendental que justifica la clasificación, ligarlo con otros aspectos del tema de la nulidad procesal, como por ejemplo con los presupuestos o principios de la nulidad procesal u otra clasificación, alguna problemática que se presente, y también si la legislación nacional o extranjera regula o toma en cuenta la clasificación.

2.1.- Nulidad intrínseca o de fondo y Nulidad extrínseca o formal

Esta clasificación parte del supuesto que el acto jurídico procesal tiene requisitos de fondo y de forma; sino se cumplen dichos requisitos se configura la nulidad procesal. Cuando los defectos o deficiencias inciden respecto a la manifestación de voluntad, capacidad de las partes, objeto y fin se verifica la nulidad procesal intrínseca; en cambio las deficiencias en torno a la forma del acto procesal generan la nulidad extrínseca.

Julio H. Esclapez fue uno de los primeros autores que identifica y desarrolla los defectos intrínsecos del acto procesal. *“En una nota anterior publicada en J.A., 1948-II, sec. doct., p. 108, he tratado de demostrar que el acto*

5 Humberto Briseño Sierra, Compendio de Derecho Procesal, Primera edición, Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, México DF, 1989, pp. 310.

6 Ver Juan Carlos Mendonça, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata” Tomo IX, N° 17, setiembre - diciembre 1966, pp. 166.

jurídico procesal, al igual que el acto jurídico civil, es susceptible de ser atacado no sólo por vicios de forma, sino también por vicios de fondo, que hacen de su contenido (error, dolo, violencia, simulación y fraude) ... A medida que el acto procesal se ha ido examinando más a fondo y con independencia del acto civil, se ha visto que la intervención del órgano jurisdiccional no impide que sea alcanzado por los mismos vicios que el acto civil, no sólo porque el dolo o el fraude pueden provenir de las partes, a espaldas del juez, sino porque también pueden provenir del mismo juez. Por ello hemos dicho que en la nota referida que en un código moderno se debe legislar la nulidad del acto procesal, en forma de proteger a las partes de su propio dolo, o del que cometa una de ellas en complicidad con el juez o sus funcionarios, en perjuicio de la otra; o a los terceros del dolo de las partes; y al juez, y por ende al Estado, del concierto fraudulento de las partes tendientes a violar una ley que interesa al orden público”⁷.

Sin perjuicio de lo desarrollado por Julio H. Esclapez, es necesario resaltar la obra de Eduardo J. Couture en la década del treinta del siglo pasado, donde ante el fraude y la colusión en el proceso, plantea la necesidad de una acción revocatoria, tomando como modelo a la acción pauliana del derecho civil, pero adaptada al derecho procesal será una especial acción judicial, denominándola “*Acción Revocatoria de la Cosa Juzgada Fraudulenta*”, a efectos que un tercero afectado pueda atacar la cosa juzgada, y si la pretensión es estimada se declarará la nulidad del proceso gravemente afectado⁸, lo cual luego fue plasmado en el Proyecto Couture o Proyecto de Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1945. En los trabajos de Couture sobre el tema del fraude procesal no se alude de manera directa sobre defectos o vicios intrínsecos del acto jurídico procesal, sin embargo al considerar como efecto de la sentencia estimatoria la nulidad del proceso, pensamos que el maestro uruguayo iba en dicha dirección.

La definición de nulidad procesal de Ramiro Podetti considera a los defectos intrínsecos o de fondo, al sostener que “*Los vicios de los actos proce-*

7 Julio H. Esclapez, *La Nulidad Procesal y sus Proyecciones*, en “*Jurisprudencia Argentina*” julio-agosto-setiembre, 1948-III, pp. 54.

8 Ver Eduardo J. Couture, *La Acción Revocatoria de la Cosa Juzgada Fraudulenta*, en “*Revista Jurídica Argentina La Ley*” Tomo 16, octubre - noviembre - diciembre, 1939, pp. 104 a 112.

sales, sea en cuanto a la capacidad, legitimación y voluntad de los sujetos; sea a su licitud; sea a las formas indispensables prescriptas por la ley y al tiempo de su cumplimiento, pueden originar la nulidad del acto. ... ya que para determinar si un acto es inadmisibile, subsanable o anulable, es indispensable conocer sus elementos. De ellos depende o en ellos se funda el concepto de nulidad procesal”⁹.

Roberto Omar Berizonce reconoce la clasificación materia de comentario refiriendo la existencia de nulidades extrínsecas (violación de formas) e intrínsecas (contenido del acto procesal, carencia de discernimiento, el error, el dolo, la violencia), señalando: *“Pensamos que en primer término deben distinguirse los vicios extrínsecos de los actos del proceso, de los vicios intrínsecos (del contenido de los mismos). Los primeros se derivan de la violación de las formas estatuidas. Los otros son consecuencia de la falta de los requisitos de fondo (discernimiento, intención y libertad)”¹⁰*. En el mismo sentido Miguel Ángel Palomares sostiene que *“Los vicios denominados sustanciales, son referidos al contenido del acto, en su aspecto interno. O sea que además de los elementos propios del acto, debe contener los elementos de todo acto voluntario, discernimiento, intención y libertad. En este sentido, un acto procesal está viciado cuando es realizado con error, dolo o violencia (vicios de la voluntad)”¹¹*.

Por su parte, Hernando Devis Echandía también consideraba al fraude y dolo procesal como vicios de la voluntad de los actos procesales. *“Los actos procesales, como los extraprocesales y sustanciales, son el resultado de la voluntad humana y ésta no puede estar libre de vicios o, por el contrario, afectada por error, dolo, intimidación o coacción”¹²*.

9 Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales, Tomo II, Ediar, sociedad anónima editores, Buenos Aires 1955, pp. 481

10 Roberto Omar Berizonce, La Nulidad en el Proceso, Editora Platense, La Plata, 1967, pp. 25 y 26

11 Miguel Ángel Palomares, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista Jurídica” N° 21, Tucumán - Argentina, 1970, pp. 169

12 Hernando Devis Echandía, Fraude Procesal, sus características, configuración legal y represión, en “Estudios de Derecho” volumen XXIX, número 77, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Medellín - Colombia 1970, pp. 114

A inicios de la década del ochenta del siglo pasado, una posición minoritaria consideraba la existencia de nulidades intrínsecas, la posición mayoritaria la negaba, no la consideraba en la definición de nulidad procesal. Razón por la cual Oscar J. Martínez realiza las siguientes interrogantes: “*Cabe ahora preguntarse: ¿Puede realmente el derecho procesal desinteresarse sobre aquellas anomalías del acto procesal que se instalan, no ya en lo formal, sino en su sustancia? ¿El error, el dolo, la violencia o el fraude, adquieren entidad operativa y epistemológica en materia de actos procesales?*”¹³; luego el autor citado comentaba que la regulación normativa vigente en ese momento, incidía predominantemente en los defectos formales, además manifestaba que no se debe aplicar la regulación sobre defectos de fondo del código sustantivo a la materia procesal, explicando las razones que no han permitido un adecuado desarrollo de los estudios en torno a los defectos intrínsecos, identificando como causas al principio de convalidación y la extrema protección de la cosa juzgada, señalando: “*Otra circunstancia que ha obstaculizado el examen y la debida incidencia de todo lo relativo a los vicios del consentimiento en el acto procesal, sobre todo cuando tales vicios consisten en el fraude o simulación que afectan no ya a un acto aislado o a alguna o a alguna serie de ellos, sino al proceso en su totalidad, está dada, como apunta Esclapez, por el hiperdesarrollo de la teoría de la cosa juzgada, que extremó el principio de la intangibilidad de la sentencia*”¹⁴.

En dos artículos publicados en la década del noventa del siglo veinte se resalta la necesidad de considerar las deficiencias que dan lugar a las nulidades intrínsecas. Ángela Ester Ledesma sostiene que “*frente a la necesidad de reformar la legislación procesal argentina en la década del '60, se propició la necesidad de que el nuevo ordenamiento legal regulase en forma expresa la nulidad de los actos procesales afectados por vicios ajenos a su aspecto formal, contemplando de tal suerte las irregularidades que fuesen susceptibles de comprometer la voluntad, la capacidad y el objeto*”¹⁵. Jorge W. Peyrano también opina que deben ser considerados los defectos intrín-

13 Oscar J Martínez, Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal, En Estudios de Nulidades Procesales, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp. 55

14 Oscar J Martínez, o. cit., pp. 57

15 Ángela Ester Ledesma, Nulidades Procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé-Argentina, 1995, pp. 331

secos o de contenido del acto procesal, y que la tendencia mayoritaria ya comprende los defectos en cualquiera de los elementos del acto procesal¹⁶.

Lino Enrique Palacio considera que no existen razones justificadas para ignorar los defectos intrínsecos en el acto procesal. “Si bien en la virtud de la trascendencia que revisten las formas dentro del proceso, es usual que las leyes vinculen al concepto de nulidad a la idea de quebrantamiento o violación de algún requisito formal, no existen razones válidas que autoricen a excluir, del concepto enunciado, aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal (falta de competencia del órgano o de capacidad de las partes, vicios del consentimiento cuando ellos fueren intocables; ilicitud del acto)”¹⁷.

En nuestro país, varios autores se han pronunciado sobre la existencia de la nulidad procesal intrínseca, por ende sobre la clasificación materia de comentario. En efecto, Mario Alzamora Valdez considera a los vicios de la voluntad como causal de nulidad del acto procesal, pero a diferencia del acto jurídico sustancial, su influencia es restringida. “Los vicios de consentimiento que atañen a los actos jurídicos materiales, no afectan del mismo modo a los procesales. Sin embargo, la doctrina admite, como excepciones a dicha regla: la nulidad de los actos producidos con grave faltamiento al deber de decir la verdad, de los debidos a la conducta punible de las partes contraria, ...”¹⁸. Así también, Ana María Arrarte Arisnabarreta¹⁹ comparte la posición de Roberto Omar Berizonce descrita anteriormente; Róger E. Zavaleta Rodríguez señala: “Como negar, por ejemplo, la posibilidad de que la causa de un acto sea ilícita, si las defraudaciones por la vía procesal son cada vez más numerosas, o que un acto doloso afecte la voluntad del juzgador, de las partes o de los demás intervinientes, si sabemos que en varias ocasiones

16 ver Jorge W. Peyrano, Vicios que pueden generar nulidades procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé- Argentina, 1995, pp. 348 a 351

17 Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, Décimo séptima edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 331 y 332

18 Mario Alzamora Valdez, Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso, Lima-Perú, 1981, pp. 316

19 Ana María Arrarte Arisnabarreta, Alcances sobre el tema de la nulidad procesal, en “Ius et Veritas” año VI, N° 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 129

esto suele ocurrir. Entonces es lógico que asintamos que es factible no sólo la invalidación por vicios en la forma de los actos procesales, sino también en su contenido”²⁰; Héctor Martínez Flores considera que “*Las nulidades extrínsecas atañen a lo formal; las nulidades intrínsecas a los vicios del consentimiento y al fraude procesal. ... En nuestro ordenamiento jurídico, las nulidades intrínsecas provenientes del fraude procesal, se incoan como una pretensión nulificante, tal como lo prevé el artículo 178 del Código adjetivo*”²¹, por su parte Pedro Zumaeta Muñoz opina que “*Ya nadie discute que los vicios que generan la nulidad procesal son los vicios extrínsecos y los vicios intrínsecos. Los primeros son los vicios que se generan por la inobservancia de una norma de carácter procesal, vale decir de un vicio in procedendo ... Los segundos se refieren a vicios que se encuentran en el contenido mismo del acto jurídico procesal, esto es, en la ausencia de un presupuesto para la validez del acto, como es la capacidad, la finalidad y el objeto (vgr, en un proceso simulado de cobro de dólares, para burlar la verdadero acreedor, éste será nulo porque existe un vicio intrínseco, su finalidad es ilícita, conforme al artículo 140 del Código Civil)*”²². Así también Héctor Lama More sostiene que “**Los vicios intrínsecos** son aquellos que se encuentran en el contenido mismo del acto procesal; como es el caso de la capacidad jurídica, finalidad, objeto, etc.; lo son también aquellos actos procesales que adolecen de error, dolo, colusión, violencia, amenaza, simulación de una deuda, nulidad de cosa juzgada fraudulenta, etc. Por su parte los **vicios extrínsecos** son los que derivan del incumplimiento de la formalidad establecida en el ordenamiento, ejemplo: ausencia del juez en la audiencia, defectos en la notificación de las resoluciones judiciales, etc.”²³.

20 Róger E. Zavaleta Rodríguez, El laberinto de las nulidades procesales, en “Derecho y Sociedad” número 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 71

21 Héctor Martínez Flores, Las Nulidades Procesales, en “Revista Jurídica Magistri et Doctores” Año VIII, N° 02, Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, diciembre del 2002, pp. 78

22 Pedro Pablo Zumaeta Muñoz, La Nulidad Procesal, en “Ágora Revista de Derecho” Años III-IV, N° 3 y 4, julio 2002-2004, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, agosto del 2004, pp.358

23 Héctor Lama More, Conservación de los actos procesales, en “Actualidad Jurídica” Tomo 171, febrero 2008, pp. 67

En la legislación nacional se considera la nulidad procesal intrínseca mediante la Nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, regulada en el artículo 178 del Código Procesal Civil; aplicable en materia laboral de acuerdo al artículo 2 numeral 1.k de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Así también existe defecto intrínseco en la causal improcedencia del allanamiento, consistente en cuando el juez presume dolo o fraude procesal, regulada en el inciso 7 del artículo 332 del Código Procesal Civil. Asimismo, encontramos defectos intrínsecos en el artículo 199 del Código Procesal Civil, que establece que carece de eficacia probatoria *“la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”*. En el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, sobre la Revisión Penal, los incisos 3 y 5 del artículo 439 establecen como causales de procedencia, respectivamente *“Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación”* y *“Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado”*.

El Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, Argentina, Ley 1967, regula en el artículo 183 sobre la Anulación de Actos Fraudulentos: *“Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante fraude, dolo o colusión. Esta anulación que se hará valer conforme a los principios enunciados en los artículos anteriores, sólo podrá ser deducida por la parte que hubiere estado imposibilitada, sin culpa suya, de ejercitar los respectivos medios legales.-*

Cuando se tratare de anular una sentencia ejecutoriada, la demanda se admitirá únicamente en el caso de que se funde en un instrumento público o en uno privado otorgado por el adversario”.

El Código General del Proceso del Uruguay de 1989, Ley N° 15982, regula en el artículo 114 sobre Anulación de actos procesales fraudulentos, estableciendo que *“Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión, por la vías previstas en el artículo 115.*

Esta anulación podrá pedirse solo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio, y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden solicitar esta anulación. Si los actos fueren anulados, se repondrá las cosas en el estado anterior a los mismos”²⁴.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, de 7 de enero, regula los defectos intrínsecos del acto procesal en el inciso 2 del artículo 225, estableciendo que los actos procesales serán nulos de pleno derecho “Cuando se realicen bajo intimidación o violencia”, desarrollándose dicha nulidad radical en el artículo 226²⁵. Así también, respecto a la Revisión de sentencias firmes el inciso 4 del artículo 510 establece como motivo de revisión “*Si se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta*”.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 9342, que entrará en vigencia en octubre del 2018, establece en el quinto párrafo del artículo 33.2, sobre el procedimiento de nulidad: “*La nulidad de las resoluciones, por vicios intrínsecos a ellas, deberá alegarse concomitantemente con los recursos que quepan*”.

-
- 24 El Proyecto Couture, también llamado Proyecto de Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1945, consideraba al dolo, fraude y colusión en materia procesal y su relación con la nulidad procesal, estableciendo en su artículo 577: “*Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión. Esta anulación podrá requerirse sólo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden solicitar esta anulación. Si los actos fueren anulados, se repondrán las cosas en el estado anterior a los mismos. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes*”.
- 25 “*Artículo 226. Modo de proceder en caso de intimidación o violencia.- 1. Los tribunales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. 2. También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia. La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieron haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo*”.

2.2.- Nulidad subsanable y nulidad insubsanable

Esta clasificación se sustenta en la posibilidad de saneamiento del acto procesal defectuoso, en consecuencia si la deficiencia del acto procesal puede corregirse estamos ante una nulidad procesal subsanable, si no puede repararse estamos ante la nulidad insubsanable. Luego, es posible resaltar otras características, efectos o consecuencias, que también pueden presentarse en las otras clasificaciones, como por ejemplo la intensidad de la deficiencia, qué tipo de norma procesal es afectada por la deficiencia, es decir, si es una norma imperativa que vulnera el interés público o una que afecta interés específico; la oportunidad para interponerse y ser declarada, así como quién puede proponer la nulidad.

Respecto a la clasificación materia de comentario, Hernando Devis Echandía sostiene que *“Importante es la clasificación de las nulidades en saneables e insaneables, según que pueda convalidarse o ratificarse en la actuación, por la simple manifestación de las partes o su silencio, o que, por el contrario, ese remedio resulte improcedente. La economía procesal aconseja extender el saneamiento de la nulidad a la mayor cantidad de casos, y, por lo tanto, salvo disposición legal en contrario, debe considerarse como la regla general. Es decir, las nulidades procesales deben ser anulables mientras la ley no disponga lo contrario. Pero son insaneables la falta de jurisdicción, el proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir procesos legalmente concluidos, o pretermitir integralmente la instancia, o el seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda y la incompetencia funcional. Esto se aplica al proceso penal, pero en éste existen otras insaneables”*²⁶. Henry Sanabria Santos informa que el nuevo Código General del Proceso colombiano del 2012 *“mantiene el esquema existente entre nulidades saneables y nulidades insaneables, esquema en virtud del cual no toda irregularidad procesal constitutiva de motivo de invalidación necesariamente conlleva una declaratoria de nulidad, habida cuenta que el vicio puede considerarse corregido o subsanado cuando se presenta alguna de las circunstancias contempladas en la ley*

26 Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, pp. 672 y 673

como forma de saneamiento. Expresado en otras palabras, las nulidades insaneables siempre van a desembocar en invalidación, mientras que las saneables solamente lo harán cuando no opere alguno de los mecanismos de saneamiento previstos en la ley”²⁷. Eugene Florián aborda también la clasificación materia de comentario al establecer que “Si la ley fija alguna nulidad inflexible, no sanable, no dependiente de términos revelables de oficio, es señal de que las formas a que se refieren son tenidas como esenciales y expresión de un interés público elevado; en cambio, las nulidades sanables pueden ser hechas valer por las partes, expresan, por tanto, un carácter público menos pronunciado, como son todas las que provienen de formas de observancia no absoluta”²⁸. Por su parte Jaime Azula Camacho considera que las nulidades insubsanables “No son susceptibles de saneamiento y, por ende, cuando se presenten deben decretarse de oficio o a instancia de parte, ...”²⁹.

El saneamiento del acto procesal se verifica por actuación del juzgador o por el comportamiento de las partes. En el primer caso estamos ante el principio de subsanación, en el segundo opera el principio de convalidación procesal. En ambos casos el defecto es uno de naturaleza saneable, la intensidad del defecto es baja, si bien se afecta una norma imperativa, pero a su vez existe la afectación de un interés que es factible de reparar, además no se vulnera el derecho al debido proceso, ni se causa indefensión.

Con respecto al principio de subsanación, quién subsana es el juzgador, los límites a su poder de saneamiento lo establece la naturaleza e intensidad del defecto, además no debe vulnerarse el ordenamiento jurídico ni el derecho de terceros. Al respecto, Gregorio Serrano Hoyo opina que “Normalmente, la subsanación se lleva a cabo a requerimiento del órgano judicial, al advertirse de oficio el defecto o al ser opuesto por la parte contraria; de

27 Henry Sanabria Santos, Comentarios sobre el nuevo régimen de nulidades en el Código General del Proceso, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá-Colombia, setiembre 2012, pp.151

28 Eugene Florián, Elementos de derecho procesal penal, Traducción de L. Prieto Castro, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001, pp. 61

29 Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Quinta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pp. 279

*no ser así, además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, por interpretación formalista del requisito procesal y no permitir su sanación, podría apreciarse una vulneración del derecho de defensa al incurrirse en la incongruencia que supone resolver de oficio, sin previa audiencia, y de manera sorpresiva, una cuestión no suscitada por las partes, impidiendo con ello el derecho a ser oídos*³⁰. Ramiro Podetti sostiene lo siguiente: *“Pero los jueces deben prevenir y subsanar las nulidades, es decir, salvar el defecto o sanarlo, antes de que se produzca el perjuicio, evitando así que los litigantes pidan la nulidad o deba ser declarada de oficio”*³¹.

Con relación al principio de convalidación, son las partes quienes convalidan los defectos formales; existe convalidación expresa cuando se desarrolla actividad defectuosa pero se cumple la finalidad del acto procesal, o conociendo la deficiencia se realiza posteriormente actividad que demuestra la aceptación del acto defectuoso; se presenta la convalidación tácita cuando no se realiza el reclamo en la oportunidad establecida en la ley, es decir se deja transcurrir la oportunidad respectiva; asimismo quién solicita la nulidad debe ser inocente, contar con buena fe, no debe haber causado, permitido o dado lugar al defecto, lo que en materia de presupuestos de la nulidad procesal se denomina principio de protección.

Respecto a la convalidación o al saneamiento de las deficiencias realizado por las partes, Juan Colombo Campbell considera que existen diversas *“maneras de sanear la nulidad: En primer lugar la nulidad procesal se sana mediante la resolución que la deniega. ... En segundo lugar, la nulidad procesal se sana por la preclusión de la facultad establecida por la ley para hacerla valer. En tercer lugar la nulidad se purga cuando la parte ha originado el vicio o concurrido a su materialización. Con estas disposiciones se ha consagrado la existencia de una circunstancia impeditiva para hacer valer la nulidad ... Se consagra así el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, pues en tal caso no ha ser oído (nemo auditor propriam turpitudinem allegans). En cuarto lugar; la nulidad se purga por*

30 Gregorio Serrano Hoyo, Formalismo y tutela Judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en “Anuario de la Facultad de Derecho” número 10, Universidad de Extremadura, 1992, pp. 146

31 Ramiro Podetti, o. cit., pp. 485

la convalidación expresa o tácita del acto nulo”³². Julio E. Salas Vivaldi señala lo siguiente: “*En conclusión, y con temor de cansar, digamos que la convalidación, expresa o tácita, proviene con el perjudicado con el acto nulo. La rectificación del causante de la irregularidad, siempre que lo haga antes de la declaración de nulidad. La ratificación, por último, corresponde al supuesto representado que aprueba lo actuado por un tercero en su nombre, con la misma salvedad anterior, o al representante legal que apruebe actos del representado incapaz. Todas son formas de sanear el acto viciado, de ahí que tituláramos las líneas precedentes: “La subsanación del acto irregular”*”³³.

No todo acto jurídico procesal defectuoso es convalidable, es decir no siempre opera la subsanación ni el principio de convalidación; por ejemplo cuando se vulnera el derecho al debido proceso, se genera indefensión, se verifica el fraude procesal, así como el incumplimiento de los presupuestos procesales, aspectos que guardan relación con la nulidad insubsanable. Mario Aguirre Godoy comentando a Couture, señala que en principio toda nulidad es convalidable por el consentimiento, salvo algunas excepciones, como la inexistencia, la falta de ciertos presupuestos procesales, como cuando se sigue un proceso contra un menor de edad mientras dura la minoridad; otros casos: sentencias ininteligibles, contradictorias o imposibles de ejecutar, también se da la situación de excepcionalidad³⁴. Al respecto, Roberto Omar Berizonce comenta que “*El principio de convalidación, sin embargo, no juega tratándose de actos inexistentes, ni tampoco cuando se atacan actos afectados por vicios sustanciales (incapacidad, error, dolo, violencia, fraude, simulación)*”³⁵; por su parte Adolfo Alvarado Velloso establece que “*Hemos hecho referencia a nulidades o vicios parciales pues, a*

32 Juan Colombo Campbell, Los Actos Procesales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997, pp. 477-478

33 Julio E. Salas Vivaldi, La Subsanción del Acto Procesal irregular (Su renuncia, renovación, convalidación, rectificación y ratificación. La renuncia de la Nulidad Procesal), en “Revista de Derecho” N° 183, Año LVI. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, enero – junio 1988, pp. 32

34 Mario Aguirre Godoy, Las nulidades procesales en el sistema guatemalteco, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” año VIII, N° 22-23, México, enero-agosto 1975, pp.57 y 58

35 Roberto Omar Berizonce, o. cit., 1967, pp. 77

nuestro juicio, la invalidez total –por indefensión absoluta- no es alcanzada por el efecto de la cosa juzgada y ello permite su posterior cuestionamiento por la vía del proceso declarativo”³⁶.

En el Perú, respecto a la clasificación materia de comentario, Mario Alzamora Valdez aseveraba que “No procede la subsanación de los actos que adolecen de defectos formales derivados del incumplimiento de las leyes sobre organización de los tribunales, competencia de los mismos, capacidad de las partes, organización del proceso y otros señalados expresamente como causantes de nulidad”³⁷; Róger E. Zavaleta Rodríguez alega la existencia de grados de nulidad subsanable e insubsanable, según pueda el defecto remediarse o no. “Las nulidades, entonces, son insubsanables en la medida que los vicios que las propician son trascendentes y no pueden ser convalidados o remediados por la aquiescencia de la parte perjudicada, el cumplimiento de la finalidad del acto irregular o la integración. *Contrario sensu*, son subsanables en tanto puedan remediarse por cualquiera de las formas aludidas”³⁸.

El último párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil de 1993 regula la nulidad procesal insubsanable, estableciendo que dicha nulidad es advertida de oficio por el juzgador; así también la nulidad insubsanable es regulada en el artículo 42.1 literal b) del decreto legislativo N° 1373, sobre Extinción de Dominio, al establecer “*b) De existir vicios insubsanables, el Juez declara de oficio la nulidad, caso contrario, convalida, subsana o integra el acto procesal*”, aspecto que ya estaba regulado en el decreto legislativo N° 1104. Consideramos que la nulidad procesal insubsanable también está regulada en el inciso 1 del artículo 409 del decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, que establece como competencia del Tribunal revisor que “*La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante*”.

36 Adolfo Alvarado Velloso, Presupuestos de la Nulidad Procesal, en “Revista Jurídica Argentina La Ley” 1986-C, pp. 887

37 Mario Alzamora Valdez, o. cit., pp. 324

38 Róger E. Zavaleta Rodríguez, o. cit., pp. 71

La nulidad procesal subsanable se regula en los cuatro primeros párrafos del artículo 172 del Código Procesal Civil; en los tres primeros párrafos se regula el principio de convalidación, desarrollándose la relación entre convalidación y notificaciones procesales, la convalidación expresa y la convalidación tácita; en el cuarto se regula la subsanación procesal; debiendo tenerse presente que las nulidades subsanables deben ser propuestas por parte interesada. Adicionalmente, el principio de protección se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 175 del Código Procesal Civil. En el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, se regula la nulidad procesal subsanable, en el artículo 152 sumillado como “Convalidación”, así como en el inciso 1 del artículo 153 que sobre el Saneamiento establece *“Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado”*.

El artículo 2.4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, decreto supremo N° 013-08-JUS, regula al principio de suplencia de queja, al cual consideramos como una manifestación del principio de subsanación procesal, estableciendo: *“El juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio”*.

El cuarto párrafo del artículo 53 del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, regula la nulidad procesal subsanable al establecer que *“El juez en el auto de saneamiento, si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo subsane, vencido el cual expedirá una sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito”*.

El Código Procesal Civil para el Distrito Federal de México de 1932, en su artículo 77 regula sobre la convalidación tácita, al establecer que *“La nulidad de un actuación debe de reclamarse en la actuación subsecuente, pues de lo contrario aquella queda revalidada de pleno derecho, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento”*.

El tercer párrafo del artículo 166 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de Tucumán, Ley 6176, regula la nulidad procesal insubsanable al establecer que “La nulidad proveniente de defectos en la constitución del órgano jurisdiccional, de la omisión de aquellos actos que la ley impone para garantizar el derecho de terceros o la que deriva de la alteración de la estructura del procedimiento es insubsanable y podrá ser declarada de oficio y sin substanciación si la nulidad es manifiesta”.

El Código General del Proceso del Uruguay de 1989, Ley N° 15982, en su artículo 111, regula sobre la nulidad procesal insubsanable y la subsanable al establecer que *“La nulidad deberá ser declarada, aún de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, cuando la ley la califique expresamente como insubsanable o el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables para su validez.*

En los demás casos, sólo podrá ser declarada a pedido de la parte que no concurrió a causarla y que tenga interés en la observancia de la norma respectiva, por haber sufrido perjuicios por su violación”.

El Código Procesal Civil de Paraguay, Ley N° 1.337, vigente desde 1989, regula la nulidad subsanable en el artículo 114 estableciendo que las nulidades quedan subsanadas: a.- por haber cumplido el acto su finalidad, respecto de la parte que pueda invocarla; b.- por confirmación expresa o tácita del respectivo litigante, sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior. Se entenderá que media conformación tácita cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los subsiguientes al conocimiento del acto viciado; y c.- por la cosa juzgada. Es importante resaltar que el segundo párrafo del artículo 248 de la Constitución paraguaya de 1992, refiere la existencia de nulidades insanables³⁹.

El artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, regula al principio de subsanación procesal estableciendo: *“Subsanación.-*

39 *“En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, pueden irrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. ...”.*

El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley”.

En Colombia, el Código General del Proceso del 2012, Ley N° 1564, regula la nulidad procesal subsanable en el artículo 136, que sobre el saneamiento de la nulidad, establece que la nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1.- Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla; 2.- Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada; 3.- Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya sido cesada la causa; 4.- Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa. Por otro lado, en la última parte del artículo 136, sobre la nulidad procesal insubsanable, establece que *“Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoria del superior; revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la instancia, son insaneables”.*

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 9342, que entrará en vigencia en octubre del 2018, sobre la nulidad procesal insubsanable establece en el artículo **“33.1 Momento en que puede pedirse y declararse.** *La nulidad de los actos defectuosos podrá declararse de oficio en cualquier estado del proceso. Cuando la nulidad se alegue en vía incidental, por imposibilidad de hacerlo con los recursos o en audiencia, deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes al del conocimiento del acto defectuoso.*

Salvo el caso de nulidades por vicios esenciales e insubsanables precluirá el derecho de alegarla, si no se formula en el momento que corresponde”.

2.3.- Nulidad absoluta y nulidad relativa

Esta clasificación es distinta a la de nulidad subsanable e insubsanable. Existen autores que las identifican⁴⁰, e incluso quiénes las diferencian no es-

- 40 Entre los autores que las identifican tenemos a Juan Carlos Mendonça, Carlos Creus, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Alejandro Abal Oliú, César San Martín Castro, Víctor Ticona Postigo.

Juan Carlos Mendonça considera: “Así, pues, la nulidad absoluta se vincula a la imposibilidad de que la preclusión o el consentimiento compurgue el acto viciado. De donde la nulidad procesal absoluta es la que no admite reparación o convalidación por cosa juzgada o acto posterior. Por esto puede decirse que, en el caso de la nulidad absoluta, el vicio no solamente afecta la esencia de acto –como en el caso de la nulidad total- sino que la afecta irremediabilmente y para siempre, como ocurre en otros sistemas codificados con una sentencia que tiene su origen en el dolo procesal. La idea de *insanabilidad*, traída al derecho procesal de las ciencias biológicas, expresa con toda fuerza el carácter propio de este tipo de nulidad, que, como ciertas enfermedades, no tiene cura”. (Juan Carlos Mendonça, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata” Tomo IX, N° 17, setiembre - diciembre 1966, pp. 138)

Carlos Creus sostiene lo siguiente: “*Con lo que se advierte que este orden clasificatorio corre a la par de las posibilidades de subsanación o sanabilidad de la nulidad (según sea el defecto del acto que es causa de nulidad) que, como veremos, viene a ser una forma de preclusión de la facultad de oponerla y del poder de declararla, aunque con la particular característica de que no depende exclusivamente de los tiempos procesales. Pero es necesario precisar esta relación entre la clasificación de las nulidades procesales en absolutas y relativas, y la insanabilidad de las unas y la sanabilidad de las otras, puesto que toda nulidad procesal es subsanable. La diferencia está en que la sanabilidad se puede operar en el proceso, es decir, dentro de él, cuando todavía no se agotó su curso, o se resultado de la extinción del mismo: la nulidad relativa es subsanable dentro del proceso; la absoluta sólo puede serlo por mediación de la cosa juzgada*”. (Carlos Creus, Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia, 2° edición, actualizada y ampliada, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 52)

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto señalan “*Del derecho civil vienen las categorías de la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la inexistencia. Manteniéndolas en derecho procesal, ellas se hacen coincidir con la nulidad insubsanable y declarable de oficio y con la convalidable, expresamente o por preclusión*”. (Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Teoría General del Proceso, Tercera edición, ampliada y corregida, Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia, 2000, pp. 479)

Alejandro Abal Oliú identifica nulidad absoluta y nulidad insubsanable, así como nulidad relativa y nulidad subsanable, vinculando estos conceptos con los de nulidad explícita y nulidad implícita. (Alejandro Abal Oliú, Derecho Procesal, Tomo III, Segunda Edición, Montevideo - Uruguay, agosto del 2004, pp. 148 y 149).

tablecen el aspecto adecuado y preciso dentro del cual debe ser considerada la clasificación materia de comentario.

Hernando Devis Echandía considera distintas a las nulidades absolutas y relativas de las nulidades saneables e insaneables. El célebre autor colombiano sostiene lo siguiente: “Nulidades absolutas y relativas. Esta clasificación es muy importante y no hay que confundirla con la de las nulidades saneables e insaneables. La primera se refiere a que el juez pueda o no declararlas de oficio; la segunda, a que puedan o no ser eliminadas mediante el saneamiento o la convalidación. Por eso existen nulidades absolutas que son saneables”⁴¹. Eugene Florián tampoco confunde la nulidad absoluta y

César San Martín equipara nulidad absoluta o insubsanable, así como nulidad relativa o subsanable:

“Nulidad absoluta o insubsanable

Es un fenómeno de ineficacia ligado a la antijuridicidad consistente en la ausencia de presupuestos o en el incumplimiento de requisitos jurídicos de especial relevancia –se refieren a actos fundamentales del proceso y a la intervención de sujetos esenciales (Creus)–. La ineficacia que le es propia afecta no solo el acto defectuoso, sino que se eliminan los efectos hayan podido producirse desde el momento en que el acto se llevó a cabo hasta la declaración de nulidad absoluta. Es la denominada eficacia ex tunc de esta declaración. Esta nulidad comporta, en principio, su declaración de oficio y no solo a instancia de parte –deducibilidad de quien quiera que participe en el proceso–, así como la inexistencia de plazo para declararla o, a lo sumo, en aras de la seguridad jurídica, la prescripción de algún plazo amplio (De La Oliva). Esto último se explica porque está en correspondencia con una norma de derecho necesario, es una fuerza tutelar que actúa mientras dura el proceso y cuida de que las normas esenciales no se violen (Florián)”. (César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004, Primera Edición, Perú, noviembre 2015, pp. 779)

“Nulidad relativa o subsanable

A la nulidad relativa se asocia, en primer lugar, el incumplimiento de aquellos requisitos del acto procesal sobre los que las partes tiene facultades dispositivas; y, en segundo lugar, tres características derivadas: (i) no se pueden apreciar de oficio, (ii) es necesario una solicitud de nulidad de la parte perjudicada –lo que da lugar a un incidente de nulidad–, y (iii) puede perderse la posibilidad de pedir la anulación por preclusión o por consentimiento (Ortells)”. (César San Martín Castro, o. cit., pp. 782)

Víctor Ticona Postigo sostiene: “Convenimos, con la doctrina imperante, que la nulidad absoluta es insubsanable, y la relativa, en cambio, es subsanable”. (Víctor Ticona Postigo, El Derecho al debido proceso en el proceso civil. Doctrina, legislación, jurisprudencia, Segunda edición, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2009, pp. 984)

41 Hernando Devis Echandía, o. cit., pp. 673

relativa con la nulidad subsanable y la insubsanable; respecto a la clasificación materia de comentario señala: *“En síntesis, la diferencia que existe entre nulidad absoluta y nulidad relativa consiste en que la primera tiene lugar sin reclamación de la parte, es una fuerza tutelar que actúa mientras dura el proceso y cuida de que las normas esenciales no se violen. La nulidad absoluta está en correspondencia con una norma de derecho necesario. La nulidad relativa, por el contrario, es contingente, no produce siempre efecto y tiene lugar sólo cuando media reclamación de las partes; es una tutela subordinada a cierto poder dispositivo de las partes”*⁴².

Sin embargo tanto Hernando Devis Echeandía como Eugene Florián consideran que la nulidad procesal absoluta y relativa se refieren a si pueden o no ser declaradas de oficio por el juzgador, aspecto que no compartimos, siendo importante resaltar la opinión de Alberto M. Binder, quién también sostiene que son clasificaciones distintas. *“No es buena la semejanza porque la división entre nulidades absolutas y relativas (aún en la visión tradicional) no se relaciona con la posibilidad de reparación o saneamiento”*⁴³.

En efecto, la clasificación nulidad procesal absoluta y nulidad procesal relativa no se sustenta en la posibilidad de saneamiento de la deficiencia, su aspecto central no guarda relación con la gravedad o poca intensidad del defecto formal, tampoco se identifica plenamente de si la ley la establece de manera expresa, o si la declaración de la nulidad debe ser de oficio o a pedido de parte, aspectos que han sido resaltados por un sector representativo de la doctrina; los que en realidad representan características que también pueden presentarse en otras clasificaciones.

La clasificación materia de comentario gira en torno a la vulneración de derechos fundamentales, y teniendo en cuenta ello se puede establecer una relación de regla general y regla especial o excepcional.

42 Eugene Florián, o. cit., pp. 62

43 Alberto M. Binder, El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 100 y 101.

La nulidad procesal absoluta se configura ante la vulneración de derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, la prohibición de cualquier situación que genere indefensión, e incluso se puede agregar el incumplimiento de formas esenciales del acto jurídico procesal. Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad procesal relativa, aquella en que la deficiencia no se identifica o relaciona con la vulneración de un derecho fundamental, es la regla general, en el sentido que conforme al principio de conservación de los actos procesales, debe siempre apostarse por la subsanación de las deficiencias; la excepción es la nulidad absoluta, cuando existe vulneración de derechos fundamentales.

Luego de haber precisado el aspecto central de la clasificación materia de comentario, pueden resaltarse las demás características de la nulidad procesal absoluta como de la relativa. En la nulidad procesal absoluta la deficiencia es grave, el agravio o perjuicio existe y es significativo, es grave, en tanto estamos ante una vulneración constitucional, se vulnera norma procesal imperativa de interés público, no es pasible de saneamiento, es decir no existe subsanación ni convalidación, el juzgador la declara de oficio, sin perjuicio que la parte afectada pueda advertirla, procede ser declarada en cualquier estado y grado del proceso; en cambio la nulidad procesal relativa se caracteriza por la vulneración de una norma imperativa que genera agravios de interés particular, es pasible de saneamiento, por ende de subsanación y de convalidación, el propio interesado deshace el perjuicio o el juzgador lo repara o verifica que no existe o que no es significativo; además la nulidad relativa solo puede ser propuesta por la parte afectada en la oportunidad pertinente, no puede ser declarada de oficio por el juzgador; no debe existir indefensión.

Ángela Ester Ledesma, Roberto Omar Berizonce y Nelson R. Pessoa consideran que se configura la nulidad procesal absoluta ante la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, Ángela Ester Ledesma sostiene: *“En consecuencia, aun en el proceso civil, cuando en un acto se hayan desconocido las garantías de intervención del Ministerio Público ..., capacidad del juez o constitución del juez o tribunal, éste no puede ser considerado válido por la circunstancia de que la ley haya omitido señalar, de modo específico, esa violación como fundamento de la declaración de nulidad, ya*

que la trascendencia del vicio exige la facultad de su declaración, por violación de garantías constitucionales. En consecuencia, entendemos que por imperio constitucional es posible la configuración de nulidades absolutas en el proceso civil”⁴⁴; por su parte Roberto Omar Berizonce señala que “Sea que se llegue a la conceptualización de las nulidades absolutas por vía de la doctrina tradicional que las refería a la *violación de las formas sustanciales* (Couture, Lascano, Alsina, Podetti), ya por la estrecha vinculación con el *orden público*, parece cierto que en última instancia el fundamento asienta en el resguardo de las *garantías constitucionales que aseguran el debido proceso*”⁴⁵. Nelson R. Pessoa considera que “*Nos parece mucho más útil en términos de reconstrucción dogmática vincular la noción de nulidad absoluta con las garantías constitucionales*”⁴⁶.

Es necesario señalar que existía una fuerte tendencia en doctrina que sostenía que toda nulidad procesal era relativa⁴⁷, para esta postura no existía

44 Ángela Ester Ledesma, o. cit., 1995, pp. 338

45 Roberto Omar Berizonce, Nulidades absolutas por defectuosa o irregular constitución del tribunal (A propósito del régimen de subrogancias de los magistrados), en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”, Nulidades, Santa Fe, 2007, pp. 34

46 Nelson R. Pessoa, La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los “Silencios Normativos Aparentes”, Tercera edición ampliada y actualizada, Santa Fe, 2013, pp. 446

47 Podemos incluir a Ramiro Podetti, Hugo Alsina, Lino Enrique Palacio, Luis A. Rodríguez, Osvaldo Alfredo Gozaini, Aldo Bacre, así como Víctor De Santo.

Ramiro Podetti establecía: “Ello permite limitar estrictamente las nulidades al caso de indefensión y aseverar, ab-initio que no existen nulidades procesales absolutas, siendo todas convalidables”. (Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales. Tomo II, Buenos Aires, 1955, pp. 481 y 482)

Hugo Alsina consideraba que “La nulidad absoluta juega en el proceso de una manera distinta que en el derecho civil, pues mientras en éste se caracteriza por la imposibilidad de su confirmación, en aquél todas las nulidades pueden convalidarse por el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien afecta si ésta no reclama en tiempo su reparación en la instancia en que se haya cometido, ... Más exacto sería admitir que en el procedimiento no existen nulidades absolutas, por lo menos en la acepción que se le atribuye en derecho civil”. (Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Parte General, Segunda edición, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1956, pp. 646)

Lino Enrique Palacio manifestaba que “Constituye un principio suficientemente afianzado, el que todas las nulidades procesales son susceptibles de convalidarse por el consentimiento expreso o presunto de las partes a quienes perjudiquen. No existen por lo tanto en el proceso nulidades absolutas; ...”. (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, Décima séptima edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 332).

nulidad procesal absoluta; sin embargo esta tendencia ha sido superada. Incluso Roberto Omar Berizonce y Osvaldo Alfredo Gozaíni se adscribían a la tendencia superada, pero luego variaron de opinión⁴⁸.

Luis A. Rodríguez señalaba lo siguiente:

“Ahora bien, ¿existen las nulidades procesales absolutas?

Esta interrogante ha preocupado constantemente a la doctrina procesal. Como vimos ..., nuestro parecer es contrario a la admisión de las nulidades absolutas de procedimiento, las que se cubrirían con la doctrina del acto inexistente”. (Luis A. Rodríguez, *Nulidades Procesales*, Segunda edición aumentada y actualizada, Buenos Aires, 1994, pp. 69)

“Resumen

a.- las nulidades absolutas procesales no existen.

b.- Todas las nulidades procesales son relativas (principio de la relatividad).

c.- Los supuestos que se dan en llamar de nulidad absoluta son en realidad:

1.- De inexistencia. Sentencias imposibles o inciertas (non liquet)

2.- Supuestos de anulación de vicio, pero siempre por vía de recurso. El recurso de revisión no existe, y en cuanto a la acción autónoma, ...”. (Luis A. Rodríguez, o. cit., pp. 79)

Aldo Bacre opina que: “En síntesis, todas las nulidades procesales son relativas. Los supuestos que algunos creen ver la nulidad absoluta dentro del proceso, son en realidad casos de inexistencia, como pueden ser las hipótesis de sentencias imposibles o inciertas, ...”. (Aldo Bacre, *Teoría General del Proceso*, Tomo III, Buenos Aires – Argentina, 1992, pp. 531)

Osvaldo Alfredo Gozaíni señala: “Pero como en el proceso el principio es que todas las nulidades son relativas, si no acontece el interés para nulificar los actos posiblemente viciados, éstos pueden quedar convalidados, saneados, regularizados, etc.”. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, volumen 2, Buenos Aires, 1992, pp. 832 y 833), sin perjuicio de lo mencionado, el autor señalaba también: “No obstante, existe cierto paralelismo con principios sustanciales; inclusive, podría afirmarse que no hay diferencias ontológicas, porque en ambas prevalece la noción de relatividad de las nulidades”. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, o. cit., pp. 849)

Creus considera que toda nulidad es subsanable. (Carlos Creus, *Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia*, 2º edición, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 52)

Víctor De Santo opina que “Se suele afirmar que en el derecho procesal civil, en principio, toda nulidad se convalida por el consentimiento, es decir que aun en el supuesto de concurrir, en un caso determinado, los restantes presupuestos de la nulidad, no procedería su declaración si el litigante interesado consintió, expresa o tácitamente, el acto defectuoso.

Esto se atribuye u obedece al carácter relativo que revestirían todas las nulidades procesales”. (Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 59)

48 En el año 1967, en su libro *La Nulidad en el Proceso*, página 79, Roberto Omar Berizonce sostuvo que “no existen nulidades procesales absolutas, siendo todas susceptibles de ser

En el año 1980, Augusto Mario Morello analizaba si realmente toda nulidad procesal es relativa, considerando que dicha concepción, presente en la década del sesenta del siglo XX, ya no es aceptable desde los setenta del siglo pasado, porque en opinión del autor citado la seguridad jurídica no el único valor a proteger; Morello considera que los jueces y los abogados ya no solo se conforman con la seguridad jurídica, pues también existe el valor justicia y el principio de la defensa en juicio⁴⁹.

Jorge P. Camusso sostiene que los autores comenzaban a abandonar la idea de que toda nulidad procesal es relativa, incidiendo en el supuesto de los tribunales que no han sido debidamente integrados. *“Fundados en aquellos fallos, no son pocos los autores que se inclinan a marcar la conveniencia de revisar el principio que todas las nulidades procesales son relativas, concluyendo que las hay también absolutas en la contienda.*

Respetuosos del pensamiento ajeno, nos parece que en el evento más que de nulidades absolutas cuadra admitir, que se tratan de vicios graves subsanables de oficio por el más alto Tribunal, en oportunidad de ejercitar sus facultades jurisdiccionales, de parecida manera como se comporta la alzada en similares circunstancias”⁵⁰.

convalidadas”, después considera que la nulidad procesal absoluta afecta derechos fundamentales. Osvaldo Alfredo Gozaíni luego de sostener que toda nulidad procesal es relativa, respecto a la nulidad procesal absoluta señala posteriormente: “Esas nulidades no requieren del pedido de parte para lograr la invalidación. De lo contrario, sería posible la vida de una actuación absolutamente insanable, lo que es un contrasentido. La instrumentalidad de las formas, no obstante su finalidad y adaptabilidad al cumplimiento de los actos, tiene ciertas reservas que hacen indisponibles algunas solemnidades, esenciales, del proceso civil. Por ejemplo, la atribución de jurisdicción, la salvaguarda del debido proceso, los actos realizados bajo violencia o intimidación, la preservación de la defensa en juicio, entre muchos más, alertan que su desconocimiento vulnera el interés público comprometido. Por ello, la inobservancia de tales condiciones conduce irremediamente a la anulación –aún oficiosa- de los actos viciados”. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, Elementos de Derecho Procesal Civil, Primera edición, Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 2005, pp. 528-529)

49 ver el artículo de Augusto Mario Morello, Las Nulidades Procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional, En Estudios de Nulidades Procesales, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp. 157 a 159

50 Jorge P. Camusso, Nulidades Procesales, Segunda edición, corregida y actualizada, Ediar, 1983, pp. 227

Angelina Ferreyra De De La Rúa y Cristina González De La Vega de Opl sostienen que la tendencia que señalaba que toda nulidad procesal era relativa ha sido superada, planteando lo que consideran una posición moderna, consistente en la convivencia de la nulidad procesal relativa con la absoluta. Las citadas autoras señalan “Esta visión estricta ha sido superada por elaboración doctrinarias acompañadas por la jurisprudencia y se reformula en el sentido de que conviven en el ámbito procesal las nulidades relativas con las “nulidades absolutas”; estas últimas son las que exceden el mero interés privado de la parte y se vinculan con el orden público. Por tal motivo, no pueden ser convalidadas por cuanto afectan a elementos estructurales de la relación jurídico-procesal, por ejemplo: referidas a la constitución del tribunal o a la inobservancia de ciertos presupuestos sentenciales ..., en tanto implican circunstancias obstativas para el dictado de la sentencia. En esta hipótesis, si el interés lesionado vulnera el orden público cabe la posibilidad de que también sea relevado de oficio por el tribunal”⁵¹.

Como se había señalado, Nelson R. Pessoa considera que la nulidad procesal absoluta se configura cuando se vulneran derechos fundamentales; sino existe dicha vulneración se configura la nulidad procesal relativa. “El único requisito necesario para la existencia de nulidad absoluta es que el acto lesione una regla constitucional”⁵². El autor citado considera que la relación entre nulidad absoluta y garantías constitucionales no ha sido debidamente estudiada, que la apreciación mencionada es un mecanismo de control de legalidad, al cual denomina control de legitimidad constitucional, desarrollando tres límites normativos, resumidos en tres ideas básicas: a.- debido proceso, b.- defensa en juicio, y c.- aquello es aplicable en procesos distintos al proceso penal⁵³.

51 Angelina Ferreyra De De La Rúa y Cristina González De La Vega de Opl, Nulidad procesal y saneamiento, en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”, Nulidades, Primera edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 114 a 116

52 Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 449

53 “Éste es el camino a seguir, nos referimos a la conexión entre el concepto de nulidad absoluta y garantías constitucionales, pero esta idea no se ha trabajado debidamente por la doctrina de la Corte” ... “En consecuencia, cuando la irregularidad procesal no lesione una norma constitucional en el sentido antes indicado, estaremos frente a una nulidad relativa” ... “Se podría decir que el sistema de las nulidades absolutas es un mecanismo de control de legitimidad constitucional de los actos del proceso penal en función de ciertos derechos

Nelson R. Pessoa comenta que la Corte Suprema argentina ha establecido criterios para identificar la nulidad procesal absoluta, siendo ellos: a.- afectación al orden público, b.- lesión a una “garantía constitucional” y c.- incumplimiento de “formas sustanciales del proceso penal”, es decir, formas esenciales; el citado autor opta por la lesión a garantías constitucionales⁵⁴; señalando además que existen criterios, características y diferencias que son cuestionables para definir tanto a la nulidad procesal absoluta y relativa, señalando que en todo caso aquellas son el efecto o consecuencia de una diferencia⁵⁵.

Alberto M. Binder sostiene que la declaración de nulidad procede ante “*la necesidad de restaurar la vigencia de un principio constitucional*”, considera además que se debe abandonar la clasificación entre nulidad procesal absoluta y relativa porque no es clara y se sustenta en un falso paralelismo, resaltando que cuando el defecto es grave por vulneración de un principio constitucional o los principios de protección del imputado, debe ser repa-

constitucionales” ... “Esos límites normativos impuestos por la ley constitucional se pueden resumir en tres ideas básicas:

a.- “Debido proceso” o “proceso legal”;

b.- “defensa en juicio”;

c.- “reglas válidas en campos ajenos al proceso penal y también vigentes en él”.

Esos límites jurídicos vistos desde la situación de las personas sometidas a tal poder son derechos constitucionales. Por ello se puede aseverar que existe un derecho constitucional al “debido proceso legal”, un derecho constitucional a “la defensa en juicio” y un tercer grupo de derechos constitucionales, por ejemplo, al ámbito de privacidad, a la inviolabilidad de papeles privados, etcétera, que funcionan también en el proceso penal”. (Nelson R. Pessoa, *La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los “Silencios Normativos Aparentes”*, Tercera edición ampliada y actualizada, Santa Fe, 2013, pp. 447 a 451)

54 ver Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 438 a 445

55 “Un criterio cuestionable para distinguir las nulidades absolutas y relativas No es infrecuente, a la hora de ensayar la distinción de referencia, que se use el siguiente razonamiento (al que calificamos como incorrecto): las nulidades absolutas y relativas se diferencian entre sí por estas notas: las primeras son declarables de oficio, en cualquier estado y grado del proceso; pueden ser peticionadas por cualquier sujeto; no son convalidables, etcétera. Las segundas, en cambio, se caracterizan por que no pueden ser declaradas de oficio y se presentan las peculiaridades opuestas, en cada caso, a las de nulidades absolutas”. (Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 439)

“En síntesis, la diferencia entre una y otra clase de nulidad no reside en ese conjunto de peculiaridades en torno a su declaración procesal, sino que tales notas son el efecto o consecuencia de una diferencia, que en nuestra opinión se construye en torno a ciertos datos estructurales ...”. (Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 440)

rado de oficio y no procede la convalidación. “Se ha utilizado el nombre de nulidades absolutas para señalar aquellos vicios formales que podían ser reparados por la actividad oficiosa del juez, el cualquier estado del proceso. Aquellas que no eran absolutas se convertían en relativas, más por una razón de armonía de los conceptos que por una verdadera necesidad de explicación. Sin embargo es *preferible abandonar la dualidad de nulidades absolutas y relativas en el proceso ya que no aporta demasiada claridad y funda un falso paralelismo con los conceptos de nulidades absolutas y relativas de los actos jurídicos*. Debe quedar claro que cuando se trata de quebrantamiento de forma que afectan los principios de protección del imputado ésta debe ser oficiosa por parte del juez porque es una de las dimensiones esenciales de la jurisdicción. *El concepto de convalidación no juega aquí ningún papel, aun cuando el imputado hubiera contribuido de un modo determinante en la creación del vicio formal*. Por eso, sólo debemos utilizar en esta teoría de las nulidades el binomio reparación-nulidad. No hace falta un concepto intermedio”⁵⁶.

Julio B. J. Maier ante los problemas en torno a la definición de nulidad absoluta, considera que de todas maneras es necesario definirla y establecer en qué casos procede, señalando “que provocan nulidades absolutas, que no soportan subsanación alguna, ni convalidación en la sentencia, en primer lugar, aquellos defectos que interesan al núcleo de los principios que gobiernan el debate y determinan su definición como procedimiento (juicio) regular, ...”⁵⁷, mencionando el autor citado supuestos como la supresión de la publicidad del debate, defectos en torno a la reglamentación de la asistencia necesaria de las personas llamadas a intervenir en el debate, la concentración en el debate, los relativos a la oralidad, entre otros.

En nuestro país, César Augusto Nakasaki Servigón considera que se configura la nulidad procesal absoluta si se ha vulnerado una garantía constitucional de la persona. “El fundamento constitucional de la nulidad procesal constituye el criterio que determina cuándo la infracción de una forma procesal deberá provocar la invalidez del acto procesal.

56 Alberto M. Binder, o. cit., 2000, pp. 100 y 101

57 Julio B. J. Maier. Derecho Procesal Penal, Tomo III, Parte General. Actos procesales, Primera edición, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2011, pp. 45

El fundamento constitucional de la nulidad procesal permite, asimismo, diferenciar las nulidades procesales absolutas de las relativas.

Si la forma procesal violada ha sido establecida con la finalidad de hacer efectiva una garantía constitucional de la persona sometida a proceso penal, el acto procesal anormal provoca una nulidad procesal absoluta.

Las formas procesales cuya inobservancia genera la nulidad absoluta son las que guardan relación directa con las disposiciones constitucionales que ponen límites al poder punitivo estatal o que reconocen al justiciable derechos en el proceso penal; por ejemplo, las reglas de la prohibición de la persecución penal múltiple, o de la prohibición de la *reformatio in peius*⁵⁸. Por su parte Víctor Ticona Postigo establece una definición de nulidad procesal que comprende tanto a la nulidad procesal absoluta y relativa, así como señala que el Código Procesal Civil vigente reconoce en casos excepcionales a la nulidad absoluta, siendo la regla general la nulidad relativa. “*Se ha definido a la nulidad procesal como el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido. Esta definición comprende tanto a la nulidad absoluta como a la relativa*” ... “*Es principio general para el derecho procesal que toda nulidad es relativa; por excepción la nulidad es absoluta.*”

*Sin embargo, es pertinente anotar que un sector de la doctrina sostiene que toda nulidad, sea sustancial o sea que se refiera al trámite principal del proceso, es relativa y por tanto puede convalidarse o subsanarse. Empero, la mayor parte de la doctrina, dentro de la cual se inspira nuestro Código, sostiene que la regla general de que toda nulidad es relativa admite casos excepcionales de nulidad absoluta*⁵⁹.

58 César Augusto Nakasaki Servigón, La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, En Libro Homenaje Facultad de Derecho. Universidad de Lima. Fondo Editorial. Primera edición, Lima-Perú, 2006, pp. 41.

59 Víctor Ticona Postigo, El Derecho al debido proceso en el proceso civil. Doctrina, legislación, jurisprudencia, Segunda edición, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2009, pp. 983

El Código Procesal Civil vigente no regula sobre la nulidad procesal absoluta ni la relativa, no utiliza dicha denominación; en cambio, el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, sí lo regula, utiliza dicha denominación, especialmente en los artículos 150 y 151.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 7130, de 1989, que estará en vigencia hasta octubre del 2018, regula en el artículo 197 sobre Nulidades Absolutas: *“Cuando se trate de nulidades absolutas por existir un vicio esencial para la ritualidad o marcha del procedimiento, el juez ordenará, aún de oficio, que se practiquen las diligencias necesarias para que aquél siga su curso normal. La nulidad solo se decretará cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del procedimiento. Tampoco deberá prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación, sin perjuicio de los demás actos procesales”*.

2.4.- Nulidad de oficio y nulidad a pedido de parte

La nulidad procesal requiere ser declarada por el juzgador, quién la declara con o sin solicitud previa de parte interesada; por lo que la clasificación materia de comentario se refiere a quién puede advertir el defecto de nulidad. En la nulidad de oficio el juez la advierte sin requerimiento previo, en cambio en la nulidad a pedido de parte el descubrimiento del defecto y posterior pedido lo realiza la parte interesada, afectada por el defecto. En la nulidad de oficio existe vulneración de norma procesal imperativa de interés público, está de por medio el orden público, pudiendo ser declarada en cualquier estado del proceso; en cambio en la nulidad procesal a pedido de parte, existe vulneración de una norma procesal imperativa que afecta un interés particular, específico, por ello se requiere que el interesado reaccione, supeditándose su ejercicio dentro de la oportunidad o plazo establecido en la ley, de lo contrario el acto procesal viciado se repara, se resana, pues pasada la oportunidad o transcurrido el plazo, se verifica el saneamiento procesal.

Al respecto Juan Carlos Mendonça determina “tres tipos de nulidades declarables de oficio: 1° Las conminadas por ley; 2° las que provienen de la violación de una norma prohibitiva; 3° y las que –strictu sensu- afectan el orden público, aunque los actos que las acarreen no estén expresamente

declarados nulos ni expresamente prohibidos”⁶⁰; Julio E. Salas Vivaldi considera que “pueden los tribunales declarar de oficio la ineficacia de los actos que constituyan la estructura misma del proceso y que le dan el carácter de instrumento idóneo para cumplir la función constitucional de administrar justicia, porque en su ejecución está comprometido el interés público. Asimismo, igual sanción recaerá sobre las actuaciones que miran a la defensa particular de los litigantes, siempre que las irregularidades de que adolezcan les infieran agravios y aleguen con oportunidad la nulidad pertinente”⁶¹. Ángela Ester Ledesma señala que “En este orden de ideas, cabe aclarar que en la nulidad declarable de oficio se tiene en cuenta el interés social de la legalidad del proceso y en la declarable a petición de parte, su objeto se ciñe al interés particular de la defensa en juicio en cuanto quede a disposición del particular interesado”⁶².

Miguel Otero Lathrop reconoce la clasificación materia de comentario, señalando respecto a la nulidad de oficio lo siguiente: “Un tribunal puede decretar la nulidad de un acto procesal, de oficio, solamente si la ley expresamente lo facultada a ello, salvo que se trate de una nulidad procesal de derecho público. La nulidad, declarada de oficio o a pedido de parte, es una misma institución jurídica, sin que pueda diferenciarse en cuanto a su procedencia o a sus efectos atendiendo a si la debe requerir la parte, o bien, si la debe declarar de oficio el tribunal.

La única diferencia existente entre la petición de parte y el proceder de oficio tiene relación con los requisitos de ser parte procesal, solicitar la nulidad dentro del plazo, no haber originado el vicio o concurrido a su materialización y no haber convalidado tácita o expresamente el acto. El tribunal solo requiere que la ley lo faculte para ello”⁶³.

60 Juan Carlos Mendonça, o. cit., pp. 148

61 Julio E. Salas Vivaldi, *Los incidentes y en especial el de Nulidad Procesal*, Cuarta Edición, Santiago de Chile, junio 1989, pp. 28

62 Ángela Ester Ledesma, o. cit., pp. 331

63 Miguel Otero Lathrop, *Apreciaciones generales sobre la validez de los actos procesales y el debido proceso*, en *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal*, Primera edición, México, junio de 2016, pp. 249

Alberto M. Binder sostiene que *“Generalmente la reparación reclama algún grado importante de actividad judicial o de las partes. Pero no es necesaria una actividad que desencadene la reparación, por ejemplo, una instancia de parte. Siempre que se trate de la restauración de la vigencia de un principio constitucional la actividad judicial no está condicionada por ninguna actividad de la defensa, es decir, procede de oficio, tal como hoy lo reconocen muchas legislaciones procesales”*⁶⁴.

La nulidad procesal de oficio se encuentra regulada en el último párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil, reservada únicamente para declarar la nulidad insubsanable. En el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, el artículo 150 establece que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio o a pedido de algún sujeto procesal; el artículo 151 establece que la nulidad relativa debe ser instada por el sujeto procesal afectado. Debe tenerse presente que el inciso 1 del artículo 409 del Nuevo Código Procesal Penal, decreto legislativo N° 957, establece como competencia del Tribunal revisor que *“La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”*.

El Código de Procedimiento Civil de Chile de 1902, Ley N° 1552, establece en el primer párrafo del artículo 83 que *“La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos en que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”*.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja, Argentina, Ley 1575 del año 1950, en el artículo 133 establece: *“La nulidad se declarará a petición de parte, quien, al promover el incidente, deberá expresar el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración. Los jueces podrán declararla de oficio siempre que el vicio no se hallare consentido; lo hará, sin sustanciación, cuando aquél fuere manifiesto”*.

64 Alberto M. Binder, o. cit., 2000, pp. 100

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina, Ley N° 5531, del año 1961 establece en el artículo 125 que *“Las nulidades deben declararse a petición de parte interesada. Las de orden público podrán ser alegadas por cualquiera de las partes o por el ministerio público, en todo estado y grado de la causa; el juez deberá pronunciarlas de oficio”*.

El Código Procesal Civil de Paraguay, Ley 1.337, vigente desde 1989, regula en el artículo 112 y 113 la nulidad a pedido de parte y la declarable de oficio respectivamente. El artículo 112 establece que *“La nulidad sólo será declarada a instancia de la parte perjudicada por el acto viciado, si no contribuyó a este, salvo los casos en que la ley establezca la nulidad de oficio”*. El artículo 113 establece que *“La nulidad será declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva, y en los demás casos en que la ley lo prescriba”*.

El inciso 2 del artículo 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000 establece que *“... el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”*.

El artículo 106 del Código Procesal Civil boliviano del 2013, Ley N° 439, establece en el numeral I que *“La nulidad podrá ser declarada de oficio o a pedido de parte, en cualquier estado del proceso, cuando la ley la califique expresamente”*; desarrollando en el numeral II la nulidad a pedido de parte.

El inciso 1 del artículo 110 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, del Ecuador del 2015, establece que la nulidad del proceso deberá ser declarada *“De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial”*.

2.5.- Nulidad expresa y Nulidad implícita o virtual

La nulidad procesal expresa guarda relación con el principio de legalidad de la nulidad procesal, también llamado especificidad o taxatividad, en tanto la causal de nulidad debe estar expresamente establecida en la ley procesal; en cambio la nulidad implícita o virtual deviene de la vulneración de una

norma procesal imperativa o prohibitiva, que incide en la afectación de derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso, el derecho de defensa, o requisitos esenciales del acto jurídico procesal, pero no se establece expresamente la ocurrencia de nulidad.

Reconoce esta clasificación Hernando Devis Echandía al señalar que “*Existen también nulidades expresas e implícitas. Si bien es indispensable limitar la nulidad a los vicios esenciales, cuando el legislador no los contempla taxativamente debe aceptarse que los casos señalados en la ley no son los únicos y que el remedio debe ser igual cuando se incurra en otros vicios de similar importancia, principalmente cuando se desconozca los principios del derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral*”⁶⁵, sosteniendo el maestro colombiano que las nulidades implícitas provienen de una doctrina de las nulidades de origen constitucional por violación de la Carta Magna.

Enrique Véscovi considera que las nulidades implícitas contradicen el principio de legalidad de la nulidad procesal. “La doctrina, no sin discrepancias, ha creado la categoría de las llamadas *nulidades implícitas*, que contradice el principio puesto que admite que, al menos en ciertos casos, existen nulidades que no están previstas en la ley expresamente, pero que resultan de principios contenidos en el texto (aunque no explicitados). Así sucede cuando se “*violan las garantías fundamentales del proceso*” o “*el derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral*”, lo que también se ha llamado *caso de indefensión*”⁶⁶.

Roberto Omar Berizonce y Carlos Creus sostienen que la nulidad implícita se verifica ante la violación de principios básicos del proceso o de prohibiciones explícitas contenidas en normas constitucionales. Roberto Omar Berizonce considera: “Como *postulado general*, útil para determinar cuándo nos encontramos en presencia de una nulidad implícita podemos enunciar el siguiente, obtenido por inducción: hay vicio de procedimiento que importa nulidad implícita, cuando tal irregularidad suponga *violación de los*

65 Hernando Devis Echandía, o. cit., pp. 671 y 672

66 Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Santa Fé de Bogotá - Colombia, 1999, pp. 264

principios básicos del proceso”⁶⁷. Carlos Creus establece que “..., como especie de tertium genus se mencionan hipótesis constitutivas de nulidades virtuales o implícitas, las que se darían cuando, sin conminación expresa de la ley y sin posibilidades de encuadrarse como nulidades de orden general, presentan situaciones de conflicto en el proceso que sólo pueden ser superadas mediante la declaración de nulidad; tales son los casos en que se han violado prohibiciones explícitas o implícitas de las leyes procesales o de fondo, o contenidas en normas constitucionales, o no se cumplen exigencias estrictas contenidas en ellas, con evidente perjuicio para la regularidad del proceso (según opinión de Clariá Olmedo), y por tanto, notoriamente demostrativos de la improcedencia de trámite”⁶⁸.

Esiquidio Manuel Sánchez Herrera sostiene que la nulidad implícita es una pauta atenuadora del principio de legalidad, describiendo ejemplos interesantes. “Dentro de las pautas atenuadoras del principio de especificidad, que revisten a la vez, el carácter de complementarias e integrativas de él, se puede citar: a) Disposición prohibitiva asimilada a la nulidad expresa. Equipara a las nulidades expresas, las derivadas de disposiciones imperativas, V.gr, las expresiones “no será permitido”, “es inadmisibles”, “no podrá”, son suficientes para que el juez pueda pronunciar la nulidad aunque ésta no esté prescripta en forma expresa; b) Omisión de elementos sustanciales del acto. A falta de un texto imperativo, se faculta al juez para declarar la nulidad, cuando se ha omitido un elemento sustancial en la ejecución de un acto (son las llamadas nulidades implícitas)”⁶⁹. Por su parte Héctor Casco Pagano señala que la Nulidad implícita o virtual “Es la que proviene de la violación de normas prohibitivas, lo cual trae aparejada la posibilidad de declarar la nulidad del respectivo acto (nulidad virtual), v.g.: normas legales imperativas que contienen expresiones tales como: “en ningún caso”, “es inadmisibles”, “no será permitido”, etc.”⁷⁰.

67 Roberto Omar Berizonce, o. cit., 1967, pp. 73

68 Carlos Creus, Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia. 2° edición, actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 46

69 Esiquidio Manuel Sánchez Herrera, Las nulidades en materia disciplinaria, En Lecciones de Derecho Disciplinario, volumen I, Bogotá DC, Colombia, noviembre del 2006, pp. 241

70 Hernán Casco Pagano, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista U.N.A 2009”, Paraguay-Asunción, 2009, pp. 139

Epifanio Condorelli y Osvaldo Alfredo Gozaíni relacionan a la nulidad implícita con el incumplimiento de formalidades esenciales. “Desde luego que la nulidad no es solamente procedente cuando exista un texto expreso que las conmine, sino que tal principio reconoce importantes atenuaciones cuando la nulidad es la consecuencia necesaria de la omisión de formalidades esenciales, hipótesis en la que también procede su declaración aún cuando no estuviera concretamente conminada, que es lo que se conoce como nulidades *implícitas*”⁷¹. “El principio recuerda la regla del código napoleón “pas de nullité sans texte”, pero no impide que se anulen actos que eviten el compromiso con formalidades esenciales (nulidades implícitas)”⁷².

José Licinio Scelzi, citando a D’Albora, realiza una interesante apreciación de las nulidades virtuales o implícitas. “La imperfección que decide la invalidez del acto, en supuestos de nulidades virtuales o implícitas, no se colige de la inobservancia de la regulación procesal específica, sino del quebrantamiento de formas o requisitos acuñados por la Constitución nacional; la ley penal, civil, comercial, etc.; o el conjunto del régimen procesal como sistema (D’Albora)”⁷³.

Por último, es importante referir la opinión de Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quién diferencia entre nulidades implícitas y nulidades virtuales, considerándolas complementos del principio de legalidad o especificidad; señalando⁷⁴ que las nulidades implícitas se presentan “*cuando el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin o cuando se violen formalidades o requisitos esenciales*” y las nulidades virtuales “*cuando se viola una ley imperativa o prohibitiva*”.

71 Epifanio J. L. Condorelli, *Presupuestos de la Nulidad Procesal*, En *Estudios de Nulidades Procesales*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp. 96

72 Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, volumen 2, Buenos Aires, 1992, pp. 850

73 José Licinio Scelzi, *Procedimiento Penal: de las nulidades en general y de las absolutas en particular*, en “*Prudentia Iuris*” N° 50, Buenos Aires, agosto 1999, pp. 104

74 Lorenzo Zolezzi Ibárcena. *Las Nulidades Procesales en el Derecho Comparado*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo II. *Derecho Comparado*, México 1988, pp. 1431

La nulidad expresa está regulada en la primera parte del primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil, que regula al principio de legalidad en materia de nulidades procesales, artículo que debe concordarse con el inciso 2 del artículo 175 del Código Procesal Civil, que establece que la nulidad procesal debe ser declarada improcedente cuando “*Se sustente en causal no prevista en este Código*”. En el Decreto Legislativo 957, nuevo Código Procesal Penal, la nulidad expresa se encuentra regulada en los artículos 149, 150 y 151. En el artículo 149 se regula el principio de taxatividad, que es otro nombre que se le asigna al principio de legalidad; así como en los artículos 150 y 151, se establece expresamente en qué casos se configura la nulidad absoluta y la nulidad relativa respectivamente.

Respecto a la nulidad procesal implícita o virtual, siguiendo la opinión de Hernando Devis Echandía, consideramos que encuentra regulada a nivel constitucional, ante la vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y prohibición de la indefensión; además también se encuentra relacionada al cumplimiento de requisitos de validez del acto procesal y a toda norma procesal de naturaleza imperativa de interés público, siempre que la consecuencia jurídica de nulidad no se encuentre establecida expresamente.

El Código Procesal Civil para el Distrito Federal de México de 1932, en su artículo 74 regula tanto a la nulidad implícita como a la expresa, al establecer que “*Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esa nulidad por la parte que dio lugar a ella*”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina, Ley N° 5531, del año 1961, considera a la clasificación materia de comentario, al establecer en el artículo 124 que “*Ninguna actuación ni otro acto de procedimiento será declarado nulo si la ley no le ha impuesto expresamente esa sanción*”.

Sin embargo, la omisión de un elemento substancial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a pronunciar la nulidad aun a falta de toda sanción expresa. La disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa”.

El Código de Procedimiento Civil venezolano de 1989, establece en el artículo 206: *“Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que pueden anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez. En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado”*.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 7130, de 1989, que estará en vigencia hasta octubre del 2018, regula en el artículo 194 tanto a la nulidad expresa como a la virtual: *“Forma bajo pena de nulidad.- Cuando la Ley prescribiera determinada forma bajo pena de nulidad, la declaración de ésta no podrá ser requerida sino por la parte perjudicada. No obstante, esta nulidad es declarable aún de oficio, cuando se hubiere producido indefensión o se hubieren violado normas fundamentales que garanticen el curso del procedimiento”*.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 9342, que entrará en vigencia en octubre del 2018, establece en el artículo 32.1 sobre la procedencia de la nulidad que *“La nulidad de los actos procesales solo se decretará cuando se cause indefensión”*.

2.6.- Nulidad total y Nulidad parcial

Una primera aproximación para describir el significado de esta clasificación, es una manera lógica, que considera que si el defecto en el acto procesal ocasiona la nulidad de todo el acto estamos ante la nulidad total, mas si el defecto solamente afecta una parte, se presenta la nulidad parcial. Esta manera lógica es presentada por Juan Carlos Mendonça quién señala que *“Todos los requisitos de validez de un acto procesal pueden estar viciados, o pueden estarlo solamente alguno de ellos. En el primer caso se habla de nulidad total y en el segundo de nulidad parcial. Consecuentemente se producirá la pérdida de todos o de parte de los efectos que el acto normalmente tendería a producir, ...”*⁷⁵. Asimismo Jaime Guasp y Pedro Aragoneses con-

75 Juan Carlos Mendonça, o. cit., pp. 165

sideran que “La nulidad consiste en que la falta de alguno de los requisitos exigidos para el acto procesal acarrea, por imperativo del ordenamiento jurídico, la pérdida de todos (nulidad total) o de parte (nulidad parcial) de los efectos que el acto normalmente tendería a producir”⁷⁶.

Otra manera interesante y apropiada de apreciar la clasificación materia de comentario, es tener presente dos aspectos; el primero consiste en realizar un análisis de un acto jurídico procesal en particular, en el segundo se debe tener en cuenta un acto jurídico procesal relacionado con actos jurídicos anteriores y posteriores a él, es decir el iter procesal.

Cuando se analiza el acto jurídico procesal en particular, debe apreciarse la magnitud o trascendencia del defecto, por lo que si el defecto es esencial a pesar de residir en una parte del acto procesal, traerá como resultado la nulidad de todo el acto procesal, en cambio si el defecto no es trascendental, el acto procesal mantiene sus efectos, excepto la parte contaminada, configurándose el principio de conservación a través de la independencia o divisibilidad de los actos procesales. En consecuencia, si el defecto es esencial todo el acto será viciado, a pesar que solamente haya sido afectado una parte del acto procesal; en cambio será parcial si el defecto no es esencial, a pesar de estar dañado casi todo el acto procesal, manteniéndose el resto. Al respecto José Licinio Scelzi señala que “Totales son las nulidades que despojan de eficacia jurídica a la integridad del acto (nulidad de indagatoria); y parciales las que sólo enervan en parte la validez de una actuación –de suyo divisible- obstando a que un rigorismo formal inconducente concluya anulando la totalidad de lo obrado”⁷⁷.

Cuando se analiza el acto jurídico procesal y su relación con los actos anteriores y posteriores, también debe apostarse por la conservación del proceso, es decir, si los actos procesales son independientes del acto defectuoso, no debe declararse la nulidad de aquellos. “Debe admitirse, pues, que la nulidad total o parcial puede referirse a los elementos que constituyen un

76 Jaime Guasp y Pedro Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, Tomo Primero, Madrid, 2002, pp. 311

77 José Licinio Scelzi, *Procedimiento Penal: de las nulidades en general y de las absolutas en particular*, o. cit., pp. 104

acto individual del proceso, a un conjunto de actos procesales y aun a todo el proceso. Según el caso se mantendrán válidas las partes no viciadas de un procedimiento o el proceso mismo, si es posible suplir la deficiencia. Para establecer estas consecuencias, deberá tenerse en cuenta la relación en que se encuentran los elementos de un acto o los actos entre sí: si son antecedentes, consecuentes o independientes. Los primeros y los últimos no quedarán afectados, los consecuentes sí, entendiéndose que son tales en cuanto viene con posterioridad y se fundan en el elemento o en el acto viciado”⁷⁸.

Sergio Gabriel Torres señala que la clasificación materia de comentario atiende a la extensión de la sanción de nulidad: *“Indudablemente, para que pueda funcionar la nulidad parcial es necesario que el acto de que se trate sea divisible.*

Así un acto singular, por ejemplo una declaración indagatoria, un reconocimiento de personas o un acto de secuestro, no pueden ser nulos más que en su integridad.

Por el contrario, los motivos de anulación se pueden referir tan sólo a una parte del acto, como aquellos que contienen varias disposiciones; en tal hipótesis se podrá nulificar una parte y hacer valer las restantes”⁷⁹.

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto opinan que el principio de la nulidad procesal, directamente relacionado con la nulidad parcial o la extensión de los efectos de la nulidad, es el principio de conservación. *“El que se está comentando es el principio de conservación de los actos procesales. Según él, cabe predicar que la nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes ni la de los sucesivos que sean independientes de él. Que si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede producir los efectos para los que sea idóneo. Peor si la omisión o la nulidad de un acto afecta al mismo procedimiento de modo tal que impida alcanzar su objeto, quedan inutilizados también los actos anteriores, que por sí serían válidos, porque estando destinados por definición a tener una eficacia interna en el proceso, esa eficacia se produce en el vacío si el proceso es condenado a agotarse, sin*

78 Juan Carlos Mendonça, o. cit., pp. 166

79 Sergio Gabriel Torres, Nulidades en el Proceso Penal, Buenos Aires, Argentina, setiembre 1993, pp. 58 y 59

que sea factible decidir el derecho sustancial sometido como litigio en la pretensión. La nulidad parcial es una consecuencia lógica del carácter residual de las nulidades, porque ella consiste en dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece del vicio”⁸⁰.

Jorge W. Peyrano desarrolla 4 principios de la nulidad procesal parcial; el primero se refiere a que la nulidad parcial de una resolución es la regla de excepción, la regla general es la desestimación de la nulidad parcial de la resolución; el segundo principio se refiere a la conveniencia de que la nulidad fragmentaria sea lo más reducida y acotada que resulte viable, dejándose en pie toda aquella porción de pronunciamiento judicial que no sea menester privarla de efectos, por lo tanto debe procurarse morigerarse la regla denominada “comunicabilidad de las nulidades procesales”; el tercer principio consiste en que ante la duda debe aplicarse el principio de conservación del acto procesal; el cuarto principio consiste en que si el defecto afecta una parte del acto, ésta carece de validez y la restante pueda sustentarse por sí misma⁸¹.

La nulidad procesal total y la nulidad procesal parcial están reguladas en el artículo 173 del Código Procesal Civil, sumillado como extensión de la nulidad, desarrollando el fenómeno de la independencia, divisibilidad y/o comunicabilidad de los actos procesales; resaltando dos supuestos, el análisis de un acto procesal específico defectuoso y el segundo referido al acto procesal defectuoso y su relación con actos procesales anteriores y posteriores. En el decreto legislativo 957, nuevo Código Procesal Penal, se regula la nulidad parcial en el inciso 1 del artículo 154, el cual establece que son efectos de la nulidad: “1.- *La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El juez precisará los actos dependientes que son anulados*”.

80 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Teoría General del Proceso, Tercera edición, ampliada y corregida, Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia, 2000, pp. 484

81 ver Jorge W. Peyrano, Principios en materia de nulidades parciales de resoluciones judiciales, En la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo V. Juez y Sentencia Constitucional, México, 2008, pp. 542 a 544.

El artículo 13 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, regula sobre los alcances de la nulidad lo siguiente: “13.1.- *La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.*

13.2.- La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulte independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.2.- Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina, Ley N° 17454, en vigencia desde 1968, establece en el artículo 174 que “*La nulidad de un acto no importará la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto. La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de aquélla”.*

El Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, Ley 1967, establece en el artículo 182 sobre la extensión de la nulidad: “*La nulidad de un acto no importa la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto.*

La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de la misma.

Cuando el vicio impida un determinado efecto, el acto podrá, sin embargo, producir los demás efectos para los cuales es idóneo”.

El artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, regula la clasificación materia de comentario, estableciendo “*Conservación de los actos.- 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla”.*

El artículo 133 del Código General del Proceso de Colombia del 2012, Ley N° 1564, alude a esta clasificación, al establecer que “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos”, enunciando luego ocho supuestos de nulidad expresa.

III.- LA NULIDAD PROCESAL INSUBSANABLE

La nulidad procesal insubsanable se verifica cuando el defecto o deficiencia no es pasible de ser saneada, por ende imposible de ser subsanada o convalidada, es decir estamos ante un defecto insaneable. El aspecto descrito identifica y es el aspecto central de la nulidad procesal insubsanable, si se quiere, su primera y principal característica. En consecuencia, ésta nulidad procesal se encuentra fuera del marco de influencia del principio de saneamiento procesal, por lo tanto no pueden verificarse dos aspectos dentro del también denominado principio de expurgación, nos referimos al principio de subsanación procesal y al principio de convalidación procesal, desde nuestro punto de vista la primera a cargo del juzgador, la segunda a cargo de las partes. Por otro lado, es importante precisar que el juzgador debe agotar por todos los medios legales sanear la deficiencia.

Para identificar el significado y ámbito de la nulidad procesal insubsanable, debe tenerse claro cuándo se configura el saneamiento procesal, es decir en qué casos el juzgador puede subsanar la deficiencia o cuando opera el principio de convalidación procesal por actividad de las partes, todo lo cual es el ámbito de la nulidad procesal subsanable, materia de comentario en capítulo anterior, estando que corresponde en este momento establecer en qué casos se configura la nulidad insaneable, recalcando la importancia de tener bien precisos los contornos de la nulidad saneable.

Los supuestos de configuración de la nulidad procesal insubsanable son los siguientes: a.- cuando existe la vulneración de una norma procesal de carácter imperativo que no puede sanearse, renunciarse o disponerse, dentro de lo cual se ubica no satisfacer los requisitos esenciales del acto jurídico procesal, no cumplir los presupuestos procesales, vulnerar lo que se conoce en doctrina como normas procesales orgánicas, referidas a la constitución y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, todo lo anterior amerita que debe analizarse lo

concerniente al orden público en materia procesal; b.- la verificación de defectos que dan origen a la nulidad procesal intrínseca, o por defectos de fondo del acto procesal, la cual no puede sanearse, tales como el dolo procesal o el fraude procesal, o cuando se configuran supuestos referidos a los vicios de la voluntad, como por ejemplo la violencia, la intimidación; así como la simulación en el proceso, por lo tanto estrictamente sujetos a normas procesales y no al régimen del derecho sustantivo o civil, que no es el aplicable; c.- vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, estando aquí la conexión de la nulidad procesal insubsanable con la denominada nulidad procesal absoluta.

En anterior capítulo del presente artículo, se han comentado seis clasificaciones de la nulidad procesal, utilizando abundante doctrina, e incluso regulación normativa nacional y extranjera, se ha precisado el ámbito de cada una de tales clasificaciones; las cuales, conforme se ha desarrollado, tienen una característica fundamental y predominante que las diferencia de las demás, pero ello no descarta que exista relación entre las clasificaciones, que existan ciertos aspectos comunes, características comunes, pero aquello no significa que representen lo mismo.

Por lo tanto, la nulidad procesal insubsanable y la nulidad procesal absoluta son distintas, no significan lo mismo, la primera se caracteriza porque es una nulidad insaneable, no opera el saneamiento procesal; en cambio la segunda se caracteriza porque se vulneran derechos o garantías constitucionales; luego de realizada dicha precisión, puede que coincidan en algunas otras características.

Así también en la clasificación nulidad procesal insubsanable y la subsanable, está presente el principio de saneamiento procesal y no es necesario establecer que una representa regla general y la otra especial; en cambio en la clasificación nulidad procesal absoluta y la relativa está presente el principio de conservación del acto procesal, y en atención a su aplicación la nulidad procesal relativa es la regla general, porque debe apostarse siempre por el mantenimiento del proceso.

Luego de haber establecido la definición de nulidad procesal insubsanable, precisado el aspecto central que la individualiza e identifica como distinta, referida a la imposibilidad de sanear la deficiencia, se pueden señalar las ca-

racterísticas de la nulidad insaneable, siendo ellas: a.- la deficiencia afecta una norma procesal imperativa o de orden público, lo cual comprende afectaciones de nivel constitucional y de nivel normativo legal; b.- la intensidad de la deficiencia, el defecto debe ser grave; c.- puede declararse en cualquier estado y grado del proceso⁸²; d.- el juzgador debe declararla de oficio, o a pedido de parte.

Se concluye con la opinión de dos autores, respecto a la nulidad procesal insubsanable. Héctor Sanabria Santos señala que “... se ha insistido en la existencia de nulidades saneables e insaneables; las primeras entrañan irregularidades esencialmente subsanables, esto es, permiten que bajo ciertos supuestos las deficiencias formales de la actuación se tengan por corregidas y no se llegue a la invalidez, mientras que las segundas no admiten solución distinta que la aniquilación de la actuación viciada. Igualmente se ha visto que las dos modalidades de nulidades tienen un tratamiento distinto en cuanto respecta al momento de la aducción, la legitimación para proponerlas y la posibilidad de su declaración a petición de parte o en forma oficiosa”⁸³. Sergio Gabriel Torres opina que “Cabe recordar que no pueden ser subsanadas aquellas nulidades que afecten cuestiones esenciales establecidas por razones de orden público y para garantizar el ejercicio efectivo de una garantía constitucional”⁸⁴.

82 El fundamento 9 del voto dirimente del magistrado del Tribunal Constitucional Espinoza-Saldaña Barrera, en el Expediente N° 2135-2012-PA/TC señala: “Los jueces de este Tribunal Constitucional, tal como los demás jueces y juezas de la República, tienen una potestad nulificante, indesligable de sus funciones, en la medida que tiene el deber de impartir justicia conforme a la Constitución y las leyes (artículos 51 y 138 de la Constitución), y a que toda decisión judicial debe estar basada en Derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), aunque la ley sea defectuosa o incompleta (artículo 139, inciso 8 de la Constitución). Esto implica que los jueces tiene el deber de resolver conforme a derecho, inclusive dejando sin efectos sentencias emitidas en última y definitiva instancia o grado, si es que dichas sentencias contienen vicios gravísimos e insubsanables”.

83 Henry Sanabria Santos, Nulidades en el Proceso Civil, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, abril del 2011, pp. 459

84 Sergio Gabriel Torres, o. cit., pp. 81

IV.- IMPORTANCIA Y RELACIÓN CON LAS OTRAS CLASIFICACIONES

Es trascendental identificar la nulidad procesal insubsanable y repasar sendas características en torno a las clasificaciones de la nulidad procesal resaltadas anteriormente, con lo cual se puede extraer los siguientes aspectos, que consideramos necesarios para precisar el concepto e importancia de la nulidad procesal insubsanable.

- a.- Respecto a la clasificación nulidad procesal intrínseca y nulidad procesal extrínseca, la nulidad procesal insubsanable puede configurar ambos supuestos. La nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada en el artículo 178 del Código Procesal Civil, configura una nulidad intrínseca como también una de naturaleza insubsanable; lo mismo sucede con el emplazamiento defectuoso regulado en el artículo 437 del Código Procesal Civil, que representa una nulidad extrínseca y también insaneable. Debe tenerse en cuenta que mientras la nulidad extrínseca puede ser saneada, en la intrínseca es imposible el saneamiento procesal.
- b.- Respecto a la clasificación nulidad procesal absoluta y nulidad procesal relativa, la nulidad procesal insubsanable tiene conexión con la nulidad absoluta, sin llegar a identificarse. El aspecto de conexión central consiste en que ambas se configuran por vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, pero la insubsanable se extiende a otros aspectos; es cierto que existen otros aspectos coincidentes como por ejemplo la intensidad del defecto y quién puede advertirlo, pero estas son características que no determinan la diferencia. La nulidad procesal insubsanable no tiene relación con la nulidad relativa, no necesita para describirse ser considerada como regla general o excepcional, lo que sí es importante para la nulidad relativa y su relación con la nulidad procesal absoluta, en tanto aquella es la regla general y por el principio de conservación del acto procesal puede sanarse.
- c.- Respecto a la clasificación nulidad procesal de oficio y nulidad procesal a pedido de parte, la nulidad procesal insubsanable está relacionada con ambas, pues debe ser declarada por el juzgador de oficio, sin perjuicio que las partes a través de la nulidad a pedido de parte puedan advertir al juzgador del defecto insaneable, si aún no ha sido descubierto.

- d.- Con relación a la clasificación nulidad procesal expresa y nulidad procesal implícita o virtual, la nulidad procesal insubsanable se vincula con ambas, en tanto puede verificarse ante un supuesto preciso e identificado por la ley, como por ejemplo la configuración del artículo 437 del Código Procesal Civil (emplazamiento defectuoso) o del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil (el juez debe dirigir personalmente la audiencia), en los cuales la ley establece expresamente la consecuencia de nulidad, por ende la ley ha establecido la magnitud de la deficiencia; así como la nulidad procesal insubsanable está relacionada con la nulidad implícita, cuando se refiere a la vulneración de garantías fundamentales, derechos constitucionales, el derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y la prohibición de generar indefensión, o la vulneración de normas imperativas de interés público de nivel normativo legal, como por ejemplo las relacionadas con los presupuestos procesales.
- e.- Con relación a la clasificación nulidad procesal total y nulidad procesal parcial, la nulidad procesal insubsanable se relacionada con ambas; por ejemplo si se descubre que un juez no dirige personalmente la audiencia de pruebas, toda la audiencia es nula; por otro lado si la audiencia de pruebas se suspendió y se continuó en otra ocasión sin dirección personal por el juez, pero también luego se enviaron oficios a otro entes y se proveyeron escritos, se expidieron resoluciones, solamente debe anularse la audiencia realizada en dos momentos sin conducción por el juez, más no los oficios y las resoluciones mediante las cuales se proveyeron los escritos de las partes, siempre que no guarden relación con la audiencia; porque la deficiencia incurrida, no les alcanza, no existe comunicabilidad.

CONCLUSIONES

- 1.- La clasificación de una institución parte desde una perspectiva didáctica, que no pretende ser absoluta o contener la verdad, siendo útil e importante clasificar porque surgen importantes aspectos del tema investigado, surgen similitudes, diferencias y características factibles de ser profundizadas en la investigación.

- 2.- La clasificación de la nulidad procesal permite identificar aspectos trascendentales del instituto y ligarlos con otros temas dentro de la institución e incluso dentro del derecho procesal, lo cual permite que la nulidad procesal adquiera un concepto preciso, se revitalice y se aprecie en interacción con otras instituciones; reafirmandose que la nulidad procesal es una institución procesal especial, con concepto único; la clasificación permite o facilita dicho concepto único.
- 3.- Existen diversas clasificaciones en torno a la nulidad procesal, para el presente trabajo se han tenido en cuenta algunas, identificando aspectos específicos en torno a cada clasificación, pero concluyendo que cada clasificación se interrelaciona. En efecto, conforme al tema desarrollado hemos interrelacionado la nulidad procesal insubsanable con las diferentes clasificaciones desarrolladas.
- 4.- La nulidad procesal insubsanable se verifica cuando el defecto o deficiencia no es pasible de ser saneada, por ende imposible de ser subsanada o convalidada, es decir estamos ante un defecto insaneable. El aspecto descrito identifica y es el aspecto central de la nulidad procesal insubsanable, representa su primera y principal característica. La nulidad procesal insubsanable se encuentra fuera del marco de influencia del principio de saneamiento procesal. El juzgador debe agotar todos los medios legales para sanear la deficiencia, en tanto la nulidad procesal es excepcional.
- 5.- Luego de haber precisado el ámbito de la nulidad procesal insubsanable, individualizada e identificada como distinta, referida a la imposibilidad de sanear la deficiencia, se establecen las siguientes características de la nulidad insaneable: a.- la deficiencia afecta una norma procesal imperativa o de orden público, lo cual comprende afectaciones de nivel constitucional y de nivel normativo legal; b.- la intensidad de la deficiencia es extrema, el defecto debe ser grave; c.- puede declararse en cualquier grado y estado del proceso; d.- el juzgador debe declararla de oficio, o a pedido de parte.
- 6.- La nulidad procesal insubsanable se configura: a.- ante la vulneración de una norma procesal de carácter imperativo que no puede sanearse,

renunciarse o disponerse, dentro de lo cual se encuentra no satisfacer los requisitos esenciales del acto jurídico procesal, el incumplimiento de los presupuestos procesales, la vulneración de normas procesales referidas a la constitución y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales; b.- cuando se verifica la nulidad procesal intrínseca que no puede sanearse, por ejemplo la ocurrencia de dolo procesal, de fraude procesal, o cuando se configuran vicios de la voluntad, como la violencia, la intimidación en el proceso; asimismo la simulación en el proceso, todo estrictamente sujeto a normas procesales y no al régimen del derecho sustantivo o civil, que no es el aplicable; c.- la vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales.

- 7.- La nulidad procesal insubsanable y la nulidad procesal absoluta son distintas; la primera se caracteriza porque es una nulidad insaneable, no opera el saneamiento procesal; en cambio la segunda se caracteriza porque existe vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales. En la clasificación nulidad procesal insubsanable y la subsanable, está presente el principio de saneamiento procesal y no es necesario establecer que una representa regla general y la otra especial; en cambio en la clasificación nulidad procesal absoluta y la relativa está presente el principio de conservación del acto procesal, y en atención a su aplicación la nulidad procesal relativa es la regla general, porque debe apostarse siempre por el mantenimiento del proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAL OLIÚ, Alejandro. Derecho Procesal. Tomo III. Segunda Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo - Uruguay, agosto del 2004.
- AGUIRRE GODOY, Mario. Las nulidades procesales en el sistema guatemalteco, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” año VIII, N° 22-23. Número especial: Estudios de Derecho Procesal en honor a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, enero-agosto 1975.
- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial. Tomo I. Parte General. Segunda edición. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, 1956.

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presupuestos de la Nulidad Procesal, en “Revista Jurídica Argentina La Ley” 1986-C.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Séptima Edición. Lima – Perú, 1981.
- ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Alcances sobre el tema de la nulidad procesal, en “Ius et Veritas” año VI, N° 11. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995.
- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Quinta edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso. Tomo III. Abeledo - Perrot S.A. Buenos Aires - Argentina 1992.
- BERIZONCE, Roberto Omar. La Nulidad en el Proceso. Editora Platense. La Plata, 1967.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Nulidades absolutas por defectuosa o irregular constitución del tribunal (A propósito del régimen de subrogancias de los magistrados), en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”. Nulidades. Primera edición. Roland Arazi director. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2007.
- BINDER, Alberto M. El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina 2000.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Compendio de Derecho Procesal. Primera edición. Humanitas Centro de Investigación y Posgrado. México DF, 1989.
- CAMUSSO, Jorge P. Nulidades Procesales. Segunda edición, corregida y actualizada. Ediar, 1983.
- CASCO PAGANO, Hernán. Nulidades Procesales Civiles, en “Revista U.N.A 2009”. Universidad Nacional de Asunción. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Paraguay - Asunción, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 6. Harla S.A. México D.F., 1997.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe-Argentina, 1998.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los Actos Procesales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, marzo 1997.
- CONDORELLI, Epifanio J. L. Presupuestos de la Nulidad Procesal. En Estudios de Nulidades Procesales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1980.

- COUTURE, Eduardo J. La Acción Revocatoria de la Cosa Juzgada Fraudulenta, en “Revista Jurídica Argentina La Ley” Tomo 16, octubre - noviembre – diciembre, 1939.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición (póstuma). Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1958.
- CREUS, Carlos. Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia. 2º edición, actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- DE SANTO, Víctor. Nulidades Procesales. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Fraude Procesal, sus características, configuración legal y represión, en “Estudios de Derecho” volumen XXIX, número 77. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquía. Medellín - Colombia 1970.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1985.
- DÍEZ-PICASSO, LUIS y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Décima edición. Segunda reimpresión. Editorial Tecnos. Madrid, España, 2002.
- ESCLAPEZ, Julio H. La Nulidad Procesal y sus Proyecciones, en “Jurisprudencia Argentina” julio-agosto-setiembre, 1948-III.
- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina. Nulidad procesal y saneamiento, en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”. Nulidades. Primera edición. Roland Arazi director. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2007.
- FLORIÁN, Eugene. Elementos de derecho procesal penal. Traducción de L. Prieto Castro. Serie Clásicos del derecho procesal penal. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.
- GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe. La inexistencia en el proceso civil: un análisis crítico, en “Revista Ius et Praxis” Año 23, número 1. Universidad de Talca. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2017.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Civil. Tomo I, volumen 2. Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 1992.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Elementos de Derecho Procesal Civil. Primera edición. Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 2005.
- GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Quinta edición. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 2002.

- LAMA MORE, Héctor. Conservación de los actos procesales, en “Actualidad Jurídica” Tomo 171, febrero 2008.
- LEDESMA, Ángela Ester. Nulidades Procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé-Argentina, 1995.
- LICINIO SCELZI, José. Procedimiento Penal: de las nulidades en general y de las absolutas en particular, en “Prudentia Iuris” N° 50. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, agosto 1999.
- MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos procesales. Primera edición. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2011.
- MARTÍNEZ, Oscar J. Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal. En Estudios de Nulidades Procesales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1980.
- MARTÍNEZ FLORES, Héctor. Las Nulidades Procesales, en “Revista Jurídica Magistri et Doctores” Año VIII, N° 02. Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, diciembre del 2002.
- MAURINO, Alberto Luis. Nulidades Procesales. Tercera reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992.
- MENDONÇA, Juan Carlos. Nulidades Procesales Civiles, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata” Tomo IX, N° 17, setiembre - diciembre 1966.
- MORELLO, Augusto Mario. Las Nulidades Procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional. En Estudios de Nulidades Procesales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1980.
- NAKASAKI SERVIGÓN, César Augusto. La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión. En Libro Homenaje Facultad de Derecho. Primera edición. Universidad de Lima. Fondo Editorial. Lima-Perú, 2006.
- OTERO LATHROP, Miguel. Apreciaciones generales sobre la validez de los actos procesales y el debido proceso, en Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinadores Carina Gómez Fröde y Marco Ernesto Briseño García Carrillo. México, junio de 2016.
- PALACIO, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Décimo séptima edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003.

- PALOMARES, Miguel Ángel. Nulidades Procesales Civiles, en “Revista Jurídica” N° 21. Tucumán - Argentina, 1970.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. Constitución y Poder Judicial. Segunda edición. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2015.
- PESSOA, Nelson R. La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los “Silencios Normativos Aparentes”. Tercera edición ampliada y actualizada. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe, 2013.
- PEYRANO, Jorge W. Principios en materia de nulidades parciales de resoluciones judiciales. En la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo V. Juez y Sentencia Constitucional. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores). Primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons. México, 2008.
- PEYRANO, Jorge W. Vicios que pueden generar nulidades procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé - Argentina, 1995.
- PODETTI, Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales. Tomo II. Ediar, sociedad anónima editores. Buenos Aires 1955.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición, ampliada y corregida. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia, 2000.
- RODRÍGUEZ, Luis Armando. Nulidades Procesales. Segunda edición aumentada y actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994.
- SALAS VIVALDI, Julio E. La Subsanción del Acto Procesal irregular (Su renuncia, renovación, convalidación, rectificación y ratificación. La renuncia de la Nulidad Procesal), en “Revista de Derecho” N° 183, Año LVI. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, enero – junio 1988.
- SALAS VIVALDI, Julio E. Los incidentes y en especial el de Nulidad Procesal. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, junio 1989.
- SANABRIA SANTOS, Henry. Comentarios sobre el nuevo régimen de nulidades en el Código General del Proceso, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre. Primera edición. Bogotá-Colombia, setiembre 2012.

- SANABRIA SANTOS, Henry. Nulidades en el Proceso Civil. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, abril del 2011.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquidio Manuel. Las nulidades en materia disciplinaria. En Lecciones de Derecho Disciplinario, volumen I. Obra Colectiva. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá DC, Colombia, noviembre del 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004. Primera Edición. Perú, noviembre 2015.
- SATTA, Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De La Rúa. Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1971.
- SERRANO HOYO, Gregorio. Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en “Anuario de la Facultad de Derecho” número 10. Universidad de Extremadura, 1992.
- TICONA POSTIGO, Víctor. El Derecho al debido proceso en el proceso civil. Doctrina, legislación, jurisprudencia. Segunda edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú, 2009.
- TORRES, Sergio Gabriel. Nulidades en el Proceso Penal. Segunda edición ampliada y actualizada. Ad Hoc SRL. Buenos Aires, Argentina, setiembre 1993.
- VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá - Colombia, 1999.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Róger E. El laberinto de las nulidades procesales, en “Derecho y Sociedad” número 15. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. Las Nulidades Procesales en el Derecho Comparado, en Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas. Tomo II. Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988.
- ZUMAETA MUÑOZ, Pedro Pablo. La Nulidad Procesal, en “Ágora Revista de Derecho” Años III-IV, N° 3 y 4, julio 2002-2004. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, agosto del 2004.

El Derecho a la vivienda digna: El Caso Peruano

The right to dignified housing:
The Peruvian Case

*Angélica Barturén Núñez**

*Colaboradora con la
Revista de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: *Resumen. Abstract. 1.- Introducción. 2.- La vivienda como derecho universal e inalienable. 2.1. Reconocimiento jurídico internacional. 2.2. Cómo garantizar una vivienda adecuada. 3.- Condiciones a una vivienda digna y adecuada. 3.1. En qué consiste una vivienda adecuada. 3.2. Ideas erróneas sobre el derecho a una vivienda. 4.- El caso peruano. 4.1. Crisis permanente y desregulación. 4.2. Necesidad de políticas públicas. 4.3. El marco constitucional en otras realidades. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Abogada por la Universidad de Chiclayo, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Señor de Sipán, cursa la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asesora en el Congreso de la República, especialista en materia constitucional, asignada a la Comisión de la Vivienda y Construcción del Congreso de la República.

RESUMEN

El derecho a una vivienda digna y adecuada es uno de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos como universal e inalienable de acuerdo al ordenamiento jurídico internacional. En la actualidad en nuestro país, el problema de la vivienda sigue siendo uno de los problemas más graves. Las malas condiciones habitacionales para la mayoría de peruanos nos es otra cosa que la consecuencia de los bajos ingresos económicos que se expresa como pobreza. Por ello, el objetivo de este trabajo es presentar un cuadro aproximado del derecho a la vivienda en términos jurídicos y sociales. Ya que, a pesar del lugar fundamental que ocupa este derecho en el sistema jurídico mundial, el número de personas que no cuentan con una vivienda adecuada se mantiene alarmante dentro de las estadísticas nacionales.

Derecho a la Vivienda – Vivienda Digna – Derechos Económicos Sociales y Culturales

ABSTRACT

The right to decent and adequate housing is one of the economic, social and cultural rights recognized as universal and inalienable according to the international legal order. Currently in our country, the problem of housing remains one of the most serious problems. The poor housing conditions for the majority of Peruvians is something other than the consequence of the low economic income that is expressed as poverty. Therefore, the objective of this paper is to present an approximate picture of the right to housing in legal and social terms. Since, despite the fundamental place that this right occupies in the world legal system, the number of people who do not have adequate housing remains alarming within national statistics.

Right to Housing - Dignified Housing - Economic, Social and Cultural Rights

1.- INTRODUCCIÓN

La historia ha demostrado que el ser humano siempre tuvo la necesidad de refugiarse para neutralizar las posibles condiciones desfavorables de vivir a la intemperie, aunque siempre buscó refugio. Con transcurrir de los siglos y ya cuando se empiezan a asentar las poblaciones, las personas construían sus propias casas de acuerdo a lo que hallaban en los alrededores. Mientras que en las ciudades quienes se encargaban de la construcción eran artesanos o arquitectos especializados. Entonces, la vivienda se transformó en una de las necesidades básicas del ser humano, junto con la alimentación y el vestido constituye los tres elementos sin los cuales no se puede subsistir.

En el Perú, el problema de la vivienda sigue siendo uno de los problemas más graves. Las malas condiciones habitacionales para la mayoría de peruanos es otra cosa que la consecuencia de los bajos ingresos económicos que se expresa como pobreza. Por ello, el objetivo de este trabajo es presentar un cuadro aproximado del derecho a la vivienda en términos jurídicos y sociales. A pesar del lugar fundamental que ocupa este derecho en el sistema jurídico mundial, el número de personas que no cuentan con una vivienda adecuada es alarmante¹.

Este artículo se organiza en tres partes, además de la introducción y las conclusiones: en la primera parte, se desarrolla el concepto de la vivienda como derecho universal e inalienable a partir del reconocimiento jurídico internacional y la necesidad de garantizar una vivienda adecuada; en la segunda, se desarrolla las condiciones de una vivienda digna y adecuada, delimitando el concepto y señalando las ideas erradas al respecto. Y en la tercera, esbozamos la realidad peruana a través de sus características de crisis permanente y desregulación, como también planteamos la necesidad de políticas públicas para enfrentar el problema de la vivienda en el Perú, y finalmente, en este punto, describimos el marco constitucional de otros países con el criterio que se puede y debe aprender del ejemplo de otras realidades.

1 Millones de personas en todo el mundo viven en condiciones peligrosas para la vida o la salud, hacinadas en tugurios y asentamientos improvisados, o en otras condiciones que no respetan sus derechos humanos ni su dignidad. También millones de personas más sufren todos los años desalojos forzosos o son amenazadas con desalojos forzosos de sus hogares.

2- LA VIVIENDA COMO DERECHO UNIVERSAL E INALIENABLE

El derecho a una vivienda digna y adecuada es uno de los derechos económicos, sociales y culturales reconocido como universal e inalienable de acuerdo al ordenamiento jurídico internacional. Aspecto que veremos a continuación.

2.1. Reconocimiento jurídico internacional

El Derecho a la vivienda aparece recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948². Y es uno de los derechos económicos, sociales y culturales que afectan de manera decisiva a las condiciones de igualdad social. Asimismo, en el artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ONU 1966 se toma en cuenta este derecho: *“Los Estados deben reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”*³.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes, indivisibles, universales e inalienables⁴. Están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y

2 Artículo 25.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

3 ONU, *Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, PIDESC, 1996, Artº 11.

4 Naciones Unidas Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional. Este principio, tal como se destacó inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. Así, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tuvieran el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. De esta manera, el ideal de los derechos humanos adopta un aspecto colectivo, como sucede con respecto a los derechos de los trabajadores⁵, mujeres, gays y otras minorías⁶.

2.2. Cómo garantizar el derecho a una vivienda adecuada

Este es un derecho que no solamente hace referencia a la obligación de toda persona de disponer de un techo para el refugio y de cuatro paredes, sino que también implica acceder a un hogar y a una comunidad seguras en las que se pueda vivir con dignidad y salud física y mental. Ello consiste en garantizar el derecho a una vivienda adecuada de tal manera que se garantice el derecho a la familia en su privacidad, a la no injerencia en la vida privada, a la seguridad personal, a la salud y, en definitiva, para asegurar el derecho a la vida⁷, como parte de los derechos fundamentales⁸.

La vivienda constituye un lugar de refugio para que las personas se protejan, para preservar su intimidad y un lugar de asentamiento sobre todo de

5 Esto como un legado del añejo movimiento obrero al que, en Estados Unidos, por ejemplo, se añade el del movimiento por los derechos civiles durante la década de 1960, sustancialmente colectivo y que alcanzó resonancia global. Tales luchas por los derechos colectivos han obtenido a veces notables resultados.

6 HARVEY David, *Ciudades rebeldes Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Ediciones Akal S.A. Gráficas Varona S.A. Salamanca.

7 Alejandro Etienne Llano, *La protección de la persona humana en el Derecho Internacional, los derechos humanos*, Ed. Trillas, México, 1987.

8 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2 da edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

los núcleos familiares que constituyen el componente celular básico de la sociedad. Por otra parte, los derechos a una vivienda se vinculan con la solidaridad para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos y abarcan temas relacionados con la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, el ambiente, los derechos del consumidor y el desarrollo que permita una vida digna.

Por ello, los gobiernos en general deben procurar desarrollar políticas que garanticen este derecho, priorizando la atención a los grupos más vulnerables. Para hacerlo, el Comité DESC de Naciones Unidas considera que, independientemente del contexto, hay algunos elementos que hay que tener para que la vivienda se pueda considerar adecuada: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios materiales e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) accesibilidad; f) lugar y, g) adecuación cultural⁹.

El Comité DESC ha desarrollado el contenido de este derecho en dos observaciones generales. La Observación general número 4 donde se concretan las condiciones que configuran el carácter “adecuado” de la vivienda; y la Observación General 7 sobre desalojos forzados. En el ámbito regional, el derecho a una vivienda digna está recogido en la Carta Social Europea -art. 16 y 19 (4) (c), y especialmente en su versión revisada de 1966 -art. 31.

Las Naciones Unidas han implementado conferencias sobre este tema, como Hábitat I en 1976 que tuvo como sede a Vancouver (Canadá) donde se les reclamó a los Estados que arbitren urgentes soluciones al problema habitacional. En 1996 se repitió la experiencia con Hábitat II, esta vez con sede en Estambul, donde se declaró a la vivienda como derecho humano fundamental¹⁰. Así que, más allá de cuál sea la eficacia directa del precepto constitucional, para que el derecho sea efectivo suele precisar un desarrollo legislativo que determine sus beneficiarios, su contenido y sus garantías¹¹.

Solo las leyes específicas sobre el Derecho a la Vivienda son las que pueden garantizar su cumplimiento y hacer posible que solo las personas que

9 <http://observatoridesc.org/es/derecho-una-vivienda-adecuada>

10 <https://derecho.laguia2000.com/parte-general/derecho-a-la-vivienda>

11 Marcos Vaquer, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

reúnan los requisitos establecidos en la Ley puedan exigir a las entidades estatales o privadas que creen las condiciones favorables para el ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada. Esto quiere decir que será posible demandar a quien corresponda cuando no cumplan con los objetivos, contenidos y disposiciones previamente establecidas.

Es indudable que este tema es fundamental ya que permite la protección jurisdiccional de los derechos a las personas que legítimamente le corresponda. Por este motivo, la aprobación por parte de los Estados de leyes específicas que determinen el derecho a la vivienda es la mejor manera de cumplir con todos los Tratados internacionales existentes a nivel mundial.

Tradicionalmente, el derecho a la vivienda ha sido abordado desde la particularidad del derecho administrativo, enfocándose más bien al derecho urbanístico con visión a los planes de uso del suelo, a la distribución de las competencias entre los niveles de gobierno y al régimen de la industria de la construcción. De igual manera, su evolución se ha dado desde la perspectiva del derecho laboral, considerándolo como un derecho inherente al individuo en su condición de trabajador, concebido como una prestación adicional al salario. El derecho a la vivienda pretende dar satisfacción a la necesidad que tiene toda persona de tener un lugar adecuado para vivir. Es considerado como un derecho inalienable al individuo. Es concebido también, como el resguardo del ser humano y de su familia que actúa como plataforma para su desenvolvimiento e influye en su progreso individual y colectivo¹².

La doctrina internacional coincide en identificar a los Derechos Humanos como el “conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social, y cultural, incluidos los recursos y 4 ACNUDH, ONU Hábitat, El derecho a una vivienda adecuada, Ginebra, ONU, 2010, p. 4. 4 mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”¹³.

12 Velásquez de la Parra, Manuel, *El derecho a la vivienda, Aspectos jurídicos de la vivienda*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, Año IV, N°. 18. Sep.- Dic de 1991, p. 477.

13 Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Derechos Humanos, Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, IJ, Porrúa, 2011, p. 1268.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁴.

3.- CONDICIONES A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

Una vivienda digna y adecuada significa algo más que tener un techo, lo que supone también superar ideas erróneas vinculadas al mencionado derecho, como veremos a continuación.

3.1. En qué consiste la vivienda adecuada

Los expertos internacionales parecen inclinarse por un término más operativo como es el de vivienda adecuada que significa “algo más que tener un techo bajo el cual guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación (...) ventilación suficiente, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un desplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”¹⁵.

En el caso de los académicos la discusión se torna más ética, fundamentándose en las funciones que debe cubrir una vivienda adecuada: protección, saneamiento, bienestar, independencia, posibilidad de inserción social y territorial pero principalmente en términos de seguridad patrimonial¹⁶.

14 Corte Interamericana de los Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez sentencia del 29 de julio de 1988.

15 Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), *Programa de Hábitat*, 1996, p. 38

16 Para el análisis de este tipo de concepción de vivienda ver Schteingarth, Martha y Marlene Solís, *Vivienda y familia en México: un enfoque socio espacial*, INEGI, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de

Las funciones específicas que deben cubrir una vivienda adecuada son: la existencia de servicios, instalaciones e infraestructura que permiten que sus ocupantes tengan agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas y energía eléctrica; protección jurídica contra el desahucio desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas; accesibilidad de tal manera que se tomen en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados; garantía de seguridad física y de un espacio suficiente que permita protegerse contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales; y los accesos adecuados a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales.

Por ello, todos los derechos civiles y políticos se consideran derechos humanos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos al desarrollo y la libre determinación y los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. Está presente en todos los principales tratados de derechos humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista

México, México 1994; COPLAMAR, *Vivienda y necesidades esenciales en México*, Vol 3, Siglo XXI, México 1982; Coulomb, René, “Políticas de vivienda y necesidades habitacionales” en *Ciudades*, N° 4, Red Nacional de Investigación Urbana, México, 1989; y para la definición de ciudad, considerando lo común como “representar un asentamiento cerrado por lo menos relativamente...”, ver Max Weber, *Economía y Sociedad*, traducido por José Medina, Juan Roura, Eugenio Imaz y José Ferrater, Sexta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 938 y ss.

no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente¹⁷. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos.

La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos. En el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

3.2. Ideas erróneas sobre el derecho a una vivienda adecuada

Existen ideas erróneas muy frecuentes vinculadas al derecho a una vivienda digna o adecuada que pasamos a detallar en los siguientes puntos:

No exige que el Estado construya viviendas para toda la población.

Una de las ideas erróneas más frecuentes vinculadas al derecho a una vivienda adecuada es que requiere que el Estado construya viviendas para toda la población, y que las personas que carecen de vivienda puedan pedir la automáticamente al gobierno. Si bien la mayoría de los gobiernos participan en cierta medida en la construcción de viviendas, el derecho a una vivienda adecuada evidentemente no obliga al gobierno a construir el parque de viviendas para toda la nación¹⁸.

17 <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

18 En determinados casos, sin embargo, el Estado quizá tenga que proporcionar asistencia directa, incluida la vivienda o prestaciones para la vivienda, especialmente a las personas afectadas por desastres naturales o causados por el hombre y a los grupos más vulnerables de la sociedad.

En lugar de ello, el derecho a una vivienda adecuada comprende las medidas necesarias para prevenir la falta de un techo, prohibir los desalojos forzosos, luchar contra la discriminación, centrarse en los grupos más vulnerables y marginados, asegurar la seguridad de tenencia para todos y garantizar que la vivienda de todas las personas sea adecuada.

Estas medidas pueden requerir la intervención del gobierno en distintos planos: legislativo, administrativo, de políticas o de prioridades de gastos. Pueden aplicarse mediante un criterio propicio a la vivienda en el que el gobierno, en lugar de desempeñar el papel de proveedor de viviendas, se convierte en facilitador de las actividades de todos los participantes en la producción y mejora de la vivienda¹⁹.

No es solamente una meta programática que debe alcanzarse a largo plazo.

Otro malentendido es que el derecho a una vivienda adecuada no impone obligaciones inmediatas al Estado. Por el contrario, los Estados deben realizar sin demora todos los esfuerzos y adoptar todas las medidas posibles, dentro de los recursos de que disponen, para llevar a la práctica el derecho a una vivienda adecuada.

No obstante, las limitaciones de recursos, algunas obligaciones tienen efecto inmediato, como la de garantizar el derecho a una vivienda adecuada en condiciones no discriminatorias y de igualdad, elaborar legislación y planes de acción específicos, prevenir los desalojos forzosos y garantizar cierto grado de seguridad de tenencia para todos²⁰.

19 Las Naciones Unidas han promovido desde 1988 políticas, estrategias y programas basados en dicho criterio, dentro del marco de la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000.

20 El derecho a una vivienda adecuada no significa solo que la estructura de la casa debe ser adecuada. Debe haber también un acceso sostenible y no discriminatorio a los servicios básicos en materia de salud, seguridad, comodidad y alimentación. Por ejemplo, debe existir el acceso al agua potable, a la energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de lavado, a los medios de almacenar alimentos y de eliminar desechos, al desagüe de los terrenos y a los servicios de emergencia.

No prohíbe los proyectos de desarrollo que podrían desplazar a las personas.

A veces se considera que la protección contra los desalojos forzosos prohíbe los proyectos de desarrollo o modernización que suponen desplazamientos. Existen necesidades inevitables de rehabilitación de ciertas zonas de ciudades en proceso de crecimiento y de organismos públicos que deben adquirir tierra para uso público y construcción de infraestructura.

El derecho a una vivienda adecuada no impide que tenga lugar el desarrollo, pero le impone condiciones y límites de procedimiento. Lo importante es la forma en que dichos proyectos son concebidos, formulados y aplicados. Muy a menudo se los lleva a cabo sin efectuar consultas con las personas afectadas, con escasa consideración de sus necesidades y con poco esfuerzo para elaborar soluciones que minimicen la escala de los desalojos y las perturbaciones que causan.

No es lo mismo que el derecho a la propiedad.

A veces se cree que el derecho a una vivienda adecuada equivale a un derecho a la propiedad o al derecho de propiedad. Hay quienes también aducen que el derecho a una vivienda adecuada amenaza al derecho a la propiedad.

El derecho a la propiedad está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 d) v)) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 16 h)), aunque está ausente en los dos Pactos²¹.

El derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad²², puesto que contempla derechos no vinculados con la propiedad y

21 El derecho a la propiedad también está garantizado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 14) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 17).

22 No obstante, la propiedad “se ha presentado como una categoría que trasciende el contexto de lo estrictamente jurídico...” (Leopoldo Gamarra Vilchez, *El derecho a la propiedad, en Bases y aportes para una Constitución de América Latina y el Caribe*, Ed. UNMSM, Universidad Lomas de Zamora y Universidad Autónoma de Nuevo León, Lima, 2005, p. 349).

tiene como fin asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad. La seguridad de la tenencia, que es la piedra angular del derecho a una vivienda adecuada, puede adoptar diversas formas, entre ellas el alojamiento de alquiler, las viviendas cooperativas, los arrendamientos, la ocupación por los propietarios, el alojamiento de emergencia y los asentamientos improvisados. Como tal, no está limitada al otorgamiento de un título jurídico formal²³.

Dada la amplia protección que brinda el derecho a una vivienda adecuada, prestar atención sólo al derecho a la propiedad podría en realidad conducir a la violación del derecho a una vivienda adecuada, por ejemplo, mediante el desalojo forzoso de habitantes de tugurios situados en terrenos privados. Por otro lado, la protección del derecho a la propiedad podría ser fundamental para asegurar que ciertos grupos puedan disfrutar de su derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, el reconocimiento de la igualdad de derechos de los cónyuges a los bienes del hogar es con frecuencia un factor importante para asegurar que las mujeres tengan un acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada.

No es lo mismo que el derecho a la tierra.

A veces se alega que el derecho a una vivienda adecuada es equivalente a un derecho a la tierra. El acceso a la tierra puede constituir un elemento fundamental para el ejercicio del derecho a una vivienda adecuada, especialmente para los pueblos indígenas en las zonas rurales. Una vivienda inadecuada o la práctica de los desalojos forzosos pueden ser consecuencia de la denegación del acceso a la tierra y a los recursos de propiedad común. Por lo tanto, el disfrute del derecho a una vivienda adecuada podría requerir, en ciertos casos, el logro del acceso a la tierra y su control. No obstante, las normas internacionales de derechos humanos no reconocen actualmente un derecho autónomo a la tierra²⁴.

23 La labor de la Red mundial de instrumentos relacionados con la tierra (GLTN), facilitada por ONU-Hábitat, tiene como objetivo un enfoque más integrado de las cuestiones de la tierra mediante la mejora de la coordinación a nivel mundial, en particular mediante el establecimiento de un todo indisoluble en relación con los derechos a la tierra en lugar de centrarse sólo en los títulos individuales. Véase www.glt.net.

24 Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari (A/HRC/4/18, párrafos. 26 y 31). El Relator Especial

4.- EL CASO PERUANO

El tema de la vivienda en el Perú carece de estudios e información suficientes y actuales para una evaluación realista de las necesidades cuantitativas y cualitativas, como consecuencia del desinterés del Estado.

Por ello, en estas líneas, trataremos solo de la crisis permanente de la vivienda y su desregulación posterior, también de la necesidad de políticas públicas para buscar la solución definitiva.

4.1. Crisis permanente y desregulación

En el Perú el derecho a tener una ciudad inclusiva, en equidad e igualdad de condiciones, sin exclusión, así como el derecho a la vivienda digna, son derechos sociales que no están reconocidos por la actual Constitución Política del Perú²⁵.

Por otro lado, en el 2003, del 3 al 15 de marzo, se hizo presente en el Perú el relator especial de Naciones Unidas Miloon Kothan y encontró un déficit de 1, 2 millones de unidades. Asimismo, comprobó que las ciudades han crecido vertiginosamente sobrepasando toda planificación urbana ocasionando la aparición de inmensos asentamientos humanos precarios, donde la gente vive en riesgos físicos, psicológicos, sanitarios, ambientales, sin servicios básicos, sin documentos de propiedad, etc.²⁶.

reconoce y destaca que la tierra es un “elemento fundamental” del derecho a una vivienda adecuada, y pide al Consejo de Derechos Humanos que garantice “el reconocimiento de la tierra como un derecho humano en el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

25 En la Constitución de 1979 se reconoce explícitamente: “Artículo 10. Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa. Artículo 18. El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción...”.

26 Estudio de segmentación del Mercado Mayoritario de Vivienda, BID, Lima, 2007.

En efecto, podemos señalar que una de las formas típicas de enfrentar la crisis mencionada ha sido, desde la década 50, la *barriada*²⁷ que tuvo su correlato en el denominado “Año internacional de los sin techo” en 1983, lo cual puso en el tapete la creación el hábitat necesario para edificar sus viviendas todo ello ante la incapacidad manifiesta del Estado peruano de producirlo para ellos o, al menos, con ellos.

Son autoridades gubernamentales que han puesto en evidencia un notorio desinterés sobre la obligación colocada en nuestra Constitución de asegurar el derecho a la vivienda y efectuar un seguimiento sobre la correcta edificación de las viviendas, de acuerdo a las leyes al respecto.

Este modo particular de hacer vivienda y ciudad²⁸, ha tenido y tiene importante significado sobre el conjunto de Lima²⁹ y la crisis que la ciudad atravesó desde su formación³⁰.

Durante los años 50 y 60 Lima sufrió una crisis de crecimiento nunca vista en su historia moderna³¹. Nuevas industrias se formaban creando la ilusión del desarrollo, cambiaban los estilos de vida de todas las clases sociales, se modificaban los patrones de relaciones sociales y productivas³². Muchos

27 Dicho proceso se enmarca en la dinámica del crecimiento de las ciudades en América Latina en los años 60. Al respecto, ver Jaime Dorselaer y Alfonso Gregory, *La urbanización en América Latina*, Tomo I, Ed. Feres, Friburgo, 1961. También, Diego Robles Rivas, *Pueblos jóvenes, un aporte al proceso de urbanización en América Latina*, Ediciones del Centro, Lima, 1975. A nivel general, pueden verse dos obras: Nels Andersons, *Sociología de la Comunidad Urbana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965. Richard P. Schaedel y otros, *Urbanización y Proceso Social en América*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1972.

28 José Matos Mar, *Las barriadas de Lima 1957*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1977.

29 Lima sigue siendo el centro de la vida económica, administrativa, financiera y cultural del Perú.

30 En este aspecto, es importante analizar la correspondencia de Raimondi en la obra Antonio Raimondi, *Mirada íntima del Perú, epistolario 1849-1890*, Fondo Editorial del Congreso de la República y Banco Central del Perú, Lima, 2005. También, en el aspecto cultural, ver Etna Velarde, *Rostros, historia y autoestima nacional*, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, julio de 2004.

31 Los datos pueden verse en Adolfo Córdova, *La vivienda en el Perú: estado actual y evaluación de las necesidades*, Comisión para la reforma agraria y la vivienda, Decreto Supremo del 10 de enero de 1958.

32 Una aproximación a la realidad peruana múltiple y heterogénea es el ensayo de Sebastián Salazar Bondy, *Lima la horrible*, Lápix editores, Lima, junio 2015.

provincianos, pobres y ricos, llegaban a la ciudad para beneficiarse de su desarrollo y contribuir al mismo. Lima experimentó una crisis de crecimiento, dado que su estructura física no estaba preparada para cobijar las nuevas actividades que se desarrollaban y los nuevos pobladores que arribaban o nacían en esta ciudad³³.

En los últimos años, según el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a junio del 2012, tenemos los siguientes datos: 8 millones 342 mil 116 peruanos viven en condiciones habitacionales inadecuadas; 1 millón 860 mil 692 viviendas hacen falta para cubrir en déficit habitacional: 64.9% urbano y 35.1% rural; cada año 100,000 familias entran en “lista de espera”; 41% de hogares a nivel nacional no cuenta con desagüe. En la zona rural el número equivale al 92.4% de viviendas; 39.5% de hogares viven en condiciones de hacinamiento; 140 mil viviendas por año son necesarias para reducir el déficit habitacional existente³⁴.

Por otro lado, “todos los años alrededor de 100,000 familias entran en demanda de vivienda, pero el país solo puede construir cerca de 55,000 viviendas nuevas cada año. Ante esta situación, los programas *Techo propio* y *Vivienda nueva* son extraordinarios porque han ayudado a miles de familias de bajos recursos a tener una casa de calidad o justa”³⁵.

En los siguientes 20 años se necesitará cubrir en nuestro país una demanda de 2.3 millones de vivienda para lo cual se requerirá una inversión de 100,000 millones de dólares. Durante el segundo congreso internacional de profesionales inmobiliarios realizado en junio de 2012 se consideró que uno de los objetivos es lograr un aumento en la construcción y pasar de 50,000 unidades inmobiliarias a 130 mil al año³⁶.

33 RIOFRÍO Gustavo, DRIANT Jean-Claude ¿Qué vivienda han construido? Institut français d'études andines, CIDAP - Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional, Tarea - Asociación de Publicaciones Educativas.

34 Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional-CIDAP 2010.

35 CAPECO (Cámara Peruana de la Construcción). Enrique Espinoza presidente del Comité General de Obras de Edificación. 2012.

36 EL PERUANO, 12 de agosto de 2012, Instituto Ciudades Siglo XXI, Universidad Ricardo Palma.

Los resultados que detallamos a continuación muestran el esfuerzo del sector público para cubrir el déficit señalado³⁷:

- Techo Propio: con 19,104 bonos familiares habitacionales
- Mi Vivienda: con 13, 509 créditos
- BANMAT: con 3,111 créditos
- COFOPRI: con 136, 304 títulos de propiedad.

Sin embargo, un organismo como COFOPRI no está cumpliendo a cabalidad su función ya que vemos, en el cuadro 01, como decrece paulatinamente el número de beneficiarios en la última década y de lo que se trata es que el Estado elabore políticas de vivienda encaminadas a satisfacer las necesidades colectivas porque no podemos olvidar que en la actualidad de acuerdo a referencias del Ministerio de Vivienda hay un déficit de viviendas del orden de 1 800 000 ocupando el tercer lugar en América Latina con estas características.

CUADRO 01
TÍTULOS OTORGADOS POR COFOPRI POR AÑOS

Año	Títulos	Beneficiarios
2009	174,446	873,310
2010	135,390	674,255
2011	101,847	509,235
2012	81,173	405,865
2013	82,534	412,670
2014	91,699	458,495
2015	64,603	323,015
2016	52,731	263,655
2017	53,343	213,044
2018	11,954	45,425

Ante esta realidad, un conjunto de organizaciones sociales, instituciones nacionales e internacionales promueven desde el 2016 la CAMPAÑA NA-

37 Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, junio 2012.

CIONAL POR EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y RENOVACIÓN URBANA SIN DESALOJOS: VIVIENDA DIGNA PARA TODOS Y TODAS EN EL PERÚ, que tiene como objetivo la restitución constitucional del Derecho a la Vivienda Digna, eliminado en la Constitución Política del Perú de 1993, y la dación de la Ley de Renovación Urbana, en base a la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano. Estas iniciativas ciudadanas son resultado del proceso participativo, con habitantes organizados de Lima y Provincia, que recogió el sentir de más de un millón 500 mil peruanos y peruanas carentes de vivienda; y que contó la asesoría técnica del Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Población - CIDAP³⁸.

4.2. Necesidad de políticas públicas

Las políticas públicas son decisiones orientadas a resolver problemas de interés común que permiten la asignación de presupuestos, establecen metas, objetivos e indicadores para medir y evaluar el avance en un determinado periodo de tiempo y son de obligatorio cumplimiento en todo el territorio. En este sentido, “algunos gobiernos nacionales han hecho de la vivienda una estrategia de desarrollo, como aconteció en el gobierno de Misael Pastrana y su plan de desarrollo de las cuatro estrategias. En este plan se estableció la adquisición de viviendas por medio del ahorro que se hacían en las corporaciones de ahorro y vivienda...”³⁹.

Una alternativa con relación a la política urbana en nuestro país consiste en implementar un desarrollo urbano sostenible con planificación integral, con ciudades compactas, accesibles y articuladas además de una ocupación ordenada y funcional del suelo, y programas y proyectos de urbanismo y vivienda según los principios de subsidiariedad y solidaridad, las capacidades de la población y el potencial productivo del territorio para generar el retorno de la inversión⁴⁰.

38 CIDAP, Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional. Proyectos ganadores 2016.

39 Fernando Galvis Gaitán, *Manual de Derecho Urbanístico*, Ed. TEMIS, Bogotá, 2014, p. 166.

40 http://www3.vivienda.gob.pe/ejes/vivienda-y-urbanismo/planificacion_urbana.html

Otro de los recursos que ofrece el Estado para el acceso a una vivienda digna consiste en optimizar los recursos, certificar el proceso y distribuir regionalmente los subsidios; asociar los BFH (Bono Familiar Habitacional) al crédito hipotecario, con la finalidad de dinamizar el mercado y emitir bonos hipotecarios cubiertos en el Mercado de Capitales para facilitar acceso y promover la vivienda⁴¹.

Por otra parte, de lo que se trata es de fortalecer la gestión que implemente la institucionalidad local de tal manera que se priorice la presencia de la organización comunal.

Por otro lado, la presencia de un organismo internacional apoyando la necesidad de una vivienda justa es saludable. Se trata de la recomendación efectuada por la OIT sobre la responsabilidad de las autoridades públicas acerca de la vivienda para los trabajadores⁴².

Es la Recomendación sobre la vivienda de los trabajadores que se adoptó Ginebra, en la 45ª reunión CIT, el 28 de junio de 1961. En la Recomendación se reconoce la responsabilidad de las autoridades públicas, en los siguientes términos:

- Las autoridades nacionales competentes deberían establecer un organismo central al que deberían estar asociados todos los poderes públicos con alguna responsabilidad en materia de vivienda.
- El organismo central debería encargarse, entre otras funciones: de estudiar y evaluar las necesidades de viviendas para los trabajadores y de instalaciones colectivas conexas; y de formular los programas de vivienda para los trabajadores, que deberían incluir medidas para eliminar los tugurios y para proporcionar nuevos alojamientos a sus ocupantes.
- Las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como otras organizaciones interesadas, deberían estar asociadas a las labores del organismo central.

41 Ibidem

42 Recomendación de la OIT sobre la vivienda de los trabajadores, R115 1961 (núm. 115).

Un cuadro de esta naturaleza permite interpretar el derecho a la propiedad consagrada en nuestra Constitución (Art 70) que se debe ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado que “la referencia al bien común es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad”⁴³.

De esta manera se podría superar la desigualdad social, siendo el Perú uno de los países con el mayor grado de desigualdad económica y social en el mundo⁴⁴.

4.3. El marco constitucional en otras realidades

Existen Constituciones de Estados donde se amplía y detalla el derecho a una vivienda digna y adecuada. Tales como Argentina, Ecuador, España, México, Colombia y Venezuela. Veamos.

Argentina

La Constitución de la Nación Argentina en su articulado 14 bis dice que: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Ecuador

En este sentido la Constitución de Ecuador une los conceptos de vivienda y ciudad. La consagración del derecho a una ciudad digna: construcción colectiva y políticas públicas. El derecho a una ciudad viva y digna está reconocido en el Art. 31, que establece que «las personas tienen derecho al

43 EXP. 0008-2003-AI/TC

44 Desde la década 90 existen estudios de este fenómeno. Así tenemos, el estudio multidisciplinario importante realizado por la Oficina Regional de la OIT para América Latina, a cargo de Adolfo Figueroa (Economista), Teófilo Altamirano (Antropólogo) y Denis Sulmont (Sociólogo), Lima, 1996.

disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural».

España

La Constitución Española establece en su artículo 47, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, siendo los poderes públicos los responsables de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas adecuadas para hacer efectivo este derecho.

Como ejemplo podemos mencionar que, en España, la Ley reguladora del Derecho a la vivienda en Andalucía explícitamente en su articulado detalla que *“los ciudadanos podrán exigir de las Administraciones Públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada.... Por este motivo, la aprobación por parte de los Estados de leyes específicas que determinen el derecho a la vivienda es la mejor manera de cumplir con todos los Tratados internacionales existentes a nivel mundial”*⁴⁵.

Pero, un informe de 2014 de la organización Human Rights Watch señala que la Burbuja inmobiliaria en España ha provocado una crisis de vivienda que pone en riesgo los derechos humanos. La crisis de la vivienda comenzó con la subida del precio de la vivienda en España durante la burbuja y se ha acentuado con crisis económica española de 2008-2014 que ha aumentado considerablemente el desempleo en España y provocado el aumento del número de desahucios. Y considera que el gobierno español no habría tomado medidas para mitigar el impacto de la crisis de vivienda y de deuda que encaran los grupos de ciudadanos más vulnerables en España⁴⁶.

45 La Ley reguladora del Derecho a la vivienda en Andalucía fue aprobada por el Parlamento de Andalucía el 18 de febrero de 2010. Se considera una ley innovadora y pionera impulsada por la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio. El objetivo fundamental de la Ley Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía es dar cumplimiento al derecho constitucional y estatutario a una vivienda del que son titulares las personas con vecindad administrativa en Andalucía

46 Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional, José Luis Ávila Orive y Vega María Arnáez Arce, R.V.A.P. núm. 87-88/2010. Págs. 199-224 ISSN: 0211-9560

México

Al revisar el artículo 4° de la Constitución Política Mexicana se observa que establece el derecho de toda familia “a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”^{47 48 49}.

Colombia

La Constitución Política Colombiana, desde 1991 en el artículo 51, estipula que: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

Así, la Carta Fundamental colombiana le impone como reto a las autoridades estatales lograr que todos los colombianos lleguen a gozar de una vivienda digna, para lo cual les ordena “*fijar condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho*”; “*promover planes de vivienda de interés social*”; “*promover sistemas de vivienda a largo plazo*” a través de la coordinación

47 SEDESOL, *Programa Sectorial de Vivienda (2001-2006)*, Secretaría de Desarrollo Social, México, 2001, 153. El Programa Sectorial de Vivienda (2001-2006) precisa que el concepto de vivienda digna se refiere a “el límite inferior al que se pueden reducir las características de la vivienda sin sacrificar su eficacia como satisfactor de las necesidades básicas, no suntuarias, habitacionales de sus ocupantes”.

48 En este sentido, el ya mencionado artículo 4, párrafo 5° de la Ley Fundamental, prevé el derecho genérico del acceso a la vivienda, protegido por el Estado mediante la creación de Leyes que establezcan los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. El artículo 25 constitucional establece la rectoría del Estado en la planeación del desarrollo nacional, permitiendo a través del crecimiento económico y el empleo, el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la misma Constitución, debiendo incluirse el derecho a la vivienda.

49 El artículo 27 párrafo tercero de la Constitución, instituye el derecho de la Nación para imponer las modalidades que dicte el interés público y el beneficio social, con el propósito de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. De igual forma, sienta las bases para ordenar los asentamientos humanos, así como para planear y regular la fundación y crecimiento de los centros de población. De estos conceptos constitucionales se infiere la necesidad de regular la coordinación de los tres niveles de gobierno en materia de vivienda, considerando ésta como un derecho inalienable de los individuos y como factor primordial del desarrollo económico.

de diferentes órbitas sociales como lo son el sector bancario, el sector de la construcción, y por supuesto, como siempre en medio de todas las relaciones humanas, el sector jurídico⁵⁰. Siendo la vivienda digna un derecho programático, fin del Estado, reconocido por la Constitución Política, tanto legislador como juez deben intervenir para llegar a su concreción⁵¹.

Venezuela

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo sucesivo CRBV: “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias...”.

La referida Norma Jurídica y de carácter constitucional nos aclara de una vez por todas las siguientes consideraciones: Sin distinción alguna, circunscrita en el artículo 21 de la CRBV, donde se establece que todas las personas son iguales ante la Ley, el beneficio de una vivienda digna debe ser un derecho humano y fundamental, derivado siempre de que somos hechos a la imagen y semejanza de Dios; la vivienda digna debe ser adecuada: (a) al número y género de los miembros que habitan o habitarán en ella; (b) al clima; (c) a la topografía del terreno; la vivienda digna debe ser segura desde el punto de vista físico: (a) con elementos de construcción acordes con la infraestructura, con el terreno, entre otros. (b) con diseños y ejecutorias que permitan su debido uso en el espacio y en el tiempo; y, desde el punto de vista jurídico: con particulares de ley que se le garantice y asegure a los seres humanos la protección contra situaciones violentas que lesionen la paz y la tranquilidad de lo que justamente poseen; la vivienda digna debe ser cómoda, con una infraestructura que posibilite la residencia y las actividades propias de la familia: (a) con al menos dos salas de baño; (b) tres dormitorios espaciosos; (c) una sala; (d) una cocina; (d) un espacio suficiente para la faena de lavado y planchado de las prendas de vestir y de lencería y la vivienda digna debe ser higiénica.

50 Hernán Alejandro Olano García, *Derecho a la vivienda digna: ¿un derecho fundamental?* En Bases y aportes para una Constitución de América Latina y el Caribe, Ed. UNMSM, Universidad Lomas de Zamora y Universidad Autónoma de Nuevo León, Lima, 2005, p. 231-232.

51 CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999.

CONCLUSIONES

1. Hay una verdad que es incuestionable y lo constituye el hecho que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la obligación de toda persona a un nivel de vida adecuado que incluye una vivienda adecuada.
2. La vivienda adecuada fue reconocida como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Otros tratados internacionales de derechos humanos han reconocido o mencionado desde entonces el derecho a una vivienda adecuada o algunos de sus elementos, como la protección del hogar y la privacidad⁵².
3. Hay responsabilidad en todos los Estados que han ratificado por lo menos un tratado internacional al respecto, de proteger el derecho a una vivienda adecuada ejecutando planes y acciones que conlleven a la existencia de una vivienda adecuada o asumen la responsabilidad de condiciones de vida adecuadas para todos. En esa línea hay que impedir los desalojos forzosos, la protección de los locatarios, la discriminación en materia de vivienda o al acceso a servicios básicos en este campo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2 da edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ANDERSONS, Nels, Sociología de la Comunidad Urbana, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- COPLAMAR, Vivienda y necesidades esenciales en México, Vol 3, Siglo XXI, México 1982; Coulomb, René, “Políticas de vivienda y necesidades habitacionales” en Ciudades, N° 4, Red Nacional de Investigación Urbana, México, 1989.

52 ONU-HABITAT El derecho a una vivienda adecuada. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto informativo 21.

- DORSELAER, Jaime y GREGORY, Alfonso, La urbanización en América Latina, Tomo I, Ed. Feres, Friburgo, 1961.
- ETIENNE LLANO, Alejandro, La protección de la persona humana en el Derecho Internacional, los derechos humanos, Ed. Trillas, México, 1987.
- GALVIS GAITÁN, Fernando, Manual de Derecho Urbanístico, Ed. TEMIS, Bogotá, 2014, p.166.
- GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo, El derecho a la propiedad, en Bases y aportes para una Constitución de América Latina y el Caribe, Ed. UNMSM, Universidad Lomas de Zamora y Universidad Autónoma de Nuevo León, Lima, 2005.
- HARVEY, David, Ciudades rebeldes Del derecho de la ciudad a la revolución urbana. Ediciones Akal S.A. Gráficas Varona S.A. Salamanca.
- MATOS MAR, José, Las barriadas de Lima 1957, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1977.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Derecho a la vivienda digna: ¿un derecho fundamental? En Bases y aportes para una Constitución de América Latina y el Caribe, Ed. UNMSM, Universidad Lomas de Zamora y Universidad Autónoma de Nuevo León, Lima, 2005, p. 231-232.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Programa de Hábitat, 1996, p. 38.
- ROBLES RIVAS, Diego, Pueblos jóvenes, un aporte al proceso de urbanización en América Latina, Ediciones del Centro, Lima, 1975.
- RIOFRÍO Gustavo, DRIANT Jean-Claude, ¿Qué vivienda han construido? Institut français d'études andines, CIDAP - Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional, Tarea - Asociación de Publicaciones Educativas. Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional-CIDAP 2010.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, Derechos Humanos, Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM, III, Porrúa, 2011, p. 1268.
- SALAZAR BONDY, Sebastián, Lima la horrible, Lápix editores, Lima, junio 2015.
- SCHAEDEL, Richard P. y otros, Urbanización y Proceso Social en América, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1972.

- SCHTEINGARTH, Martha y SOLÍS, Marlene, *Vivienda y familia en México: un enfoque socio espacial*, INEGI, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994.
- VAQUER, Marcos, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- VELÁSQUEZ DE LA PARRA, Manuel, *El derecho a la vivienda, Aspectos jurídicos de la vivienda*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, Año IV, N°. 18. Sep.- Dic de 1991.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, traducido por José Medina, Juan Roura, Eugenio Imaz y José Ferrater, Sexta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (2004): Propuestas de Reforma

*José Félix Palomino Manchego**
*Dante Paiva Goyburu ***

SUMARIO: *I.- Introducción. II. - La importancia de los Títulos Preliminares. III.- El Código Procesal Constitucional Peruano. 3.1. Generalidades. 3.2. Modificaciones al Código Procesal Constitucional. 3.3. El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. IV.- Propuestas de Modificaciones al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 4.1. Artículo III. 4.2. Artículo V. 4.3. Incorporación de un artículo relativo al derecho de defensa.*

-
- * Magister y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad de San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).
- ** Magister con mención en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente universitario. Secretario de Redacción (e) de la Revista Peruana de Derecho Público.

I.- INTRODUCCIÓN

En el primer tercio del siglo XXI, el ordenamiento jurídico peruano tiene entre sus normas principales a la Constitución Política, el Código Civil y el Código Penal, todos estos son textos gestados y concebidos en los años finales de siglo anterior; aunque no podemos dejar de mencionar que a la fecha han sido objeto de distintas modificaciones, con el fin de subsanar algunas imprecisiones así como adecuar las instituciones jurídicas al contexto vigente.

Sin embargo, también se han dado normas de suma importancia, gestadas y concebidas en el siglo XXI. Entre otras tenemos a la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, del año 2001, pero que tras realizarse diversos cambios se ha reemplazado, en 2017, por un Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; de igual forma se encuentra la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el Decreto Legislativo N° 957 - Nuevo Código Procesal Penal, de 2004, y la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo de 2010.

Precisamente, en el año 2004 se publicó la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional, la misma que ha superado a la fecha su primera década de aplicación. La creación de esta norma era indispensable, toda vez que en el artículo 200° de la Constitución Política de 1993 se dispuso que mediante una Ley Orgánica se regulaba el ejercicio de las denominadas garantías constitucionales: Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data y Acción de Incumplimiento, así como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que resultaran de las demandas de Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular. Por tanto, el Código Procesal Constitucional venía a ocupar el espacio de esa norma pendiente.

La realidad actual para los abogados y órganos jurisdiccionales corresponde a un universo normativo que tiene entre sus normas de mayor alcance a algunas gestadas bajo los principios de la Constitución de 1979, y a otras al influjo de la Constitución de 1993. Esta situación puede generar ciertos conflictos de interpretación y como tal, perjudicar al justiciable o poner en riesgo la integridad de sus derechos fundamentales, así como también la jerarquía normativa.

A partir de ello, consideramos necesario resaltar enfáticamente la importancia de los títulos preliminares de las normas generales del país. Esta parte introductoria de distintos cuerpos normativos contienen los principios y valores que proporcionan un referente teleológico para la aplicación de los códigos y leyes y la solución sobre cualquier controversia de naturaleza constitucional.

II. - LA IMPORTANCIA DE LOS TÍTULOS PRELIMINARES

Como hemos señalado con anterioridad, consideramos que los títulos preliminares desarrollan los principios e instituciones vitales para la interpretación jurídica, y como tal, el ejercicio y acciones sobre los distintos derechos de la ciudadanía. Huelga advertir que, investigaciones en torno al análisis de los títulos preliminares de los distintos códigos de nuestra legislación nos ilustran sobre la importancia que ocupan estas secciones. Al respecto, podemos referir el libro de Marcial Rubio: “El Título Preliminar del Código Civil”¹, que ya cuenta con varias ediciones; así como la tesis de Mario Amoretti Navarro: “La importancia del Título Preliminar del Código Penal de 1991” sustentada en el año 2011 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para obtener el grado de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales.

Asimismo, consideramos que otro aspecto que reivindica la envergadura de los títulos preliminares, es que estos resultan precisos en la parte introductoria de las distintas especialidades que se regulan en las leyes y los códigos. En este sentido, en los estudios universitarios de la carrera de Derecho, un excelente método para iniciarse en los conceptos básicos y las finalidades de las distintas legislaciones especiales, se encuentra en el contenido de los títulos preliminares².

1 *Vid.*, Rubio Correa, Marcial: *El Título Preliminar del Código Civil*, 11ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2015.

2 Para mayor detalle, *vid.* Palomino Manchego, José F. y Eto Cruz, Gerardo: “En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su *iter* legislativo y sus principios procesales”, en Palomino Manchego, José F. (Coordinador): *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, t. I, 1ª reimpresión, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2015, págs. 283-308. Antecede Liminar de Luis Cervantes Liñán.

De esta forma, los títulos preliminares son propicios y puntos de arranque para un adecuado aprendizaje de las normas jurídicas, en sus respectivas especialidades, en los estudios iniciales de la carrera profesional, pero también representan un importante elemento para la interpretación, toda vez que contienen los principios que informan a toda la codificación, del Derecho Público y del Derecho Privado³.

III.- EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

3.1. Generalidades

Naturalmente, el Código Procesal Constitucional peruano es la norma adjetiva que regula los procesos constitucionales previstos en los artículos 200° y 202°, inciso 3), de la Constitución Política de 1993. En su contenido orgánico se ha previsto en total siete procesos constitucionales:

- Proceso de Hábeas Corpus.
- Proceso de Amparo.
- Proceso de Hábeas Data.
- Proceso de Cumplimiento.
- Proceso de Inconstitucionalidad.
- Proceso Competencial.
- Proceso de Acción Popular.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional peruano, en su página web⁴, expone una clasificación de dichos procesos, sobre la base del objeto de protección de cada uno de ellos. A partir de esto se verifican tres clases:

Procesos de tutela de derechos: Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales. Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento.

3 *Vid.*, por todos, Rovira Flores de Quiñonez, M^a Carolina: *Valor y función de las «Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas»*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1972, págs. 45.

4 <http://www.tc.gob.pe/tc/institucion/acercade>

Procesos de control normativo: Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de rango inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por nuestra Constitución Política).

Proceso de conflicto competencial: Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Aquí se encuentra el proceso competencial.

Algo más, el Código Procesal Constitucional se compone de un Título Preliminar y trece títulos, en donde se regulan cada uno de los procesos antes señalados, y la tramitación se encuentra a cargo del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional sobre la base del modelo dual y/o paralelo.

3.2. Modificaciones al Código Procesal Constitucional

Entre los años 2005 y 2007 el Código Procesal Constitucional tuvo un total de 7 modificaciones, surgidas principalmente de algunos aspectos materiales que corregir o ampliar de las disposiciones contenidas en diversos artículos. Asimismo, el Tribunal Constitucional en 2007 emitió una sentencia que declaraba inconstitucional el numeral 8 del artículo 5º; mientras que en el año 2009 y el 2014 se suscitaron cambios mediante la Ley N° 29364 y la Ley N° 30229, lo cual se ilustra en el cuadro que exponemos a continuación:

ARTÍCULO AFECTADO	AFECTACIÓN JURÍDICA	FECHA DE PUBLICACIÓN
Art. 3	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 28946	24.12.2006
Art. 5, num. 8	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N° 28642	08.12.2005
Art. 5, num. 8	INCONSTITUCIONAL por el Resolutivo 1 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Expediente N° 00007-2007-PI-TC	22.06.2007
Art. 7, 2do. párrafo	DEROGADO por el Artículo 2 de la Ley N° 28946	24.12.2006

Art. 14	MODIFICADO por la Tercera Disp. Comp. Modif. de la Ley N° 30229	12.07.2014
Art. 10	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 28946	24.12.2006
Art. 15	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 28946	24.12.2006
Art. 51	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 28946	24.12.2006
Art. 51, dos últimos párrafos	DEROGADOS por la Segunda Disp. Derogatoria de la ley N° 29364	28.05.2009
Art. 53	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N° 28946	24.12.2006

3.3. El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

El Título Preliminar se integra por nueve artículos, sumillados de la siguiente manera:

- Artículo I.- Alcances.
- Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales.
- Artículo III.- Principios Procesales.
- Artículo IV.- Órganos Competentes.
- Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales.
- Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional.
- Artículo VII.- Precedente.
- Artículo VIII.- Juez y Derecho.
- Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración.

No obstante ello, conforme a lo expuesto en el cuadro anterior, se advierte que durante la vigencia del código, el título preliminar no ha sufrido variación alguna. Lo antes señalado resulta llamativo, toda vez que en el desarrollo de los procesos se han presentado distintas particularidades a nivel del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional, relativas principalmente a la interpretación de los derechos, así como la figura del precedente, sin dejar de mencionar lo relativo a los principios, que resulta ser un tema constante e inagotable.

A partir de ello, consideramos que es oportuno y pertinente realizar algunos ajustes, revisando los parámetros consagrados en el Título Preliminar, para asegurar la plena eficacia y la validez de los procesos que se llevan a cabo en la jurisdicción constitucional de la libertad y en la jurisdicción constitucional orgánica.

IV.- PROPUESTAS DE MODIFICACIONES AL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Ilustrando nuestra perspectiva, formularemos a continuación una exposición de motivos de los cambios que consideramos deben realizarse a nivel del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, específicamente en los siguientes artículos:

4.1. Artículo III

Fórmula de redacción propuesta:

“Artículo III. Principios Procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, urgencia, intermediación y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos.

El Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos”.

Con relación a este artículo, debemos rescatar del primer párrafo la adición del principio de urgencia dentro del plexo de los que regulan a los procesos constitucionales. Este principio permitirá que la atención a estos procesos sea prioritaria, y como tal, prevalezcan en su atención rápida para evitar que los derechos fundamentales en riesgo devengan en irreparables. Fijándose este principio, tanto los Juzgados y Salas del Poder Judicial, como las Salas del Tribunal Constitucional tendrían mayor responsabilidad en garantizar la pronta atención de dichos procesos.

Cabe agregar que, en el segundo párrafo resulta oportuno fijar que el impulso de oficio de estos procesos es incondicional, asumiendo de ese modo un

rol más tuitivo para que las actuaciones y las sentencias se concreten en los plazos que establece el Código Procesal Constitucional.

4.2. Artículo V

Fórmula de redacción propuesta:

“Artículo V. Interpretación de los derechos constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según Tratados de los que el Perú es signatario.

También deberá observarse el principio de interpretación *pro homine* en las distintas actuaciones y decisiones de los procesos constitucionales”.

Para el presente artículo, consideramos dos cambios: Una modificación en las palabras finales y la adición de un párrafo. Al respecto, lo referido a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que sirvan como criterio interpretativo de los Derechos Constitucionales, y los fallos de los Tribunales supranacionales sobre la materia, estos deben corresponder a los que el Perú pertenezca por haberse debidamente suscrito por el gobierno peruano sus acuerdos, y como tal obliguen y vinculen a las instituciones y órganos.

Con relación al principio *pro homine*, debe ser considerado toda vez que el Tribunal Constitucional peruano lo ha referido en sus sentencias, como un elemento para la optimización en la justicia constitucional, refiriendo que este principio “(...) postula que los preceptos normativos deben sujetarse a una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales”⁵.

5 Fundamento jurídico 2 recaída en el expediente N° 03300-2012-PHC/TC.

4.3. Incorporación de un artículo relativo al derecho de defensa

Fórmula de redacción propuesta:

“Del derecho de defensa

Toda persona que se encuentre dentro de un proceso constitucional, sea como demandante, demandado o tercero legitimado, tiene el derecho de defensa que la Constitución, el presente Código y los tratados internacionales le otorgan. Tal derecho se cumple y observa con diversas modalidades, en especial el ser notificado por escrito o por otro medio electrónico seguro, de las incidencias del proceso de acuerdo a la naturaleza de cada cual y de informar oralmente ante la vista de la causa, sin necesidad de haberla pedido, en cualquiera de sus instancias, incluso ante el Tribunal Constitucional, sea personalmente cuando corresponda o a través de sus abogados. La audiencia pública y la vista de la causa en la fase final de cada proceso serán siempre obligatoria”.

En atención a los cambios generales que se producen en el derecho procesal, en donde se están incorporando las tecnologías de la informática para una impartición más efectiva de la justicia: uso de grabaciones, desarrollo de notificaciones electrónicas, digitalización de expedientes, eliminación de papeles, entre otras acciones, conviene que el Título Preliminar contengan una mención expresa a estos elementos, pero que sean desarrollado en atención al principio de defensa.

En definitiva, bajo esta orientación, existiendo mecanismos de información más propicios para la simplificación de los procesos judiciales, la labor de los abogados patrocinantes asume una nueva perspectiva en la práctica, pudiendo intervenir sin necesidad de gestiones burocráticas documentales previas, asegurando de esa forma cumplir cabalmente los fines de los procesos.

Reconocimiento constitucional del Estado Plurinacional para la tutela efectiva de derechos de los Pueblos indígenas en el Perú

Ricardo Robinson Sánchez Espinoza*
Egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: *Resumen. Abstract. 1.- Bases jurídicas que desarrollan el enfoque social aplicado. 1.1. La Diversidad cultural en el Perú. 1.2. El Pluralismo Jurídico. 1.2.1. Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Cultural. 1.2.2. Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Legal. 1.3. Estado Plurinacional. 1.3.1. Aspectos Generales. 1.3.2. Constitucionalismo plurinacional. 1.3.3. Derecho de los Pueblos Indígenas. 2.- Beneficios que aporta la propuesta. 2.1. A nivel de la consulta y Participación de los Pueblos Indígenas. 2.2. A nivel de la Administración de Justicia. 2.2.1. A nivel de las tierras, territorios y Recursos Naturales. 2.2.2. A nivel de la Salud. 2.2.3. A nivel de la Educación. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Abogado por la Universidad Nacional “Hermilio Valdizán” – Huánuco, Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”- Huaraz. Licenciado en Educación – Especialidad Historia y Geografía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Ciencias de la Educación por la Universidad Nacional “Enrique Guzmán y Valle” y estudiante del Doctorado en Ciencias de la Educación por la Universidad Nacional “Enrique Guzmán y Valle” –Lima. Actual docente contratado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” – Huaraz.

RESUMEN

El Perú es un país, multilingüe, pluricultural y multiétnico ligado a raíces de dependencia económica desde el periodo colonial hasta la actualidad, los que han cimentado nuestras diferencias en el plano económico, social, político y jurídico. En ese contexto los Pueblos indígenas, como grupos sociales vulnerables se han visto afectados en sus derechos por parte de los gobiernos de turno que no han cumplido el Convenio N° 169 de la OIT sobre el Derecho de los Pueblos indígenas.

En Latinoamérica se vienen produciendo reformas constitucionales en relación al reconocimiento de la diversidad cultural y el derecho de los pueblos indígenas que se manifiestan en nuevas formas de constitucionalismo pluralista; que han evolucionado desde el constitucionalismo multicultural, pluricultural y plurinacional; en ese contexto nuestra investigación tiene la finalidad de determinar las contribuciones que otorgaría el reconocimiento constitucional del Estado Plurinacional para la tutela efectiva de derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

Después del análisis teórico, doctrinario y normativo, los resultados obtenidos nos permiten afirmar que el reconocimiento constitucional en nuestro país del Estado Plurinacional permitiría proteger los derechos de los pueblos indígenas como son: La efectiva consulta previa, la vigencia del pluralismo jurídico, el respeto de las tierras y propiedades de los Pueblos indígenas, el usufructo por las exploraciones y explotaciones en su espacio territorial; la inclusión de los Pueblos indígenas en la políticas sociales, el cumplimiento irrestricto de su derecho a la educación y salud.

Para el desarrollo del presente artículo de naturaleza jurídico-dogmática empleamos las técnicas del análisis documental y la bibliográfica y sus instrumentos el análisis de contenido y las fichas: textual, de comentario, de resumen y las fichas críticas.

PALABRAS CLAVES

Consulta previa, derechos colectivos, Estado Plurinacional, Pluralismo jurídico, pueblos indígenas, reconocimiento constitucional.

ABSTRACT

Peru is a country, multilingual, pluricultural and multiethnic linked to roots of economic dependence from the colonial period to the present, which have cemented our differences in the economic, social, political and legal. In this context, Indigenous Peoples, as vulnerable social groups, have been affected in their rights by governments in turn that have not complied with ILO Convention No. 169 on the Rights of Indigenous Peoples.

In Latin America, constitutional reforms are taking place in relation to the recognition of cultural diversity and the rights of indigenous peoples that manifest themselves in new forms of pluralist constitutionalism; that have evolved from the multicultural, pluricultural and plurinational constitutionalism; in this context our investigation has the purpose of determining the contributions that the constitutional recognition of the Plurinational State would grant for the effective tutelage of the rights of the indigenous peoples in Peru.

After the theoretical, doctrinal and normative analysis, the results obtained allow us to affirm that the constitutional recognition in our country of the Plurinational State would allow to protect the rights of the indigenous peoples such as: The effective prior consultation, the validity of the legal pluralism, the respect of the lands and properties of the indigenous peoples, the usufruct for the explorations and exploitations in their territorial space; the inclusion of Indigenous Peoples in social policies, the unrestricted fulfillment of their right to education and health.

For the development of this article of a juridical-dogmatic nature we use the techniques of documentary analysis and the bibliography and its instruments, the content analysis and the files: textual, commentary, summary and critical files.

KEY WORDS

Prior consultation, collective rights, Plurinational State, Legal pluralism, indigenous peoples, constitutional recognition.

INTRODUCCIÓN

La situación actual de los pueblos indígenas en América Latina, al igual que en el Perú, solo puede ser comprendida como el producto histórico del proceso que inició con la invasión y conquista de los europeos hace más de cinco siglos, a través del cual se los despojó de los territorios que habitaban, de sus espacios de convivencia social y cultural y también de su propia cultura, cosmovisiones y modos de vinculación con la naturaleza. Esta incursión significó la pérdida de la “territorialidad política” de los pueblos indígenas del continente, de la soberanía sobre sus territorios e inauguró un ciclo de extensa duración histórica.

En ese contexto, nuestro país, desde el periodo de la dependencia económica colonial y casi por toda la historia republicana ha desarrollado un Estado monocultural (positivista), excluyendo de su proyecto político, económico, social y cultural a amplios sectores sociales, en especial a los pueblos indígenas.

Es de notar que la lucha de los pueblos indígenas por la defensa y el reconocimiento de sus derechos han sido persistentes en la historia. Este amplio proceso de reivindicación y reconocimiento se ha forjado en las últimas décadas en un marco de derechos que se fundamenta en dos grandes conquistas: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169) de la OIT, que reconoce por primera vez sus derechos colectivos, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que traza el derecho de dichos pueblos a la libre determinación.

Países hermanos como Bolivia y Ecuador han reformado su Constitución reconociendo constitucionalmente su Estado Plurinacional; el cual garantiza efectivamente el cumplimiento de los estándares mínimos de derechos de los pueblos indígenas como son: el derecho a la no discriminación; el derecho al desarrollo y el bienestar social; el derecho a la integridad cultural; el derecho a la propiedad, uso, control y acceso a las tierras, territorios y recursos naturales; y el derecho a la participación política.

Por lo indicado en el presente artículo realizamos el análisis doctrinario y jurídico sobre las implicancias del reconocimiento constitucional del Estado

Plurinacional para la tutela efectiva de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú; el presente trabajo comprende dos partes: En el primer lugar se plantean las Bases Jurídicas que sustentan la aplicación del Estado Plurinacional y en segundo lugar los beneficios que aportaría el establecimiento del Estado plurinacional en nuestro país.

1.- BASES JURÍDICAS QUE DESARROLLAN EL ENFOQUE SOCIAL APLICADO

El enfoque social propuesto parte de los fundamentos teóricos de la antropología jurídica, los derechos humanos y el Derecho Constitucional.

1.1. La Diversidad cultural en el Perú

El Perú, al igual que América Latina presenta una composición multiétnica y plurilingüe, teniendo como base un componente indígena con el que se ha mezclado sucesivamente el resto de la población¹. Existen en la actualidad 72 grupos etno-lingüísticos, de los cuales 65 se encuentran en la Amazonía. La composición de la población peruana comprende un principal componente de etnias mestizas (40-41% de la población total o el equivalente a 11 millones de habitantes). El 75% de los mestizos son descendientes de españoles y amerindios.

El segundo segmento de la población lo conforman habitantes de origen amerindio (35% de la población total, alrededor de 10 millones de habitantes). De las etnias amerindias, la mayoría son los numerosos pueblos andinos quechua hablantes, seguidos por los aymaras.

La diversidad cultural, a pesar de ser un tema que traspasa los Estados latinoamericanos desde su misma conformación, no ha merecido una reflexión teórica ni análisis hasta –prácticamente- las últimas dos décadas.

1 CERD, Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH, marzo de 1999.

1.2. El Pluralismo Jurídico

Por impulso de movimientos sociales que promueven el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional, la diversidad cultural se hace cada día más visible, permitiendo que los Estados deban dar cuenta de la protección de determinados derechos, lo que se había negado a reconocer amparados en el principio de igualdad.

Cuando surge, entonces, la necesidad de repensar seriamente acerca del respeto de las diferencias y de las consecuencias prácticas que se derivan -para el ordenamiento jurídico vigente- de considerar que habitan, dentro de los límites de un mismo Estado, sistemas de regulación social claramente diversos, es insoslayable abordar el tema desde múltiples dimensiones que puedan dar cuenta del fenómeno de la diversidad y a la vez orienten el mejor modo de plasmar una política criminal que contemple la igualdad ante la ley, respetando la diferencia.

Así, consideramos que es insostenible y distorsionado en sus contenidos, pretender una comprensión cabal de la relevancia que representa el hecho de que la diversidad se traduzca en una legislación diferenciada, si no se examinan las disputas desde las perspectiva filosófica-política, antropológica, sociológica, histórica y jurídica- causadas, teniendo presente que cada una es un presupuesto y un complemento de las restantes. La dimensión jurídica es tal vez el nivel de análisis menos interesante cuando se pretende reconstruir una discusión signada por un sinnúmero de escenarios posibles.

En cuanto a la perspectiva antropológica y sociológica, ambas se encuentran estrechamente vinculadas. No sólo porque la sociología jurídica y criminal se ha ocupado de la introyección de las normas culturales por parte de los individuos, sino porque también ha intentado zanjar -junto con la visión antropológica- cómo se determina la condición de indígena y cómo se resuelve el problema de la identidad². En otras palabras, desentrañar cuándo un individuo puede identificarse como miembro de una etnia determinada, y a qué se le denominarán pautas culturales. Cómo se define a la cultura y cuáles son los componentes de un sistema de regulación social que logra

2 DÍAZ-POLANCO, Héctor (Comp.). *Etnia y Nación en América Latina*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1995.

características particulares que lo diferencian radicalmente de aquel en el que nos encontramos inmersos, y que se denomina occidental.

Los antecedentes históricos no son menos destacables. Ensayar un análisis de las distintas actitudes que ha asumido el Estado en su relación con las poblaciones indígenas es también analizar el status que han asumido estos individuos y su mayor o menor importancia en la correlación de fuerzas establecidas. En el periodo colonial existía un modelo segregacionista que consideraba a los indígenas como individuos de segunda categoría. Eran absolutamente excluidos y ocupaban el lugar más bajo del estrato social. Con la independencia, e influidos por los ideales de la revolución francesa, se ingresó a un paradigma asimilacionista: todos eran iguales ante la ley, lo que se traducía en un trato desigual. Las diferencias eran ignoradas y la igualdad esgrimida era sólo discursiva y formal. A partir de la segunda década del siglo pasado, y con movimientos indígenas que empiezan a consolidarse, se produce el salto al siguiente modelo aplicado, el integracionista. Se reconoce la existencia de comunidades diversas, pero sólo por la necesidad económica de negociar y porque estaba en discusión quiénes eran propietarios de la tierra. Se inicia así una suerte de reconocimiento de los derechos, pero absolutamente limitados, y sin admitir que el reconocimiento, para ser tal, debía ser más profundo³.

Además, “A partir de la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, que superan la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobada en 1948, y que alcanzan su máxima expresión en el Convenio 169 de la OIT, es que se produce un salto hacia la conformación de un verdadero Estado pluralista, que no pretende otra cosa que la democratización del Estado y la Sociedad, partiendo de la existencia de la pluralidad de lenguas, de la pluralidad de culturas y, por ende, de la existencia irrefutable de pluralismo jurídico”⁴.

3 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pluralismo y Sistemas Nacional de Justicia, Proyecto Justicia y Multiculturalidad*, elaborado para la Misión de Naciones Unidas para Guatemala, 1997.

4 RAMÍREZ, Silvina. “*Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*”. En: <http://www.indigenas.bioetica.org/DOCTRINA-Ramirez.pdf>. Consultado Julio 20, 2016.

En relación al “pluralismo jurídico” o “legal” fue definido desde distintas disciplinas. La más conocida que proviene de la Sociología establece que se trata de la “coexistencia de ordenes legales en el mismo territorio” o de la “existencia de múltiples sistemas de obligaciones jurídicas” en los confines del Estado”⁵ o como la “interacción de diferentes sistemas jurídicos en un mismo campo social”⁶.

El pluralismo jurídico es una afirmación de la existencia de múltiples órganos de Derecho antagónicos y equivalentes dentro del sistema jurídico general. Los grupos y las asociaciones tienen capacidad para producir por sí mismos relaciones jurídicas autónomas, aparte la imposibilidad de establecer a priori una primacía del orden legal del Estado sobre los recientes ordenes jurídicos concurrentes. La relación entre los distintos órdenes jurídicos depende de coyunturas sociales y jurídicas, todas ellas variables.

Cuando se habla de pluralismo jurídico, se está indicando la existencia de dos o más sistemas jurídicos dentro del territorio de un Estado, uno de los cuales es el sistema jurídico nacional y el otro u otros, a nuestros efectos, los de los pueblos indígenas.

Raquel Irigoyen Fajardo, define la pluralidad jurídica como” (...) la existencia simultánea – dentro del mismo espacio del Estado – de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales. (...) Señala como condición general de este pluralismo jurídico la pluralidad cultural”⁷.

5 HOOKER, M. B. *Legal Pluralism-An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*. Oxford: Oxford University Press, 1975, P. 02.

6 SIERRA, María Teresa y CHENAUT, Victoria. “*Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: Las corrientes anglosajonas*”, en *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Editor Esteban Krotz, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002, p. 153.

7 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “*Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia*”. En *Desfaciendo Entuertos*, edit. CEAS, Lima, 1995, p. 9.

En este sentido, López Bárcenas nos dice que “(...) por principio, hablar de pluralismo jurídico se justifica por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia”⁸.

Esta temática está vinculada a la presencia de grupos empobrecidos, comunidades indígenas, minorías étnicas y raciales dentro de los Estados, los cuales pertenecen a sectores desfavorecidos en términos políticos, sociales y económicos respecto del resto de los grupos sociales.

Tradicionalmente el derecho oficial, lejos de satisfacer las necesidades e intereses de estos grupos sociales, reproduce y legitima la situación de marginación y dominación antes mencionada.

Un claro ejemplo de la problemática en cuestión son las comunidades indígenas, quienes conciben al derecho oficial como una instancia ajena “... en la cual no se entiende la cultura originaria y no se aceptan sus valores y costumbres, como una jurisdicción cuyos jueces no tienen legitimidad social para resolver los conflictos internos de las comunidades. El idioma diferente, el lenguaje jurídico, el razonamiento extraño, el difícil acceso, los costos, los trámites ininteligibles que provocan desconfianza...”⁹.

Estas comunidades regulan sus relaciones a través de un sistema jurídico propio, legitimado socialmente y basado en la cosmovisión y pautas culturales grupales. Algunas de las características de este derecho son las siguientes¹⁰:

8 LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. “*El derecho indígena y la teoría del derecho*”. En *Memorias*. México, p. 283.

9 RAMÍREZ, Silvina. “*La diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario*”. En *Justicia Penal y comunidades indígenas*. Pena y Estado. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999, p.70.-

10 Resumen de las características mencionadas por Luis E. Francia Sánchez en el comentario al trabajo de Beatriz Kalinsky “*El juez y el cacique. Pluralidad jurídica y diálogo intercultural: el caso del derecho penal*” en: *Justicia, cultura y derecho penal*. Ed. Ad.Ho, Buenos Aires, 2000. p. 142.

- a. Se basa en la tradición oral, lo cual le proporciona un gran dinamismo y elasticidad.
- b. Participación efectiva de la población en la aplicación de sanciones.
- c. Aplicación de verdaderos principios jurídicos al caso concreto.
- d. Búsqueda de la resolución efectiva del problema más allá del caso presentado por los interesados.
- e. Aplicación de sanciones que resultan efectivas dentro del contexto del grupo, muchas de ellas con una fuerte carga moral.
- f. No se aplica pena de cárcel.
- g. No se victimiza al inculpado ni se le retira del trabajo ni de su familia.
- h. Atención a la víctima.
- i. Procedimientos rápidos, no costosos ni para el agraviado ni para el inculpado.

Es de notar, que este avance de la pluralidad jurídica posee vigencia, pues el Perú es un país pluricultural, plurilingüe y multiétnico. En el que, por consiguiente, hay también varios derechos o, por lo menos, distintos mecanismos alternativos o paralelos de resolución de conflictos. Tales como los medios naturales de justicia en las comunidades campesinas, en las rondas campesinas, en las comunidades de la Amazonía e incluso en los ámbitos populares urbanos.

En términos generales, el pluralismo jurídico implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas¹¹.

1.2.1. Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Cultural

En la Constitución de 1993 se supera la idea del siglo XIX del Estado-nación, en el sentido de que el Estado representa oficialmente la hegemonía cultural de un solo grupo étnico y una identidad cultural. En el art. 2º, inciso 19 se asume la configuración pluricultural de la nación, abandonando la definición monocultural, y se establece una nueva relación entre Estado y nación; de este modo se supera el modelo político integracionista que seguía

11 BORELLO, Raúl G. Ponencia: “Sobre el pluralismo jurídico”. XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Extraído de www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Borello.pdf. Disponible enero 20, 2014.

valorando la cultura hegemónica como “superior”, avanzada, “civilizada” y que, si bien respetaba algunos aspectos de las otras culturas, esencialmente mantenía un modelo paternalista. En este sentido, en la Constitución de 1979 establecía: “El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes” (art. 161 in fine), mientras que en la Constitución de 1993 se establece que “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas” (Art. 89)¹².

Como parte de este nuevo modelo pluralista, se instituye el derecho individual a la identidad diferenciada, y el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección del Estado. Textualmente, el art. 2 inciso 19 de la Constitución, establece: “Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”. En el marco del reconocimiento de la pluralidad cultural, el Estado garantiza derechos específicos a las comunidades indígenas/campesinas y respeta su identidad cultural. También reconoce el pluralismo lingüístico y el pluralismo legal.

1.2.2. Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Legal

La idea del monismo legal va aparejada a la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima y el modelo de división de poderes. Estas ideas, importadas en el s. XIX, fueron consagradas en las Cartas constitucionales latinoamericanas, las cuales establecen desde entonces que sólo los poderes del Estado producen derecho y ejercen coacción: El Legislativo (o el Ejecutivo por delegación) se instituye como la única instancia legitimada para producir normas generales vinculantes para todos los ciudadanos, el Poder Judicial para administrar justicia, y el Ejecutivo para organizar el orden. En consecuencia, los ciudadanos sólo pueden producir normas vinculantes entre ellos dentro del marco permitido por la ley. Y las costumbres sólo son admisibles a falta de ley y nunca en contra de ella. Las costumbres contra legem, incluso, pueden constituir delito. Desde este marco, el Estado no

12 A pesar de que la Constitución de 1933 supera la Constitución de 1979, se restringe el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales que consagraban las constituciones anteriores. Aparte, reduce el ámbito en el que los idiomas aborígenes son oficiales a las zonas en las que se hablan.

sólo no reconoció sino que criminalizó la existencia de sistemas normativos “paralelos” y el ejercicio de funciones de justicia que le disputaban dicho monopolio. La ley peruana solo ha permitido una fisura parcial a este principio al reconocer competencias de justicia a las comunidades nativas, pero para casos de menor cuantía en lo civil y de menor gravedad en lo penal¹³.

El monismo legal, a pesar de su falta de correspondencia con la realidad, ha sido una de las ideologías y posturas políticas más defendidas por la cultura jurídica. Su cuestionamiento, proveniente desde las concepciones del pluralismo legal y la teoría de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se ha intensificado en la última década. En el marco de procesos de reforma de la justicia, el Perú, como otros países latinoamericanos, ha reconocido legalmente diferentes mecanismos de solución alternativa a los conflictos, abandonando la idea del Estado como único árbitro del conflicto social. Sin embargo, estos mecanismos sólo están facultados para intervenir respecto de determinadas materias, cuantía, gravedad de hechos y ámbitos del derecho¹⁴.

La Constitución de 1993 quiebra el modelo de monismo legal al reconocer el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, consecuentemente con el reconocimiento de la pluralidad cultural de la nación, y sienta las bases de una institucionalidad pluricultural. La fórmula nacional está inspirada en la Constitución Colombiana de 1991. El texto del art. 149 es como sigue:

“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

13 Ley de Comunidades Nativas, D. Ley 20653 de 1974, reemplazado por el D. Ley 22175 de 1978. Al darse la Constitución de 1979 se ignoró esta regulación y se consagró la unidad y exclusividad del Poder Judicial en la administración de justicia.

14 Ver: Ley de Conciliación extrajudicial 26872 (13.11.97) y su Reglamento Decreto Supremo 001-98 JUS (14.01.98). Una compilación de normas que introducen mecanismos alternativos de resolución de conflictos se encuentra”. en: Ormachea, Iván: Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial. Lima: Ed. Cuzco e IPRECON, 1998.

El contenido de este artículo es bastante amplio y se complementa con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado en 1993), que también reconoce el derecho consuetudinario.

El *derecho consuetudinario* consiste en el sistema de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas. Es decir, el reconocimiento del derecho consuetudinario no consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los sujetos titulares de crear y darse sus normas así mismos.

Debemos precisar que la *Jurisdicción especial* constituye un fuero para las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas por el que sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales como son de conocer, juzgar, resolver conflictos, definir derechos y obligaciones concretas, ordenar restricciones de derechos ya sea como penas o medidas, ordenar la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños y perjuicios, la disposición de bienes. Esta jurisdicción no está obligada a seguir la legislación ordinaria sino que se rige por el derecho consuetudinario, sin afectar los derechos fundamentales de las personas.

1.3. Estado Plurinacional

1.3.1. Aspectos Generales

Irigoyen¹⁵ detalla el reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena en los tres ciclos de reformas constitucionales del horizonte del constitucionalismo pluralista en Latinoamérica, desde los años ochenta del siglo XX hasta la actualidad. Dicho reconocimiento comprende las autoridades, el derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales de los pueblos

15 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista, México: UNAM, 2012. Extraído de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3740>

indígenas, en el marco del reconocimiento de pueblos con igual dignidad y derechos, que no están sujetos a tutela colonial. La constitucionalización del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena pone en cuestión el monismo jurídico, esto es, la identidad Estado-derecho, y la monoculturalidad estatal, esto es, la identidad Estado-nación, ambos heredados del siglo XIX.

“El primer ciclo del constitucionalismo pluralista se da con la emergencia del multiculturalismo en los ochenta del siglo xx, pero sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico. El segundo ciclo de este horizonte, durante los noventa, se da luego de la adopción del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (1989), en el cual se reconoce el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico. El tercer ciclo del constitucionalismo pluralista se da luego de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Las constituyentes de dos Estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), asumen que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman un Estado plurinacional. En el marco de un proyecto descolonizador, reconocen la jurisdicción indígena y aspiran a un pluralismo jurídico igualitario. Este nuevo modelo supone retos enormes de adecuación normativa interna, implementación institucional y cambio en la cultura jurídica, que se mueve aún entre el monismo jurídico decimonónico y la pesada herencia colonial”¹⁶.

1.3.2. Constitucionalismo plurinacional

Está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se proponen el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no solo como culturas diversas sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación.

16 Ibídem.

Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, el que se conforma, así como un Estado plurinacional.

En ese sentido, al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que reconoce derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se elevan como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman.

Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la visión indígena, como el derecho al agua, al buen vivir, la seguridad alimentaria, entre otros; del mismo modo reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena.

Las constituciones del siglo XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad, en ese sentido, la Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece la paridad de representantes de la jurisdicción indígena y la ordinaria en la conformación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, las resistencias conservadoras a las que fueron sometidos los procesos de aprobación constitucional introdujeron una serie de limitaciones que ahora conviven con formulaciones pluralistas en el mismo seno del texto constitucional. Más limitaciones aún aparecen en la elaboración legislativa.

Veamos el cuadro de reconocimiento del pluralismo jurídico en el tercer ciclo del horizonte pluralista (2006-2009)¹⁷.

17 YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista, México: UNAM, 2012, pp. 184-186. Extraído de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3740>

	Ecuador 2008	Bolivia 2009
Modelo de Estado	<p>Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.</p>	<p>Art. 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, [...]</p> <p>Art. 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley. Art. 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, [...] 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.</p>

<p>Principios</p>	<p>Art. 83. [deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos]; 10. Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales.</p>	<p>Art. 9. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.</p> <p>Art. 178.I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de [...] pluralismo jurídico, interculturalidad [...].</p> <p>Art. 30.II. [Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos] 4. A la libre determinación y territorialidad.</p> <p>Art. 179.II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.</p>
<p>Autoridad autónoma en sus territorios</p>	<p>Art. 57. [derechos colectivos]</p> <p>9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.</p>	<p>Art. 304.I. [Competencias exclusivas de las autonomías]: 8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo con la Constitución y la ley.</p> <p>Art. 179.I. [...] la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; [...]</p>

<p>Jurisdicción indígena</p>	<p>Justicia indígena. Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.</p>	<p>Título III, cap. IV. Jurisdicción indígena originaria campesina. Art. 190.I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. [...]</p> <p>Art. 191.I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.</p> <p>II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:</p> <p>Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.</p> <p>Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.</p>
------------------------------	--	---

<p>Límites</p>	<p>Art. 21. [...] No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.</p> <p>Art. 57. [Derechos colectivos]: 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>Art. 190.II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.</p>
<p>Efectos</p>	<p>Art. 76. [el derecho al debido proceso incluirá las siguientes garantías básicas]: inc. 7,</p> <p>i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.</p>	<p>Art. 192.I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.</p> <p>Art. 192.II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.</p>
<p>Coordinación</p>	<p>171. [La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.]</p>	<p>Art. 192.III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.</p>

<p>Control constitucional</p>	<p>171 [Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.]</p>	<p>Art. 197.I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.</p> <p>Art. 199.I. [...] Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.</p>
<p>Que las estructuras sean parte del Estado</p>		<p>Art. 30.II.5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.</p> <p>Art. 182.VI. [...] Para la calificación de méritos [de magistradas y los magistrados] del Tribunal Supremo se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.</p> <p>Art. 199.II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.</p>

1.3.3. Derecho de los Pueblos Indígenas

1.3.3.1. El reconocimiento de los derechos indígenas en las constituciones latinoamericanas

En el proceso de organización y movilización de los pueblos indígenas y de los procesos de recuperación democrática verificados recientemente, la mayor parte de los Estados de la región ha ido introduciendo modificaciones en sus ordenamientos jurídicos, dando gradualmente aceptación, al menos en parte, a las demandas indígenas. Es así como Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1992), El Salvador (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 y 1998) y Venezuela (1999) han elevado a rango constitucional los derechos de los pueblos indígenas.

Otros países como Chile, si bien no consideran estos derechos en sus ordenamientos constitucionales, sí lo han hecho en su legislación (1993).

El carácter pluriétnico y pluricultural de las sociedades que la componen es recogido por diversos ordenamientos constitucionales. Así tenemos en Colombia (1991) “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Art. 7); en Perú (1993) “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (Art. 2 inc.19); Bolivia (1994) se reconoce como “...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...” (Art. 1); Ecuador (1998) se reconoce en términos similares como “...un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”.

La naturaleza colectiva de los “pueblos indígenas” es reconocida por Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Venezuela.

El reconocimiento de las costumbres jurídicas o del derecho consuetudinario indígena, tanto en el sistema jurídico estatal como a través de sistemas de jurisdicción indígena, es otro de los temas abordados por los ordenamientos constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, México y Perú. En general se reconoce el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a su costumbre o derecho consuetudinario, siempre que éste no sea contrario a la Constitución y las leyes y/o a los derechos fundamentales. Se subraya la necesidad de que la ley establezca las formas de coordinación de estas jurisdicciones especiales con el sistema jurídico estatal.

Otro de los aspectos de mayor desarrollo en los ordenamientos jurídicos antes referidos ha sido el de los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios). Tales derechos han sido especialmente reconocidos en las cartas fundamentales de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela. Muchos ordenamientos reconocen el derecho que los indígenas tienen a su regularización (a la demarcación en Brasil y Venezuela o el saneamiento en Bolivia) y a la protección de las tierras y/o territorios que habitan (inalienabilidad, inembargabilidad, entre otros derechos) en Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay y Venezuela entre otros. Algunos ordenamientos jurídicos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia,

Ecuador, Venezuela) reconocen además derechos de los pueblos indígenas (usufructo, consulta o beneficio) sobre los recursos naturales (renovables) que se hallan en sus tierras. Otros reconocen el derecho de los indígenas de acceder a la tierra cuando carezcan de ella (Argentina, Paraguay y Guatemala). Chile hace un reconocimiento similar en su legislación (1993). La mayoría de los países analizados reconocen, por último, en mayor o menor medida, los usos y costumbres de los indígenas en materia de tierras.

El derecho a la participación política es recogido por los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados de la región. Se reconocen derechos de participación especial de los indígenas en Colombia, cuya Constitución (1991) establece un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional indígena.

1.3.3.2. El reconocimiento del derecho indígena y su jurisdicción ante el derecho internacional

Con la adopción del Convenio 169 de la OIT en 1989, se originó un cambio significativo en las normas relacionadas con los pueblos indígenas. En América Latina se estableció, en algunas de sus constituciones, el reconocimiento multicultural del Estado y la Nación. En cierta medida los pueblos indígenas son reconocidos como sujetos colectivos de derechos, y también se estableció que ellos resuelvan sus conflictos a partir de sus propios mecanismos de solución dentro de sus territorios¹⁸ advirtiendo el pluralismo jurídico y sus sistemas de derecho¹⁹.

En relación con el respeto al derecho consuetudinario de los pueblos tribales, el Convenio 169 recomienda que exista sensibilidad respecto a las costumbres de las sociedades indígenas; sin embargo, “esos derechos no pueden ser contrarios a los derechos del sistema jurídico nacional, ni de los

18 YRIGOYEN FAJARDO Raquel, “Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafio da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina”, en Ricardo Verdum (Coord.). *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília, IES, 2009. p. 21.

19 CÓNDOR CHUQUIRUNA, Eddie (Coord.). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima [Perú], Comisión Andina de Juristas, 2009, p.9.

derechos humanos internacionalmente reconocidos”. En este sentido perdura cierta contradicción por cuanto que al mismo tiempo que se reconoce la pluralidad de prácticas existentes, la Convención no admite que estas sean contrarias a los derechos humanos.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales también menciona las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas, pero siempre estableciendo un vínculo con el derecho a la libre determinación.

Los artículos 3 y 4 de la Declaración se refieren al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, que delegan su derecho a determinar libremente su condición política y decidir por su desarrollo económico, social y cultural, en un marco de autonomía y autogobierno, en cuestiones relacionadas con los asuntos internos y locales, así como la de lograr medios económicos para disponer y financiar sus funciones autónomas. Sin embargo, estos derechos se ejercerán de conformidad con el derecho internacional.

El artículo 5 hace una conexión con los derechos relativos a mantener y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Más adelante la Declaración, en su artículo 33, asigna el derecho a determinar su propia identidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos. Por su parte, el “artículo 34, permite a los pueblos indígenas “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus [...] procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Y el artículo 13 se refiere a la obligación de los Estados para garantizar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en su propia lengua, en toda acción política, jurídica y administrativa, proporcionando, si es necesario, intérpretes u otros medios similares.

Los tratados y convenciones internacionales han influido la legislación interna de los estados latinoamericanos. El primer país en reconocer el plura-

lismo jurídico y otorgar facultades jurisdiccionales a los pueblos indígenas fue Colombia (1991), después Perú, (1993), enseguida Bolivia (1994, 2003 y 2009), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Más adelante las constituciones de Paraguay (1992) y de México (1992), que también reconocieron con ciertas variantes los derechos de referencia y el pluralismo jurídico²⁰. Pero, Ecuador y Bolivia realizaron reformas integrales relacionadas con la diversidad étnica y el pluralismo jurídico²¹.

1.3.3.3. Demanda de los Pueblos Indígenas

Stavenhagen²² identifica en este segundo ámbito, el de los derechos colectivos, las siguientes demandas centrales de los pueblos indígenas:

1. **El derecho a la autodefinición y a un status legal.** Sostiene que la definición del status legal de los indígenas ha sido hasta ahora una prerrogativa unilateral de los gobiernos y que las organizaciones indígenas cuestionan esta tradición y reclaman el derecho a la auto identificación, no tan sólo como una elección individual, sino además como un reconocimiento grupal y de identidad colectiva.
2. **Derecho a la tierra y al territorio.** La lucha por la tierra y los derechos agrarios ha estado en la base de los intentos de los indígenas por organizarse. La protección jurídica de la tierra, así como de los recursos naturales que hay en ellos (aguas, bosques, fauna, etc.), los que son considerados esencialmente como recursos colectivos, constituyen demandas centrales de los pueblos indígenas en muchos países de la región y explican conflictos sociales que les involucran.
3. **La identidad cultural.** Luego de un largo período de negación cultural, y en el contexto de un proceso de renacimiento cultural consciente fomentado por las elites indígenas y militantes, los pueblos indígenas hoy reclaman el reconocimiento y desarrollo de su propia identidad cultural,

20 En Brasil no existe formalmente el reconocimiento constitucional al derecho consuetudinario indígena.

21 CÓNDROR CHUQUIRUNA, Eddie (Coord.). op.cit., p. 9.

22 STAVENHAGEN, Rodolfo, Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2000.

la que incluye lenguas, tradiciones y manifestaciones culturales indígenas en general. Como producto de estas demandas y de la reevaluación de las políticas indigenistas, algunos gobiernos aplican hoy programas de educación bilingüe.

- 4. Organización social y costumbre jurídica.** Dado que el desconocimiento de la organización social local y de la costumbre jurídica por parte del sistema jurídico estatal y de la administración pública contribuye al debilitamiento y desaparición potencial de sus culturas, muchas organizaciones indígenas han planteado como objetivo su reconocimiento formal. Se demanda el reconocimiento de las formas tradicionales de autoridad local, de los mecanismos para la resolución de conflictos, de las prácticas relativas a la herencia y el patrimonio, y de los patrones de uso de la tierra y los recursos comunales. Se trata de demandas que persiguen un mayor grado de participación política de los pueblos indígenas.
- 5. Participación política.** Finalmente, los pueblos indígenas no sólo reclaman representación política en las instituciones gubernamentales (consejos municipales, legislaturas estatales, congresos nacionales), sino también tratan de obtener el derecho a la libre determinación (reconocido en el derecho internacional), que se expresa a través de la autonomía y el autogobierno local y regional.

2.- BENEFICIOS QUE APORTA LA PROPUESTA

El reconocimiento Constitucional del Estado Plurinacional en nuestro país permitirá la tutela efectiva de derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en la siguiente medida:

2.1. A nivel de la consulta y Participación de los Pueblos Indígenas **Consulta**

Al igual que Bolivia y Ecuador que han iniciado un nuevo proceso político con la implementación de la participación ciudadana que se expresa en las actuales constituciones y sus leyes conexas, y que fueron producto de la movilización de distintos actores sociales y en especial del movimiento indígena-campesino.

Se presenta la necesidad de extender los espacios democráticos y de ampliar la participación ciudadana. Su enfoque deber ser comunitarista, “en esta perspectiva la sociedad civil alude a la integración y articulación de las fuerzas sociales por oposición a la sociedad mercantil y fragmentada”²³.

“...la consulta, cuando es diálogo que tiene que ver con la participación de la comunidad en la labora del proyecto, también supone que los actores sociales que anteriormente no tenían voz en el proceso, como, por ejemplo, las mujeres campesinas y los grupos indígenas, participarán activamente en las conversaciones relativas a la identificación, la concepción, el análisis, la implementación, el control y la evaluación de los proyectos que los afectarán. La comunidad ya no es simplemente meta o el objeto del desarrollo sino también un sujeto activo en el proceso”²⁴.

Cumpliendo en Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales corresponderá a nuestro gobierno realizar verdaderas consultas en las que los Pueblos Indígenas tengan el derecho de expresar sus puntos de vista, en tal sentido el Estado Plurinacional al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán (Art. 6°) a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

Asimismo, las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

23 LECHNER, Norbert. *La problemática invocación de la sociedad civil*. En: Revista Foro Nacional por Colombia Bogotá D.C., Colombia: Fundación Foro Nacional por Colombia. 198 7, Año 1994, n.28, p.134.

24 SCHWARTZ, Norman y DERUYTTERE, Anne. “*Consulta comunitaria, desarrollo sostenible y Banco Interamericano de Desarrollo*”. Washington D.C.- Estados Unidos, 1996, p. 5.

Las consultas deben emprenderse con organizaciones o instituciones genuinamente representativas que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades indígenas interesadas. Par que esto se concrete:

“...la única forma de identificar a los interesados, a los subgrupos y a las relaciones entre los interesados del proyecto mediante la investigación sociocultural sobre el terreno antes de iniciar éste. El análisis sociocultural puede ayudar a verificar que el concepto de un proyecto ha sido comunicado a los grupos afectados en el momento en que se identificó el proyecto; determinar quiénes pueden verse afectados; verificar que las personas afectadas han podido expresar sus inquietudes y que éstas han tenido en cuenta e identificar canales más apropiados para comunicarse con los distintos tipos de interesados”²⁵.

Participación

Por otro lado, tenemos la garantía de la participación efectiva de los Pueblos Indígenas, el cual es ampliamente reconocida, dentro de un Estado Plurinacional, como un mecanismo indispensable para el logro de los objetivos de desarrollo; para ello requiere que el gobierno establezca los medios que permita a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas. (Art. 6 del convenio 169 de la OIT).

La consulta comunitaria es un preludeo o una condición previa para la participación efectiva de los Pueblos Indígenas; que involucra a la comunidad en todas las etapas de los Programas de desarrollo que aquejen a la comunidad y el control compartido de todas las etapas; por ejemplo en el contexto de la regulación, diseño e implementación de actividades mineras en la Amazonía, los objetivos de la participación pueden comprender: asegurar el desarrollo nacional; promover el desarrollo sostenible; reconocer y proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas sobre los territorios, recursos naturales y al desarrollo, así como sus actividades, economías y culturas; conservar la biodiversidad biológica; asegurar el uso sostenible de los recursos naturales; mejorar la calidad de vida de la población amazónica; promover el uso de los conocimientos colectivos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas; entre otros derechos.

25 SCHWARTZ, Norman y DERUYTTERE, Anne. Op.cit. p. 13.

2.2. A nivel de la Administración de Justicia

El Estado Plurinacional, en concordancia con el Convenio N° 169 de la OIT garantiza que los miembros de los Pueblos Indígenas deben ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

En referencia a la Administración de Justicia el Convenio N° 169 consagra los siguientes derechos²⁶:

1) Que las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberá tener en cuenta las costumbres sobre los pueblos indígenas.

El cumplimiento de este derecho comprende:

a) Derecho a la identidad étnica y cultural

Tal como establece el art. 2º, inc. 19 de la Constitución toda persona tiene derecho “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

El cumplimiento del respeto de la pluralidad étnica y cultural de los pueblos indígenas debe llevar *no solo a garantizar el reconocimiento de la jurisdicción especial sino también mejorar la eficacia en la aplicación de la Institución Penal del Error de comprensión culturalmente condicionado* establecido en el Artículo 15 del Código Penal; el cual debe permitir amenguar o eximir de una pena, si se comprueba que el procesado corresponde a un Pueblo Indígena (comunidad campesina o nativa), espacio donde los patrones culturales consideran la realización de una conducta legítima dentro de dicho pueblo, pero tipificado como delito la legislación ordinaria.

b) Derecho al Pluralismo Jurídico

El Estado plurinacional garantiza un auténtico Pluralismo Jurídico y rechaza el monismo jurídico; en tal sentido, brinda especial atención en el derecho consuetudinario de los Pueblos indígenas que rescata

26 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes*. Lima, 2003, pp. 35-46.

la identidad étnica y cultural; teniendo en consideración la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores propios de la etnia. Es de precisar que la vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de las culturas indígenas.

El Pluralismo Jurídico debe ser enfocada desde una mirada científica, que desafía el paradigma la ciencia jurídica tradicional (positivista), que ya no es apto para dar cuenta de las muy diversas maneras en que se ejerce el poder, en estos tiempos que algunos ven como posmodernidad y otros como una etapa final del capitalismo.

“La declaración constitucional sobre la diversidad étnica y cultural, y del pluralismo jurídico en particular, representa la ruptura con aquellos que imponían etnocéntricamente la preminencia de un solo sistema jurídico nacional y la no valoración de los derechos comparativamente distintos”²⁷.

Finalmente, es de notar que “La antropología Jurídica ha demostrado que la normatividad tradicional indígena llamada “derecho consuetudinario” es una institución medular que permitirá ejercer autonomía, reafirmar los valores culturales y el sistema de autoridades de estos pueblos peruanos”²⁸.

2) Que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; y debe darse la preferencia a medidas distintas a la privación de libertad.

La privación de libertad en un establecimiento penitenciario produce efectos negativos en los miembros de las comunidades indígenas, en

27 JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y SÁNCHEZ BOTERO, Esther. “*La jurisdicción especial indígena*”. Procuraduría General de la nación, santa Fe de Bogotá-Colombia, 2000, p. 63.

28 MESA NACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO. “Propuesta de reforma constitucional en materia de pueblos indígenas y comunidades”, Lima, Perú, 2002, p. 14.

vista que *los aleja de su entorno y vínculo familiar*, por los gastos que ocasionarían el traslado de sus familiares; además *se les priva del acceso a los medios adecuados para su subsistencia* en vista que se encontrarán en condición de precariedad para la satisfacción de sus necesidades; finalmente, porque *se les disocia y aparta de su entorno cultural* caracterizado por la violencia, en donde se ve afectado su integridad física y/o psicológica.

Un Estado Plurinacional garantiza un pluralismo jurídico, respetando la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas; consiguientemente, las penas limitativas de derechos a los miembros de los pueblos indígenas serían en últimas instancias.

3) Que deben tomarse medidas para garantizar que los miembros de los pueblos indígenas, puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

a) Derecho al intérprete

Considerando que la lengua es un elemento característico de los pueblos indígenas, la negación de emplear su propia lengua materna vulnera su derecho a la identidad étnica y cultural; además que constituye una discriminación y trato desigual hacia el ciudadano.

El Estado plurinacional garantiza el ejercicio del derecho a usar la propia lengua materna como medio de defensa de la persona; en efecto el intérprete es importante tanto para que conozca lo que señala el tribunal; así como el contenido de los documentos o pruebas escritas que se pueden presentar. Este derecho tiene como objetivo que la persona conozca y entienda los argumentos de la parte acusadora, así como el que pueda presentar argumentos de defensa, su interpretación sobre los hechos y conocer el derecho que le está aplicando.

b) Derecho a la presunción de inocencia

Todo inculpado tiene derecho a la presunción de inocencia. Cuando el inculpado es una persona indígena, las autoridades deben solicitar que se elabore un pericia antropológica que les permita determinar si

la persona actúo bajo un condicionamiento cultural; de este modo el Juez podría expedir una sentencia contra una persona indígena debidamente motivada, tal como exige la norma constitucional.

El Estado plurinacional, cumpliendo los Artículos 8 y del Convenio N° 169 de la OIT, en concordancia con el Art. 15 del Código Penal, establecen que la autoridad jurisdiccional debe tener en cuenta la cultura y la costumbre de los procesados; así como ordenar el peritaje antropológico para conocer si la conducta de la persona indígena se encuentra comprendida en los alcances del Erro de Comprensión Culturalmente Condicionado.

“El indígena acusado va al encuentro de un mundo que utiliza un lenguaje que el ignora, que aplica una ley que el desconoce, que juzga sobre unos hechos que sucedieron en un lugar y en un contexto étnico que el juez normalmente no conoce ni investiga”²⁹.

2.2.1. A nivel de las tierras, territorios y Recursos Naturales

Partimos de la premisa que:

“Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tal y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y culturas. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras tiene muchas implicaciones profundas, además, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse, sino un elemento material del que debe gozarse libremente”³⁰.

En la concepción del indígena la tierra no es simplemente un objeto de posesión y producción, menos de compraventa. Para los pueblos indígenas, la tierra y el territorio se vinculan al colectivo humano. La propiedad de la tierra vista desde nuestro ordenamiento civil tiene carácter individual; pero para los pueblos indígenas es un derecho colectivo.

29 GÓMEZ, Magdalena. “La Defensoría Jurídica de presos indígenas”. En: Diego Iturralde y Rodolfo Stavenhagen. *Entre la Ley y la Costumbre*, 1990, pp. 373 y siguientes.

30 DAES, Erika Irene. “Los Derechos Humanos de las Poblaciones indígenas. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra”. Comisión de Derechos Humanos-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Para los pueblos indígenas la seguridad sobre sus territorios es fundamental para su vida.

“...para el pueblo la dimensión geográfica (de su territorio) sí es parte vital para su capacidad de reproducir sus condiciones de vida y que tal “extensión geográfica” no debe concebirse como “las fronteras jurídicas” del derecho de propiedad, sino como las condiciones socioculturales que le permiten a un grupo humano su pervivencia”³¹.

Por lo indicado, la supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas están estrechamente unidos a la suerte de sus territorios, no solo por su importancia material, sino porque constituyen la base indisoluble de su vida espiritual y social³².

Por tanto, el reconocimiento **Constitucional del Estado Plurinacional, establecerá**, cumpliendo el art. 2° inciso 2 del convenio N°169 de la OIT, que el Estado debe procurar medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; además, pondrá énfasis en el vínculo existente entre pueblo indígena y territorio.

El Estado peruano plurinacional debe tener en cuenta la **relación estrecha entre pueblo indígena y territorio**, estableciendo para ello:

- El deber del gobierno de respetar la importancia especial que, para los pueblos, sus culturas y valores espirituales reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan.
 - El deber de los gobiernos de respetar los aspectos colectivos de la relación indicada anteriormente.
- Además, los gobiernos de nuestro país tienen que respetar:
- El derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Este deber se debe concretizar con el otorgamiento de

31 BALLÓN AGUIRRE, Francisco. “Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas”, Lima-Perú, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 14.

32 LUNA PINEDA, Fabiola. Participación de las comunidades nativas en el Desarrollo Nacional” En: Desarrollo y participación de las comunidades nativas: Retos y posibilidades. Defensoría del Pueblo y Centro amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, Lima-Perú, 1997, p. 21.

títulos de propiedad, en la resolución de conflictos de linderamiento en la que participen activamente los miembros de los pueblos indígenas a través del proceso de consulta.

- El derecho de utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, en las que tuvieron acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Por otro lado, respecto a la protección de los recursos naturales de los pueblos indígenas, el Estado debe tomar en cuenta la relación entre tierra-recursos naturales como una unidad. Cumpliendo el Convenio N° 169 de la OIT el gobierno debe disponer:

- La protección de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras.
- El derecho de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
- Que, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, debe establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los miembros de los pueblos indígenas para determinar si los intereses económicos, espirituales, culturales y sociales de los pueblos serían perjudicados o afectados y en qué medida.

Además, al realizarse actividades de prospección o explotación de los recursos mineros o petroleros o gas, los miembros de los pueblos indígenas tienen que ser reconocidos en los siguientes derechos:

- A participar siempre que sea posible en los beneficios que originen las actividades desarrolladas.
- A percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades emprendidas.

2.2.2. A nivel de la Salud

El derecho a la salud es aquel que permite a la persona exigir a los órganos del Estado que establezcan las condiciones adecuadas para que pueda alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social y garantice el mantenimiento de esas condiciones. La salud es fundamental para todas las personas.

Cuando nos referimos a la salud de los pueblos indígenas, debemos mencionar la precariedad en la que se encuentran: El grado de pobreza en la que viven, haciéndolos dependientes de los servicios de salud brindados por el Estado; el deficiente servicio brindado por el Estado, ligado a una pésima infraestructura y escasez de médicos y personal de salud; el uso de lenguas distintas que no les permite comunicarse con el personal de salud; la discriminación (desvalorización) de las prácticas de la medicina ancestral; entre otros.

- Por lo indicado el *reconocimiento del Estado Plurinacional en nuestra constitución permitirá*:
- Poner a disposición de los pueblos indígenas necesitados servicios de salud eficientes y los medios adecuados que les posibiliten organizar y prestar tales servicios.
- La organización de los servicios de salud en el ámbito comunitario requerido; tomando en cuenta un modelo de salud intercultural.
- Preferencia en la formación y empleo de personal sanitario de la comunidad local para el sistema de asistencia sanitaria.
- La prestación de servicios de salud deberá coordinar con los demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país; vale decir que las medidas dispuestas por el Estado tengan como objetivo optimizar el sistema de salud para los miembros de los pueblos indígenas, en vista que los factores determinantes de la salud de los pobladores indígenas son de carácter socio cultural, económico, ambiental y político.

2.2.3. A nivel de la Educación

El derecho a la educación, como derecho social, es prioritario de las personas porque les posibilita un mayor desarrollo intelectual y espiritual, aportando asimismo conocimientos y habilidades con la finalidad de mejorar sus posibilidades dentro de la sociedad, comprende: el acceso a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, el buen nivel y calidad y las condiciones en que se da la enseñanza.

En relación a la educación de los pueblos indígenas, cumpliendo el convenio N° 169, el Estado plurinacional debe garantizar³³:

33 COMENTARIOS AL CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES. Op, cit. pp. 66-76.

- La educación en todos los niveles en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.
- Los programas y servicios educativos destinados a los pueblos indígenas los cuales deben responder a sus necesidades particulares y comprender su cultura; es decir debe fomentar la inclusión del acervo cultural indígena.
- La participación de los miembros de los pueblos indígenas en la formulación y ejecución de programas educativos; reconociendo el papel que le corresponde a las comunidades indígenas, su autonomía y su derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.
- Reconocimiento del derecho de los miembros de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación; conforme lo establece el convenio N° 169 de la OIT.
- Reconocimiento de la educación en su propia lengua: Educación bilingüe intercultural.
- Adecuación de medidas para el dominio de la lengua oficial del país.
- El objetivo de la educación de los niños de los pueblos indígenas deberá ser impartirles conocimientos y aptitudes que le ayuden a participar plenamente.
- Adopción de medidas que den a conocer los derechos y obligaciones a los pueblos indígenas.
- Adopción de medidas educativas en todos los sectores de la comunidad nacional para la eliminación de prejuicios.

CONCLUSIONES

1. El análisis e interpretación de la Doctrina, legislación y jurisprudencia nacional y del derecho comparado, particularmente la boliviana y ecuatoriana nos permiten afirmar que el reconocimiento de un Estado plurinacional en nuestra constitución permitiría el reconocimiento, consagración y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas garantizando de este modo su tutela efectiva que vienen reclamando como parte de su reivindicación.
2. Los estudios antropológicos, históricos y sociológicos en general no permiten afirmar que el Perú históricamente es un país plurilingüe, multi-

cultural y multiétnico en donde viven y se desarrollan un considerable grupo de pueblos indígenas que exigen ser atendidos en sus derechos políticos, culturales, económicos y sociales, constituyendo el Estado Plurinacional una vía de su reconocimiento Constitucional efectivo.

3. Los diferentes instrumentos legales internacionales de derechos humanos que protegen a los pueblos indígenas y originarios, particularmente el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo; además, de la dogmática constitucional y las garantías de ejecución y procedimientos de implementación puestas en práctica en el Estado plurinacional de Bolivia y Ecuador sirven de fundamentos normativos que justifican la instauración del Estado Plurinacional como reconocimiento Constitucional en nuestro país y garantía de tutela de los Derechos de los Pueblos Indígenas: consulta previa, pluralismo jurídico, incorporación en la Políticas Públicas, respeto de las propiedades colectivas, recursos naturales que les corresponde, servicios adecuados de salud y educación.
4. El Estado Plurinacional se caracteriza por reconocer a los pueblos indígenas como actores y sujetos de derechos colectivos y que son incorporarlos como tales en la nueva estructura del Estado a nivel constitucional. Los derechos colectivos están establecidos en instrumentos jurídicos internacionales ratificados por Perú y que se encuentran vigentes, haciendo referencia así al Convenio 169 de la OIT.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALLÓN AGUIRRE, Francisco. “*Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*”, Lima-Perú, Defensoría del Pueblo, 2002.
- BORELLO, Raúl G. Ponencia: “*Sobre el pluralismo jurídico*”. XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Extraído de www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Borello.pdf. Disponible enero 20, 2014.
- CERD. *Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial*. Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH, marzo de 1999.
- CÓNDOR CHUQUIRUNA, Eddie (Coord.). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: estudio de*

- casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima [Perú], Comisión Andina de Juristas, 2009.
- DAES, Erika Irene. “*Los Derechos Humanos de las Poblaciones indígenas. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*”. Comisión de Derechos Humanos-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
 - DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes*. Lima, 2003.
 - DÍAZ-POLANCO, Héctor (Comp.). *Etnia y Nación en América Latina*. México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1995.
 - GÓMEZ, Magdalena. “*La Defensoría Jurídica de presos indígenas*”. En: Diego Iturralde y Rodolfo Stavenhagen. *Entre la Ley y la Costumbre*, 1990.
 - HOOKER, M. B. *Legal Pluralism-An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
 - JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y SÁNCHEZ BOTERO, Esther. “*La jurisdicción especial indígena*”. Procuraduría General de la nación, santa Fe de Bogotá-Colombia, 2000.
 - LECHNER, Norbert. *La problemática invocación de la sociedad civil*. En: Revista Foro Nacional por Colombia Bogotá D.C., Colombia: Fundación Foro Nacional por Colombia. 1987, Año 1994, N.28.
 - LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. “*El derecho indígena y la teoría del derecho*”. En Memorias. México, 1999.
 - LUNA PINEDA, Fabiola. “*Participación de las comunidades nativas en el Desarrollo Nacional*” En: *Desarrollo y participación de las comunidades nativas: Retos y posibilidades*. Lima, Defensoría del Pueblo y Centro amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 1997.
 - MESA NACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO. “*Propuesta de reforma constitucional en materia de pueblos indígenas y comunidades*”, Lima, Perú, 2002.
 - ORMACHEA, Iván. *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*. Lima: Ed. Cuzco e IPRECON, 1998.
 - RAMÍREZ, Silvina. “*Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*”. En: <http://www.indigenas.bioetica.org/DOCTRINA-Ramirez.pdf>. Consultado Julio 20, 2016.

- RAMIREZ, Silvina. “*La diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario*”. En Justicia Penal y comunidades indígenas. Pena y Estado. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999.
- SCHWARTZ, Norman y DERUYTTERE, Anne. “*Consulta comunitaria, desarrollo sostenible y Banco Interamericano de Desarrollo*”. Washington D.C.- Estados Unidos, 1996.
- SIERRA, María Teresa y CHENAUT, Victoria. “*Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: Las corrientes anglosajonas*”, en Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, Editor Esteban Krotz, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pluralismo y Sistemas Nacional de Justicia, Proyecto Justicia y Multiculturalidad*, elaborado para la Misión de Naciones Unidas para Guatemala, 1997.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos*. México, 2000.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “*Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia*”. En Desfaciendo Entuertos, edit. CEAS, Lima, 1995.
- YRIGOYEN FAJARDO Raquel, “Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafio da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina”, en Ricardo Verdum (Coord.). Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília, IES, 2009.

**ARTÍCULOS
EXTRANJEROS**

Constitución y fenómeno religioso: Algunas consideraciones sobre el modelo español en el contexto europeo

Francisco Javier Díaz Revorio*

*Colaborador extranjero con la
Revista de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: *1.- Planteamiento. 2.- La clasificación tradicional de los modelos de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas. 3.- Un breve análisis dinámico de los sistemas más representativos de la Unión Europea. 3.1. Francia. 3.2. Italia. 3.3. Alemania. 3.4. Reino Unido. 4.- Constitución y fenómeno religioso en el sistema constitucional español. 4.1. Marco histórico. 4.2. Preceptos constitucionales de referencias. 4.3. Los principios constitucionales aplicables a la relación entre Estado y confesiones religiosas y su interpretación. 4.4. El desarrollo del principio de cooperación en la legislación y en los acuerdos con las confesiones. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Catedrático de Derecho Constitucional. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha - Toledo.

RESUMEN

Las clasificaciones más habituales de los modelos de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, o de modos de afrontar constitucionalmente el fenómeno religioso, suelen ignorar la necesidad de abordar una perspectiva dinámica. Sin embargo, un enfoque de este tipo es necesario para considerar la evolución de los distintos modelos. En el ámbito europeo, este trabajo repasa con esta perspectiva las principales características del sistema francés, alemán, italiano e inglés, poniendo de relieve la evolución y tendencias de cada uno de ellos, que en casi todos los casos apuntan al principio de colaboración. En este contexto se lleva a cabo una aproximación al sistema constitucional español, partiendo de las consecuencias que derivan del Estado social y democrático de Derecho y de la obligación de los poderes públicos de hacer efectivas todas las libertades, incluyendo la libertad religiosa. A partir de aquí se consideran los principios derivados del artículo 16 de la Constitución española, y en especial los de no confesionalidad (y su corolario de neutralidad) y colaboración con las confesiones religiosas, considerando el desarrollo que de los mismos han llevado a cabo la ley y los acuerdos, las especialidades en el tratamiento de la Iglesia católica, y las posibilidades existentes.

ABSTRACT

The most common classifications of models of relations between the State and religious faiths, or modes of constitutionally facing the religious phenomenon, often ignore the need of addressing a dynamic perspective. However, such an approach is necessary to consider the evolution of the different models. In Europe, this paper reviews from this perspective the main system features French, German, Italian and English, highlighting the evolution and trends of each of them, which in most cases point to the principle of cooperation. In this context, performs a Spanish constitutional system approach, based on the consequences deriving from Social and Democratic State of Law and the obligation of public authorities to give effect to all freedoms, including religious freedom. We consider the principles deriving from article 16 of the Spanish Constitution, and especially those of non-denominational (and its corollary of neutrality) and collaboration with the religious confessions, considering the development of them carried out by the law and agreements, the specialties in the treatment of the Catholic Church, and the existing possibilities.

Palabras Claves

Libertad religiosa, colaboración, no confesionalidad, neutralidad, laicidad, laicismo, Iglesia católica, confesiones religiosas.

Key Words

Freedom of religion, cooperation, non-denominational, neutrality, laical, laicism, Catholic Church, faiths.

1.- PLANTEAMIENTO

El propósito del presente trabajo no podría ser el desarrollo de un análisis exhaustivo de la regulación del fenómeno religioso en los distintos países europeos, o más en particular en España, pues un objeto así delimitado resultaría inabarcable por su amplitud para una obra de las características y extensión de la presente. Y, por lo demás, existe abundante bibliografía en el Derecho Eclesiástico –e incluso en el Derecho Constitucional- sobre esta materia.

La perspectiva de este estudio es en parte diferente, pues no se busca ese comentario completo y detallado, ni en lo relativo a los sistemas elegidos ni en cuanto a la regulación de cada uno de ellos; sino más una visión general y dinámica, que partiendo de algunos de los modelos más conocidos, permita realizar una modesta aportación en la respuesta a los siguientes retos y objetivos:

1. Revisar la clasificación tradicional de los modelos de relaciones entre Estado y confesiones religiosas, partiendo de una perspectiva dinámica, que tenga en cuenta las tendencias actuales de los sistemas más representativos.
2. Determinar, si es posible, los principios y características generales relativas al tratamiento de la libertad religiosa y del fenómeno religioso, que se derivan de los parámetros del actual constitucionalismo social y democrático.
3. Apuntar brevemente, en el marco del contexto comparado, cuáles son las características esenciales del tratamiento del fenómeno religioso en el sistema constitucional español, lo que implica, por un lado, definir

los perfiles generales del modelo español –siempre desde la perspectiva constitucional-; y, por otro, precisar cuál es el marco que el legislador debe respetar en cualquier regulación jurídica del mismo.

A estos objetivos se dedicarán las siguientes páginas, reiterando la imposibilidad de llevar a cabo un examen exhaustivo de los temas apuntados.

2.- LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LOS MODELOS DE RELACIONES ENTRE ESTADO Y CONFESIONES RELIGIOSAS

Una aproximación actual al tema de las relaciones entre el poder político y las confesiones religiosas desde la perspectiva constitucional puede limitarse a los sistemas que reconocen la libertad religiosa, pues esta es hoy un principio irrenunciable en el constitucionalismo, reconocida como derecho fundamental en todos los sistemas occidentales. En efecto, tras las luchas religiosas y la intolerancia que caracterizan la Edad Moderna, la libertad religiosa (y más en general la de pensamiento) se verán reconocidas como derechos humanos a raíz a la independencia de las colonias norteamericanas y de la Revolución francesa: Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Desde entonces, el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa (específicamente o como parte del derecho a la libertad de pensamiento o de conciencia) es común a la mayor parte de los sistemas constitucionales occidentales. Hoy, además, la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa se recogen también en la mayoría de los textos internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 18; Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18).

La libertad religiosa conlleva, además de su vertiente interna, una vertiente externa¹, que permite a las personas, además de profesar la religión que prefieran, o ninguna, y cambiar de religión, vivir de conformidad a sus creencias

1 He desarrollado más ampliamente el tema en mi trabajo DÍAZ REVORIO, F. Javier *La libertad de ideología y religión*, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 1, 1997.

religiosas y practicar los ritos y ceremonias de su religión, así como agruparse con otras de sus mismas creencias. Una consecuencia necesaria de la libertad religiosa es, por tanto, el pluralismo de confesiones religiosas en una sociedad determinada. Si se respeta el contenido esencial de esa libertad, ninguna confesión puede estar excluida o prohibida, todas pueden llevar a cabo su actividad dentro de los límites justificados previstos en el ordenamiento, y el Estado ha de mantener una posición de neutralidad ante ellas. Estas han de ser, por tanto, características presentes en cualquier sistema constitucional de regulación del fenómeno religioso. Y, en efecto, cabe señalar que en el ámbito occidental² la mayor parte de los ordenamientos actuales parten de esas características comunes: libertad religiosa, neutralidad del Estado ante las confesiones religiosas.

Sin embargo, dentro del respeto a esos principios que pueden considerarse irrenunciables, caben todavía diversos sistemas, según el tipo o intensidad de la relación entre el poder público y las confesiones religiosas, o más en general según la actitud del poder público hacia el fenómeno religioso. Por otro lado, algunos sistemas, respetando los dos principios antes mencionados, mantienen todavía la proclamación, con carácter más simbólico que efectivo (si tuviera significado material, sería incompatible con la neutralidad del estado), de una religión con oficial o especialmente vinculada al Estado. Estas circunstancias dan lugar a distintos sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas. Aunque la terminología varía, la clasificación más habitual es la siguiente³:

-
- 2 Dejamos a un lado en este trabajo otros sistemas como los musulmanes, que a su vez presentan diversas características, pero que incluso cuando se reconoce la libertad religiosa, suelen tener en común la falta de neutralidad del poder público ante las distintas confesiones religiosas. Véase sobre este tema, por ejemplo, el magnífico trabajo de CATALÁ RUBIO, Santiago, *El derecho de libertad religiosa en el Gran Magreb*, Comares, Granada, 2010.
 - 3 Con diversas variantes terminológicas, o en ocasiones simplificando la clasificación para distinguir solamente entre laicismo y laicidad, laicismo y no confesionalidad, o laicidad estricta (laicismo) y laicidad positiva o inclusiva, la clasificación que vamos a exponer es ampliamente admitida y utilizada en la doctrina. A título de muestra, puede verse PORRAS NADALES, José María, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 115 ss.; OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo, *Laicidad y libertad de religión*, Isolma, San José de Costa Rica, 2011, págs. 147 ss.; VALERO HEREDIA, Ana María, *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, págs. 126 ss.

- 1) Modelos de laicidad pura o estricta, a veces denominados también de “laicismo” para distinguirlos del siguiente grupo⁴. Se caracterizan por la separación total entre confesiones y Estado, con total neutralidad del Estado que no se implica ni interviene en materia religiosa, mostrando incluso indiferencia ante el hecho religioso. Suele señalarse el modelo francés como ejemplo paradigmático de este grupo, aunque también podría apuntarse el modelo español de la segunda República o, ya fuera del ámbito europeo, el modelo mexicano tras la revolución de 1917. Se trata, en general, de países de tradición católica y en los que la Iglesia ha tenido un gran peso en la vida social y política que, tras una revolución o el inicio de un nuevo régimen ó etapa policia, tratan de eliminar radicalmente esa influencia con un sistema de separación tajante entre el poder público y el fenómeno religioso.

- 2) Modelos de laicidad activa, positiva o cooperativa, habitualmente denominados también de “no confesionalidad”, lo que evita confusiones terminológicas con el grupo anterior. Comparten, desde luego, los principios de libertad religiosa y de neutralidad del Estado, en este caso el Estado mantiene una actitud de cooperación con las confesiones religiosas, lo que supone normalmente un estatuto especial para las mismas. Esa actitud es una forma de favorecer el ejercicio de la libertad religiosa, y conlleva una valoración positiva del hecho religioso. Habitualmente se señala en este grupo el modelo alemán, cuya regulación de la cuestión tiene origen en los artículos 136 y ss. de la Constitución de Weimar, aún hoy vigentes. La Constitución italiana acoge también un modelo cooperativo, si bien con una posición un tanto especial para la Iglesia católica. Y, como veremos, también sería el modelo de la Constitución española de 1978.

- 3) Modelos de confesionalidad formal del Estado, pero asociada a la libertad religiosa y de culto. En los sistemas occidentales, las exigencias de la propia libertad religiosa implican la neutralidad del Estado ante las confesiones religiosas, razón por la cual esa confesionalidad, predicable de la religión tradi-

4 Las diferencias entre laicidad y laicismo han sido destacadas por la doctrina, si bien no siempre se da a ambos términos el mismo sentido. Véase, por ejemplo, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en VV.AA., *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, págs. 16-17; OLLERO, Andrés, *España: ¿un Estado laico?*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 49 ss.

cionalmente más seguida en el Estado, solo puede ser formal o simbólica. Sin embargo, es difícil evitar las tensiones entre la neutralidad y esa confesionalidad formal, pues esta suele implicar algún tratamiento más favorable de la religión “oficial”. Es el modelo propio de algunos Estados protestantes.

Siendo la que acabamos de describir –y con pequeñas diferencias terminológicas- la clasificación más habitual de los sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas, conviene hacer alguna precisión. Como en toda clasificación, cada uno de sus grupos no son compartimentos estancos, de tal manera que algunos sistemas pueden tener características de uno u otro modelo, o estar en una posición más o menos intermedia. Pero, sobre todo, como suele suceder con cualquier intento de clasificación, tienden a mostrar un carácter estático, de tal manera que consideran las características de un sistema u ordenamiento determinado en un momento dado, pero no la evolución que pueda tener. Esta evolución de las características de un sistema puede producirse, aparte de por una reforma constitucional que incorpore, modifique o elimine determinados principios en la materia, por cambios en el desarrollo legislativo o normativo de los mismos, por modificación en los acuerdos (en su caso) con las distintas confesiones religiosas, o incluso por las tendencias que vaya siguiendo la misma práctica de las relaciones entre el Estado y las confesiones.

En este sentido, por ejemplo, algunos sistemas que suelen encuadrarse en el primer modelo “laicista” han ido evolucionando en las últimas décadas hacia relaciones de colaboración con las confesiones que antes no existían, sin que tenga quizá demasiado sentido plantearse a partir de qué punto esa colaboración hace cambiar a un sistema de modelo.

Lo que interesa destacar es, por un lado, que es necesario un enfoque dinámico para entender un sistema determinado, y por tanto ha de considerarse siempre su evolución desde sus parámetros más o menos “originarios” hasta la situación actual y las tendencias de futuro que pueden apuntarse; y, por otro lado, que si bien la Constitución, como norma fundamental, contiene habitualmente los principios que permiten enmarcar a un sistema jurídico determinado en uno u otro modelo, y que constituyen en todo caso límites infranqueables para el legislador, los poderes públicos y los ciudadanos, un sistema concreto no puede analizarse sin considerar el desarrollo legislativo y jurisprudencial y, sobre todo, la práctica concreta de las relaciones entre Estado y confesiones

religiosas. La colaboración, por ejemplo, puede no venir impuesta por la Constitución, pero sí permitida, y finalmente se puede llevar a cabo en la práctica.

Pero todo ello demanda un análisis más dinámico y específico que, si bien de forma breve, vamos a intentar llevar a cabo respecto a los sistemas más destacados de la Unión Europea, buscando no solo las características o tendencias propias de cada uno de ellos, sino la posibilidad de encontrar tendencias o pautas más o menos generales en el constitucionalismo europeo actual.

3.- UN BREVE ANÁLISIS DINÁMICO DE LOS SISTEMAS MÁS REPRESENTATIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de entrar en el examen específico de algunos de los ordenamientos europeos, conviene mencionar que actualmente la normativa de la Unión Europea contiene algún criterio de relevancia sobre las relaciones entre poder público y confesiones religiosas⁵. Desde luego, se parte del incuestionable reconocimiento de la libertad religiosa, que como antes se ha apuntado está reconocido en la mayoría de los textos internacionales de derechos, y hoy está incorporado también a la Carta de los derechos de la Unión Europea, adoptada en el año 2000 e incorporada con rango de tratado originario en 2007, cuyo artículo 10 reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, señalando alguna de sus manifestaciones esenciales, e incluso, en su apartado 2, reconoce “el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las Leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Pero interesa además destacar que el artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras su redacción por el Tratado de Lisboa, contiene importantes principios sobre la relación entre los Estados y las confesiones religiosas, respetando por un lado el estatus

5 En general, sobre el fenómeno religioso en la Unión Europea, pueden verse los trabajos contenidos en la obra colectiva editada por CASTRO JOVER, Adoración, *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, Universidad del País Vasco, 1999; GARCÍA-PARDO, David, *La protección internacional de la libertad religiosa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000 (las páginas dedicadas a la Unión Europea son las pp. 121 ss.); también es de interés la consulta del *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, nº 28-29, enero-agosto 2007, *Dossier: Relaciones Iglesia-Estado*, págs. 4 ss., aunque hay que tener en cuenta que el Tratado de Lisboa supone una actualización de los preceptos aplicables.

que cada Estado dé a estas, pero imponiendo, por otro, un “diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”⁶. De este modo, las relaciones entre Estado y confesiones religiosas han de existir en todo caso, con lo que queda excluida la total indiferencia o una separación tan radical que no contemple ningún tipo de relación; y además esa relación ha de basarse en el diálogo con las características que señala dicho artículo, y que también se predicen del diálogo que se impone con las asociaciones representativas y la sociedad civil (art. 11).

Siendo imposible llevar a cabo aquí un análisis de todos los Estados de la Unión Europea, hemos elegido cuatro de ellos que nos parecen particularmente representativos porque, por un lado, se trata indudablemente de algunos de los Estados más importantes en población y peso político en la Unión; y, por otro, en lo que aquí interesa, son los principales modelos de las distintas categorías antes mencionadas como parte de la clasificación de los sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas: Francia, Alemania, Italia y el Reino Unido⁷. Aunque sea de forma breve, vamos a llevar a cabo un análisis de las pautas principales de cada uno de ellos y de la evolución de las mismas.

6 El texto completo del citado precepto (que tiene como antecedente la Declaración nº 11 Anexo al Acta Final del Tratado de Ámsterdam) es el siguiente: “1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas.

2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales.

3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.

7 Entre los muy diversos estudios del Derecho Comparado de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas, podemos mencionar los siguientes: en primer lugar, el amplio y ya citado *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, nº 28-29, enero-agosto 2007, *Dossier: Relaciones Iglesia-Estado*, págs. 20 ss. (Alemania), 297 ss. (Francia), 373 ss. (Italia), 443 ss. (Reino Unido). Con una muy mayor amplitud en cuanto a los Estados analizados, VEGA GUTIÉRREZ, Ana M^a, *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales*, Comares, Granada, 2003; VALERO HEREDIA, Ana M^a, *Libertad de conciencia...*, cit., págs. 133 ss., quien realiza un muy interesante estudio comparado entre los sistemas italiano, francés, norteamericano y alemán; OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo, *Laicidad y libertad de religión*, cit., págs. 111 ss.; CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, realiza un amplio examen comparado en el ámbito específico de la simbología religiosa.

3.1. Francia⁸.

Como ya se ha apuntado, Francia ha sido tradicionalmente considerado como el modelo más laicista de Europa occidental, caracterizado por la radical separación entre poder público y confesiones religiosas, e incluso por el apartamiento de las manifestaciones religiosas de los lugares públicos.

En efecto, y si bien la separación entre estado y religión tiene su origen en la Revolución Francesa, las características del modelo laicista surgen más bien a partir de la ley de 9 de diciembre de 1905, la cual reconoce la libertad religiosa, rechaza la aplicación del régimen de Derecho Público a las confesiones, suprime las manifestaciones religiosas en lugares públicos, si bien se mantienen las huellas históricas de origen religioso como el calendario. Este laicismo caracterizado por la separación radical mantiene una estricta neutralidad del poder público, persiguiendo la eliminación de toda manifestación religiosa en la vida pública. Posteriormente, en la Constitución de 1946, Francia se define como una “República indivisible, laica, democrática y social”, siendo una de los primeros textos constitucionales occidentales que incorporan el calificativo de laico a la definición de la República.

La Constitución de 1958 mantiene en esencia esos principios, pero la evolución de las décadas posteriores, y sobre todo a partir de 1980, ha implicado en la práctica una aproximación al principio de neutralidad positiva, así como la existencia de relaciones de colaboración no previstas en la Constitución: hay contratos con escuelas privadas (muchas de ellas religiosas), exoneración fiscal a donaciones a asociaciones culturales y religiosas, el Estado es propietario y mantiene las iglesias católicas anteriores a 1905, hay colaboración privada en el ámbito de la sanidad.

Se mantiene, en cambio, el criterio estricto en lo relativo a la ausencia de todo símbolo religioso en la vida pública. Recientemente, y teniendo en cuenta la creciente presencia de personas de religión islámica, se han generado fuertes polémicas e intensos debates sobre ciertas manifestaciones religiosas propias de esta creencia religiosa, como la exhibición del velo por algunas mujeres en lugares públicos.

8 Además de las obras ya citadas, cabe añadir sobre el sistema francés, en comparación con el español, ARECES PIÑOL, M^a Teresa, *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*, Universitat de Lleida, 2003, págs. 159 ss.

En suma, al igual que sucede con otros sistemas que forman parte del modelo laicista, Francia ha evolucionado durante décadas desde la separación radical a la colaboración con las confesiones religiosas en ciertos aspectos, de manera que el poder público tiende a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa. Sin embargo, se mantiene de forma más o menos radical la política relativa a los símbolos religiosos, lo que genera algunas tensiones.

3.2. Italia⁹.

La historia de Italia está estrechamente unida al fenómeno religioso, y en especial a la presencia y al poder de la Iglesia católica. Como es sabido, el Estado italiano se forma en el siglo XIX por la unión de diversos territorios, siendo los últimos en incorporarse al mismo los Estados pontificios (1870). El Papa se considera entonces secuestrado en un Estado extranjero, y el conflicto no se resuelve hasta 1929, a través de los Pactos de Letrán, suscritos entre Pío XI y Mussolini, en los que la Iglesia reconoce el Estado italiano, y este el pequeño Estado de la Ciudad del Vaticano, bajo jurisdicción papal. En ese momento se inicia una etapa de colaboración del Estado italiano con la Iglesia católica, que con el tiempo se irá extendiendo a las demás confesiones.

Ya tras la segunda guerra mundial, la Constitución de 1948 establece la separación entre Estado e Iglesia católica, disponiendo que ambos son independientes y soberanos, pero manteniendo el modelo de colaboración derivado de los Pactos de Letrán. En 1984 se aprueba un nuevo Concordato (los *Acuerdos de Villa Madama*), que suprime la consideración del catolicismo como religión del Estado, instaurando un sistema de negociación permanente entre Estado e Iglesia católica. En 1989, la Corte Constitucional establece que Italia es un Estado laico¹⁰, acentuándose la separación del Estado y las confesiones, aunque sin salir nunca del modelo de colaboración.

9 Sobre el sistema italiano, puede verse el ya citado *Boletín de Documentación...*, cit., págs. 373 ss., que incorpora un breve resumen tomado de la *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993. La misma obra recoge amplia bibliografía.

10 Sentencia 203/1989, de 12 de abril. Un breve comentario a la misma en VALERO HEREDIA, Ana M^a, *Libertad de conciencia...*, cit., págs. 134-135.

En lo relativo a símbolos religiosos, permanece la presencia de algunos símbolos cristianos (crucifijos) en algunos lugares públicos como escuelas. Como es sobradamente conocido, esta situación ha dado lugar a alguna polémica y ha generado una importante decisión del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la que la Gran Sala rectifica la sentencia de la Sala, estableciendo la legitimidad de esos símbolos al considerarlos parte de una tradición que va más allá de su significado religioso¹¹.

En suma, el sistema italiano, que tras las iniciales tensiones con la Iglesia se ha caracterizado desde 1929 por la cooperación entre Estado e Iglesia católica, ha ido evolucionando hacia la colaboración con otras confesiones religiosas, así como hacia una separación cada vez más clara con la Iglesia católica, sin llegar a caer en el laicismo.

3.3. Alemania.

A diferencia de Italia, históricamente Alemania no se ha caracterizado por un predominio de la Iglesia católica o del catolicismo como religión, sino más bien por la implantación de creencias católicas y protestantes, que si históricamente pudieron generar diversas tensiones entre ellas, finalmente han dado lugar a una sociedad caracterizada por el pluralismo religioso y la importante presencia de diversas confesiones, en especial las cristianas.

Alemania suele incluirse entre los modelos de colaboración entre Estado y las confesiones religiosas. La regulación de la cuestión procede de determinados artículos de la Constitución de Weimar de 1919, que han sido decla-

11 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, caso *Lautsi y otros contra Italia*. La bibliografía sobre esta decisión, y la que le precedió en 2009 (sentencia de 3 de noviembre de 2009), de signo contrario, es ya muy amplia y una aproximación a la misma excede de los objetivos del presente trabajo. Con carácter general, sobre los principios generales de la jurisprudencia del TEDH aplicables, y otros aspectos de la regulación de los símbolos religiosos, EVANS, Malcolm D., *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, Laocoonte, Pamplona, 2010, en particular págs. 37 ss. (aunque debe tenerse en cuenta que es un trabajo anterior a la sentencia a la que nos hemos referido); también es de interés, y dedica numerosas páginas a la primera de las sentencias en el asunto *Lautsi*, el trabajo dirigido por REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, RUIZ-RICO, Gerardo, y RUIZ RUIZ, Juan José, *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, en especial págs. 167 ss.

rado vigentes por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. De ellos se deriva un régimen de colaboración activa, que también ha sido calificado como de “neutralidad abierta”¹², y cuya principal manifestación son los concordatos que se celebran con las distintas confesiones religiosas, y que establecen los detalles de la colaboración de las mismas con el Estado.

Es importante destacar que, en Alemania, las confesiones religiosas son consideradas corporaciones de Derecho Público, y se financian mediante un tipo de impuestos, que obviamente solo son obligatorios para sus fieles. Por otro lado, también se contempla la enseñanza de la religión como asignatura en el sistema educativo.

En suma, estamos ante un sistema caracterizado por la colaboración en todas sus vertientes, en el marco de un amplio pluralismo religioso en el que no es fácil encontrar una religión dominante.

3.4. Reino Unido¹³.

Para entender el tema que venimos tratando en el Reino Unido es particularmente importante llevar a cabo un análisis dinámico del fenómeno religioso, partiendo del peso de la Historia y de la tradición, pero destacando la enorme capacidad para, manteniendo el respeto a las mismas, evolucionar de forma muy notoria.

Hay que partir de que el Reino Unido se forma por la unión de distintos territorios, cada uno de los cuales tenían su propia confesión religiosa, pero en todos los cuales el catolicismo era minoritario, y hasta en algunos momentos era una religión perseguida o cuyos miembros debían afrontar determinadas restricciones en sus derechos. Existía así, en cada uno de esos territorios, una confesión “establecida” que era la que tenía carácter oficial. De este modo, hubo diversas confesiones “establecidas”.

12 Véase VALERO HEREDIA, Ana M^a, *Libertad de conciencia...*, cit., págs. 156 ss.

13 Además de la bibliografía ya citada sobre distintos modelos comparados, cabe añadir GARCÍA OLIVA, Javier, *El Reino Unido: Un estado de naciones, una pluralidad de iglesias*, Comares, Granada, 2004.

Hoy, formalmente, quedan dos confesiones “establecidas”: la Iglesia anglicana, en Inglaterra, y la Iglesia presbiteriana en Escocia. Hay también Iglesias “desestablecidas”, porque dejaron de ser establecidas (las de Gales e Irlanda del Norte); y, por último, iglesias libres (Bautista, Episcopal, Iglesia Unida Reformada...).

El carácter “establecido” tiene hoy un significado simbólico y formal, si bien en el caso de la Iglesia anglicana se mantienen algunas consecuencias constitucionales del mismo, como el hecho de que la Reina es la cabeza de la misma, o la presencia de sus representantes en la Cámara de los Lores.

Con todo, lo más importante es destacar que ese carácter prácticamente “oficial” de alguna confesión, no obsta para un pleno reconocimiento, de facto y de iure, de la libertad religiosa, como fruto de una larga evolución histórica, que ha ido dejando el carácter “establecido” en poco más que una formalidad (salvando las consecuencias antes apuntadas). Incluso la evolución ha conducido a que el carácter establecido sea también compatible con la neutralidad de los poderes públicos ante las distintas confesiones religiosas. Por lo demás, se establecen también relaciones de colaboración con las diversas confesiones, y no solamente con las establecidas.

En suma, un sistema que, respetando su historia y su tradición y manteniendo formalmente las consecuencias de la misma, ha evolucionado hasta el pleno reconocimiento de la libertad religiosa, el pluralismo confesional, posibilitando incluso la colaboración con todas las confesiones religiosas.

4.- CONSTITUCIÓN Y FENÓMENO RELIGIOSO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

4.1. Marco histórico.

Ya hemos apuntado que el sistema constitucional español formaría parte hoy de los modelos de no confesionalidad, con colaboración con las confesiones religiosas. Vamos a continuación analizar en qué medida ese modelo deriva de la propia Constitución o viene impuesto por esta, así como el margen existente para la evolución hacia otros modelos o bien la profundización en el mismo.

Con todo, conviene comenzar por un apunte histórico. En España, incluso ya en la Edad Contemporánea, ha sido tradicional la declaración de la confesionalidad católica del Estado, unida a la obligación estatal de mantener su culto y ministros; ya el texto de 1812 proclamaba incluso que la religión católica era la única verdadera. Solamente podemos encontrar como Constituciones reconocedoras de la libertad religiosa los textos de 1869 (que sin embargo, solo se refería a la católica a la hora de establecer la obligación estatal de mantener su culto y ministros), el proyecto federal de 1873, y la Constitución de 1931.

Sin embargo, este último texto fundamental se inscribe en el modelo laicista radical, incluso con cierto recelo hacia la Iglesia católica. Ello es consecuencia de las posturas radicales que provocaron en los debates constituyentes una situación de enfrentamiento entre católicos y anticlericalistas. Se ha dicho que el sistema implantado, más que un modelo propiamente de laicidad, se deslizó hacia un modelo reactivo¹⁴. De esta forma, y aunque sin citarla expresamente, se disolvía la Compañía de Jesús (el artículo 26 declaraba disueltas las Órdenes religiosas “que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado”); igualmente, se prohibía cualquier tipo de ayuda a las iglesias e instituciones religiosas. En todo caso, fue la legislación postconstituyente la que provocó la auténtica persecución de la religión católica, con un espíritu marcadamente sectario¹⁵.

Es importante destacar que nuestra Constitución actual se aparta de este precedente. Nuestro artículo 16 puede encuadrarse claramente en el modelo de no confesionalidad y colaboración, partiendo de una posición de igualdad entre las confesiones religiosas. Respecto al proceso de elaboración de este precepto, pueden señalarse como características del mismo el amplio consenso sobre la aconfesionalidad del Estado y el reconocimiento de la libertad religiosa, unido a discrepancias sobre el modo de valorar el factor

14 SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Laicidad en el constitucionalismo español”, en Dionisio Llamazares Fernández (dir.), *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 121.

15 BASTERRA, Daniel, *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 281.

religioso, siendo especialmente discutida la mención expresa de la Iglesia católica¹⁶.

4.2. Preceptos constitucionales de referencia.

Como ya hemos apuntado, el art. 16 contiene los aspectos esenciales de la regulación constitucional del fenómeno religioso. Pero antes de entrar brevemente en su análisis, hay que mencionar otros preceptos que resultan relevantes para el tema que nos ocupa. En primer lugar, hay que señalar el art. 9.2, según el cual los poderes públicos deben “promover las condiciones” para hacer “reales y efectivas” la libertad y la igualdad “del individuo y de los grupos en que se integra”. Desde luego, ello incluye un deber positivo para hacer posible efectivamente el ejercicio de todas las libertades, e incluye la libertad religiosa del individuo y el ejercicio de la actividad de las confesiones. Aunque, como vamos a ver, la actitud que la Constitución impone al Estado respecto a las libertades del artículo 16 (en concreto, hacia la libertad religiosa) presenta unas características específicas que implican un auténtico deber de cooperación, derivado del art. 16.3.

Por otro lado, y en lo relativo al papel de la religión en la enseñanza, es esencial el artículo 27.3, que dispone: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. No podemos detenernos en este trabajo en el análisis de las implicaciones y consecuencias de este precepto, que introduce un derecho de los padres de carácter prestacional que incluye la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza religiosa o moral conforme a sus propias convicciones, aunque obviamente el mismo está condicionado a las posibilidades del sistema educativo, y en el ámbito religioso requiere la articulación de fórmulas de cooperación entre el Estado y las confesiones, que en España se han plasmado en los distintos acuerdos a los que luego me referiré¹⁷.

16 AMORÓS AZPILICUETA, J.J., *La libertad religiosa en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 154 ss. Un análisis de los debates parlamentarios en relación con el art. 16.3, puede verse en SATORRAS FIORETTI, Rosa Mª, *Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas* (art. 16.3 CE), CEDECS, Barcelona, 2001.

17 Para un amplio examen comparado de este tema, véase ASIAÍN PEREIRA, Carmen, *Religión en la educación pública. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Amé-*

4.3. Los principios constitucionales aplicables a la relación entre Estado y confesiones religiosas y su interpretación.

Entrando ya en los principios derivados del artículo 16 CE, podrían sistematizarse los mismos del siguiente modo: a) libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1); b) Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2); c) Principio de no confesionalidad del Estado (art. 16.3); d) Deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3).

El conjunto de los preceptos mencionados, si bien dejan aún un amplio margen al legislador para desarrollar la libertad religiosa y la cooperación con las confesiones (en este último caso plasmando, a través de diversos instrumentos normativos, los acuerdos previamente alcanzados con las confesiones), ubican claramente a España en el tercero de los modelos antes apuntados, es decir, la no confesionalidad con cooperación, o “laicidad activa” o “positiva”¹⁸. Obviamente esto implica un deber de neutralidad del Estado ante el fenómeno religioso y las distintas confesiones, pero unido este principio al deber de cooperación, es claro que el diseño constitucional se aparta del laicismo con separación radical. En suma, y como algún autor ha señalado, el artículo 16 pone de manifiesto que la libertad religiosa es una libertad «en» el Estado, y no sólo «frente» al Estado¹⁹. Ciertamente, al principio de libertad religiosa, que preside la regulación constitucional del Derecho Eclesiástico, deben añadirse como principios secundarios los de

ricas, Europa e Israel, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2010. Por mi parte, me he referido a este tema en mi libro *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2002, en especial, en lo relativo a los derechos educativos de los padres, págs. 99 ss.; más recientemente, puede verse mi trabajo “Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria”, en *Derechos sociales y principios rectores. Actas del LX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Me remito igualmente a la bibliografía allí citada.

18 Aunque cabe apuntar que en ningún momento la Constitución define a España como un Estado laico, sino que más bien señala simplemente que ninguna confesión tendrá carácter estatal, como hemos señalado, y parece ratificar el Tribunal Constitucional, ambas expresiones vienen a ser sinónimas

19 TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, pág. 42.

laicidad, igualdad religiosa y cooperación²⁰. Este último principio, junto con el de no confesionalidad, se recoge en el artículo 16.3 de la Constitución.

Conviene detenerse un poco más en el significado de los principios de no confesionalidad (y su consecuencia, el de neutralidad), y el de cooperación. De hecho, ambos principios se encuentran entre sí en una situación de tensión, al menos aparentemente; en realidad, el principio de cooperación supone una limitación al principio de no confesionalidad²¹, de forma que la libertad religiosa no conlleva simplemente indiferencia estatal hacia el hecho religioso, sino una actitud positiva, de favorecimiento y protección de sus manifestaciones.

Todo ello, partiendo de la no confesionalidad, que supone principalmente la separación entre el Estado y cualquier confesión religiosa; como ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), el artículo 16.3 supone que “las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica”²². Este precepto impide además que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, al tiempo que veda cualquier confusión entre

20 BENEYTO PÉREZ, José María, *Artículo 16: libertad ideológica y religiosa*, en Alzaga, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1.978*, vol. II, EDERSA-Cortes Generales, Madrid, 1997, págs. 315 ss. En sentido parecido, PRIETO SANCHÍS, Luis, “Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, en Iván C. Ibán, Luis Prieto Sanchís, Agustín Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, págs. 21 ss., recoge los principios de libertad religiosa, igualdad religiosa, pluralismo ideológico y religioso, no confesionalidad del Estado, cooperación con las confesiones. Más específicamente sobre la libertad religiosa en el sistema español, y aunque no podemos profundizar más en el tema, además de otras obras ya mencionadas, cabe citar PRIETO SANCHÍS, Luis, “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en la obra colectiva que acabamos de mencionar; DE LA HERA, Alberto, MOTILLA, Agustín, y PALOMINO, José, *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003; CORSINO ÁLVAREZ CORTINA, Andrés, RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (coords.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006.

21 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio/ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico*, en RFDUC, nº 61 (1980), pág. 33.

22 STC 340/1993, de 16 de noviembre.

funciones religiosas y estatales²³. Ahora bien, el principio de no confesionalidad “no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección”²⁴. El mismo Tribunal Constitucional en ocasiones posteriores se ha referido al principio de laicidad, si bien con la calificación de “positiva” que lo hace equivalente al principio de no confesionalidad acompañado de cooperación con las confesiones religiosas²⁵.

También ha de tenerse en cuenta el principio de neutralidad del Estado y de todas las instituciones públicas, consecuencia del pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y la aconfesionalidad estatal²⁶, que supone en el ámbito religioso un tratamiento nunca discriminatorio o favorecedor de ninguna religión en relación con las demás. En todo caso, no confesionalidad y neutralidad son principios diferentes del laicismo puro, que como vimos supone total indiferencia hacia el fenómeno religioso, consecuencia esta que no se deriva de los principios que ahora comentamos.

23 STC 24/1982, de 13 de mayo.

24 ATC 180/1986, de 21 de febrero.

25 Quizá la primera sentencia en utilizar esta expresión es la STC 46/2001, de 15 de febrero. En su fundamento jurídico 4 señala: “Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 177/1996)”. Esta terminología es reiterada en otras sentencias posteriores, que parecen confirmar su equiparación con la idea de aconfesionalidad (STC 154/2002, de 18 de julio, que incluso omite el calificativo “positiva”, o STC 101/2004, de 2 de junio), sin embargo la importante STC 38/2007, de 15 de febrero, ya no utiliza la denominación “laicidad” salvo en la cita de la sentencia de 2001. Ello hace preguntarse a LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, “Libertad religiosa...”, cit., pág. 18, si se trata de un “vaivén”. En realidad, parece que el Tribunal ha introducido en los últimos años la expresión “laicidad positiva” como fórmula sintética que permite aunar los principios de no confesionalidad y cooperación, y por lo tanto es una expresión que nada añade a los principios derivados del art. 16.3, aunque permite en cierta medida sintetizarlos. No obstante, el calificativo es importante porque si no se utiliza puede producirse cierta confusión con los modelos basados en lo que hemos llamado “laicismo estricto o radical” entre los que parece claro que no se incluye nuestro sistema constitucional.

26 STC 5/1981, de 13 de diciembre.

El TC se ha pronunciado sobre el art. 16.3, señalando que el principio de neutralidad que contiene no impide a determinadas instituciones públicas (en el caso concreto, las Fuerzas Armadas) la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza, si bien el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza²⁷. También ha señalado que el artículo 16.3 no establece un derecho fundamental²⁸, o que entre las obligaciones del Estado en materia religiosa no está la de otorgar prestaciones médicas a los creyentes en los términos exigidos por su religión, y en concreto, no deriva la obligación de reintegrar a un testigo de Jehová los gastos realizados en una clínica privada, como consecuencia de la negativa recibida en el sistema público de realizarle determinada intervención médico-quirúrgica sin utilizar transfusión de sangre²⁹. En fin, el deber de cooperación puede conllevar muchas otras manifestaciones; entre otras, el Tribunal Constitucional ha señalado que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no lesiona la libertad religiosa, ya que existe libertad para rechazar tal prestación, ni la igualdad (incluso antes de los acuerdos con otras confesiones), pues no implicaba exclusión de la asistencia religiosa a quienes profesen otras religiones³⁰.

4.4. El desarrollo del principio de cooperación en la legislación y en los acuerdos con las confesiones.

En desarrollo del citado precepto constitucional, el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 impone el establecimiento de acuerdos entre el Estado y las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas “que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”; tales acuerdos habrán de aprobarse por Ley de Cortes³¹. La exigencia de notorio arraigo, si no se entiende de forma despro-

27 STC 177/1996, de 11 de noviembre. En sentido similar, respecto a un policía, STC 101/2004, de 2 de junio.

28 STC 93/1983, de 8 de noviembre.

29 STC 166/1996, de 28 de octubre.

30 STC 24/1982, de 13 de mayo.

31 Sobre los acuerdos entre Estado y confesiones religiosas, puede verse BLANCO, María, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el Derecho Eclesiástico. Perspectiva actual del Derecho pacticio español*, Comares, Granada, 2008; PARDO PRIETO, Paulino Cé-

porcionada, es acorde con el mandato del artículo 16.3 de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; además, debe tenerse en cuenta la práctica imposibilidad de celebrar acuerdos con las múltiples confesiones religiosas existentes.

Si bien cuando se aprobó la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ya se habían celebrado los Acuerdos con la Santa Sede de 1979, que regulan las relaciones con la Iglesia católica –y a los que nos vamos a referir un poco más adelante-, estos pueden enmarcarse en el contexto de lo previsto en dicho artículo, que a su vez es desarrollo del artículo 16.3 de la Constitución. Pero el desarrollo posterior del citado precepto legal se llevó a cabo mediante la aprobación en 1992 de tres leyes, producto de otros tantos acuerdos, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Comisión Islámica de España. Estas tres leyes tienen un contenido muy similar entre ellas: principalmente, protección de los lugares de culto, secreto “profesional” de sus ministros, reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, centros penitenciarios, hospitales y otros establecimientos; derecho a recibir asistencia religiosa en centros docentes públicos y privados concertados (siempre que, en éste último caso, no esté en contradicción con el “carácter propio” del mismo); exenciones fiscales, descanso laboral semanal y festividades religiosas propias³²; conservación del patrimonio histórico-artístico y regulación de los productos alimentarios elaborados según la ley religiosa (estos dos últimos aspectos no aparecen en la Ley que recoge el acuerdo con las Entidades Evangélicas).

sar, *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; CORRAL SALVADOR, Carlos, *Confesiones religiosas y Estado español. Régimen jurídico*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2007; en particular, respecto a los acuerdos con las confesiones minoritarias, GARCÍA-PARDO, David, *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- 32 Estas podrán sustituir a las establecidas con carácter general por la legislación laboral si media acuerdo entre las partes, y cuyo respeto para los alumnos pertenecientes a estas confesiones será obligatorio para los centros docentes públicos y privados concertados, así como para las pruebas de acceso a las Administraciones Públicas, que tendrán lugar en fecha alternativa cuando hubieran de celebrarse en dichas fiestas religiosas, salvo causa motivada que lo impida.

Con todo, por las particularidades que señalaremos, merecen mención aparte los Acuerdos celebrados con la Santa Sede de 1979. Ya hemos destacado que el artículo 16.3 hace mención expresa de la Iglesia católica como sujeto de las relaciones de cooperación. Sin embargo, dicha mención, criticada en ocasiones por lo que pudiera suponer de privilegio, no tiene mayor relevancia que la de constatar una realidad sociológica dada, sin que quepa, a nuestro entender, ningún tipo de discriminación hacia otras confesiones religiosas que implicase una cierta “confesionalidad atenuada”. La neutralidad de los poderes públicos ante las confesiones debe mantenerse en términos estrictos, sin que la mención expresa de la Iglesia católica suponga la más mínima alteración de la misma. Se trata, por tanto, de una mención quizás innecesaria (porque en todo caso debería colaborar con la Iglesia católica mientras esta religión sea una de las mayoritarias en la sociedad española), pero explicable por los aludidos motivos sociológicos, así como por el deseo de separarse del precedente de la Constitución republicana de 1931. También puede justificarse la mención en un intento de proponer a la Iglesia católica como modelo de relaciones de cooperación, a seguir con las demás confesiones³³. Incluso puede señalarse que, en la hipótesis, hoy por hoy muy poco probable, de que la religión católica dejase de tener la relevancia suficiente para considerarse “creencia religiosa de la sociedad española”, la relación de cooperación podría atenuarse o, dado el caso, desaparecer -siempre que se respetase plenamente la libertad religiosa de toda persona y comunidad-. Por tanto, lo importante a efectos de cooperación son las creencias de la sociedad, siendo la mención a la Iglesia católica -meramente circunstancial- una consecuencia de tales creencias en un momento dado.

En cumplimiento del reiterado deber de cooperación, y un año antes de la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, se firmaron cuatro acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede (sobre asuntos jurídicos, asuntos económicos, enseñanza y asuntos culturales, asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos). Dichos acuerdos tienen un contenido parecido a los que, trece años más tarde, se celebraron con otras confesiones, y a los que ya nos hemos referido; en efecto, estos últimos estaban guiados por la idea de equiparar, en lo posible, el tratamiento dado a estas confesiones con el que se dispensaba anteriormente a la Iglesia católica.

33 AMORÓS AZPILICUETA, J.J., *La libertad religiosa...*, cit., pág. 170.

Sin embargo, es importante señalar, sin pretensiones de exhaustividad, algunas peculiaridades del tratamiento dado a esta:

- a) En primer lugar, la propia forma de manifestación de los acuerdos: mientras los Acuerdos con la Iglesia católica son tratados internacionales, los acuerdos con las demás confesiones han adoptado la forma de ley. Esta especialidad encuentra su justificación en que la Ciudad del Vaticano es un Estado a efectos del Derecho Internacional ³⁴.
- b) El tratamiento dado a las festividades religiosas es también distinto: mientras los domingos y otras fiestas católicas son reconocidas por el Estado como tales (artículo 3 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, y artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, que incluye el día completo del domingo como régimen general), las festividades propias de otras confesiones no tienen carácter estatal ni general, sino particular para los miembros de tales comunidades, siendo preciso además el acuerdo para su efectividad en el ámbito laboral. Esta diferencia encuentra su explicación en que la elección del domingo como día general de descanso laboral obedece a la tradición, y no tiene un origen causal único religioso³⁵.
- c) En cuanto al matrimonio, si bien en todos los casos se reconocen efectos civiles a su celebración, solo se reconoce la posibilidad de dotar de eficacia civil a las sentencias canónicas sobre nulidad y matrimonio rato y no consumado. En este caso sí parece que estamos ante un trato preferente o privilegiado de la Iglesia católica, que sigue la tradición, pero difícil

34 En todo caso, la plasmación formal de un acuerdo a través de una ley no deja de plantear el problema, al menos desde el punto de vista teórico, del posible conflicto entre el cumplimiento del acuerdo y la soberanía popular. Debe tenerse en cuenta que las mencionadas leyes son consecuencia de otros tantos acuerdos entre las confesiones religiosas y el Ministro de Justicia, autorizado para ello por el Consejo de Ministros; al menos teóricamente sería este el único vinculado por dicho acuerdo, que por tanto podría ser alterado más o menos sustancialmente durante su tramitación parlamentaria, o incluso no llegar a ser aprobado como ley. Con todo, la misma reflexión teórica cabría hacer respecto a los tratados internacionales si los mismos requieren previa autorización parlamentaria por incurrir en alguno de los supuestos previstos en el art. 94.1 CE (en el caso que nos atañe, cabe pensar que claramente se da el caso del apartado c), en tanto en cuanto afectan a la libertad religiosa, e incluso podría darse el supuesto previsto en el apartado e).

35 STC 19/1985, de 13 de febrero.

de justificar. El Tribunal Constitucional ha fundamentado esta eficacia civil en el propio artículo 16.3 de la Constitución, señalando que la misma no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos³⁶; ciertamente, el privilegio se minimiza si tenemos en cuenta que para la eficacia civil de las sentencias canónicas estas deben declararse ajustadas al Derecho del Estado. Sin embargo, el TC no ha analizado este problema desde el punto de vista de la posible discriminación de otras confesiones religiosas.

- d) Respecto a la financiación de las distintas confesiones, solo se reconoce a la Iglesia católica la posibilidad de que parte de la misma provenga de un porcentaje sobre la imposición personal recaudada por el Estado, siempre que el contribuyente lo manifieste expresamente. Se trata también de un tratamiento privilegiado, cuya explicación radica en el *status quo* existente en el momento de la celebración de los acuerdos; en efecto, la necesidad de que el contribuyente señale expresamente su voluntad de contribuir con una parte de sus impuestos al sostenimiento de la Iglesia, supone un notable avance en relación con la situación anterior. En cualquier caso, la Iglesia católica declara en el acuerdo con el Estado español su voluntad de lograr los recursos propios suficientes para atender sus necesidades. De todas formas, y dado que la financiación de las confesiones a través de parte de los impuestos pagados por sus fieles es una fórmula aceptable en un sistema basado en la cooperación, este privilegio podría corregirse permitiendo a los fieles de otras confesiones con las que hay acuerdo destinar idéntico porcentaje de sus impuestos al sostenimiento de su culto.
- e) La regulación de los aspectos educativos parte de la posibilidad común de optar por la enseñanza de la religión propia, impartida por los profesores designados por la confesión correspondiente (excepto en el caso de la enseñanza de la religión católica, cuyo profesorado es elegido por la autoridad académica entre los que propone el Ordinario ³⁷), en la educa-

36 STC 66/1982, de 12 de noviembre.

37 El Tribunal Constitucional ha declarado que esta forma de elección de los profesores de religión católica no infringe la Constitución, incluso en la actual modalidad de contratación laboral por la Administración, de los profesores propuestos por la jerarquía eclesiástica, que

ción infantil, primaria y secundaria. Sin embargo, muestra también algunas características específicas por lo que se refiere a la religión católica: entre ellas debe destacarse la equiparación de esta materia a las demás disciplinas fundamentales, si bien con carácter optativo. Esta distinción encuentra su causa y justificación en la mayor implantación de la religión católica, que conlleva además un muy superior número de ministros de este culto, todo lo que permite la consideración de esta disciplina como asignatura de oferta obligatoria para los centros³⁸.

no deriva necesariamente del Acuerdo de 1979: véase STC 38/2007, de 15 de febrero, y en el mismo sentido STC 80/2007, de 19 de abril. Sin embargo, ha otorgado el amparo en aquellos casos en los que ha considerado que el despido de un concreto profesor ha implicado vulneración de su intimidad o libertad religiosa (por ejemplo, en la reciente STC 51/2011, de 14 de abril), habiéndolo denegado en otros casos (STC 128/2007, de 4 de junio).

- 38 El desarrollo de este Acuerdo con la Santa Sede se produce actualmente en la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuya Disposición Adicional Segunda dispone: “1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos. 2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas”.

Sustituyendo al anterior R. Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, que regulaba la enseñanza de la Religión, y en desarrollo de la citada Ley Orgánica de Educación, la regulación de esta materia se ha incorporado a los distintos decretos que establecen las enseñanzas mínimas de los distintos niveles educativos (Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación primaria; Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil; Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria; Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas).

Cabe señalar otras particularidades del tratamiento dado a la religión católica, derivadas del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: la educación que se imparta en los centros públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana (art. 1) [lo cual afecta también a otras Iglesias no católicas]; el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos, si bien salvaguardando la libertad religiosa y de expresión (art. 14).

CONCLUSIONES

1. Tradicionalmente, y dentro del ámbito occidental, los modelos de relaciones entre Estado y confesiones religiosas, se han clasificado en tres grupos: a) modelos laicistas o de laicidad radical; b) modelos no confesionales con colaboración, o de laicidad activa o cooperativa; c) modelos de oficialidad formal con libertad religiosa. Pero estas clasificaciones suelen partir de una consideración estática, que no considera la evolución de los distintos ordenamientos y de su aplicación a las relaciones entre Estado y confesiones religiosas.
2. En efecto, si bien es habitual que los principios básicos que regulan el fenómeno religioso y las relaciones entre confesiones y Estado se contengan en la Constitución, lo cierto es que la situación real de un sistema determinado puede evolucionar, por diversas vías. Aparte de la posible modificación de la Constitución, esta evolución puede llevarse a cabo a través del desarrollo legislativo y jurisprudencial de la misma, pero también por la celebración de acuerdos, o por simples cambios fácticos.
3. Por ello es imprescindible una consideración dinámica de los principales sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas. Un análisis de este tipo nos permite encontrar las tendencias de los diversos sistemas, así como buscar elementos comunes a todos ellos, y nos obliga a revisar las fronteras entre las clásicas categorías de las habituales clasificaciones.
4. En esta línea, y centrándonos en la Unión Europea, cabe apuntar, por ejemplo que: a) Francia se ha apartado algo de los clásicos parámetros del laicismo, estableciendo vías de colaboración con las confesiones religiosas, aunque mantiene de forma estricta sus principios sobre símbolos religiosos en la vida pública; b) Alemania se mantiene en los parámetros de un modelo de cooperación, con neutralidad del estado pero apoyo a las distintas confesiones religiosas por diversas vías; c) en Italia se ha ido acentuando la separación entre el Estado y la Iglesia católica, al tiempo que se mantiene la colaboración y la misma se extiende a otras confesiones; d) el Reino Unido se mantiene fiel en la forma a un régimen de religión “establecida”, respetando algunas de sus consecuencias como que la reina se sitúa en la cúspide de la Iglesia anglicana, o la presencia de representantes de esta en la Cámara de los Lores; pero ha sabido compatibilizar estos elementos

con la libertad religiosa, la neutralidad de los poderes públicos e incluso la colaboración con otras confesiones.

5. En el caso español, la Constitución de 1978 incorpora de forma indudable los principios propios de un régimen no confesional con cooperación, apartándose claramente del modelo laicista con separación radical. Así, derivan necesariamente la Constitución los principios de: a) libertad religiosa; b) no confesionalidad; c) neutralidad del Estado; d) cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (además de deber de los poderes públicos de hacer efectiva la libertad religiosa); e) enseñanza religiosa y moral de los hijos acorde con las convicciones de los padres.
6. Obviamente, si bien la Constitución impide (salvo reforma de la misma) la implantación de un modelo laicista con separación radical, permite diversas opciones legislativas en su desarrollo, así como mayor o menor intensidad en la cooperación, en función de los acuerdos alcanzados con las distintas confesiones religiosas.
7. En la actualidad, en España solamente existen acuerdos con cuatro confesiones, que regulan de forma más o menos paralela una serie de cuestiones. Con todo, en diversos aspectos que hemos analizado, existe un tratamiento más favorable de la Iglesia católica, que puede encontrar explicación (hace falta ver si en todos los casos, también justificación...) en factores históricos o sociales. En todo caso, probablemente es conveniente intensificar y equiparar el nivel de la cooperación con las demás confesiones que tienen acuerdo con el de la Iglesia católica, o incluso, en función de la evolución de las creencias de la sociedad, establecer nuevos acuerdos.
8. El modelo de cooperación es, en general, más acorde con los principios de un estado social y democrático, que implican una actitud positiva y activa de los poderes públicos en lo relativo al ejercicio de los derechos fundamentales (como lo es la libertad religiosa), así como relaciones de colaboración con distintas entidades y agrupaciones que representan el pluralismo social. En este sentido es significativo que el Tratado de Lisboa imponga el diálogo con las confesiones religiosas, en los mismos términos que con otras asociaciones representativas. En este contexto, y teniendo en cuenta que corresponde a los poderes públicos hacer efectivas las libertades, la

neutralidad y el respeto a la libertad religiosa en su vertiente positiva y negativa deben ser estrictas, pero la separación entre Estado y confesiones tiene que hacerse compatible con la colaboración activa y leal entre ambos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORÓS AZPILICUETA, J.J., *La libertad religiosa en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 1984.
- ARECES PIÑOL, M. T., *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*, Universitat de Lleida, 2003.
- ASIAÍN PEREIRA, C., *Religión en la educación pública. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2010.
- BENEYTO PÉREZ, J.M., *Artículo 16: libertad ideológica y religiosa*, en Alzaga, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1.978*, vol. II, EDERSA-Cortes Generales, Madrid, 1997.
- BLANCO, M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el Derecho Eclesiástico. Perspectiva actual del Derecho pacticio español*, Comares, Granada, 2008
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- CASTRO JOVER, A., *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, Universidad del País Vasco, 1999.
- CATALÁ RUBIO, S., *El derecho de libertad religiosa en el Gran Magreb*, Comares, Granada, 2010.
- CORSINO ÁLVAREZ CORTINA, A., y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (coords.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006.
- CORRAL SALVADOR, C., *Confesiones religiosas y Estado español. Régimen jurídico*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2007.
- DE LA HERA, A., MOTILLA, A., y PALOMINO, J., *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *La libertad de ideología y religión*, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 1, 1997.

- DÍAZ REVORIO, F. J., *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2002.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria”, en *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- EVANS, M. D., *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, Laocoonte, Pamplona, 2010,
- GARCÍA OLIVA, J., *El Reino Unido: Un Estado de naciones, una pluralidad de iglesias*, Comares, Granada, 2004.
- GARCÍA-PARDO, D., *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. /SUÁREZ PERTIERRA, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico*, en *RFDUC*, nº 61, 1980.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en VV.AA., *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- OLLERO, A., *España: ¿un Estado laico?*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- OROZCO SOLANO, V. E., *Laicidad y libertad de religión*, Isolma, San José de Costa Rica, 2011.
- PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- PORRAS NADALES, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, y “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en I. C. Ibán, L. Prieto Sanchís, A. Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G., y RUIZ RUIZ, J. J., *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

- SATORRAS FIORETTI, R. M., *Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas* (art. 16.3 CE), CEDECS, Barcelona, 2001.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., “Laicidad en el constitucionalismo español”, en D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ (dir.), *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Madrid, 2005
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989.
- VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.
- VV.AA, *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, N° 28-29, enero-agosto 2007, *Dossier: Relaciones Iglesia-Estado*.

Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual

Renzo Orlandi*

*Colaborador con la
Revista de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: 1.- Premisa. 2.- Desafío “político”. 3.- Desafíos a la configuración represiva tradicional de la justicia penal (desafío jurídico-cultural). 4.- Desafío tecnológico.

* Docente en la Universidad de Bolonia - Italia

1.- PREMISA

El desafío implica la conciencia de un obstáculo y la voluntad de superarlo. Al ser un desafío al sistema penal, la conciencia del obstáculo depende de muchas variantes, vinculadas a las formas de expresar la soberanía política, las costumbres culturales, la criminalidad para contrarrestar y reprimir, la actualización de las normas penales y de procedimiento, la prácticas correspondientes, organización y eficiencia o ineficiencia de la justicia penal y más.

Los desafíos de mi relación se reflejan principalmente en la realidad italiana actual. Sin embargo, es un tema extensible en gran medida a otras realidades europeas, y puede proporcionar ideas útiles tanto para los profesionales como para los académicos peruanos.

Desde varias décadas, la justicia penal de los países occidentales vive - se puede decir - en un estado de crisis permanente. No es una excepción a Italia, cuya codificación ha sufrido numerosas y profundas modificaciones de distinto signo en los últimos sesenta años: garantizado o riguroso, según la urgencia del momento, de acuerdo con el estado de ánimo de la opinión pública y las fluctuantes crisis de confianza en el magistrado criminal. Esto es especialmente cierto en el derecho procesal, al que prestaré especial atención aquí.

El primer desafío para la Italia democrática, hace unos 70 años, después de la caída del fascismo, implicó la aplicación de la defensa durante todo el proceso penal, incluidas las fases policiales de investigación, la fiscalía y el juez de instrucción.

En ese momento eran de gran importancia las intervenciones de la corte constitucional italiana, que pretendían corregir los aspectos autoritarios y antidemocráticos del derecho penal fascista.

Las primeras reformas de garantía fueron seguidas de años de rigor de emergencia, justificadas primero por episodios de terrorismo político (décadas de los setenta) y luego por la violencia de la mafia, que había estado tomando el modo terrorista, con el asesinato de políticos, magistrados y policías (décadas de los ochenta).

En 1988, se inició una reforma radical del juicio penal, con la intención de introducir un sistema adversarial vagamente inspirado en el modelo angloamericano. Fue abolido el juez instructor, símbolo de la inquisición. La investigación penal fue confiada al fiscal, una autoridad independiente del ejecutivo por la voluntad expresa de nuestro constituyente italiano. El juicio ante un tercer juez imparcial debía convertirse en el centro de la evaluación de la responsabilidad penal. Normalmente, los actos de investigación de la policía y del fiscal no podían ser utilizados para condenar al acusado.

De hecho, la reforma ha experimentado de inmediato dificultades de aplicación, también por la contrariedad manifestada abiertamente por muchos magistrados que no dudaron en levantar excepciones de constitucionalidad contra sus partes más favorable a la defensa del acusado.

A principios de los años 90, algunos episodios serios de mafia terrorista y el descubrimiento de la corrupción política extensa (proceso de Manos limpias) crearon el clima conveniente para una involución inquisitiva del orden procesal italiano. Esto condujo a fuertes tensiones entre defensa y poder judicial y, luego, entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento: Tensiones que llevaron a una importante revisión de la Constitución, que en 1999 estableció los principios de “procedimientos penales justos”, Según la cual el acusado no podía ser condenado sino sobre la base de pruebas verificadas en el juicio, en la contradicción entre las partes¹.

Con respecto a la situación actual y la perspectiva evolutiva del sistema penal (no sólo italiano), hay muchos temas de reflexión: Elijo tres de ellos, que corresponden a fenómenos notables que afectan la administración de la justicia penal en la Italia contemporánea.

1 Para una ilustración más detallada del itinerario atormentado de la reforma procesal penal italiana de las últimas décadas por favor refiérase a R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 93, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana* a cura di D. NEGRI – M. PIFFERI, ed. Giuffrè, Milano 2011, 51-83. El guión fue traducido al portugués *Direitos individuais e processo penal na Itália repubblicana*, in *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*, a cura di J. DE MIRANDA COUTINHO, L. COSTA DE PAULA, M. A. NUNES DA SILVEIRA, Empório do direito, Florianópolis 2016, 15-55.

Ellos se refieren a:

- a. La diferente posición del Estado en el contexto europeo con repercusiones inevitables en las opciones de política penal, que se convierte en una expresión de soberanía no sólo estatal;
- b. La necesidad de luchar eficazmente contra las formas de delincuencia organizada y terrorista incluso con herramientas distintas de la represión, es decir, a través de la prevención *ante delictum*;
- c. La existencia de nuevas tecnologías - especialmente las del Information Technology (IT) - que, al crear las condiciones para el uso de nuevas técnicas de investigación, plantean el problema de afirmar y proteger nuevos, inéditos derechos individuales.

Cada uno de estos fenómenos corresponde a muchos desafíos para la justicia penal italiana y, más generalmente, para Europa.

La diferente posición del Estado (en el contexto europeo) implica un “desafío político” que influye tanto en la elección de los intereses que merecen la protección penal como en los medios procesales para realizar las elecciones realizadas.

La necesidad de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y el terrorismo internacional plantea un desafío a los propósitos tradicionales de castigo, aparentemente inadecuados para hacer frente a fenómenos socialmente destructivos que deberían evitarse y no solamente reprimirlos.

El desafío que plantea el establecimiento de nuevas técnicas de investigación nos pone frente a derechos nuevos, porque las nuevas tecnologías (en particular, la informática) determinan de alguna manera su existencia.

Ciertamente hay otros problemas y corresponsales importantes desafíos con los que el erudito del derecho penal italiano tiene que enfrentarse hoy. Pienso, en particular, en la duración patológica de los procesos penales, motivo de múltiples condenas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también una causa de desconfianza en el sistema de justicia penal. Y también pienso en la difícil relación entre los procedimientos penales y los medios de comunicación, una relación que ha sido complicada desde que la justicia penal se ha convertido en el escenario habitual de luchas políticas, comenzando con la experiencia de Tangentopoli (manos limpias).

Sin embargo, al no poder hablar de todo, ni tampoco siendo conveniente abordar demasiados problemas, parecía razonable limitar el tema de mi breve informe a los que me parecían los más recientes desafíos en la situación actual de la justicia penal italiana.

2.- DESAFÍO “POLÍTICO”

El sistema penal es una expresión directa de la soberanía política, que hemos estado acostumbrados a ver incorporados al Estado, con su aparato legislativo, administrativo y judicial. Sin embargo, la soberanía del Estado italiano está sometida, durante algún tiempo, a las limitaciones que la Constitución (artículo 11) considera necesarias para garantizar la paz y la justicia entre las naciones. Una elección hecha hace setenta años, incluso desde otros países europeos como Francia y Alemania, desde el estallido de la Segunda Guerra Mundial, después de que las naciones europeas habían enfrentado una experiencia devastadora.

Esto ha dado lugar a dos resultados, ambos de gran importancia (también) para la evolución de los sistemas de justicia penal europeos:

- El lanzamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) con la creación de un órgano judicial (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y un órgano político (el Consejo de Europa) llamados a cumplir las normas de los Estados que la han firmado;
- La construcción de una unidad política y económica entre algunos países europeos, iniciada en la década de los cincuenta y laboriosamente llevada a cabo a lo largo de las décadas hasta la adopción del Tratado de Lisboa (2007) que establece la Unión Europea (con 28 Estados miembros).

La pertenencia de Italia a estas dos realidades supranacionales también ha tenido un impacto creciente en las elecciones políticas criminales, así como en la toma de decisiones de los jueces.

Al firmar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, obliga a Italia a respetar las normas mínimas establecidas por la Convención para la protección de los derechos individuales tanto para los demandados como para las

víctimas de delitos. Especialmente en las últimas dos décadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo) ha adquirido para el derecho interno de cada uno de los Estados que se adhieran a la Convención una importancia que no tenía antes. Sus juicios - no sólo cuando condenan a Italia- tienen consecuencias inmediatas en el derecho del estado, ya sea porque proporcionan al legislador argumentos para reformar partes del derecho penal o procesal penal frustrado con la Convención Europea y porque ayudan a guiar la jurisprudencia interna. Con frecuencia, la Corte de Casación italiana, en sus mociones de decisión, toma las medidas de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos para manifestar su acuerdo con la misma y así evitar la condena del Estado italiano por violación de las normas convencionales.

Por otro lado, el hecho de ser miembro de la Unión Europea obliga a Italia a aplicar en la legislación nacional los tratados y convenios celebrados entre los Estados miembros, además de los reglamentos y directivas del Parlamento Europeo: cualquier omisión será condenada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo), que vela por el cumplimiento de todas las normas que rigen la vida de la propia Unión. Se puede decir que la mayoría de las reformas penales y procesales italianas de los últimos veinte años han sido directamente inspiradas o fuertemente influenciadas por actos normativos de la Unión Europea: para mencionar las principales, recuerdo aquí la ley que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas²; la ley sobre una orden de detención europea destinada a facilitar la cooperación entre los magistrados penales de los países de la Unión³; la ley que castiga los delitos cibernéticos y establece algunas normas básicas para el uso de la informática en los procesos penales⁴; la ley que regula las investigaciones genéticas⁵; la ley que protege a las víctimas de delitos, con especial atención a las personas débiles (mujeres, menores, inválidos)⁶; la orden de investigación europea que tiene por objeto facilitar la realización de investigaciones conjuntas entre las fuerzas policiales de los países de la Unión⁷; solo por mencionar las más importante.

2 Decreto legislativo 8 de Junio 2001, nr. 231.

3 Ley 22 abril 2005, nr. 69.

4 Ley 18 de marzo 2008, nr. 48.

5 Ley 30 de junio 2009, nr. 85.

6 Ley 15 de octubre 2013, nr. 119.

7 Decreto legislativo 21 de junio 2017, n. 108.

Añadamos que la abolición de las fronteras internas en el seno de la Unión Europea por el Tratado de Schengen ya en 1996 ha creado las premisas para una colaboración más intensa en el ámbito de las iniciativas judiciales o policiales y al mismo tiempo ha pedido la armonización tanto de las normas penales como de las normas procesales, a fin de permitir que tales colaboraciones sean posibles y legalmente toleradas sin discrepancias excesivas. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus puntos de vista sobre la protección de los derechos fundamentales de la persona, contribuye a la creación de normas mínimas de validez en todos los países de la Unión Europea.

Las notas rápidas que acaban de hacerse dan una idea del “coste” impuesto por la adhesión de Italia al Consejo de Europa ya la Unión Europea: La justicia penal italiana ya no es la función exclusiva del Estado nacional; está ampliamente condicionada por las realidades supranacionales a las que el Estado ha entregado una parte de su soberanía. La consecuencia principal de esta situación (relativamente nueva) es la pérdida de la centralidad del parlamento nacional en las elecciones de la política criminal y el crecimiento simultáneo de la importancia de la actividad jurisprudencial.

Los jueces se enfrentan ahora con una multitud de fuentes normativas, directrices jurisprudenciales de los dos Tribunales Europeos, lo que implica un aumento incontrolado de las posibilidades combinatorias: por lo tanto, su actividad interpretativa a menudo se vuelve impredecible. Y todo esto en un ámbito de la experiencia jurídica, como el penal, en el que se manifiesta especialmente la necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones. Uno entiende por qué una de las razones más desagradables para el abogado italiano es, hoy, el policentrismo normativo que resulta de la evolución política de Italia en el contexto europeo. La garantía inherente al principio de legalidad (en materia penal) parece haberse perdido. Existe una creciente incertidumbre y, con ella, la imprevisibilidad de las decisiones judiciales. Controlar y dominar el fenómeno del derecho jurisprudencial en materia penal es ciertamente el primer y más difícil desafío en la actual Italia.

Una forma de abordar el desafío es, por lo tanto, aprovechar el potencial del sistema judicial para aumentar la previsibilidad de las decisiones judiciales, por ejemplo, a través de la recuperación la función nomofiláctica de

la corte de casación, a saber, la función de garantizar la interpretación uniforme del derecho⁸.

3.- DESAFÍOS A LA CONFIGURACIÓN REPRESIVA TRADICIONAL DE LA JUSTICIA PENAL (DESAFÍO JURÍDICO-CULTURAL).

Otro desafío que merece ser recordado aquí es el derivado de la creciente afirmación de la lógica preventiva, en el contraste de fenómenos criminales considerados serios y alarmantes. Dado el efecto devastador que estos crímenes están destinados a tener sobre la convivencia y la estabilidad social, parece conveniente prevenirlos en vez de rechazarlos. Incluso algunas herramientas procesales, como las medidas cautelares y el secuestro, se han progresivamente desarrollado en un sentido marcadamente preventivo.

Además, durante mucho tiempo, la legislación italiana ha desarrollado una política de prevención penal, confiándola al poder judicial, así como a la policía. Ya la primera ley de prevención contra la mafia (1965) atribuía al fiscal la facultad de llevar a cabo investigaciones contra personas de presunta asistencia, de las que no había pruebas de pertenencia a la asociación mafiosa. Esto con el fin de obtener de los tribunales medidas de vigilancia obligatoria o permanecer alejados de su residencia habitual. Durante las siguientes décadas, las normas sobre el proceso de prevención han sido enmendadas varias veces, siempre en el sentido de hacerlas más efectivas en la lucha contra la delincuencia mafiosa. En particular, en 1982 (mil novecientos ochenta y dos), partiendo de la premisa de que las organizaciones de la mafia pretenden esencialmente obtener grandes beneficios, se han mejorado las herramientas de encuesta de riqueza para identificar activos de origen ilícito. Se introdujo la confiscación preventiva, es decir sin necesidad de condena penal, de bienes o valores de origen aparentemente ilícito, cuando parezca desproporcionada con los ingresos oficiales de quienes los poseen.

8 R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, en *Cassazione penale*, 2017, 2596.

En la era reciente, desde 2001, el proceso de prevención contra la mafia se ha extendido a personas que son vagamente sospechosas de asistir a ambientes que olfatean el terrorismo internacional.

La última reforma del procedimiento de prevención ante delitos, que se remonta hace unas semanas, ha extendido la confiscación preventiva también a personas sospechosas de estar asociadas a cometer delitos de corrupción.

Esta expansión continua de sujetos vulnerables (similar al contenido de las medidas de seguridad, pero emitida -como ya se ha dicho- sin condenar) está haciendo algunas preocupaciones comprensibles entre aquellos que tienen garantías individuales. Se revela un escape de la política criminal hacia modelos de control social de matriz autoritaria. En el proceso de prevención, resurgen los tipos de autores (el mafioso, el terrorista, el inmigrante, el corrupto) bien conocidos a las prácticas criminales y policiales de los regímenes totalitarios.

La evolución de la legislación italiana parece guiada por la intención de eludir las defensas que el acusado tendría en un juicio penal. Seguir el camino del proceso de prevención (un procedimiento asistido en forma muy limitada por el derecho de defensa) le permite lograr con menos fatiga y mayores perspectivas éxitos similares a los que podrían estar asociados con una sentencia condenatoria.

Cabe destacar que el Congreso Nacional de Académicos de Derecho Penal (Milán, 2016⁹) y el Congreso Nacional de Académicos de Derecho procesal penal (Cagliari, 2015¹⁰) se han dedicado al tema de las medidas de prevención. Una explícito señal de atención y, al mismo tiempo, de preocupación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en consonancia con los principios de la Convención europea de derechos humanos las prácticas de prevención ante delitos adoptadas por la autoridad pública italiana, siempre justificando el rigor de estas formas anormales de control social con la necesidad de contrarrestar el “azote” de la mafia.

9 Los trabajos de la conferencia se publican en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nr. 4 del 2017.

10 Los actos se publican en el volumen *La giustizia penale preventiva*, Milano, Giuffrè, 2016, por la Associazione fra gli studiosi del Processo penale.

Sin embargo, en una reciente decisión (Gran Chambre, Caso De Tomaso c. Italia, 23 de febrero de 2017), el Tribunal de Estrasburgo condenó a Italia por el excesivo grado de sospecha y por el déficit de precisión y previsibilidad de la supuesta conducta peligrosa, capaz de justificar medidas restrictivas de la libertad, como la vigilancia especial (consistente en la prohibición de asistir a determinados lugares, determinadas personas y la obligación de respetar los tiempos de entrada y salida del lugar de domicilio).

El desafío que plantea este derrape progresivo hacia la lógica preventiva afecta precisamente a la protección de los derechos individuales.

Sin lugar a dudas, es preferible prevenir ataques terroristas o infiltraciones mafiosas en la economía y la sociedad, en lugar de reprimir a los responsables después de que el daño haya ocurrido. Sin embargo, la prevención ante delitos no debe ser el instrumento conveniente para llegar a las mismas conclusiones amenazadas por la justicia represiva (por ejemplo, la confiscación de bienes que el poseedor no sabe justificar) como resultado de un procedimiento inquisitorial. Al hacerlo, se eluden las garantías previstas por el derecho procesal penal, con el resultado de denegar sustancialmente los derechos de la defensa. La prevención previa al delito (que es esencialmente actividad policial) no debe ser la táctica conveniente para alcanzar subrepticamente los objetivos represivos que se deben alcanzar con el proceso criminal.

4.- DESAFÍO TECNOLÓGICO

La revolución informática ha infectado todos los aspectos de la vida social, incluyendo las investigaciones penales.

Gracias a la tecnología informática, la policía ahora puede recolectar, almacenar, procesar datos personales sobre cada aspecto de nuestra vida íntima y de relación. Cuando nos movemos por la ciudad, haciendo compras, comunicándose por teléfono, viajando por una autopista, bebiendo una taza de café, navegando por la web, esparcimos por todas partes rastros de nuestra presencia y nuestras actividades. Nunca existió un tiempo como este, donde el individuo puede ser observado en cada minuto de su comportamiento a través de la información que él mismo provee con el moldeo continuo durante todo el

día. Quien sea capaz de controlar la información personal, en esencia, adquiere una posición de poder que amenaza el libre desarrollo de la personalidad de sus conciudadanos. Como siempre, se puede decir que la información sobre la vida individual se considera confidencial y cuando tocan la esfera íntima, su uso plantea problemas con respecto a la dignidad humana. Sin embargo, desde cuando la adquisición de dicha información se basa en la tecnología informática, el problema de los posibles usos y abusos ha crecido hasta tal punto que exige un replanteamiento de las normas para proteger la confidencialidad.

En realidad, al menos en la realidad italiana, la conciencia de este valor mayor no está todavía muy extendida como cabría esperar.

Debe reconocerse a la jurisprudencia y doctrina alemana el merito de abordar este difícil desafío en sus propios términos. Un par de decisiones del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que datan de 1983 y 2008 respectivamente, confirmaron la existencia de nuevos derechos fundamentales derivados de la obligación de respetar y hacer respetar la dignidad humana y los derechos inviolables de la persona (Art 1 y Art. 2 *Grundgesetz*).

Con la sentencia de 15 de diciembre de 1983, fue cancelado un párrafo de la Ley del Censo de Población de 1981 que había autorizado la recopilación de información personal, permitiendo su uso también con el propósito de prevenir y reprimir los delitos. En décadas anteriores se aprobaron Leyes que contenían una disposición similar a la que el *Bundesverfassungsgericht* anuló con la sentencia aquí mencionada. Sin embargo, nadie ha venido a la mente para señalar esas disposiciones a la atención del Tribunal Constitucional. Simplemente, nadie había sentido la necesidad. Esto fue a principios de los ochenta del siglo pasado debido al rápido desarrollo y la rápida difusión de las computadoras personales. Gracias a ellas, todas las oficinas públicas, todas las comisarías de policía y todos los ministerios públicos podían controlar, con fines de investigación, una cantidad de datos personales que no se podían introducir pocos años antes.

Hay un aspecto de esta historia que es de particular interés para el jurista y especialmente para el erudito del juicio penal. Para llegar a la declaración de ilegalidad de la norma que autorizaba la gran recogida indiscriminada de datos personales, la corte constitucional alemana tuvo que afirmar la existencia de un

derecho fundamental hasta entonces desconocido: el derecho a la autodeterminación de la información (en alemán, *informationelles Selbstbestimmungsrecht*), derivado del principio de la dignidad humana (artículo 1 *Grundgesetz*).

Del mismo modo, tras el impetuoso desarrollo del *web* e de *internet* el *Bundesverfassungsgericht* procedió a la sentencia de 27 de febrero de 2008 al declarar ilegal el Derecho policial del *Land Nordrhein-Westfalen*, que autorizó a la policía a realizar búsquedas en línea en dispositivos electrónicos, utilizando malware (caballos de Troya, *trojan horses*). Teniendo en cuenta que la práctica de la policía no se limitaba a comprimir la libertad y el secreto de las comunicaciones (ya protegida por el art. 10 *Grundgesetz*), el Tribunal Constitucional alemán llega a la conclusión de un nuevo derecho fundamental a proteger - incluso en la investigación y el juicio penal - el derecho al uso confidencial de las herramientas informáticas (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*).

Las dos decisiones han tenido una repercusión inmediata en la legislación procesal penal en lo que respecta a la recopilación y el tratamiento de datos personales así como el uso de tecnologías informáticas (como caballos trojanos) por parte de la policía y del fiscal.

Debe tenerse en cuenta que en los regímenes demo-constitucionales, la calificación como derecho fundamental tiene un impacto inmediato en la ley y en las prácticas procesales. La comprensión del derecho debe tener lugar en los casos y en las formas previstas por la ley (reserva legal) y, por regla general, por acto motivado de la autoridad judicial (reserva de jurisdicción). Además, tiene que ser respetado el criterio de proporcionalidad, según el cual debe ser considerada la proporción de sacrificio que se impone al ciudadano, limitando el derecho y la gravedad del delito que debe ser detenido o reprimido. Por último, debe tenerse en cuenta que debe elegirse el derecho a limitar el derecho a lograr el propósito de establecer conductas ilícitas o peligrosas y, en presencia de medios más idóneos, los menos afectados por el ciudadano.

Las dos sentencias en cuestión han puesto al legislador alemán ante la obligación de reglamentar, en el código procesal penal actividades investigadoras como, por ejemplo, la recogida y tratamiento de datos personales con fines represivos, el uso de GPS para la localización de personas, las búsquedas

mediante el uso de caballos de Troya, que de otro modo habrían quedado en manos de iniciativas policiales informales e incontroladas.

Así que las cosas están ahora en Italia, donde el pensamiento del tribunal constitucional alemán todavía no ha penetrado. En este sentido, las nuevas tecnologías y su frecuente utilización en los procesos penales constituyen, una vez más para Italia (y tal vez no sólo para Italia), un nuevo desafío interesante e importante.

