Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020
Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75

75

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Editorial Cátedra Vallejo E. I. R. L.
E-mail: editorialcatedravallejo@gmail.com
Coordinadora editorial: Gladys Flores Heredia

ISSN: 3028-9343 (En línea)
ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-00899.

Facultad de Derecho y Ciencia Política
Calle Germán Amézaga 375, Lima, Perú
Teléfono: (01) 6197000, anexo: 2002
E-mail: decanoder@unmsm.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Calle Germán Amézaga 375, Lima 15081, Perú
E-mail: decanoder@unmsm.edu.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores de los artículos.

LICENCIA

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 Posgrado)

AUTORIDADES ACTUALES
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Dr. Germán Small Arana
Decano

Dr. Víctor Enrique Toro Llanos
Vicedecano académico

Dr. José Alberto Retamozo Linares
Director de la Unidad de Posgrado y
vicedecano de Investigación y Posgrado

Dr. José Antonio Ñique de La Puente
Director de la Escuela Profesional de Derecho (e)

Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política

Lic. Diana Ccahuay Garriazo
Directora administrativa (e)

Dr. Alexei Dante Sáenz Torres
Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria

Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos
Director de la Unidad de Investigación

PROFESORES HONORARIOS

Alessandri, Arturo (†)
Alexy, Robert
Alpa, Guido
Alterini, Atilio Aníbal
Asencio Mellado, José María
Atienza Rodriguez, Manuel
Baratta, Alessandro
Barcía Trelles, Camilo
Bedoya Reyes, Luis
Bianca, Cesare Massimo
Bidart Campos, Germán J.
Borda, Guillermo Antonio
Busnelli, Francesco
Calmón, Pedro (†)
Cançado Trindade, Antonio
Cappelleti, Mauro
Cortiñas Peláez, León
De Barros Carvalho, Paulo
De Buen Lozano, Nestor
De Rego Monteiro, Luis A.
Díez-Picazo, Luis
Espin Cánovas, Diego
Fernández Segado, Francisco
Franca, Rubens Limongi
Franco, Manuel de Oliveira
García de Enterría, Eduardo
García Maynes, Eduardo (†)
Garrido, Luis
Ghezzi, Giorgio
Gómez de la Torre, Ignacio
Gordillo, Agustín
Kemelmajer de Carlucci, Aida
Laplaza, Francisco P. (†)
Lene, Ernesto (†)
Malherbe, Jacque
Martí Bufill, Carlos
Mateo, Ramón Martín
Moisset de Espanés, Luis
Mozart Victor Russomano
Muñoz Conde, Francisco

Nieto García, Alejandro
Niles, Russel D.
Parejo Alfonso, Luciano
Peyrano, Jorge W.
Rébora, Juan Carlos
Recaséns Siches, Luis (†)
Rescigno, Pietro
Roca Roca, Eduardo
Rocco, Emma Adelaida
Romagnoli, Umberto
Rousseau, Charles (†)
Roxin, Claus
Sieber, Ulrich
Soler, Sebastián (†)
Tiedemann, Klaus
Visintini, Giovanna
Zamudio, Héctor Fix

PROFESORES EMÉRITOS

Abastos, Manuel G. (†)
Acevedo Criado, Luis (†)
Alzamora Silva, Lizardo (†)
Alzamora Valdez, Mario (†)
Aparicio Valdez, Germán
Aramburú Menchaca, Andrés (†)
Arias Schreiber Pezet, Max (†)
Bacacorzo, Gustavo
Basadre, Jorge (†)
Bramont Arias, Luis A. (†)
Cabredo Ríos, María Jesús
Castañeda, Jorge Eugenio (†)
Castillo Colonna, Luciano (†)
Castillo Dávila, Melquíades (†)
Dumbar Temple, Ella (†)
Fernández Sessarego, Carlos (†)
Ferrero Costa, Augusto
Ferrero Costa, Raúl Enrique J.
García Calderón, Manuel (†)
García Montúfar, Guillermo (†)
García Rada, Domingo (†)
Gazzolo Miani, Luis (†)

Heraud Cricet, Luis (†)
Herrera Paulsen, Dario (†)
La Hoz Tirado, Ricardo (†)
Lanatta, Rómulo E. (†)
León Barandiarán, José (†)
Llontop Amorós, Carlos
Maúrtua Vásquez, Víctor (†)
Mimbela de los Santos, Eduardo
Moisset de Espanés, Luis
Montoya Manfredi, Ulises (†)
Nugent, Ricardo (†)
Parodi Remón, Carlos
Quispe Correa, Alfredo (†)
Rendón Vásquez, Jorge
Rodríguez Pastor, Carlos (†)
Roy Freyre, Luis Eduardo
Ruiz Eldrede Rivera, Alberto (†)
Solís Espinoza, Alejandro
Tello Johnson, Jacinto (†)
Thol, Juan (†)
Vásquez de Velasco Prentice, Rafael (†)
Vicente Ugarte del Pino, Juan (†)

DOCENTES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Profesores principales

Brouset Salas, Ricardo Alberto
Chanamé Orbe, Raúl Roolsevelt
Chávez de Paz, Gregorio Dennis
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Delgado Guzmán, Octavio Galvarino
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Gonzales Espinoza, Chedorlaomer Rubén
Gutiérrez Tudela, Jorge Guillermo
Huancahuari, Flores Simeón
Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge
Jaeger Requejo, Rafael Eduardo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Magallanes Reyes, José
Mallqui Quijano, William Gaudencio
Martínez Flores, Héctor Elvis
Miró Quesada Rada, Francisco José

Nizama Valladollid, Medard
Ñique de la Puente, José Antonio
Palomino Manchego, José Felix
Pérez Ríos, Carlos Antonio
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Ramírez Erazo, Ramón
Retamozo Linares, José Alberto
Romero Montes Francisco Javier
Romero Quispe, Jacobo
Sáenz Torres, Alexei Dante
Sánchez Velarde, Pablo Wilfredo
Silva Vallejo, José Antonio Nicanor
Small Arana, Germán
Toro Llanos, Víctor Enrique
Torres Vásquez, Anibal
Urquizo Olaechea, José Francisco
Villa Stein, Javier
Zárate del Pino, Juan Belfor

Profesores asociados

Abregú Baez, María del Carmen
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bazán Chávez, Juan Antonio Mávila
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
Hernández Campos, Carlos Augusto L.
Lama More, Héctor Enrique
León, Rosa Delsa
Palma Navea, José Enrique Benjamín
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Peña Farfán, Saú

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 Quiroz, Clotilde Cristina
Zelada Bartra, Jaime Víctor

Profesores auxiliares

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

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

La *Revista de Derecho y Ciencia Política. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos* es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y políticos. En ese sentido, las principales líneas temáticas que difunde la revista incluyen todas las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía e historia del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras disciplinas.

Los artículos de la revista se arbitran tomando en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte, actualidad y contribución al conocimiento sobre el derecho y la ciencia política. La revista se reserva el derecho de publicación y realizará las correcciones de estilo y las adecuaciones pertinentes a los artículos aceptados para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista de Derecho y Ciencia Política* recibe las colaboraciones de todos los docentes de nuestra casa de estudios, así como los de otras universidades nacionales e internacionales, y de investigadores en temas jurídicos y políticos.

Esta publicación está dirigida a investigadores del derecho y la ciencia política, docentes universitarios, estudiantes y al público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica y política.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

The *Review of Law and Political Science. A publication of the Faculty of Law and Political Science of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos* is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal and political issues. In this sense, the main thematic areas covered by the journal include all specialities of law, among which are: constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy and history of law and theory of law. It also promotes the use of inter- and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law closer to philosophy, sociology, political science, economics, anthropology, among other disciplines.

The articles in the journal are refereed taking into account the following evaluation criteria: originality, thematic contribution, current problems, and any contribution to the knowledge of law and political science. The journal reserves the right of publication and will make the necessary style corrections and adjustments to the articles accepted in order to comply with the requirements of the publication.

The *Review of Law and Political Science* welcomes contributions from all professors at our university, as well as from other national and international universities, and from researchers in legal and political subjects.

This publication is aimed at researchers in law and political science, university professors, students, and the public interested in legal and political research issues.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75

CONTENIDO

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.00

EDITORIAL

El número 75 de la *Revista de Derecho y Ciencia Política. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, que hoy presentamos, se publica dentro de un contexto complicado de crisis sanitaria y económica; por ello, tiene un mérito especial que es necesario reconocer.

En Perú, estamos en una situación terrible debido a la pandemia de la COVID-19. A estas alturas, podemos decir que vivimos en una «nueva normalidad», aunque esperamos que en el 2021 esa «nueva» forma de vivir quede como un lejano recuerdo y podamos retornar a nuestras actividades cotidianas como lo hacíamos en el 2019.

Esta «nueva normalidad» implica vivir con nuevas restricciones y limitaciones, muchas de las cuales hemos podido superar a la fecha porque hemos logrado adaptarnos. En cierta manera, es imperativo adaptarnos para sobrevivir; ello es parte de la evolución humana. Sin embargo, hay otros obstáculos que aún están vigentes y que limitan la manera de realizar nuestras actividades. La educación legal y el ejercicio profesional no son ajenos a ellos.

Felizmente, la pandemia de la COVID-19 nos sorprendió en una época en que la tecnología estaba al alcance de la mayoría y a un

costo económico accesible. Esto ha permitido que nuestro proceso de adaptación sea, hasta cierto punto, manejable. Plataformas como Zoom, Microsoft Teams o Google Meet han sido de mucha ayuda para desarrollar las clases universitarias, brindar conferencias y seminarios, llevar audiencias judiciales o arbitrales, entre otras actividades.

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos también hemos tenido que adaptarnos, y una muestra de ese esfuerzo es esta publicación. Por ello, es destacable la labor realizada por todo el equipo de la *Revista de Derecho y Ciencia Política*, cuyo fruto es el número 75, correspondiente a enero-diciembre de 2020. Este volumen reconfirma el compromiso de nuestro equipo para seguir adelante y lograr publicar nuevos números.

Asimismo, también es destacable el compromiso de todos los profesores y los investigadores de derecho que participan en esta edición, quienes tuvieron que enfrentar y superar diferentes obstáculos para continuar o retomar la labor de investigación científica sobre el derecho y la ciencia política.

Hasta la fecha, muchas bibliotecas de las facultades de Derecho siguen cerradas, lo cual limita el acceso a materiales físicos (libros, tratados, diccionarios, entre otros), sobre todo aquellos textos antiguos que no cuentan con un respaldo digital. Igualmente, las librerías y otros puntos de venta de libros han intentado ofrecer al público la mayor cantidad de material nuevo; sin embargo, la producción bibliográfica ha disminuido, debido a que gran parte de la población se ha visto afectada en sus ingresos por la presente crisis sanitaria. A pesar de estas dificultades, que son solo algunas, los colaboradores de esta edición han realizado sus mayores esfuerzos para escribir sus artículos en beneficio de los estudiantes de Derecho de todo el Perú y, en general, en beneficio de toda la comunidad.

En este sentido, expreso mi mayor agradecimiento a los profesores Manuel Bermúdez Tapia, Alma Cecilia Casanotán Ayay, Nora Soledad Cisneros Campoverde, María Tatiana Gutiérrez Enríquez, Jorge Andújar Moreno, Raúl Chanamé Orbe y Humberto Uchuya Carrasco, pues sus artículos académicos enriquecen notablemente nuestra revista.

Finalmente, este volumen les rinde homenaje a todos aquellos compatriotas que ahora solo nos acompañan en espíritu y a todas las familias que los guardan en sus corazones.

Lima, diciembre de 2020

Francisco Carruitero Lecca
DIRECTOR
Revista de Derecho y Ciencia Política
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Artículos de investigación

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.01

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE NORMATIVA EN LA EVALUACIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS

The Jurisprudence as a normative source in the assessment of judicialized family conflicts

Manuel Bermúdez Tapia
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: mbermudezt@unmsm.edu.pe
http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

RESUMEN

La práctica judicial en un Estado de derecho democrático y social es un elemento de referencia que permite evaluar el contexto de la vida social en un país, especialmente porque posibilita detallar el nivel de eficiencia del sistema normativo en la práctica judicial en la atención de conflictos sociales. Sin embargo, en el plano sociofamiliar nacional, los elevados contextos subjetivos y la amplitud de elementos de referencia condicionan la práctica judicial, limitan la aplicabilidad de la normatividad y, por ende, perjudican el alcance de la jurisprudencia como una fuente normativa que reduce la predictibilidad y eficiencia de una sentencia judicial.

Palabras clave: jurisprudencia; sistema normativo; práctica judicial; conflictos familiares judicializados.

ABSTRACT

The judicial practice in a democratic and social state under the rule of law is an element of reference. This makes it easier to evaluate the context of social life in a country, in particular, it makes it possible to detail the level of efficiency of the normative system in judicial practice in dealing with social conflicts. However, on the national socio-family level, the high subjective contexts and the broadness of reference elements condition judicial practice, they limit the applicability of normativity; and, thus, they impair the scope of jurisprudence as a normative source which reduces the predictability and efficiency of a judicial judgement.

Keywords: jurisprudence; normative system; judicial practice; judicialized family conflicts.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/2020 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos más característicos que permiten detallar la autonomía del derecho procesal de familia está expresado en el hecho de que la sentencia judicial que evalúa un conflicto familiar judicializado no siempre responde a un proceso seguido en el ámbito familiar, por cuanto los juzgados penales, civiles y constitucionales también pueden evaluar situaciones en las cuales una familia en crisis plantea la determinación de sus derechos y obligaciones, sobre la base de un comportamiento en el cual se visualiza una subjetividad muy elevada.

Frente a esta situación, las sentencias judiciales en el ámbito de los juzgados de familia no tienen el mismo alcance que un análisis

comparativo con otras jurisdicciones especialmente porque las partes pueden ejecutar acciones que pueden provocar la propia disfuncionalidad del proceso judicial ejecutado; por ejemplo, cuando retoman la relación afectiva pese a un hecho de violencia familiar o, eventualmente, reconfiguran la relación familiar a pesar de estar tramitándose un proceso de divorcio por causal.

Considerando estas referencias, conviene revisar el verdadero alcance de una sentencia judicial en el ámbito procesal, judicial y funcional porque una de las fuentes del derecho está siendo afectado de tal manera que se requiere una evaluación mucho más profunda para así poder comprender las razones por las cuales el sistema jurisdiccional en la especialidad no está dando buenos resultados ante el incremento de conflictos familiares que se traducen en casos de feminicidios, separaciones de hecho y otros problemas materiales que inciden en la realidad nacional.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA JUDICIAL

En el ámbito de la dogmática y en la práctica judicial, la sentencia judicial puede ser entendida en tres niveles:

a) Una resolución judicial que pone fin al proceso.

b) Una resolución que contiene requisitos formales como el encabezado, los antecedentes de hecho, los fundamentos jurídicos y los elementos resolutivos (fallo), que la diferencian de las demás resoluciones judiciales, en cuanto a forma.

c) Una resolución que puede ser subdividida en función de su naturaleza, al atender a razones de fondo o de absolver una instancia, en cuanto al fondo (Barona, 1999, p. 468).

Estos son los niveles más recurrentes en el ámbito práctico, pero nos permitimos añadir los siguientes elementos:

d) La sentencia produce una eficacia respecto de los asuntos evaluados en el proceso, la cual se caracteriza por ser creativa, delimitadora o conformadora y vinculante (Guzmán, 1996, p. 115).

e) La sentencia tiene un valor formal respecto de las funciones de la Administración pública, en el ámbito del Poder Judicial y el Ministerio Público o del Tribunal Constitucional, de ser el caso.

f) La sentencia es un proceso de naturaleza civil y/o familiar que exige que las partes ejecuten actividad procesal para detallar su incumplimiento o eventualmente una condición negativa a su ejecución.

g) La sentencia es en elemento que permite detallar que, en los conflictos judiciales familiares, la elevada condición subjetiva que subsiste entre las partes procesales condiciona negativamente a todos los involucrados en el conflicto familiar y, por ello, la atención de las pretensiones evaluadas y ratificadas/no atendidas en la sentencia judicial no necesariamente son vinculantes a las personas (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 69).

Sin embargo, y frente a lo señalado, una sentencia es «algo más» y prueba de ello es que en el contexto comparado, en cualquier sentencia, sea dictada por un juez anglosajón (norteamericano o inglés) o continental (europeo, latinoamericano), es factible observar que existe una triple tensión en orden a su eficacia y que determina su grado de eficacia (Ramos Méndez, 1982, p. 122) en relación con el caso concreto, los casos ya resueltos y los casos que el Juzgado deberá resolver en el futuro.

Nuestra posición va dirigida a evaluar el nivel de eficacia de la sentencia en los casos de conflictos familiares judicializados, desde una perspectiva dogmática, por cuanto la evaluación de la sentencia en función de un Estado de derecho, democrático y social (Galiana, 2003, p. 26) implica un análisis mucho más complejo, que incluye la ponderación de *ratios* de evaluación costo-beneficio, evaluación de la prestación del servicio público (De Otto y Pardo, 1989, p. 19) y atención de conflictos sociales que inciden en la familia (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 15), los cuales permiten examinar en la práctica al resultado de un proceso judicial, el mismo que en la especialidad resulta disfuncional por acción de las partes procesales.

Complementariamente, es factible evaluar el servicio de la justicia desde una perspectiva sociológica, antropológica y política porque los jueces forman parte de la sociedad nacional en su conjunto y son fieles reflejos de nuestra realidad (Sierra, 2009, p. 74). En este punto, surge una condición compleja que debe revisar el juez: ¿Qué «familia» debe proteger, de conformidad con la Constitución, si en la realidad social peruana hay «múltiples situaciones o referencias familiares»?

De este modo y a efectos de retornar al análisis dogmático, puede decirse que la sentencia, máxime si es dictada por un tribunal, juzgado o corte de rango supremo, produce una tripleta de efectos respecto de la eficacia, a nivel creativo, los cuales detallamos a continuación.

2.1. EFECTO DELIMITADOR O CONFORMADOR

La eficacia delimitadora o conformadora es el producto de la sentencia que contiene una creación, establece un patrón de conducta determinada en forma individual y en forma heterónoma, que condiciona y vincula a las partes procesales y las partes que intervienen en el conflicto familiar en forma directa, inmediata y proporcional a su comportamiento prejudicial. Un ejemplo práctico nos permite detallar que en un proceso de divorcio en el cual se evaluaron los alimentos o la tenencia de los hijos, los menores que no han sido partes procesales se ven condicionados por la decisión del juez.

En este sentido, la sentencia crea, directamente para los sujetos procesales, una norma de conducta que incide en su relación, delimita su actuación y conforma su realidad inmediata (Ayala, 2005, p. 41).

Inclusive esta incidencia puede abarcar a terceros frente a la propia relación procesal entre las partes, por cuanto la sentencia determina niveles coercitivos de cumplimiento (Gimeno Sendro & Díaz, 2007, p. 305) que no necesariamente son recepcionados positivamente por los sujetos ajenos al expediente evaluado. En esa línea, la sentencia en un conflicto familiar judicializado puede

generar consecuencias en los familiares que participan de la vida familiar de quienes se han visto vinculados por la sentencia.

Por ejemplo, en un proceso de alimentos a favor de una primera relación familiar donde el exigido sea un progenitor que conforma una segunda relación familiar, téngase en cuenta que la afectación puede provocar un perjuicio a todos los dependientes de este pudiéndose generar nuevos procesos judiciales que ampliarán temporalmente el nivel de conflictividad entre los adultos que participan de estas relaciones familiares.

2.2. EFECTO DE EFICACIA VINCULANTE O NORMATIVA Y UNA EFICACIA TEMPORAL

Es pertinente mencionar el carácter institucional de la propia impartición de justicia, como elemento constitutivo de las funciones del Estado, respecto de sí misma frente a la sociedad y, en particular, respecto de las personas que están en entornos familiares disfuncionales.

Este nivel de eficacia se manifiesta en un doble plano de vinculación:

a) Por el grado de vinculación de un juzgado, corte o tribunal con sus propias decisiones expedidas en otros procesos, no tanto por ser anteriores, sino por cuanto son propias (*stare decisis*), conforme detalla Enright (2002, p. 258).

En esa línea, la vinculación se produce porque la decisión manifestada por el órgano judicial es anterior a la redacción de la propia sentencia que exige el caso en particular.

Adicionalmente, esta vinculación refiere que los elementos que componen la misma sentencia son propios, esto es, son elementos preconcebidos por el propio juzgado, corte o tribunal y lo han manifestado en forma anticipada a la misma sentencia.

Sobre este punto Francisco Muñoz Conde afirmaba que el precedente impuesto por el *stare decisis* proviene de dos

factores: primero, por la sabiduría implícita de la decisión judicial y, segundo, por la elegancia teórica que se haya expresado en su fundamentación.

De lo evaluado podemos señalar, entonces, que este nivel de vinculación responde a un fundamento de sentido común institucional, el cual se basa en un criterio de mantenimiento de la posición de la institución frente a casos similares, para así garantizar no solo la predictibilidad, sino también la igualdad que los justiciables exigen frente al sistema judicial.

Pero, en entornos familiares disfuncionales, corresponde detallar que cada conflicto es sumamente particular y, por tanto, los elementos comunes estarán vinculados a las referencias normativas y los procedimientos judiciales. Esto reduce la aplicabilidad del sentido común institucional que en el ámbito judicial de familia suele generar errores de evaluación vinculados al género, a la evaluación de la vulnerabilidad y de las pretensiones por el elevado nivel de subjetividad que preexiste al mismo proceso judicial.

b) Por el grado de vinculación con las decisiones de los órganos superiores (doctrina del precedente)

La vinculación se produce porque la decisión del órgano superior o de un determinado juzgado, corte o tribunal de orden jerárquico superior conforma el ordenamiento jurídico, se configure o no (normalmente sí, pero no necesariamente) como norma jurídica, a nivel de ser declarado como precedente.

A nuestro criterio, en este ámbito de análisis, el precedente tiene dos subniveles de vinculación, sobre dos bases. De un lado, porque es jurídicamente obligatorio, pues así lo determina la propia redacción de la sentencia por disposición del ente emisor. En este nivel ubicamos a los plenos casatorios de la Corte Suprema y las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional.

De otro lado, porque académica y moralmente son vinculantes, al representar una posición objetiva, funcional, especial, directa y

referencial sobre los elementos de nuevos casos que pudieran mantener una línea de semejanza, todo lo cual garantiza una predictibilidad en la práctica judicial (Dargent, 2006, p. 157). En este nivel, si bien podemos ubicar nuevamente a los plenos casatorios y las sentencias vinculantes del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, cabe indicar que los fallos de instancias jerárquicas inferiores pueden producir estos efectos, justamente debido a los fundamentos que la integran.

Sustentamos este punto cuando evaluamos el escaso alcance del III Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto de la separación de hecho (Casación n.º 4664-2010, Puno), en los juzgados de primera instancia que no suelen flexibilizar la evaluación normativa y social en casos de conflictos familiares.

En otro sentido, el análisis judicial de la constitucionalidad del reglamento de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas reveló que este limitaba derechos a las señoritas que resultasen embarazadas durante el período de formación académico-profesional de ingreso a la institución.

Dichos fallos se limitaron al ámbito de la justicia de primera instancia, lo cual es un elemento positivo para todo el sistema en su conjunto porque evitó que el perjuicio sufrido se agrave en el tiempo, de conformidad con lo detallado en la Sentencia n.º 05527-2008-PHC/TC, caso Nidia Yessenia Baca Barturén (Tribuncal Constitucional, 2009).

Como conclusión preliminar, podemos señalar que la eficacia vinculante de la sentencia plantea dos cuestiones que normalmente aparecen juntas, pero que conviene disociar porque son problemas distintos: el de la creación judicial del derecho (jurisprudencia) y el de la vinculación de los juzgados a sentencias anteriores propias o de órganos superiores (precedente vinculante).

A ello agréguese el contexto subjetivo de las partes en conflicto y considérese que, pese a estar en un proceso judicial, es posible que las partes procesales puedan reconciliarse, perdonarse, reconstituir una familia, desistir de participar en un proceso, ampliar el conflicto

familiar o judicial, ejecutar acciones maliciosas o temerarias, según la propia realidad judicial en la especialidad detallada (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 23).

2.3. LA EFICACIA TEMPORAL DE LA SENTENCIA

Este efecto plantea también una doble cuestión: «i. La cuestión de la retroactividad de los efectos derivados de la sentencia. ii. El problema de los posibles efectos prospectivos de la sentencia, en forma exclusiva» (Martínez, 2000, p. 200).

De ese modo y a nuestro criterio, el elemento más importante de la actividad jurisdiccional, respecto de la emisión, la fundamentación y el nivel de exigibilidad (ejecutoriedad) de sentencias, se desarrolla en una doble función. Por un lado, resuelve jurídicamente el conflicto de intereses de las partes en litigio por: a) tener un efecto práctico y palpable para el litigante, b) por ser una función inexcusable para el juez), y c) por ser un elemento legitimador del propio Estado respecto de los servicios que presta a los ciudadanos en general.

En este sentido, hacemos expresa mención de que una sentencia no necesariamente soluciona el conflicto entre las partes procesales cuando se tratan casos de familia a pesar de que sus fundamentos jurídicos se ajusten a ley, porque se ha observado, por ejemplo, que la sentencia en sí misma es la generadora de nuevos conflictos entre las partes.

La mayor y mejor referencia sobre este punto es el desarrollo de los alimentos en los conflictos de naturaleza civil, puesto que puede provocar obstrucción de vínculo, padrectomía, síndrome de alienación parental, violencia familiar, etc. (Bermúdez-Tapia, 2011).

Retomando nuestra evaluación jurídica de la sentencia, debemos advertir que esta contiene una regla o norma de conducta individualizada y heterónoma que la diferencia, por ejemplo, de una norma contractual, cuya naturaleza jurídica es autónoma.

Por otro lado, la sentencia es una norma o un criterio que conforma el ordenamiento jurídico: lo conforma, pero no forma parte

de él (Castillo, 2007, p. 56); lo integra, pero no se integra en él porque su propia naturaleza la determina como autónoma (Villacorta, 2004, p. 16).

Esta función está generalmente reservada a los órganos judiciales de máxima jerarquía y, por lo que respecta a nuestro sistema, está centrada en el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Ahora bien, tanto por ley como por propia decisión manifestada en reiterada jurisprudencia, estos órganos condicionan a la sentencia como una norma o un criterio que conforma el ordenamiento jurídico.

Las jurisprudencias vinculantes verifican la doble función que realizan las sentencias en cuanto a sus objetivos y alcances naturales: por un lado, complementan el ordenamiento jurídico a través de la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas; por otro lado, resuelven el caso concreto que se plantea ante el Juzgado a través del recurso de casación.

En este sentido, podemos plantear los mecanismos por los cuales se justifica nuestra posición:

a) La labor judicial se focaliza en la concreción de normas o cláusulas generales y abstractas respecto al caso particular que se evalúa en el despacho judicial (De Otto y Pardo, 1987, p. 287). Téngase en cuenta que las particularidades de cada sujeto procesal no son determinadas por la ley, sino que son denunciadas, categorizadas y determinadas por el juez, sobre la base de la evaluación de lo manifestado en el expediente. En este punto, en algunos casos a los jueces les resulta complicado evaluar las realidades de las familias sucesivas, paralelas, homoparentales, etc.

   En esta misma línea, ni el Tribunal Constitucional ni el Poder Judicial están facultados (por ley o propia voluntad) para intervenir en la sociedad como instituciones de control y evaluación de leyes sin que exista un requerimiento expreso de algún miembro de la sociedad que se sienta afectado por una norma, incluyéndose al mismo Estado a través de sus entes públicos, como parte del principio de autocontención

(Pizarro, 2003, p. 268). Bajo esta premisa, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional se convierten en entes de evaluación, interpretación y concreción, y no de debate (Castillo, 2007, p. 61), porque «son los primeros esclavos de la ley» (Sáenz, 2005, p. 156).

En este punto, corresponde evaluar el escaso nivel de fundamentación de propósitos que ha ejecutado Ernesto Álvarez Miranda (Redacción El Comercio, 2014) cuando trivializó los derechos de las poblaciones LGTB al finalizar su período como magistrado del Tribunal Constitucional, haciendo la evaluación de una sentencia que negó una pretensión de reconocimiento de identidad de una persona, más allá de su decisión sobre su propia sexualidad.

Si bien existen circunstancias en las cuales los fallos puedan trascender el ámbito público, el debate se deberá centrar en los alcances normativos o fácticos de la sentencia en los temas evaluados: esa es la lógica; por tanto, no es factible admitir un debate politizado de los alcances del fallo, ya que esa no es función de los órganos de impartición de justicia (Toyama, Agui & Arellano, 2005, p. 147).

b) La labor judicial adecúa la rigidez normativa al nivel de vincular a la ley a la realidad y al caso concreto. Basta con observar que, en realidades como la peruana, la jurisprudencia (al estar más próxima a los ciudadanos) se convierte en la vía más recurrible para la defensa de derechos, en contraposición a la lejanía fáctica de la ley, por estar reservada a los legisladores.

En términos político-constitucionales, bien podríamos anotar que la sentencia, es más democrática que la misma ley, además de ser también más directa, práctica, eficaz, proporcional, justa e inmediata.

Lo anotado nos permite fundamentar las razones por las cuales el Estado de derecho es más vinculable al ciudadano en sociedades anglosajonas que en sociedades próximas a

nuestro Sistema Jurídico, donde la ley, al estar alejada del ciudadano, constituye un elemento no vinculante *per se*.

c) En casos específicos y excluyentes de la práctica ordinaria jurisdiccional, se condiciona al juez a materializar los principios generales del derecho y las reglas de la lógica social (equidad) en los casos en los cuales la legislación se encuentre superada por la realidad social (Ezquiaga, 2008, p. 49).

El ejemplo idóneo para graficar lo manifestado lo podemos encontrar en la parte resolutiva del III Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de mayo 2011, donde se observa que el juez supremo considera la realidad de las partes para justificar su decisión apartándose de la literalidad de la norma, la cual no resulta eficaz frente al conflicto evaluado (Bermúdez-Tapia, 2011, pp. 267-284).

En conclusión anticipada, podemos apuntar que la labor judicial no es indiferente en la fijación de las normas jurídicas, ni en la creación de una serie de criterios con voluntad de permanencia a través de la interpretación de la norma jurídica; por ello, deberíamos identificar de mejor manera la verdadera identidad de la práctica judicial: el derecho jurisprudencial, el cual es una mejor definición de la tradicional concepción del «derecho judicial» (Bermúdez-Tapia, 2017, p. 117).

Por otro lado y en el caso particular de nuestro país, el recurso de casación, verdad de Perogrullo, no es una tercera instancia, no es un juicio sobre los hechos, sino sobre la correcta aplicación del derecho (Plaza, 2001, p. 129); sin embargo, la ley, la práctica judicial del litigante peruano y la propia acción de la Corte Suprema convierten a este órgano judicial en última o penúltima instancia, si consideramos que casi todo deriva al Tribunal Constitucional y este alegremente no toma conciencia de su autodeslegitimación funcional.

3. LA JURISPRUDENCIA: EFECTOS Y NIVEL DE VINCULACIÓN

3.1. LA BÚSQUEDA DE PREDICTIBILIDAD

La interpretación tradicional que nuestra doctrina y práctica judicial le asignan a los órganos judiciales, sobre todo a las máximas instancias, nos permite señalar que las resoluciones y las sentencias que se expiden deben adherirse a lo normado por la ley, de manera que cuando esta deba ser interpretada para resolver un caso, deberá interpretarse en similares términos o, al menos, deberá tomarse en consideración la interpretación realizada en forma corporativa hasta ese momento.

Dicho procedimiento no solo garantiza el factor de predictibilidad judicial, sino que además posibilita al mismo órgano judicial mantener una coherencia interna respecto de sus propias decisiones (Delgado, Delgado & Candela, 2004, p. 128), lo cual legitima su propia institucionalidad frente a la sociedad. En términos sencillos, evita las sentencias contradictorias (Human Rights Watch, 2009, p. 15).

Por tanto, siendo una función de vital importancia en el ámbito del Estado de derecho, corresponde evaluar si la propia jurisprudencia (como tal) es o no fuente (formal) del ordenamiento jurídico (Esplugues, 1997, p. 167).

En este sentido y sobre la base de la propia evolución de nuestro Sistema Jurídico, la jurisprudencia tiene una menor fuerza porque, en un sistema normativista basado en el principio de legalidad, como es el nuestro, la jurisprudencia es relativizada (en términos negativos) como fuente del ordenamiento jurídico por la excesiva ponderación del valor de la ley (Ramos Núñez, 2005, p. 122).

Por otro lado y dado lo peculiar de la función judicial, en una estructura de órganos estatales ejerciendo un servicio esencial a todo Estado, debemos evaluar, en términos de gestión pública, que la jurisprudencia si bien no tiene una fuerza creadora de normas jurídicas, sí posee una fuerza legitimadora respecto de su validez y eficacia, la cual se determina porque en el ordenamiento jurídico son los jueces

quienes interpretan, delimitan, dan sentido y materializan la ley a las situaciones particulares (Domínguez, 1992, p. 453); adicionalmente a esta situación, la propia ley les da esta función.

En esa línea, las funciones judiciales se manifiestan en la interpretación de la ley, la fijación de su significado y su alcance, la realización de una función nomofiláctica (Alcubilla & Fernández, 2007, p. 903) y su conformación dentro del ordenamiento jurídico, al que dota de uniformidad.

De acuerdo con todo lo anterior, la ley se interpreta, adecúa y norma en un despacho judicial al resolverse un conflicto de intereses entre partes, determinándose por acción del órgano judicial las condiciones que deberán acatar los involucrados, bajo la condición de ser imperativa y determinada en forma individual.

Según la condición a la que se arribe de esta conclusión parcial, el reconocimiento de autoridad judicial es tanto explícito (por mandato constitucional) como implícito (por las propias partes), dado que cualquier recurso que pudiera plantear tiene la casación como techo de acción. Por este motivo, puede decirse que en cualquier sistema judicial donde una decisión pueda estar basada o justificada en anteriores decisiones (y esto vale también para nuestro sistema, porque se procura hacer predictible al sistema), cada pronunciamiento judicial presenta dos elementos:

a) El elemento prescriptivo, en cuya virtud el juez fija la interpretación y el alcance de la norma que aplica. En este contexto, el juez se vincula con el propio Estado de derecho (Vázquez, 2002, p. 122).

b) El elemento descriptivo, en cuya virtud el juez determina el derecho aplicable (Dworkin, 1984, p. 105). En este punto, el juez se vincula con los justiciables y la propia sociedad.

Ambos elementos, bajo esta búsqueda de predictibilidad, se hallan íntimamente ligados al máximo nivel, porque en la realidad son inescindibles.

De lo desarrollado debemos concretizar que, más allá de los efectos prácticos y teóricos que produce la jurisprudencia, en realidad,

la importancia de la sentencia se manifiesta por su doble vinculación, tanto con el derecho como con la propia sociedad (De Sousa Santos & García Villegas, 2001, p. 160).

Por ello, aparte de filosofar sobre el valor de la sentencia en el contexto del ordenamiento jurídico, debemos aclarar que existen ciertas condiciones que deben determinarse respecto de su propia naturaleza jurídica, en función de su referencialidad para con el propio ciudadano, como justiciable o parte procesal, lo cual nos permite superar ciertas cuestiones teorizables, como la determinación de la jurisprudencia como fuente del derecho, la determinación de sus funciones y la categorización de su tipo. En definitiva, se trata de valorar la jurisprudencia como elemento global proveniente del sistema de impartición de justicia, generado a raíz del análisis y el desarrollo de casos concretos.

3.2. DERECHO JUDICIAL Y DERECHO JURISPRUDENCIAL

De lo manifestado hasta el momento resulta factible evaluar la distinción entre derecho judicial y derecho jurisprudencial, la cual se fundamenta en que aquel nace de la resolución del caso concreto, cuya *ratio decidendi* se configura como norma jurídica de creación judicial, sin necesidad de reiteración (Cortés, 2009, p. 38). El derecho jurisprudencial, en cambio, es el derecho derivado de una ley de acuerdo con una determinada interpretación judicial expresada en un caso concreto, el cual es dotado con una voluntad de permanencia (Evans, 2005, p. 130), frente a las partes y a la sociedad. Esta voluntad es derivada de la permanente reiteración en la interpretación de la ley; la manifestación expresa, por lo que impone el propio órgano judicial, generalmente a través de sus máximas instancias; o la manifestación tácita, derivada de un expreso cambio de criterio jurisprudencial, también provocado por las máximas instancias del propio juzgado, tribunal o corte, sea *ratio* o sea *obiter*.

Sin embargo, no debemos dejar de lado nuestra propia evolución como parte del Sistema Romano Germánico [Canónico y Francés] (Bermúdez-Tapia, 2018, pp. 167-186), el cual se centra en desvalorar

la práctica judicial, a diferencia del modelo del Common Law, precisamente a raíz de sus propias particularidades.

Téngase en cuenta que toda la evolución de nuestro Sistema Jurídico enfatiza la condición limitada de la práctica judicial en todos los niveles de fundamentación: políticos (Rousseau y Montesquieu), constitucionales (Sieyes), sociales y jurídicos (Kelsen). Dicha perspectiva, basada en la realidad histórica y el condicionamiento (por no decir avasallamiento) al poder político (Fix Zamudio, 1977, p. 19), constituye el elemento negativo, en términos históricos, en la evolución de la práctica judicial, lo cual disminuye su propia importancia como parte de la estructura del Estado.

Este contexto de evolución histórica termina influyendo y condicionando al constituyente y al legislador en los Estados de influencia del Sistema Jurídico Romano Germano para limitar al máximo la creación judicial del derecho, puesto que el juez está sometido al imperio de la ley y esta condiciona el desarrollo del proceso.

Esta negativa impresión no necesariamente provoca la prohibición de la creación jurisprudencial del derecho en los términos que señalamos anteriormente; por el contrario, determinados principios constitucionales y derechos fundamentales, así como normas de legislación ordinaria, fundamentan la creación jurisprudencial del derecho en cuanto mecanismo para sostener la uniformidad y la unidad en los pronunciamientos judiciales (principio de justicia, proscripción de la arbitrariedad, derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, recurso de nulidad, revisión o casación por infracción de la doctrina jurisprudencial, etc.).

En nuestro país, la práctica judicial generada por el Tribunal Constitucional ha sido más efectiva que la del propio Poder Judicial, de ahí los celos entre ambas instituciones, celos, por cierto, infértiles en la defensa de los derechos de los ciudadanos, a quienes se deben (Plaza, 2001 p. 197).

Paradójicamente, frente a la supuesta limitación impuesta por ley, insistimos en el hecho de que nuestro Sistema Jurídico permite, vía interpretación, la creación jurisprudencial, la cual se centra en la

propia jurisprudencia que se expide y a la que se le asigna un valor o condición: es la jurisprudencia la que determina cómo nace la norma jurisprudencial, lo que es vinculante, el mecanismo de vinculación, cómo se modifica y cómo se extingue (Rubio, 2006, p. 108).

La cuestión, entonces, se centra en determinar cómo se articula la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico y, en concreto, en relación con la ley o derivada de un principio general que aquella interpreta y aplica. Desde nuestro criterio, el problema de la vinculación o no de la jurisprudencia se debe plantear en un contexto distinto al de las fuentes del ordenamiento jurídico. En otras palabras, que el criterio jurisprudencial sea vinculante (y en la medida en que lo sea) no significa necesariamente que sea norma jurídica ni que la jurisprudencia sea fuente del ordenamiento jurídico, porque no cumple con las condiciones materiales en cuanto a las condiciones en las cuales fue creada (Raynaud & Rials, 2001, p. 742). Además, el que a los jueces se les faculte a impartir justicia no implica que el pueblo los empodere como una especie de legisladores prácticos y casuísticos, incluso si se autofacultan esta condición, como sucede con el Tribunal Constitucional peruano.

Complementariamente a lo señalado, la idea del precedente se debe poner en relación con la función que el ordenamiento jurídico otorga a la jurisprudencia, la cual se limita a completar el ordenamiento jurídico mediante la interpretación y la aplicación de la ley, la costumbre o el principio general al caso, lo cual determina otro defecto de forma, al no tener un valor general.

De este modo, la transcendencia normativa que la Constitución otorga a la jurisprudencia, y que reitera la misma jurisprudencia, no deriva del propio criterio jurisprudencial, sino de su objeto de interpretación y aplicación, es decir, de la norma jurídica interpretada y aplicada.

4. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN CUANTO A LA LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL

4.1. TRANSCENDENCIA NORMATIVA Y VINCULACIÓN DISUASORIA

En este acápite nos avocaremos a definir la trascendencia normativa de la jurisprudencia, toda vez que se tiene la referencia de que implica una cierta vinculación con el precedente, a la cual alude en sus considerandos.

Señalamos «cierta» vinculación con el precedente porque son los propios juzgados, cortes y tribunales quienes se apresuran a afirmar que no se sujetan a la coacción implícita del precedente vinculante comprendido por resoluciones anteriores. En principio, esta función de autonomía a su propio actuar institucional respecto de la jurisprudencia que emite la ejecutan sobre la base de autogarantizarse también cierta libertad para así poder:

a) Completar, vía interpretación, el ordenamiento jurídico cuando se sucedan circunstancias como vacío, ambigüedad o defecto en la ley.

b) Propiciar una evolución de los criterios hermenéuticos que evalúa en cada caso a efectos de generar un criterio propedéutico frente a la comunidad jurídica.

c) Desarrollar el cambio de orientación razonable de la jurisprudencia considerada hasta ese momento como vinculante (Casal, 2004 p. 268); esto es, vía la propuesta del precedente disuasorio.

Debemos aclarar que los órganos judiciales de instancias inferiores deben seguir la doctrina jurisprudencial de las de mayor orden jerárquico y solo se pueden separar de la misma de manera motivada y razonada, por cuanto la creatividad y la justificación de las decisiones respecto del caso evaluado bien pueden provocar este tipo de situaciones, porque no todos los casos contienen los mismos elementos de análisis.

Por tanto, la facultad de crear, interpretar y adecuar el derecho, que le asiste a todo magistrado, no se puede limitar con la vinculatoriedad de los precedentes de las instancias superiores porque podría provocarse una vulneración al principio de independencia judicial, toda vez que la vinculación jurisprudencial deriva de la ley y la independencia judicial es un principio constitucional.

Si bien existen estos niveles, debe recordarse que los magistrados usualmente deciden los casos de acuerdo con sus propios gustos políticos o morales; después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada (Carretero, 2004, p. 50), pero su autonomía tampoco es defendible a ultranza. La teoría del punto intermedio, por tanto, es la más referencial para el análisis de estos casos.

Desde esta perspectiva, la idea del precedente, sea de condición vinculante o persuasiva (Aguiló, 2000, p. 114), se puede expresar de una manera especial. No se trata de que un juez se pueda separar *ad libitum*, en manifestación de su libertad e independencia del precedente asentado por el órgano de máxima instancia (precedente persuasivo o, en su extremo, negación de cualquier eficacia al precedente); tampoco se trata de que el juez deba seguir necesariamente la doctrina jurisprudencial de sus superiores, a la que estaría sometido del mismo modo que a la ley (precedente vinculante al estilo anglosajón).

Se trata de que el juez no se aparte del precedente (ya no importa si persuasivo o vinculante) de manera arbitraria sino solo por razones graves y expresamente motivadas, porque de por medio está la necesidad de garantizar una predictibilidad judicial, la cual garantiza legitimidad social al sistema jurisdiccional en su conjunto; por ende, al mismo Estado de derecho.

De este modo, la eficacia vinculante o persuasiva de la jurisprudencia no se entiende como un vínculo indisoluble e inalterable con un precedente, sino como la facultad de separarse de la doctrina jurisprudencial por razón relevante y motivada. Lo manifestado se desprende de la lectura del contenido del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.2. EL MANEJO DEL PRECEDENTE EN LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES

El manejo o el seguimiento del precedente o la doctrina vinculante en los sistemas judiciales hace referencia al principio del *stare decisis*, el cual determina que se deben resolver situaciones similares de una manera coherente con lo expedido en ocasiones previas en otros procesos.

Esta vinculación no aboca y se justifica necesariamente en una creación judicial del derecho: la doctrina del precedente no es la misma que la del principio del *stare decisis*, a menudo confundidas.

El *stare decisis* vincula a un juzgado, corte o tribunal con sus decisiones anteriores, pero no por ser precedentes, sino por ser dictadas por el mismo órgano judicial: es un problema de igualdad ante la aplicación de la norma jurídica.

Por tanto, el principio del *stare decisis* se vincula a un principio de justicia, en concreto, al de igualdad en la interpretación y la aplicación de la norma jurídica ya creada por la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, todo lo cual, en conjunto, condiciona la predictibilidad de la justicia.

En contra punto, el poco arraigo a valorar al *stare decisis* provoca situaciones confusas y hasta contradictorias, si en el mismo sistema judicial no se formulan los mecanismos de difusión de los elementos considerados válidos para la generación de las garantías del precedente.

Por tanto, la necesidad de uniformizar la práctica judicial se debe entender respecto de cómo se realiza la interpretación y la aplicación de los parámetros impuestos por el precedente por las máximas instancias judiciales, en función de la utilidad práctica que representa al propio Estado de derecho.

Luego de evaluar la práctica judicial sobre todo del Tribunal Constitucional, la doctrina nacional reconoce que la interpretación de las normas jurídicas realizada por la jurisprudencia debe ser mantenida mientras no se demuestre su antinomia con el verdadero significado de la ley o aquella interpretación haya quedado obsoleta

en relación con la realidad social del tiempo en que la norma deba ser aplicada (Galindo, 2006, p. 5).

En definitiva, puede decirse que en orden a la vinculación al precedente interpretativo rige un principio de estabilidad de la doctrina jurisprudencial, tanto en cuanto al tiempo como en cuanto al propio órgano emisor.

4.3. EL FUNDAMENTO DE LA VINCULACIÓN

Por otro lado, la vinculación al precedente interpretativo o, en otras palabras, la obligación de no separarse del propio precedente interpretativo sino por causa justificada y motivada de manera que la desvinculación no sea inadvertida por el propio juzgado, tribunal o corte responde tanto a un fundamento legal, aunque no necesariamente expreso, un fundamento constitucional (principio de seguridad jurídica y de igualdad) y, como jurisprudencial, en cuanto a una exigencia social.

Bajo estas premisas, el fundamento legal puede tener asiento en diversas normas y principios. A continuación, detallamos los principales:

a) El principio de seguridad jurídica en complemento del principio de contrapesos de facultades en el ejercicio del poder en un Estado de derecho

En sociedades en evolución cultural, social y sobre todo jurídica, como ocurre con nuestro país, el derecho no necesariamente está resguardado de los excesos políticos, por lo que su autonomía y seguridad dependen, en gran medida, de la legitimidad social y del valor ejecutivo de la ley (Mac Gregor, 2001, p. 70).

Así, parece que una de las condiciones para conseguir la certidumbre del derecho y la seguridad jurídica es que los precedentes judiciales sean, en general, respetados y solo modificados por causas motivadas y razones suficientes, especialmente las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Esta garantía social permite la valoración positiva de la predictibilidad en la práctica judicial, la cual permite prever, con un mínimo de certeza, cuál será la solución que dará un juez a un determinado conflicto.

Por último, no se puede olvidar que los jueces y los magistrados constituyen el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (en ese orden), los cuales son poderes públicos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y, en cuanto tales, deben promover la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluyéndose a ellos mismos, en forma expresa.

En este sentido, Domingo García Belaúnde (2008) manifestaba que el propio Tribunal Constitucional se había extralimitado en sus funciones, al nivel de convertirse en una instancia judicial más, lo cual deslegitimaba su función y rango constitucional, principalmente por inmiscuirse en cuestiones ajenas a su propia naturaleza institucional. Basta con recordar la presidencia de Javier Alva Orlandini en el Tribunal Constitucional para señalar que en dicha época el órgano supremo de interpretación constitucional se convirtió en un poder *de facto*.

b) El alcance constitucional

La segunda norma tiene también un alcance constitucional: el principio de igualdad que, en cuanto manifestación de justicia, exige que los casos iguales se resuelvan de la misma manera, mientras que los casos desiguales, de manera distinta en proporción a los elementos que los diferencian.

Cuando mencionamos que se debe resolver de la misma manera, nos referimos a que se individualizan las características del nuevo caso para así vincular los elementos de evaluación a los precedentes existentes; por ello, se considera que estos elementos generan conexión con lo que se resolverá, pero no a un nivel absoluto.

Desarrollamos lo expuesto con los siguientes argumentos: de un lado, el principio de igualdad no impide la posibilidad de variar el criterio jurisprudencial existente, por cuanto es facultad del magistrado proceder conforme a sus atribuciones; lo único que se impide es que

la variación del precedente no sea subjetiva, arbitraria o se desarrolle de forma inadvertida. Por otro lado, el principio de igualdad no solo no impide el cambio de criterio jurisprudencial, sino que lo exige cuando tal criterio es contrario, precisamente, al principio de igualdad. Finalmente, se debe recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que en la ilegalidad no hay igualdad, de manera que no cabe invocar, como término de comparación en una supuesta vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, una resolución judicial injusta o ilegal.

Así, en el caso del Programa de Formación de Aspirantes (Profa) de la Academia de la Magistratura, el Tribunal Constitucional desarrolló los criterios de igualdad en el acceso a la Administración pública, planteándose la necesidad de que toda condición que provoque una consideración desigual provoca una afectación a la misma ley (STC n.º 00045-2004-AI/TC).

c) La preservación de la unidad del derecho por/para el Estado

En el ámbito de la legitimación de todo Estado de derecho, la unidad del derecho como expresión de la normatividad exige que este tenga un criterio de uniformidad y coherencia interna (Rodríguez, 2003 p. 470).

En nuestro sistema, este principio atribuye al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema jurisdicción en todo el territorio nacional y los empodera como los órganos jurisdiccionales máximos con la función de complementar e individualizar el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca de modo reiterado en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares, por medio de la jurisprudencia.

d) El principio de efectividad del ordenamiento jurídico

En paralelo a lo manifestado en el punto anterior, el ordenamiento jurídico, además de tener como objetivo ser coherente y sistemático (por ser en sí mismo una estructura), requiere que las normas jurídicas sean efectivas en el contexto de su ejecutabilidad y cumplimiento en las relaciones establecidas por los ciudadanos. De ahí que la

efectividad se pueda configurar como una condición de existencia de cualquier ordenamiento jurídico (Pérez, 2009, p. 133).

Obviamente tal efectividad se consigue, entre otros medios, a través de la interpretación y, en concreto, de la interpretación y aplicación judicial de la norma jurídica.

e) La preservación de una unidad procesal institucional en el Sistema Jurisdiccional

Dado el valor de la jurisprudencia y de sus efectos frente a los demás contextos en los cuales sea vinculante, debemos enfatizar que todo incumplimiento o vulneración de los preceptos que estipula, por ser arbitrarios o ilegítimos, afectan la propia esencia institucional de todo el sistema de justicia, por cuanto genera situaciones en las cuales pueden producirse casos similares resueltos de manera contradictoria.

f) El valor social de la práctica judicial predictible

Como hemos manifestado con insistencia, la eficacia vinculante del precedente es también una petición social, una exigencia de la propia sociedad que se vincula estrechamente con los ámbitos económico y político.

Esta previsibilidad de las decisiones judiciales exige también un mínimo de uniformidad en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas y, por tanto, cierto respeto y observancia del precedente judicial, que, sin duda, ayuda a la credibilidad de los jueces y los tribunales (legitimidad funcional).

REFERENCIAS

Aguiló, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico).* Ariel.

Alcubilla, E., & Fernández, R. (2007). *Jurisdicción contencioso-administrativa: comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (3.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos.

Ayala, J. (2005). La jurisprudencia, su importancia y su uso. La experiencia en España. *Revista del Poder Judicial de Nicaragua*, *10*(33).

Barona, S. (1999). *Tutela civil y penal de la publicidad.* Tirant lo Blanch.

Bermúdez-Tapia, M. (2011). Alcances del Pleno Casatorio sobre separación de hecho, indemnización y facultades judiciales en la especialidad de familia. En J. Córdoba Schaeffer (ed.), *Jurisprudencia civil. Aspectos fundamentales del derecho civil. Sentencias 2008-2011. Plenos casatorios*. Ediciones Caballero Bustamante.

Bermúdez-Tapia, M. (2011). *La Constitucionalización del derecho de familia.* Ediciones Caballero Bustamante.

Bermúdez-Tapia, M. (2012). *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Editorial San Marcos.

Bermúdez-Tapia, M. (2017). La jurisprudencia como fuente normativa. *Diálogo con la Jurisprudencia*, *22*(224), 117-129.

Bermúdez-Tapia, M. (2018). Legitimidad de la legislación en el Estado de derecho. En A. Martínez Lazcano, & A. Islas Colin (eds.), *Derechos humanos: la transformación de la cultura jurídica* (pp. 167-186). Ediciones Nueva Jurídica.

Bermúdez-Tapia, M. (2019). *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia.* Gaceta Jurídica.

Carretero, S. (2004). *Sociología y prensa judicial.* Universidad Rey Juan Carlos.

Casal, J. M. (2004). *Constitución y justicia constitucional.* Universidad Católica Andrés Bello.

Castillo, F. (2007). *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho.* Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

Cortés, J. (2009). *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos.* Universidad del Rosario.

Dargent, E. (2006). Reforma judicial en el Perú (1990-2005). En J. Crabtree (ed.), *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú, desde 1980 (pp. 147-162).* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad del Pacífico; Instituto de Estudios Peruanos. https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/417/CrabtreeJohn2006.pdf?sequence=3&isAllowed=y

De Otto y Pardo, I. (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes.* Ariel.

De Otto y Pardo, I. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial.* Ministerio de Justicia.

De Sousa Santos, B., & García Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio jurídico.* Colciencias.

Delgado, C., Delgado, M. A, & Candela, C. (2004). *Introducción al derecho internacional privado. Tomo I. Conflicto de leyes. Parte general.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Domínguez, C. (1992). La equidad en la jurisprudencia. En Universidad de Chile & Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991* (pp. 453-463). Editorial Jurídica de Chile.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio.* Ariel.

Enright, C. (2002). *Legal Technique.* Federation Press.

Esplugues, C. (1997). Derecho internacional privado. En L. Prieto (coord.), *Introducción al Derecho* (pp. 161-173). Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha.

Evans, G. (2005). La «moralización» de la reparación de daños: una solución de equidad frente a la insolvencia de la aseguradora. En A. Kemelmajer de Carlucci, F. Trigo & M. J. Méndez, *Edición homenaje: Jorge Mosset Iturraspe* (pp. 117-134). Universidad Nacional del Litoral.

Ezquiaga, J. (2008). *La argumentación en la justicia constitucional.* Biblioteca Jurídica Diké; Pontificia Universidad Javeriana.

Fix Zamudio, H. (1977). *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos.* Universidad Nacional Autónoma de México.

Galiana, Á. (2003). *La legislación en el Estado de derecho.* Dykinson.

Galindo, I. (2006). *Interpretación e integración de la ley.* Universidad Nacional Autónoma de México.

García Belaúnde, D. (2008). Prólogo a la Constitución Comentada. En M. Bermúdez-Tapia, *La Constitución de 1993 a través de las sentencias del Tribunal Constitucional.* Ediciones Legales.

Gimeno Sendra, V., & Díaz, M. (2007). *Código leyes procesales.* La Ley.

Guzmán, J. (1996). *La sentencia.* Editorial Jurídica de Chile.

Human Rights Watch. (2009). *Impunidad uniformada.* Human Rights Watch. https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico0409spwebwcover.pdf

Mac Gregor, F. (2001). *Reflexión sobre el Perú.* Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181916

Martínez, D. (2000). *Fundamentos para una introducción al derecho.* Editorial Universidad de Antioquía.

Pérez, A. (2009). *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia.* Lex Nova.

Pizarro, R. (2003). El juez constitucional: ¿un juez que gobierna? La experiencia española. En C. Molina (ed.), *Corte Constitucional 10 años: balance y perspectiva* (pp. 261-276). Centro Editorial Universidad del Rosario.

Plaza, O. (2001). *Perú: actores y escenarios al inicio del nuevo milenio.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ramos Méndez, F. (1982). *Para un proceso civil eficaz.* Universidad Autónoma de Barcelona.

Ramos Núñez, C. (2005). *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Raynaud, P., & Rials, S. (2001). *Diccionario AKAL de filosofía política.* AKAL.

Redacción El Comercio. (2014, 15 de mayo). Soy trans y pido lo que quiero, por Ernesto Álvarez Miranda. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/trans-pido-quiero-ernesto-alvarez-miranda-319868-noticia/

Rodríguez, S. (2003). *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española.* Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela.

Rubio, M. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sáenz, M. (2005). *Homenaje a la Constitución española: XXV aniversario.* Universidad de Oviedo.

Sierra, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia.* Editorial Universidad del Rosario.

Toyama, J., Agui, H., & Arellano, L. (2005). Impacto de las sentencias laborales del Tribunal Constitucional sobre el mercado de trabajo de Lima Metropolitana (2002-2004). En J. Chacaltana, M. Jaramillo & G. Yamada (eds.), *Cambios globales y el mercado laboral peruano: comercio, legislación, capital humano y empleo* (pp. 147-178) Universidad del Pacífico. https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1077/ChacaltanaJuan2005.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Tribunal Constitucional. (2009). *Sentencia n.º 05527-2008-PHC/TC, caso Nidia Yessenia Baca Barturén.* Lima: 11 de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional. (2005). *Sentencia n.º 00045-2004-AI/TC. Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del principioderecho igualdad enunciado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.* Lima: 29 de octubre de 2005.

Vázquez, R. (2002). El Estado de derecho: una justificación. Carbonell, M., Orozco, W., & Vázquez, R. (eds.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina* (pp. 111-128). Siglo Veintiuno.

Villacorta, L. (2004). *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho.* Dykinson.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.02

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD COMO PENA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

The provision of community service as an alternative penalty to imprisonment in the crime of failure to provide family assistance

Alma Cecilia Casanotán Ayay
Poder Judicial del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: acasanotana@pj.gob.pe
https://orcid.org/0009-0007-9720-9968

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la problemática actual referida a la aplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad como pena alternativa a la pena privativa de libertad en el delito de omisión a la asistencia familiar (artículo 149 del Código Penal); al respecto, se plantea que dicha aplicación resulta más beneficiosa para la protección del bien jurídico protegido en dicho delito.

Palabras clave: pena privativa de libertad; penas alternativas; incumplimiento de obligación alimentaria.

ABSTRACT

This article analyses the current problems related to the application of community service as an alternative penalty to imprisonment in the crime of failure to provide family assistance (article 149 of the Criminal Code); in this regard, it is argued that such application is more beneficial for the protection of the legal right protected in this crime.

Keywords: custodial sentence; alternative penalties; failure to provide family assistance.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

Según el Informe Estadístico Penitenciario 2018 (Instituto Nacional Penitenciario [INPE], 2018), la población del sistema penitenciario al mes de febrero de 2018 era de 104 643 personas. De ellos, 86 2292 se encontraban en establecimientos penitenciarios, debido a que tenían mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva y, en el caso de la población intramuros, el incremento a dicho mes y año fue de 5 % (3722 internos). Si dicho crecimiento fuera sostenido, se tendría un grave problema para poder albergarlos, ya que teóricamente se deberían construir dos establecimientos penitenciarios por año con una capacidad para 3500 internos, similares al Establecimiento Penitenciario de Lurigancho.

Asimismo, según el referido Informe, han surgido delitos que anteriormente no tenían mayor frecuencia en la población penitenciaria, los cuales ahora tienen cierto protagonismo, aunque paulatino crecimiento; entre ellos, destaca el delito de incumplimiento de obligación alimentaria (2.9 %).

Se puede afirmar que, en la actualidad, los establecimientos penitenciarios superan las cantidades de internos para las cuales fueron construidos; esto nos motiva a plantearnos los siguientes preguntas: ¿cuál es la necesidad de aplicar una pena privativa efectiva en el delito de omisión a la asistencia familiar?, y aún más, ¿por qué, al momento de emitirse sentencias condenatorias, no se suele optar por aplicar las penas alternativas de prestación de servicios a la comunidad que se regulan, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico respecto a dicho delito?

Para un tratamiento adecuado de la problemática planteada, en primer lugar, se hará referencia a la naturaleza y los fines de la pena; en segundo lugar, al delito de omisión de asistencia familiar; luego, se abordarán las medidas alternativas a la privación de libertad y a las razones que favorecen la aplicación de la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión de asistencia familiar, en lugar de la pena privativa de libertad.

2. NATURALEZA Y FINES DE LA PENA

La discusión en torno a la naturaleza y los fines de la pena cobra relevancia especial cuando se abordan los fundamentos de la pena privativa de libertad como principal consecuencia jurídica del delito en el modelo de Estado actual. A lo largo de la historia de la dogmática penal, diversos han sido los criterios teóricos adoptados al respecto. A continuación, se hace referencia a algunos de ellos.

Para Kant y Hegel (citados en Choclán, 1997, p. 55), la pena es retribución justa desprovista de todo fin, es decir, el contenido de la pena es el talión («si ha matado, debe morir»); ello se plantea en la teoría absoluta de la pena.

Por su parte, al decir de Franz von Liszt, la pena es prevención y puede operar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección. Se alude a la enseñanza de Platón, según la cual «ningún hombre sensato castiga porque se

ha pecado, sino para que no peque»; esto corresponde a las teorías relativas de la pena y, particularmente, a la prevención especial (Roxin, 1997, pp. 85-86).

Según Feuerbach (citado en Hans, 1956, p. 238), la pena es intimidación; su finalidad principal se encuentra en la influencia psicológica inhibidora del delito sobre la generalidad, lo que implica que la pena conlleva graves amenazas; ello de acuerdo con la teoría relativa de la pena, especialmente en lo que respecto a la prevención general negativa y positiva.

Finalmente, a criterio de Roxin, la pena es una síntesis de los diferentes puntos de vista mediante la diferenciación de distintos momentos de la misma: durante la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de gravedad de la culpabilidad; y, en el momento de la ejecución, adquiere especial significación el fin de la resocialización; esto es lo que se plantea en la teoría de la pena de la unión (Calderón & Choclán, 1999, pp. 416-425).

Sobre la naturaleza y los fines de la pena tenemos que nuestro ordenamiento jurídico actual, a pesar de acoger las teorías relativas (de prevención general y especial), se inclina, predominantemente, hacia una prevención general negativa, lo cual se explica, en gran parte, en virtud de la influencia de los medios de comunicación al reflejar, hasta cierto punto tendenciosamente, una alarmante realidad criminal en el país. En respuesta a ello suele suceder que en las propuestas, las aprobaciones y las promulgaciones de leyes penales referidas a delitos y modificaciones de estos, se observa una marcada intimidación, por cuanto existe una cuantiosa conminación penal que se traduce en la elevación de penas. Inclusive, en el proyecto del Nuevo Código Penal, actualmente en trámite de aprobación por el Congreso de la República, se evidencia claramente el generalizado incremento de penas.

Así, en lo que respecta al delito de omisión de asistencia familiar, en dicho proyecto se plantea que la pena conminada prevista para el tipo base se incremente de una mayor de tres años (regulación actual) a una no menor de tres ni mayor de cinco años.

Ahora, es de suponer razonablemente y afirmar que el constante aumento de penas conminadas para delitos, con el subsecuente pretendido efecto de prevención general negativa, sin que se aborde y se haga frente, debidamente, a los problemas sociales que subyacen antes y tras el delito, ocasionará una agudización del hacinamiento en los centros penitenciarios, una mayor «profesionalización» del delito al interior de los mismos y un incremento de delitos dirigidos desde los penales. Por ello, a efectos de coadyuvar a que dicho panorama sea, en alguna medida, contrarrestado, resulta adecuada y justificada la promoción de la aplicación de penas alternativas a la pena privativa de libertad, como sucede con la pena de prestación de servicios a la comunidad, tanto más en tipos penales, como el de omisión de asistencia familiar o incumplimiento de obligaciones alimentarias (artículo 149 del Código Penal), en los cuales se prevé expresamente la posibilidad de imposición de pena de prestación de servicios a la comunidad.

Cabe precisar que, atendiendo a que la pluralidad de sujetos que delinquen lo hacen en diversas conductas delictivas y presentan particulares condiciones personales, la respuesta punitiva debería ser, evidentemente, diferenciada, tanto más si, en términos constitucionales, la finalidad es que los condenados se resocialicen, reeduquen y rehabiliten para ser reinsertados en la sociedad. Y dicho trato punitivo diferenciado no se circunscribe únicamente al aspecto cuantitativo, sino también al cualitativo (un tipo de pena en función del agente delictivo, el hecho y sus circunstancias).

Así, en un primer grupo, puede comprenderse a los condenados por ciertos delitos, como el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Con respecto a ellos y siempre que el caso, por sus particulares características, no amerite una privación efectiva de libertad, en líneas generales, la imposición de pena de prestación de servicios a la comunidad puede resultar adecuado y hasta más beneficioso tanto para ellos como para los respectivos agraviados, toda vez que, entre otras razones, pueden rehabilitarse trabajando en libertad; además, resulta poco probable que, en caso de ser recluidos en algún centro

penitenciario, se interesen por cumplir, siquiera tardíamente, con el pago de sus obligaciones alimentarias.

En un segundo grupo se puede incluir a los condenados por ciertos delitos con una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, y sujetos a un determinado período de prueba. En ellos, su evolución dependerá de reglas condicionales de conducta que deberán cumplir, las cuales deben diferenciarse en función del delito que se trate y las condiciones personales de los agentes.

En un tercer grupo se puede reunir a los condenados que cumplen penas privativas de libertad efectivas, sin que la cuantía sea elevada u obedezca a la comisión de un delito especialmente grave. Con respecto a dichos sujetos, debe propiciarse que, al interior de los centros penitenciarios donde se encuentren recluidos, se les enseñe un oficio para que puedan trabajar y sean incentivados a estudiar. De tal modo, sus mentes estarán ocupadas en actividades cotidianas en provecho de ellos mismos y de la sociedad, lo cual tendría que dar lugar a una adecuada rehabilitación, reeducación y reinserción social.

Finalmente, en un cuarto y último grupo se puede comprender a los sujetos condenados a cadena perpetua o a cuantías de penas privativas de libertad elevadas, por haber incurrido en la comisión de delitos especialmente graves. Respecto a estas personas, debe considerarse la especial tendencia a la actividad delictiva que pueden presentar, lo cual no implica descartar, sin más, que puedan reinsertarse en algún momento a la sociedad; asimismo, no estaría de más que se les practique determinadas evaluaciones médicas o psicológicas y que sean sometidos a terapias para que sus estados de salud sean salvaguardados.

3. EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Inicialmente, la omisión o el incumplimiento de los deberes de la familia no era sancionado penalmente y las demandas de alimentos solo se limitaban al campo civil. Fue recién en 1924, en Francia, cuando se penalizó por primera vez esta conducta, la cual fue

calificada como «abandono de familia»[1], mediante la Ley del 7 de febrero. Anteriormente, solo se sancionaban las conductas familiares desordenadas.

En el ordenamiento jurídico peruano, los orígenes se remontan a 1962, año en el cual se promulgó la Ley n.º 13906, denominada Ley de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria, pero se le conoció como Ley del Abandono de Familia, en razón de que el respectivo Proyecto de Ley tenía dicha denominación. Esta ley estipuló, en su artículo primero, lo siguiente:

> El que teniendo obligación de prestar alimentos a un menor de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, al ascendiente inválido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento, **será reprimido con prisión no menor de tres meses ni mayor de 2 años, o multa de seiscientos soles a diez mil soles, sin perjuicio de exigírsele el cumplimiento de su obligación alimentaria.**
>
> La pena será de penitenciaria o prisión no mayor de seis años, si como consecuencia directa del estado de abandono familiar sobreviniere algún daño grave o la muerte de la persona desamparada (énfasis agregado).

1 Vara González (2016), haciendo referencia al ordenamiento jurídico español, indica lo siguiente: «Hasta la ley del divorcio de 1981 los cónyuges separados seguían siendo cónyuges y subsistía entre ellos el vínculo "familiar" (el matrimonio no causa "parentesco"), y el consecuente deber de alimentos, de naturaleza claramente asistencial; por eso tenía sentido que el delito de abandono de familia incluyera el impago de pensiones entre cónyuges separados, dada su esencia asistencial. Tras la ley del 81, el legislador penal debía haber discriminado la naturaleza jurídica de las obligaciones entre cónyuges posteriores a la ruptura, para castigar penalmente —si esa seguía siendo era la opción de política legislativa— la desatención de deberes alimenticios o asistenciales, respecto a otros de naturaleza exclusivamente patrimonial, como de algún modo había hecho la ley del divorcio republicana. No se hizo en el momento adecuado —la reforma de 1989—, quizá por mantener la inercia en la configuración de un tipo penal que contaba con tradición doctrinal y cierto desarrollo jurisprudencial. Tampoco se hizo en el Código Penal de 1995 ni en la reforma vigente de 2003, y la jurisprudencia posterior solo ha excluido de la represión criminal las consecuencias colaterales de la liquidación del régimen matrimonial, pero no el impago de la pensión compensatoria en ninguna de sus variantes» (p. 157).

El legislador otorgó un tratamiento especial a estos procesos a efectos de darles mayor celeridad y simplicidad; se dictó, por ello, el Decreto Legislativo n.º 17110 y se dispuso un plazo máximo de 90 días improrrogables para su tramitación (Torres, 2010, pp. 19-20).

Al respecto, se puede advertir que el ilícito estuvo previsto inicialmente en el campo civil; empero, en vista de las deficiencias que se presentaban en dicha vía, se optó por regularlo, con criterio de drasticidad, en la vía penal. Además, hay que resaltar que si bien se priorizó la celeridad en la tramitación del encausamiento por dicho delito, ello nunca se cumplió, tornándose los procesos con singular duración y generando, en muchos casos, impunidad a los justiciables.

El Código Penal vigente incluye dicho delito en el capítulo IV de su título III, el cual se rotula «Los delitos contra la familia», y lo contempla, específicamente, en el artículo 149, cuyo tenor literal transcribimos:

> Omisión de prestación de alimentos
>
> Artículo 149. El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial **será reprimido con pena privativa de libertad** no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir **el mandato judicial.**
>
> Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
>
> Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte (énfasis agregado).

Sobre el particular, cabe precisar lo siguiente:

a) El delito en mención tiene como bien jurídico protegido a la familia y los deberes de tipo asistencial, por cuanto en estos procesos quien fue demandado ha dejado la vida conyugal.

Respecto al deber de tipo asistencial, este debe partir por ambos padres, y no solo de la idea de que es responsabilidad del que se aleja del hogar, situación muy común en este tipo de delito.

b) En lo concerniente a la conducta omisiva de cumplir con el pago de la pensión alimenticia ordenada en la resolución judicial, no se debe soslayar que dicho incumplimiento no debe ser tomado como un simple dejar de hacer por parte del demandado, sino que la tarea del juzgador debe consistir en verificar si realmente el demandado estuvo en posibilidad de hacerlo y que, aun así, incumplió[2] (como todo delito omisivo, por regla, se configura solo cuando el sujeto que pudo haber realizado una determinada conducta no la cumplió). A propósito de ello, en la emisión de las sentencias por el delito *sub examine*, no suele tratarse el aspecto referido a la solvencia económica del demandado y se enfatiza que, en la vía civil, el obligado alimentario no cumplió con el pago de la pensión de alimento fijada, por lo que, al llegar a la vía penal, difícilmente tal aspecto es objeto de prueba y la libertad del acusado queda sujeta, sin más, al pago inmediato de cuantiosas cantidades de dinero[3] o, peor aún, haciendo los pagos o habiendo pagado la deuda alimentaria en partes. De todos modos, son condenados, incluso a pena privativa de libertad efectiva, al considerarse la sola existencia del incumplimiento a un mandato judicial, configurándose así el tipo penal imputado. Estas consideraciones, en nuestra opinión, omiten evaluar la finalidad resocializadora de la pena y el criterio según el cual, en especial, el encarcelamiento efectivo debe ser utilizado siempre como *ultima ratio* (las penas privativas de libertad cortas efectivas no son rehabilitadoras).

---

2 Véase el vigésimo fundamento jurídico de la Sentencia de Casación n.º 131-2014-Arequipa, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, fechada el 20 de enero de 2016.

3 En nuestra labor funcional diaria, hemos advertido que los deudores alimentarios, para afrontar sus obligaciones alimentarias, suelen sacar préstamos bancarios, vender sus propiedades (vehículos, inmuebles, etc.), manifestar encontrarse enfermos de salud, tener otras familias de las cuales son también responsables, entre otras excusas.

c) Sobre el elemento subjetivo hay que tener presente que se trata de un delito doloso. El demandado debe tener conocimiento de que tiene una obligación, dado que, en aquellos casos en donde no se demuestre que tenía conocimiento de la existencia de su deber, no se configuraría el tipo penal, pues esta modalidad no admite modalidad culposa[4].

d) Es un delito de mera actividad porque se configura con la sola realización de la conducta descrita. En lo que respecta al tipo base, se trata de un delito de peligro abstracto, en tanto que no se exige la necesidad de ocasionar un daño, basta solo con su incumplimiento.

e) Es un delito instantáneo con efectos permanentes, ya que el plazo prescriptorio[5] se debe establecer luego de vencido el plazo de requerimiento judicial, bajo apercibimiento de la denuncia penal correspondiente del delito[6].

f) Sujeto activo es la persona establecida por resolución y el sujeto pasivo es aquel beneficiario de las pensiones alimenticias.

4. PENAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD COMO PENA ALTERNATIVA EN EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Al decir de Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011, pp. 353-360), en la doctrina y la legislación extranjeras, se denominan medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales a los diversos

4 Un claro ejemplo es el caso de aquellos padres que no han firmado el acta de nacimiento de sus menores hijos, por lo que, en tales casos, puede presumirse que desconocían que existían.

5 Véanse el tema n.º 2 del Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional Penal Nacional (Ica, 14 de noviembre de 1998) y el tema n.º 1 del Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal (Huancavelica, 23 de octubre de 2008).

6 Véase el fundamento quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente n.º 174-2009-PHC/TC, del 6 de abril de 2009.

procedimientos y mecanismos normativos que se han previsto para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, penas que resultan cuestionables al carecer, difícilmente, de efectos de prevención general o especial y por influenciar negativamente al condenado. Su función es la de impedir definitiva o provisionalmente la ejecución efectiva de la privación de libertad.

Sostienen también dichos autores que las medidas alternativas han sido seriamente criticadas; sin embargo, muchas de las críticas han sido respondidas por quienes defienden los efectos favorables de las medidas alternativas. Por un lado, se deja en claro que el objetivo de estas no es la abolición de las penas privativas de libertad y, por otro lado, se ha argumentado que, a pesar de sus disfunciones, estos sustitutivos son medios de control penal menos dañinos que dichas penas. De ahí que no debe considerarse negativo que en las leyes se incorporen sustitutivos penales en mayor o menor proporción.

Finalmente, aseveran que resulta atinado y coherente, para una política criminal garantista, seguir favoreciendo las medidas alternativas. Eliminarlas o reducirlas, frente a lo que representa la prisión, comporta rechazar de manera inconsecuente uno de los pocos medios que permiten compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y facilitar la prevención especial.

En cuanto a las clases de medidas alternativas o sustitutivos penales, un primer referente es el Informe de la secretaria de las Naciones Unidas, presentando en el marco del Segundo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, agosto de 1960). Según dicho documento, los siguientes mecanismos y procedimientos pueden operar como sustitutivos de la pena privativa de libertad:

- Suspensión condicional de la pena.
- Aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba.
- Multa.
- Arresto domiciliario.

- Prestación de trabajos o servicios al Estado o instituciones oficiales o semioficiales.
- Reparación de los daños causados.
- Asistencia obligatoria a centros de educación.
- Promesa, con fianza o sin ella, de observar buena conducta en un período.
- Amonestación o represión judicial administrativa, a puerta cerrada o en sesión pública.
- Obligación de comparecer durante un corto tiempo ante una autoridad determinada.
- El perdón judicial.
- La revocación temporal o definitiva del permiso de conducir.
- Prohibición de ausentarse del país durante un tiempo no mayor de seis meses, sin previa autorización judicial o administrativa.
- Obligación de someterse al ciudadano o asistencia a un servicio social con el fin de seguir un tratamiento como paciente externo durante cierto tiempo.

Otro referente en torno a las modalidades de medidas alternativas lo sugiere Prado Saldarriaga (2016, pp. 319-322), al indicar que los instrumentos internalizados como Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1990, registraban, en su numeral 8.1, un amplio y variado catálogo de medidas alternativas, muchas de las cuales coexisten en los sistemas penales contemporáneos:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia.
- Liberación condicional.
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.
- Sanciones económicas y penas de dinero, como multas sobre los ingresos calculados por días.

- Incautación o confiscación.
- Mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización.
- Suspensión de la sentencia o condena diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

4.1. MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL PERÚ

En cuanto al ordenamiento jurídico peruano, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011, pp. 353-360) explican que uno de los principales rasgos característicos del proceso de reforma penal que tuvo lugar en el Perú entre 1984 y 1991 fue la clara vocación despenalizadora que guio al legislador. Esta posición político criminal favoreció la inclusión sucesiva de nuevas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, diferentes a la condena condicional.

En el vigente Código se incluyen cinco modalidades de medidas alternativas:

- Sustitución de penas privativas de libertad.[7]
- Conversión de penas privativas de libertad.[8]

---

7 García Cavero (2012) señala que «[l]a sustitución de penas es un subrogado penal que permite reemplazar la pena privativa de libertad por otra de distinta naturaleza que no suponga la privación de la libertad ambulatoria. El artículo 32 del Código Penal regula la sustitución de penas al disponer que el juez podrá imponer penas limitativas de derechos como sustitutivas a la pena privativa de libertad, cuando ésta no supere los cuatro años. El artículo 33 del Código Penal establece que esta sustitución se debe hacer conforme a las equivalencias previstas en el artículo 52 del Código Penal, a saber, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres» (p. 863).

8 Musco y Fiandaca (2006) plantean lo siguiente: «Se rige por lo dispuesto en los artículos 52 al 54, […]. Al igual que la sustitución de penas, es una medida que corresponde a

- Suspensión de la ejecución de la pena.
- Reserva de fallo condenatorio.[9]
- Exención de pena.

Puntualizan que las dos primeras sustituyen la pena privativa de libertad por penas de otra índole, las dos siguientes son medidas de régimen de prueba y la tercera constituye el perdón judicial. De todas ellas, solo la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva de fallo condenatorio y la conversión de penas han sido aplicadas con regularidad y son de gran utilidad en la praxis judicial. Las otras dos no han sido aplicadas por factores relacionados, sobre todo, con su deficiente regulación legal.

4.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Como ya se mencionó líneas arriba, en el delito de omisión a la asistencia familiar, regulado en nuestro ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado legalmente para aplicar, como pena alternativa a la pena privativa de libertad, la pena de prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin que requiera efectuar el procedimiento de conversión de penas.

Cabe señalar que con la pena de prestación de servicios a la comunidad, también denominada en la legislación comparada pena de trabajo en beneficio de la comunidad (Mapelli, 2005, p. 224), no solo se evita la segregación del condenado, porque el trabajo es una importante fuente de relaciones sociales, sino que se estimula en él

las de reemplazo o conmutación. Consiste en conmutar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una sanción de distinta naturaleza. La pena privativa de libertad puede ser convertida: en pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres» (p. 360).

9 Según Campana (2002): «exclusivamente a la Omisión de Asistencia en la modalidad de adeudo de pensiones alimenticias, y en la teoría que el agente no tenga ninguna otra acción de este tipo y haya realizado pagos parciales que demuestren su intención de cumplir con su obligación legal y natural, la procedencia de la reserva del fallo condenatorio será oportuna» (p. 131).

la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social (función socio-pedagógica). No puede negársele al trabajo su capacidad resocializadora en una sociedad que gira en torno a la sociedad laboralmente activa y en la que se reconoce la desocupación como primera causa criminógena (Mapelli, 2005, pp. 224-225).

Ahora bien, surgen las siguientes inquietudes: a) ¿suele aplicarse la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar?; b) ¿es favorable al bien jurídico protegido en este delito la sanción con pena privativa de libertad?

Respecto a la primera interrogante, la respuesta es negativa: hoy en día no es común la aplicación de pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión de asistencia familiar. Entre las razones que pueden explicar dicho proceder en el sistema de justicia, es pertinente señalar las siguientes: i) falta de confianza en los efectos intimidatorios de prevención general negativa que pueda dejar de surtir la imposición de la pena de prestación de servicios a la comunidad; y ii) desconocimiento en los órganos fiscales y jurisdiccionales respecto a la naturaleza y los fines de la pena de prestación de servicios a la comunidad.

Para muestra de la inaplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad en el delito en mención, se tiene que de las resoluciones[10] emitidas por la Primera y la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante los años 2017 y 2018, al momento de emitir condena, se establecieron penas privativas de libertad efectivas y suspendidas.

En cuanto a la segunda interrogante, cabe anotar que, en atención a que el bien jurídico protegido por este delito guarda relación con la familia y los deberes de tipo asistencial, propugnándose el pago de pensiones alimentarias, la imposición de pena privativa de libertad al

10 Véanse los Expedientes n.os 5623-2015, 8212-2015, 9895-2013, 18545-2013, 16159-2914, 7217-2015, 20116-2014, 9905-2015, 13399-2014 y 17786-2014.

agente del delito de omisión de asistencia familiar no resulta un medio adecuado a efectos de salvaguardar el mencionado bien jurídico.

Cabe mencionar que si se trata de proteger el referido bien jurídico, se debe tener presente que dos aspectos importantes para el pago de las pensiones alimentarias son el monto adeudado (a mayor cantidad adeudada, se dificulta el cumplimiento del pago de la obligación alimentaria) y el tiempo (en los procesos de alimentos, suele ocurrir que la demora en el proceso causa el incremento del monto adeudado). Asimismo, hay que tener presente que si estamos frente a un caso en el cual el demandado no realizó los pagos porque carece de los recursos económicos necesarios, ello torna inviable el pago de la deuda alimentaria, terminándose de afectar así al alimentista.

En tal sentido, convendría que se atienda el problema, decididamente, ni bien se admita la demanda de alimentos; ello en beneficio tanto del alimentista como del demandado. Ahora bien, entre los problemas más frecuentes para un adecuado y oportuno encausamiento civil, se encuentra el consistente en que se dificulta la localización del demandado. Es indispensable que los auxiliares jurisdiccionales cumplan con la debida notificación del mismo, bajo responsabilidad, debiendo cursarse la notificación a todos los domicilios del procesado señalados en autos (hoja de datos personales, Ficha Reniec, Sunat, etc.). Además, es de considerarse la respectiva invocación al demandado vía edictos, con el apercibimiento de que, en caso de no concurrir, se ordenará su detención y será conducido bajo grado fuerza, y, de no apersonase el demandado y dar respuesta a la demanda, se cursarán los oficios respectivos para su captura a nivel nacional e internacional, ordenándose su impedimento de salida del país y, posteriormente, el embargo de todos sus bienes y cuentas bancarias.

Si la imposición de pena privativa de libertad en el delito de omisión de asistencia familiar es efectiva, difícilmente dará lugar o ayudará a que el deudor alimentario cumpla con los respectivos pagos en salvaguarda del alimentista. Contrariamente, puede devenir en un mal mayor, entre otras razones, debido a que se aleja al condenado de su entorno familiar, se le estigmatiza y aísla de la sociedad, no pudiendo trabajar libremente, sin perjuicio del riesgo de reiteración delictiva.

Por ello, sugerimos que los fiscales y los jueces consideren seriamente la posibilidad de aplicar la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar. Es cierto que la suspensión de la ejecución de la pena también posibilita que el condenado cumpla con sus obligaciones alimentarias en régimen de libertad y evita los efectos nocivos del encarcelamiento; sin embargo, no debe soslayarse que la condicionalidad de la suspensión de la pena siempre se sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, entre las cuales se suele incluir el cumplimiento del pago de la reparación civil; asimismo, se prevé un limitado período de prueba, lo cual puede dar lugar a una revocatoria inmediata de la suspensión de la pena o a que el condenado, al no realizar el pago de la reparación civil, que puede ser significativa, durante el lapso del período de prueba, igualmente sea recluido.

Entonces, la pena de prestación de servicios a la comunidad, que implica la realización de trabajos a favor de la sociedad, tiene mayor viabilidad no solo de hacer que el condenado se «reinserte» a la sociedad sin haberse apartado de ella, internalizando los valores de dedicación o esfuerzo y solidaridad implicados en el trabajo, sino también, principalmente, de hacer que cumpla con sus deberes de asistencia familiar al poder trabajar en condición de libertad ambulatoria y caiga en la convicción de la importancia del cumplimiento de su rol como progenitor con su prole, lo cual resulta importante para la protección del bien jurídico protegido que se pretende proteger en el delito de omisión de asistencia familiar.

5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Finalmente, conviene hacer referencia a que cierto sector de la doctrina llega a cuestionar que la omisión de asistencia familiar o el incumplimiento de obligación alimentaria tenga relevancia penal. Así, Vara González (2016, p. 157) sostiene que la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria entre cónyuges separados o divorciados es de orden económico patrimonial, no alimenticia ni asistencial, por

lo que es constitucionalmente dudosa la opción de política legislativa consistente en reprimir su incumplimiento por vía penal.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano, es la propia Constitución Política del Estado la que prevé la criminalización de la omisión de asistencia familiar al señalar, en el literal c del numeral 2 de su artículo 24, que el principio de la inexistencia de prisión por deudas no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

En tal sentido, es de recibo la justificación de la criminalización de la omisión de asistencia familiar efectuada por Torres (2010, p. 24), quien apuntó que otros campos del ordenamiento jurídico han mostrado su ineficiencia para otorgar verdadera protección a los alimentistas y, por otro lado, se confunde la verdadera naturaleza de esta obligación que es distinta a las deudas, las cuales son esencialmente patrimoniales. Entre las características del derecho alimentario se destaca el ser irrenunciable, intransmisible, intransigible, inembargable, imprescriptible, etc., pero sobre todo es de orden público y personalísimo. De este modo, se desvirtúan los cuestionamientos de aquellos que objetan su criminalización alegando que se trata de un supuesto de prisión por deudas.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El constante incremento de penas conminadas para delitos, con el subsecuente pretendido efecto de prevención general negativa, sin que se aborde y se haga frente, debidamente, a los problemas sociales que subyacen antes y tras el delito, ocasionará, entre otros problemas, una agudización del hacinamiento en los centros penitenciarios.

Con la pena de prestación de servicios a la comunidad, no solo se evita la segregación del condenado, porque el trabajo es una importante fuente de relaciones sociales, sino que se estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social (función sociopedagógica).

Los órganos jurisdiccionales no suelen aplicar la pena de prestación de servicios a la comunidad a los condenados por el delito de omisión a la asistencia familiar.

La imposición de pena privativa de libertad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria puede no llegar a resultar favorable para la protección del bien jurídico protegido en el delito, el cual guarda relación con la familia y los deberes de tipo asistencial, propugnándose el pago de pensiones alimentarias.

Por estos motivos, los fiscales y los jueces deben considerar seriamente la posibilidad de aplicar la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar. De otro lado, deben realizarse jornadas de capacitación para los operadores de justicia en torno al sentido, la naturaleza y los fines de la pena de prestación de servicios a la comunidad.

REFERENCIAS

Calderón, Á., & Choclán, J. A. (1999). *Derecho penal. Parte general. Tomo 1*. Bosch.

Campana, M. (2002). *El delito de omisión a la asistencia familiar.* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Choclán, J. A. (1997). *Individualización judicial de la pena.* Editorial Constitución y Leyes (Colex).

Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Penal. (1998). Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional Penal Nacional [Ica: 14 de noviembre de 1998]. En Poder Judicial, *Plenos Jurisdiccionales* (pp. [8-14]). Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Presentacion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7

Congreso de la República. (1962). *Ley n.º 13906.* Lima: 24 de enero de 1962. https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/13906-jan-24-1962.pdf

Corte Superior de Justicia de Huancavelica. (2008). *I Pleno Jurisdiccional Distrital Penal.* Huancavelica: 23 de octubre de 2008. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/88999b804592e91888a0ce7db27bf086/6.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=88999b804592e91888a0ce7db27bf086

García Cavero, P. (2012). *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.). Jurista Editores.

Hans, W. (1956). *Derecho penal. Parte general.* Roque de Palma Editor.

Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general. Tomo II* (4.ª ed.). Idemsa.

Instituto Nacional Penitenciario (INPE). (2018). *Informe Estadístico Penitenciario.* https://www.inpe.gob.pe/documentos/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html

Mapelli, B. (2005). *Las consecuencias jurídicas del delito* (4.ª ed.). Thomson Civitas.

Ministerio de Justicia. (2020). *Código Penal. Decreto Legislativo n.º 635.* El Peruano. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/C%C3%B3digo-Penal-31.7.2020-LP.pdf

Musco, E., & Fiandaca, G. (2006). *Derecho penal. Parte general.* Temis.

Naciones Unidas. (1960). *Nuevos tipos de delicuencia de menores: su origen, prevención y tratamiento. Informe de la secretaria.* Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Londres: 8-20 agosto de 1960. https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/2nd_Congress_1960/017_ACONF.17.7_New_Forms_of_Juvenile_Delinquency_S.pdf

Prado Saldarriaga, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Thomson Civitas.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *Sentencia de Casación n.º 131-2014-Arequipa*. Lima: 20 de enero de 2016. https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasN131-2014.pdf

Sala Segunda del Tribunal Constitucional. (2009). *Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 174-2009-PHC/TC*. Lima: 6 de abril de 2009. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00174-2009-HC.pdf

Torres, E. (2010). *El delito de omisión a la asistencia familiar*. Idemsa.

Vara González, J. M. (2016). Prisión por deudas: Inconstitucionalidad del delito de Impago de Pensión Compensatoria. *Revista de Derecho Civil*, *3*(4), 151-157. https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/228

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.03

ESTRATEGIAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE FILIACIÓN LEGAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Strategies for resolving the problem of legal parentage in surrogacy

Nora Soledad Cisneros Campoverde
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
(Lima, Perú)

Contacto: solecisca@speedy.com.pe
https://orcid.org/0009-0004-2247-3041

RESUMEN

La falta de regulación de la filiación del menor de edad que sería un nuevo ser viviente producto de la maternidad subrogada ha sido poco tratada. El presente artículo trata de plantear vías para este problema reconociendo que la adopción y la maternidad subrogada son instituciones que tienen principios comunes, pues ambas se fundan en el concepto de familia actual fundado, a su vez, en el principio socio afectivo. Así, los operadores jurídicos tendrán que actuar de conformidad con las normas ya establecidas para crear un procedimiento que involucre a los autores, de manera que al final

del procedimiento se establezca legalmente quiénes son los padres legales del menor de edad en función de sus capacidades y del afecto potencial. Los procedimientos ya ejecutados en el Perú se podrán dar a través del acogimiento de hecho y las sentencias judiciales.

Palabras clave: maternidad subrogada; vientre de alquiler; adopción; principios; control de convencionalidad.

ABSTRACT

The failure to regulate the filiation of the minor who would be a new living being resulting from surrogate motherhood has been little discussed. This article proposes ways to solve this problem by recognising that adoption and surrogacy are institutions that have common principles, as both are based on the current concept of the family, which in turn is based on the socio-affective principle. Thus, legal operators will have to act in accordance with the already established rules to create a procedure involving the perpetrators, so that at the end of the procedure it is legally established who are the legal parents of the minor according to their capacities and potential affection. The procedures already executed in Peru may be given through *ipso facto* acceptance and court decisions.

Keywords: surrogacy; surrogate motherhood; surrogacy; adoption; principles; conventionality control.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

La controversia sobre si la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida permitida en el Perú no ha sido superada. El Estado peruano se debe a la Constitución Política del Perú (CPP)[1], así lo establece su artículo 51, donde se manifiesta que «[l]a [CPP] prevalece sobre toda norma legal». Es ella la que señala como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Estos últimos, de acuerdo con Carlos Santiago Nino (1985, p. 13), son un invento del hombre, una categoría del derecho, pero encuentran un sustento racional en los siguientes principios naturales:

a) El hombre tiende a entrar en conflicto y buscar la cooperación de otros; así, el derecho cumple el rol de evitar el conflicto y favorecer la cooperación. El principio que «prohíbe imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio» se denomina «principio de la inviolabilidad de la persona» (Nino, 1985, pp. 84-111).

b) Es valiosa la libre elección individual de los planes de vida; por ello, el Estado y los demás individuos no deben interferir en esa elección; más bien, deben diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes y la satisfacción de sus ideales; así, este principio se denomina «autonomía de la persona» (Nino, 1985, p. 135).

c) El hecho de que «los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento» conlleva al principio de «dignidad humana». La dignidad resulta ser un valor pretendido, postulado, indemostrable, pero se compone del individualismo, la igualdad y la autodeterminación (Chueca, 2015, p. 50).

1 El artículo 2 de la CPP enumera un conjunto de derechos y el artículo 3 señala que «La enumeración de los derechos establecidos […] no excluye los demás que la [CPP] garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Los «derechos humanos» existen porque la persona es inviolable, autónoma y digna. Cada Estado, incluido el Perú, adopta una lista no taxativa de derechos que se compromete a proteger por la propia evolución del derecho.

Los derechos humanos también están contenidos en los diversos tratados internacionales. En ese sentido, los tratados de derechos humanos que haya celebrado el Estado peruano, en virtud de lo establecido por el artículo 55, forman parte del derecho interno. El Perú ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) desde el 9 de diciembre de 1949 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) desde el 12 de julio de 1978. A su vez, aceptó las competencias de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 21 de enero de 1981, por lo que todo ello es parte del ordenamiento peruano interno.

2. HERRAMIENTAS DE LOS OPERADORES JURÍDICOS PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son garantizados por todo el Estado peruano; sin embargo, ¿cuál es su alcance? ¿Qué herramientas tiene el operador jurídico para resolver un conflicto de derechos?

De acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos se interpretan de conformidad con la DUDH, los tratados y los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, además de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (consultas, pronunciamientos, etc.). Por su lado, los artículos 62 y 64 de la CADH establecen que la Corte IDH tiene competencia para conocer casos y consultas sobre la interpretación y la aplicación de los derechos de la CADH.

Debido a que la CPP y el ordenamiento internacional son normas que establecen los lineamientos de todo el Estado, cada medida adoptada por el mismo debe ser analizada por todos los operadores públicos de acuerdo con los derechos fundamentales y sus interpretaciones. Si se determina, con dicho control, que la medida es

contraria a las normas, se podría suprimir o modificar su interpretación de conformidad con lo establecido por la CPP y su interpretación (Corte IDH, 2006, párr. 124; s. f., p. 3).

A esta forma de interpretación se le debe añadir el contexto del Estado, en virtud de su soberanía. La realidad peruana es diversa y compleja. El Perú tiene una diversidad cultural increíble que genera ordenamientos jurídicos con su propia autonomía, como el caso de las comunidades indígenas y campesinas. Sin embargo, los problemas sociales, la discriminación múltiple y los estilos de vida estereotipados enraizados generan que existan desigualdades y diversos grupos vulnerados. Esto hace que, en un país como el nuestro, el análisis de las medidas deba tener un grado de efectividad y realidad. Los derechos humanos forman una utopía realista, puesto que no muestran la felicidad colectiva, sino que se cimientan en una sociedad justa en las instituciones mismas del Estado, reconociendo la realidad política y social (Neves, citado en Habermas, 2010, p. 118). Recordemos que lo importante en una constitución no es el texto en sí mismo, sino la práctica generada por el texto (Nino, 2013, p. 104).

3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

Son dos medidas las que se analizarán en el presente artículo. En primer lugar, la constitucionalidad de la aplicación de la maternidad subrogada y, en segundo lugar, las respuestas ante la filiación del menor de edad producto del uso de la técnica de reproducción asistida denominada «maternidad subrogada». Respecto a lo primero, la única disposición relacionada se encuentra en la Ley General de Salud peruana, donde se explica lo siguiente:

> Artículo 7. Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Desde una perspectiva literal, la maternidad subrogada estaría prohibida, pues la madre genética en ningún caso coincidiría con la madre gestante. Sin embargo, si aplicamos el Control de Convencionalidad sobre ese artículo, la conclusión es otra. En virtud de la Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la Corte IDH identifica un conflicto de derechos en estas circunstancias entre, por un lado, la integridad personal (artículo 5 de la CADH; artículo 1 de la CPP), la libertad personal (artículo 7 de la CADH; artículo 1 de la CPP) y la vida privada y familiar (artículos 11 y 17 de la CADH; artículos 7 y 4 de la CPP) y, por otro lado, el derecho a la vida.

La Corte IDH concluye, sobre el derecho a la integridad[2], que está ligado íntimamente al derecho a la salud, en concreto a la salud reproductiva, que incluye la libertad de decidir el momento en el que desean reproducirse y tener acceso a la información de los métodos existentes. Por su lado, el derecho a la libertad personal tiene como contenido la capacidad de hacer y no hacer (organizar su vida individual y social) todo lo que esté lícitamente permitido. De otro lado, el derecho a la vida privada y familiar abarca una serie de factores relacionados con la dignidad: su capacidad de desarrollarse, determinar su identidad y definir sus relaciones, asumir la paternidad y la maternidad, incluyendo la decisión de ser padres o madres genéticos/as. Para ejercer este derecho se debe brindar la garantía de acceder a la tecnología médica necesaria[3]. Finalmente, afirma que el derecho a la vida es un derecho fundamental, prerrequisito para el disfrute de todos los otros derechos. Sin embargo, establece que

> [l]a «concepción» en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras «en general» que la protección del derecho a la vida

2 Es importante precisar que un derecho de primera generación, como lo es la integridad, deriva en uno de segunda generación, como lo es el derecho a la salud, porque los derechos fundamentales tienen un origen común (Rubio, 2013, p. 203).

3 Ello se deriva de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana.

> con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (Corte IDH, 2012, párr. 264)[4].

Así, aparentemente desde un control de convencionalidad, la maternidad subrogada resulta permitida. Sin embargo, debemos evaluar el impacto de este acto en la realidad peruana (soberanía de los Estados) para determinar una medida con mayor especificidad. Si bien los tratados son vinculantes, no debemos dejar de lado que, frente a la realidad nacional, los parámetros establecidos resultan utópicos, pues no es posible tomar esta medida en un corto plazo. En ese sentido, existen elementos realistas que harán una incorporación progresiva de técnicas de reproducción asistida, ello en aras de no perder los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes.

Esta medida tendrá que evaluar los diversos supuestos que suponen un acto de maternidad subrogada: sujetos diferentes por su condición socioeconómica, onerosidad o gratuidad de la maternidad subrogada, cosificación de la mujer gestante, decisión de abortar de la otorgante del vientre, entre otras situaciones que plantean por sí solas un problema complejo. A su vez, se debe evaluar el impacto en la mujer que ofrece la maternidad, el impacto el entorno de la familia biológica y la familia volitiva, entre otros dilemas éticos. A ello se le suma el sistema de salud deficiente y la disponibilidad de recursos de nuestro Estado para efectivizar todos los derechos, incluyendo los de dignidad y libertad (Holmes & Sunstein, 2011, p. 12). Este artículo no pretende abarcar todos los problemas que se suscitan, sino fundamentalmente otorgar una salida para todos estos casos donde ya existe un menor de edad nacido por la técnica de maternidad subrogada y no tiene cómo regularizar su situación.

4 Fernández Sessarego (1990, p. 111) considera que con la fecundación ya se constituye un ser.

4. FILIACIÓN DEL MENOR: PRINCIPIO DE SOCIOAFECTIVIDAD

El avance de las tecnologías y los problemas sociales crean familias diversas (Arraigada, 2002, p. 145). No obstante, la regla general sigue siendo que la filiación es el vínculo por el que se generan todos los derechos subsecuentes entre padres e hijos biológicos. La novedad es que se ha incorporado otro concepto de filiación: la filiación socioafectiva. Esta se perfila como el vínculo en virtud del reconocimiento al vínculo socioafectivo. Ambas filiaciones (biológica y legal) son iguales en dignidad (Varsi & Chaves, 2018, p. 15).

El Perú da amparo otorgando filiación (legal) a los hijos extramatrimoniales, al niño o adolescente frente a otros responsables de alimentos (artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes [CNA]), y a los hijos adoptivos. El Estado aún no otorga filiación legal para los casos específicos de maternidad subrogada; por lo tanto, está pendiente que haga efectivos los derechos consecuentes (identidad del menor, derecho a la familia, parentesco, vida en común sin limitaciones, etc.).

El vacío normativo corresponde fielmente al desconocimiento y a un proceso sociocultural por el que pasa la sociedad. Esta sociedad aún no asimila el concepto de familias ensambladas; por el contrario, solo tiene la idea patriarcal de familia, pese a que tener una familia biológica es un «privilegio». El silencio no es en vano; se trata de un problema fundamentalmente sociocultural y de estereotipos. Así que, antes de empezar nuestro análisis, debemos precisar que, si bien daremos un punto de vista jurídico, este avance debe estar acompañado con un progreso mental como sociedad, así como con el respeto y la empatía por los planes de vida de todas las personas.

Ante la inexistencia de vías, resulta conveniente plantear el problema de si las madres y los padres volitivos/as tienen derecho a la filiación legal con los menores nacidos producto de la reproducción asistida. El artículo 30 de la DUDH establece que «[n]ada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión

de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración». A su vez, el artículo 29 de la CADH establece que las disposiciones de la Convención no pueden ser interpretadas en el sentido de «b) [l]imitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».

Hoy en día, el afecto pasa a ser el paradigma de la familia (Amarilla, citado en Montagna, 2016, p. 223). La pertenencia a una familia se da en virtud de un proceso psíquico: proteger. Entonces, para ser hijo/a de un hombre y una mujer no basta nacer de su unión así como para ser padre o madre no basta traer a un/a niño/a al mundo. Según Ceccarelli (2015): «El nacimiento (hecho físico) ha de ser transformado en filiación (hecho social) para que, al insertarse en una organización simbólica (hecho psíquico), el niño se constituya en sujeto» (citado en Montagna, 2016, p. 230).

El Estado garantiza la filiación en función de las relaciones sociales, para que todos los sujetos se sientan en un espacio donde puedan efectivizar sus derechos, en especial cuando se trata de efectivizar los derechos de los niños y las niñas. En ese sentido, en un primer punto, no a todos los que acceden a la reproducción asistida se les concederán la filiación legal, puesto que el Estado debe asegurar el vínculo socioafectivo.

5. LAS VÍAS: ADOPCIÓN Y MATERNIDAD SUBROGADA

Las vías utilizadas por los padres volitivos que presentamos a continuación tienen como fundamento a la adopción. Esta es una institución que une padres volitivos con otras personas (menores declarados en riesgo, en el caso de la adopción administrativa, y menores cuando se cumplen los requisitos del CC, en el caso de la adopción judicial)[5]. Los principios de la adopción administrativa son, entre otros, el principio de idoneidad de la familia adoptante, la

5 No se está tocando ni analizando la adopción notarial para mayores de edad.

preservación de los vínculos fraternos y el principio de integralidad en la regulación de las adopciones.

Este último consiste en reconocer a todas las adopciones todos los derechos y las garantías reconocidas para los actores (interés superior del niño, opinión del menor, etc.). Y es que, en general, si comparamos el concepto de adopción como institución con el de maternidad subrogada, vemos que estas instituciones son similares. Primero, comparten la finalidad, ya que buscan efectivizar el derecho a la familia de los padres volitivos y del o de la menor de edad nacido/a. Tanto para la adopción como para la maternidad subrogada se busca mejorar la calidad de vida del o de la menor.

Segundo, ambas se asemejan en la situación de desprotección que presenta el menor. En el caso de la adopción administrativa, se trata de un menor de edad en desprotección declarado; sin embargo, si analizamos los casos de adopción judicial o civil, observaremos que en todos —a pesar de que no se declare— nos encontramos frente a casos de desprotección, ya que se evidencia un riesgo de desprotección en el cuidado de los padres biológicos, al asentir que su hijo es adoptado. Ahora bien, en la maternidad subrogada también hay un riesgo de desprotección. Se trata de un niño en riesgo de desprotección porque sus padres biológicos no lo han aceptado y no hay certeza sobre la idoneidad de sus padres volitivos.

Tercero, coinciden en la mutación de sus conceptos. Al igual que la adopción en su momento, hoy en día la maternidad subrogada está mutando de contenido, pues ya no es catalogada como un contrato; sin embargo, se trata de una institución. En el caso de la adopción, pasó de ser un contrato a una institución que considera al menor de edad como un sujeto de derechos (Salazar, 2002, p. 235). Esta teoría basa la naturaleza de la adopción en el principio de protección integral considerando al niño como un sujeto de derechos.

Cuarto, son asuntos de interés público. La familia podría considerarse como un bien de interés difuso; así, ante su disrupción, el Estado le da la potestad a cualquier persona para denunciar que existe un menor de edad en situación de abandono.

Finalmente, en quinto lugar, ambas son instituciones porque interviene un menor de edad que, por su autonomía progresiva, aún no está en capacidades para decidir; por eso, la autoridad estatal tendrá que ponderar el derecho de paternidad, en sentido amplio, en función de las condiciones que podría darle al menor.

La adopción es una institución en la que el Estado garantiza y tutela el derecho del menor de edad a vivir en familia con dignidad, sin dejar de lado el derecho de los adultos a formar una familia, entendiendo esta última en su más amplia expresión. Se trata de una institución porque, como ya lo hemos afirmado, el Estado debe verificar que la finalidad por la cual se desprende al menor de su familia biológica se cumpla y se asegure la vida plena de todos los miembros de la familia. Así, debe establecer estándares interdisciplinarios de evaluación de la familia, empatía entre la nueva familia y el menor, colocación familiar, y compruebe que, aun cuando el niño se encuentre viviendo con los adoptantes, se esté asegurando el ejercicio de sus derechos. La maternidad subrogada también debe apuntar a la intervención del Estado para asegurar las garantías mínimas de nacimiento, registro y todas las consecuencias que acarrea la creación de una nueva familia por padres volitivos. El Estado debe intervenir —al igual que con la adopción— salvaguardando y garantizando los intereses de todas las partes en cada caso en concreto.

5.1. PRIMERA VÍA: ACOGIMIENTO DE HECHO

La primera vía para regularizar la filiación es el acogimiento de hecho contemplado en los artículos 148 a 153 del Decreto Legislativo n.º 1297 y su respectivo reglamento (DS n.º 001-2018-MIMP). Esta es una figura que está comprendida dentro de la adopción administrativa. Al ser un procedimiento administrativo, los operadores jurídicos están obligados a aplicar los principios de razonabilidad, informalismo, verdad material, privilegio de controles posteriores, entre otros[6].

6 En el artículo IV del Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, se exponen los siguientes principios: de legalidad, del debido procedimiento, de impulso de oficio, de razonabilidad, de imparcialidad, de informalismo, de presunción de

Las personas que aplican la maternidad subrogada y resultan ser padres idóneos para él o la menor de edad son titulares de su autonomía de la voluntad; mientras que el menor de edad es titular de la dignidad (que va de la mano con el principio de protección del menor de edad, el interés superior del niño y la autonomía progresiva).

Se produce cuando una(s) persona(s) con vínculo familiar o sin él, sin contar con título jurídico ni obligación legal, asume(n) de manera voluntaria, continua y transitoria las obligaciones de cuidado y protección de un/a niño/a o adolescente (artículo 148). La persona que asume el acogimiento de hecho o cualquier otra persona que conozca de esta situación debe comunicarlo a la autoridad competente. Esta, a su vez, debe solicitar al acogedor información sobre la niña, el niño o el/la adolescente, así como la forma y las circunstancias en que asumió las obligaciones de su cuidado (artículo 149). Así, en virtud de estos artículos, independientemente de dónde provenga el menor, si una persona asume el cuidado y la protección de un menor, esta puede solicitar que evalúen el caso. Cabe precisar que este mecanismo de regulación de la filiación solo procede para personas residentes en el Perú. En ese sentido, constituye una limitación que no se aplique para los casos de maternidad subrogada internacional.

Al ser una figura que puede prestarse al tráfico ilícito, cuando la autoridad competente reciba la información de un acogimiento, debe verificar la situación sociofamiliar del niño, niña o adolescente acogido. A los efectos de la decisión de adoptar respecto a la situación de la niña, el niño o el/la adolescente, se deben tener en consideración los siguientes criterios: a) la necesidad de asegurar que se encuentren a cargo de personas idóneas; b) el vínculo de apego que pueda existir entre el acogedor de hecho y la niña, el niño o el/la adolescente; c) evitar que se consoliden de modo fraudulento vínculos con niñas, niños o adolescentes en situación de desprotección familiar; d) promover la seguridad jurídica a favor de la niña, el niño o el/la adolescente. Así,

---

veracidad, de buena fe procedimental, de celeridad, de eficacia, de verdad material, de participación, de simplicidad, de uniformidad, de predictibilidad o de confianza legítima, de privilegio de controles posteriores, del ejercicio legítimo del poder, de responsabilidad, y de acceso permanente. Estos principios no tienen carácter taxativo.

un beneficio de optar por este mecanismo es que se garantiza, por evaluación propia del Estado, la idoneidad de todos los actores para conformar una familia.

Después de verificar la situación, «si se comprueba que el acogedor otorga al niño, niña y adolescente los cuidados que necesita y no procede abrir procedimiento por desprotección familiar, [la autoridad competente comunica] los hechos al juzgado de familia o mixto para que constituya la tutela y ejerza las medidas de control y vigilancia» (artículo 152). No obstante, «[s]i se comprueba que puede existir una situación de desprotección familiar, la autoridad competente abre el procedimiento respectivo según lo dispuesto en el artículo 18» (artículo 152). El artículo 153 establece que «[l]os actos realizados por la persona acogedora de hecho de conformidad con el interés superior de la niña, niño o adolescente no pueden ser anulados». Finalmente, la familia que asume el cuidado por haber acudido a la técnica de maternidad subrogada puede tener la tutela familiar en caso de que se compruebe la idoneidad de todos los actores, en virtud del interés superior del niño.

La aplicación de esta vía para regularizar la filiación de la maternidad subrogada tiene muchas ventajas, pues los recursos humanos y logísticos están implementados. Asimismo, debemos recordar que existen estudios que manifiestan que la relación entre las técnicas de reproducción asistida y la adopción resultan inversamente proporcionales, por lo que los recursos siempre serían los mismos.

5.2. PROCESO JUDICIAL DE ADOPCIONES: ¿SEGUNDA VÍA?

La segunda vía es la vía judicial. Sin embargo, si bien se ha considerado esta una vía idónea, se debe tener en cuenta que desconoce la realidad de la existencia de la maternidad subrogada, ya que el supuesto de la adopción civil se da cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes (CNA), requiriéndose que se «posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguineidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción». Esta vía es estudiada porque la Corte Suprema resolvió la Casación n.º 563-2011-LIMA, respecto de una

maternidad subrogada, otorgándole la filiación a la familia volitiva desconociendo que era un caso que no cumplía con los requisitos de la adopción.

La sentencia de la Casación n.º 563-2011-LIMA trata de lo siguiente: 1) A y B deciden tener una hija mediante las técnicas de reproducción asistida (específicamente, la maternidad subrogada); 2) el hermano de A tiene un hijo (P) comprometido con C (dicha familia tiene dos hijos); 3) A y B deciden que esta pareja sea la gestante; 4) C aporta sus óvulos y, con el semen de B, se concibe a la menor llamada Vittoria; 5) en su acta de nacimiento, Vittoria es inscrita como hija de C y P; 6) Vittoria es entregada a A y B a los nueve días de nacida y continúa con ellos hasta el día de hoy; 7) A y B inician los trámites de adopción; 8) al principio, C acepta, pero luego desiste; 9) C acepta haber recibido de A y B montos que ascienden a 18 900 dólares americanos.

La solución que da la casación es otorgarle la adopción a A y B. El aporte de la sentencia es exponer que la maternidad subrogada se puede reconocer a través de la adopción sin tomar en cuenta los requisitos legales. Así, considerando que el único requisito faltante es el asentimiento de la madre biológica, pero, además, está en juego el asentimiento de los padres volitivos y el derecho de la menor de edad a tener una familia (que la quiera como hija), en virtud del interés superior del niño, prima el derecho de vivir en familia del menor de edad. Subsanado este requisito, procede la adopción. Esa no puede ser una solución si tomamos en cuenta que, por la verdad material, la niña tiene como padre biológico a su padre volitivo, mientras que tiene como madre biológica a la gestante; sin embargo, se inscribe en registros como hija de la gestante y el esposo de la gestante. Desconociendo esta realidad, luego procede la adopción.

Ahora bien, resolver casos no solo supone dictar una sentencia, sino también, en casos como estos donde haya conflicto de derechos, realizar una ponderación. A su vez, la decisión final debe aplicarse al caso concreto, es decir, ser una regla específica, sin dejar de ser general (aplicable a similares). El juez se debe desprender de prejuicios y estereotipos al momento de resolver acorde con los principios

y normas existentes. Así, en una circunstancia donde la cuestión controvertida es determinar la filiación del o la menor, el juez tendrá que ponderar los derechos de todos los intervinientes (autonomía por parte de los padres biológicos y volitivos, y dignidad del menor de edad). Claramente, a través de estos casos nos damos cuenta de que no existen herramientas para resolver un caso de filiación por la vía judicial, a menos que se aparten de la regulación existente. Los jueces, en aras de ceñirse a alguna norma, han desconocido la realidad[7].

Otra crítica a la presente resolución es que no se trata solo de determinar el interés superior del niño. Recordemos que ningún derecho resulta absoluto y que en cada circunstancia siempre se debe realizar un test de ponderación. En la adopción existen otros principios que ya han sido explicados y deben ser respetados.

La mirada del medio consiste en no considerar el interés superior del niño como algo absoluto (utopismo ilegítimo), ni evaluar con quién tiene el vínculo familiar en la realidad; por el contrario, se procura adoptar una postura intermedia en donde se considere a todos los sujetos, con sus condiciones parentales y sus deseos de ser padres como parte de sus proyectos de vida (tanto de los biológicos como de los volitivos), y se respete el interés superior del niño.

Una respuesta judicial que desconoció la legislación al inscribir a un menor de edad con los padres volitivos, sin pasar por un proceso de adopción, es la Sentencia recaída en el Expediente n.º 06374-2016 del Quinto Juzgado Constitucional. Se trata de los esposos A y F, así como de los cónyuges E y G, y los menores de iniciales L. N. N. R. y C. D. N. R. contra el Reniec. Los demandantes (A, F, E y G) solicitan que se deje sin efecto la resolución en la que se declara improcedente la rectificación de actas de nacimiento de los menores. En este caso, todos los actores están de acuerdo con que se registre al menor de edad con los padres volitivos. La sentencia del Quinto Juzgado Constitucional reafirma la permisión de las técnicas de reproducción asistida y ordena al Reniec a que se inscriba al menor de edad con los padres volitivos.

7 No olvidemos que una de las defensas de la demandante Zenaida Castro era que los padres volitivos no tenían idoneidad moral, ya que habían engañado a las autoridades simulando esta adopción que, en realidad, era una maternidad subrogada.

Landa reconoce la fuerte vinculación del control difuso en el ordenamiento interno. Dworkin manifiesta que el juez debe ejercer derecho y debe llegar a una conclusión específica dentro de lo general, sin llegar a ser individual, pero que tenga en cuenta los eventos futuros y las repercusiones, pues todo debe encajar como en una novela; en otras palabras, el juez debe crear sentencias que generen continuidad con todo el ordenamiento, incluyendo en ellas las otras sentencias. Es en ese sentido que, sobre maternidad subrogada internacional, se pronuncia Alemania cuando manifiesta que basta con que una sentencia haya reconocido a la maternidad subrogada, sea cual sea el caso, para que esta no contravenga el orden público y esté permitida en todo el ordenamiento español. Recordemos que en el caso de Perú el reconocimiento se dio a través de la Sentencia n.º 6374-2016 del Quinto Juzgado Constitucional, cuya controversia radicaba en otorgarle o no el DNI al menor de edad con el apellido de los padres volitivos. Así, los siguientes pasos serán crear mecanismos en el derecho legislativo o el derecho judicial para efectivizar los derechos legítimos generados por la elección de la maternidad subrogada como método entre las técnicas de reproducción asistidas existentes.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se deben plasmar medidas eficaces para resolver el problema de filiación por maternidad subrogada, respecto a los menores de edad sin identidad, que les aseguren otros derechos como los alimentarios, patrimoniales y de sucesión. Consideramos que, entre todas las alternativas existentes, la administrativa equiparada con la adopción es la idónea. La alternativa administrativa supone un personal adecuado e ideal ya establecido y capacitado de la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; a su vez, resuelve el problema de la relación inversa entre la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistidas. De todas formas, es necesario implementar una reforma normativa que regule e implemente una política destinada a ello.

REFERENCIAS

Arraigada, I. (2002). Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas. *Revista de la Cepal*, (77), 143-161.

Chueca, R. (dir.). (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental.* Centro de Estudios Constitucionales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *B-32: Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica»*. https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú.* https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf

Congreso de la República. (2004). *Código Procesal Constitucional. Ley n.º 28237.* Lima: 28 de mayo de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (s. f.). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Número 7. Control de Convencionalidad.* https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* [Sentencia]. San José: 26 de setiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012). *Caso Artavia Murillo y otros («fecundación in vitro») vs. Costa Rica* [Sentencia]. San José: 28 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas.* Universidad de Lima.

Habermas, J. (2010). La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 105-121. https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.501

Holmes, S., & Sunstein, C. (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos.* Siglo Veintiuno Editores.

Ministerio de Justicia. (2019). *Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.* Lima: 22 de enero de 109. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf?v=1560434051

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). *Decreto Legislativo n.º 1297. Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.* Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Decreto-Legislativo-1297-para-Proteccion-nna.pdf

Ministerio de Salud. (1997). *Ley N.° 26842. Ley General de Salud.* Lima: 15 de julio de 1997. https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842

Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP*, (77), 217-233. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.010

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* París: 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Nino, C. (1985). *La validez del derecho.* Editorial Astrea.

Nino, C. (2013). *Fundamentos de derecho constitucional* (4.ª reimp.). Editorial Astrea.

Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). *Sentencia recaída en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.* Lima: 21 de febrero del 2017. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf

Rubio, P. (2013). Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*, (71), 201-230. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.008

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2011). Sentencia Casación n.º 563-2011-LIMA. Lima: 6 de diciembre de 2011. https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e

Salazar, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los derechos humanos específicos del niño. *Foro Jurídico*, (3), 234-243. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18359

Varsi, E., & Chaves, M. (2018). La multiparentalidad-la pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, (48), 133-157.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.04

LA FALTA DE VERACIDAD CONSANGUÍNEA EN EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN: PATERNIDADES EN APARIENCIA ORIGINADAS POR LA PROPIA VOLUNTAD DEL AUTOR

The absence of consanguineous veracity in the recognition of filiation: paternities in appearance originating from the author's own will

María Tatiana Gutiérrez Enríquez
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: tatyy1@hotmail.com
https://orcid.org/0009-0002-6014-3161

RESUMEN

El artículo expone una de las anomalías que se configuran en los reconocimientos de filiación extramatrimonial, originada por la falta de coincidencia entre la realidad extrajurídica (lazo consanguíneo entre progenitor e hijo) y la declaración formal asentada en el Registro Civil, ante notario o, en el último acto de voluntad, el testamento. Esta disconformidad obedece a la configuración de una filiación legal ficticia que carece de sustento biológico; en otras palabras, quien

aparece en el ordenamiento civil como padre de determinada persona realmente no lo es; sin embargo, ello no se ha visto generado por un reconocimiento viciado (concurrencia de vicios de la voluntad: error, engaño u otras causas), sino por el mismo autor de la declaración, quien, a sabiendas de la inexistencia del vínculo biogenético, toma la decisión de configurar la relación paternofilial motivado por diversas causas, las cuales son comentadas en el desarrollo de este trabajo.

Esta situación que se configura en algunas filiaciones extramatrimoniales es parte de la realidad nacional, pero aún no ha sido desarrollada desde un enfoque jurídico-social; por ello, se ha visto conveniente acudir al derecho comparado, en especial a la legislación y la jurisprudencia de España, que han investigado de manera más profunda este tema.

Ahora bien, la casuística española informa sobre la problemática suscitada con las paternidades aparentes, que se presentan cuando el autor del reconocimiento pretende, en forma posterior, invocar la nulidad del acto (que él mismo perfeccionó) aduciendo la falta de veracidad en el vínculo biogenético; esta circunstancia pone en desmedro los intereses del hijo, quien podría verse seriamente perjudicado con un eventual desplazamiento de su filiación, que afectaría derechos fundamentales (el del nombre, identidad, entre otros).

Palabras clave: filiación extramatrimonial; paternidades en apariencia; legislación española; la jurisprudencia española.

ABSTRACT

The article exposes one of the anomalies that are configured in the recognition of extramarital filiation, originated by the lack of coincidence between the extra-legal reality (consanguineous bond between parent and child) and the formal declaration recorded in the Civil Registry, before a notary or, in the last act of will, the will. This disagreement is due to the configuration of a fictitious legal filiation that lacks biological support; in other words, the person who appears in the civil system as the father of a certain person is not really the father; however, this has not been generated by a vitiated recognition

(concurrence of vices of the will: error, deceit or other causes), but by the same author of the declaration, who, knowing the inexistence of the biogenetic link, makes the decision to configure the paternal-filial relationship motivated by diverse causes: error, deceit or other causes), but by the same author of the declaration, who, knowing the inexistence of the biogenetic link, makes the decision to configure the paternal-filial relationship motivated by diverse causes, which are commented in the development of this work.

This situation that is configured in some extramarital filiations is part of the national reality, but has not yet been developed from a legal-social approach; therefore, it has been convenient to turn to comparative law, especially to the legislation and jurisprudence of Spain, which have investigated this issue in a deeper way.

However, the Spanish casuistry reports on the problems that arise with apparent paternities, which occur when the author of the recognition intends, subsequently, to invoke the nullity of the act (which he himself perfected) alleging the lack of veracity in the biogenetic link; this circumstance is detrimental to the interests of the child, who could be seriously harmed by an eventual displacement of his filiation, which would affect fundamental rights (name, identity, among others).

Keywords: extramarital filiation; paternity in appearance; Spanish legislation; Spanish jurisprudence.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de filiación es una figura de trascendencia innegable en el derecho de familia, considerada como el medio legal que el ordenamiento civil pone a disposición de los particulares para que puedan certificar la relación parental que tienen con sus hijos y, así, darse la atribución de todas las consecuencias legales propias de la patria potestad, sucesiones y afines. Es característica innata de este

acto la voluntariedad, propia de todo acto jurídico, por la cual se descarta de modo absoluto que dicho reconocimiento sea producto de coacción, amenaza o sometimiento por parte de su declarante. Ahora bien, la actuación volitiva del autor implica una reflexión sobre la trascendencia que implica el reconocimiento, en cuanto acto generador del estado civil de las personas, así como respecto a la suma de responsabilidades entre los involucrados que permanecen en el tiempo y se prolongan aún después de su extinción. En tal sentido, es parte de la reflexión efectuada por el progenitor la convicción sobre la paternidad de quien va a reconocer como su hijo, es decir, está convencido del hecho de la cohabitación con la madre que ha dado origen a la concepción, posterior nacimiento y vinculación consanguínea con el reconocido. En consecuencia, si se formaliza la declaración de filiación y esta guarda plena coincidencia con el factor objetivo de la consanguinidad, se configura un reconocimiento perfecto, donde el plano legal y la realidad extrajurídica guardan concordancia absoluta.

Esta afirmación es un ideal al que aspira el ordenamiento civil; no obstante, se presentan circunstancias que distorsionan la figura de la filiación; una de ellas es la paternidad aparente o reconocimiento por complacencia, denominado así por la doctrina y la jurisprudencia españolas, en las que el reconocedor no es el verdadero padre del reconocido y, teniendo previo conocimiento de este hecho, decide establecer la relación paternofilial y asumir todas las responsabilidades en beneficio del hijo no biológico, perdiéndose la coincidencia que debería existir entre la declaración formal y la realidad. Los conflictos que se originan en este tipo de actos se deben a que el reconocedor pretende invocar la nulidad del acto alegando la ausencia del factor biológico y argumentando que la filiación jurídica es contraria a la verdad consanguínea, a pesar de haber tenido conocimiento previo de tales circunstancias, las cuales, inicialmente, no impidieron que asentara la paternidad legal.

Este artículo examina la figura de la paternidad aparente, sus características y su desarrollo jurisprudencial-doctrinal en España. Es preciso señalar que, dentro de la investigación efectuada, se observa que la magistratura nacional no ha tenido oportunidad de pronunciarse

sobre la naturaleza de este acto; sin embargo, se considera un tema que, sin lugar a dudas, se presenta en la realidad nacional, por lo que urge un desarrollo dogmático al respecto, teniendo como guía la legislación comparada.

2. PATERNIDADES APARENTES: RECONOCIMIENTOS POR COMPLACENCIA

La paternidad aparente es propiamente una filiación inexacta, ya que carece del factor objetivo (lazo biogenético entre padre e hijo). Se configura mediante la declaración de voluntad del reconocedor, quien, a sabiendas de que el reconocido no es hijo suyo, toma la determinación de atribuir la relación paternofilial con conocimiento pleno de todas las consecuencias que ello genera. Como lo refiere la jurisprudencia de España: «el llamado reconocimiento de complacencia es aquel que se hace consciente de no ser padre biológico para producir el vínculo jurídico de la filiación por razones afectivas»[1]. Precisamente, la doctrina española ha manifestado que la denominación «por complacencia» se originó debido a que, en su mayoría, estos actos se producían por la insistencia de la madre: el sujeto, para complacerla, cedía a este pedido reconociendo a quien no es hijo suyo, motivado por el amor hacia su pareja y con el ánimo de no frustrar la relación.

La doctrina de Brasil, por su lado, las ha denominado «adopciones a la brasilera» por la similitud que tendría este acto con la adopción, en el sentido de la ausencia del dato biogenético, y porque tal circunstancia es asumida sin inconveniente alguno por los declarantes. Como lo refiere el profesor Varsi (2013):

> se presenta en aquellos casos en los cuales asumo una paternidad sin un debido proceso y sin cumplir con la forma que manda la ley. En lugar de adoptar (como me lo exige la norma), procedo a reconocer a un menor sabiendo que no es mi hijo pero que, finalmente, quiero que lo sea (pp. 224-225).

1 Para mayor detalle, revisar la Sentencia n.º 119/2017 de la Audiencia Provincial de Tarragona del 17 de marzo de 2017.

Se pueden describir dos factores esenciales en este tipo de reconocimientos, los cuales son detallados en los siguientes subapartados.

2.1. LA FALTA DEL DATO BIOGENÉTICO

Quiere decir que este reconocimiento de filiación es artificial, pues carece de sustento consanguíneo. Se entiende que, en el contenido del reconocimiento, la filiación legal presupone la existencia de una realidad prejurídica, constituida por la vinculación consanguínea propia de progenitor e hijo; por ello, los reconocimientos complacientes se presentan como una especie de anomalía en la que se evidencia la ausencia de este factor objetivo, pretendiéndose reemplazar el lazo consanguíneo por un vínculo afectivo que, justamente, se configuraría con esta filiación artificial. Entre el reconociente y el reconocido no existe un vínculo de sangre, sino un lazo que pretende trascender la verdad biológica, inspirado en móviles de diversa índole, configurando en sí mismo una situación jurídica aparente que no se condice con la realidad natural.

Como lo ha señalado el maestro Falzea (2006):

> la figura de la apariencia es asimilada a un esquema general de relación: la relación por la cual un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real hace aparecer o —como también podemos anotarlo (con un término más usual entre los juristas)— *manifiesta* otro fenómeno, que no está presente materialmente y que no es inmediatamente real (p. 183; énfasis del original).

Para el caso del reconocimiento por complacencia, la apariencia se configura cuando el fenómeno materialmente real y socialmente apreciable, que viene a ser la declaración formal de la filiación, manifiesta otro fenómeno: el vínculo consanguíneo, el mismo que carece de existencia real.

2.2. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD LIBRE DE VICIOS

Ello implica que la manifestación de voluntad ha sido formada sin la interferencia de patologías, entendidas como el engaño, el error

u otras causales de anulabilidad del acto jurídico; en consecuencia, existe una plena correspondencia entre lo querido o deseado en el plano interno con aquello que va a exteriorizarse, teniendo conocimiento absoluto de la realidad de las cosas. El sujeto que pretende configurar el reconocimiento lo efectúa voluntariamente, apreciando que entre este y el reconocido no existe ningún lazo consanguíneo, de modo que no haya impedimento alguno para entablar la filiación jurídica. Por esta razón es que en los reconocimientos por complacencia existe una declaración de voluntad configurada válidamente, por lo que no resulta posible cuestionar su validez por medio del remedio legal de anulabilidad.

3. RAZONES QUE MOTIVAN LOS RECONOCIMIENTOS POR COMPLACENCIA

En el caso de las paternidades en apariencia, los móviles por los que el sujeto reconoce a un niño que verdaderamente no es hijo suyo pueden ser de diversa índole, tratándose de una reflexión que implica en sí una motivación subjetiva, la cual dependerá de las personas involucradas, así como de las circunstancias específicas. Por ello, pueden existir motivos afectivos; por ejemplo, en una relación convivencial o de matrimonio, puede resultar muy sencillo sentir amor y cariño por el niño o la niña de la esposa o la compañera; incluso se le trata o quizás hasta llama como hijo o hija; es así como, sin ninguna exigencia, se toma la decisión de darle el estatuto jurídico legal de hijo o hija. Otras veces ello podría darse a sugerencia o pedido ciertamente insistente de la madre, quien inclusive podría llegar a condicionar la estabilidad de su relación al reconocimiento de su hijo por parte de la pareja o el esposo (Rivero, 2005, p. 1063).

Según la jurisprudencia española, en los reconocimientos complacientes existe una finalidad de constituir una relación jurídica paterna entre su autor y el hijo reconocido, como la que es propia de la paternidad por naturaleza. Tal motivación los diferencia de los llamados reconocimientos de conveniencia o en fraude de ley, cuyo propósito es totalmente diferente, dado que busca la ficción del vínculo para determinadas ventajas legales; en otras palabras, está

orientado a aparentar la relación familiar para conseguir las consecuencias jurídicas favorables de un precepto legal, como la nacionalidad, los permisos residenciales, los beneficios de previsión social, entre otros (Sentencia n.º 3192/2016 del Tribunal Supremo del 15 de julio de 2016).

En consecuencia, se puede advertir la existencia de reconocimientos inspirados en móviles de nobleza (de complacencia propiamente dicho) y los que tienen como causa inmediata los motivos ilícitos o fraudulentos.

3.1. MOTIVOS «LÍCITOS» U «HONORABLES»

Como lo ha señalado la magistrada Patricia Beltrán en una entrevista personal (Gutiérrez, 2019, p. 281), se trata de actos fundados en el amor, el deseo y la intención del padre de entregarse al hijo reconocido y otorgarle cariño, cuidado y protección; el reconocedor tiene esa capacidad de dar amor a un niño, además de una identidad que quizás su padre genético no se la ha querido o no se la ha podido dar. Estos móviles se condicen con los fines que tiene la filiación, en el sentido de la configuración de nexos de carácter socioafectivo entre los involucrados, así como la asunción de las responsabilidades que debe ejercer todo progenitor.

Como se ha señalado, inicialmente, el amor hacia la pareja o la compañera que ha concebido un hijo de otra persona puede incidir significativamente en las paternidades complacientes; el sujeto motivado por este cariño no escatima en reconocer a quien biológicamente no es su hijo, con el propósito de permanecer al lado de la persona amada y formar junto con ella una familia. Con el nacimiento posterior del hijo, e incluso viéndolo crecer en el vientre de la mujer, empiezan a surgir sentimientos nobles, propios de un progenitor hacia su descendiente; este amor, en sí, es un móvil de carácter altruista que inspira estos reconocimientos.

Junto a este supuesto se aprecian algunos evaluados en la jurisprudencia del Brasil, sobre lo que se ha denominado «adopciones a la brasilera», en los que ambos reconocedores carecen del lazo biológico

con el reconocido; se trata de parejas que no pueden tener hijos y, agotando todo medio para conseguir su propósito, se encuentran con madres biológicas que no tienen la capacidad de sostener al hijo que ellas esperan; nuevamente, se advierten los motivos de nobleza con los que actúan los padres legales, quienes añoran tener un hijo a su lado y quieren brindarle las mejores condiciones para su desarrollo.

Puede apreciarse que en ambos casos existe el deseo y la necesidad de configurar la vinculación jurídica, asumir todos los derechos y las obligaciones propios de la relación paternofilial, a pesar de que no exista un vínculo biogenético. El mecanismo regular para atribuir esta filiación jurídica debería ser la figura de la adopción; sin embargo, se obvia este trámite y se toma la libre determinación de llevar a cabo el reconocimiento.

3.2. MOTIVOS «ILÍCITOS» O «DESHONESTOS»

Aquí ya no es posible apreciar amor, cariño u otros sentimientos nobles; el reconocedor actúa en forma contraria al ordenamiento jurídico, pues, mediante el engaño o el fraude, pretende configurar una filiación inexistente. Se trata de situaciones fraudulentas en las que se atenta contra la esencia misma del reconocimiento, se buscan «finalidades ajenas al ámbito del derecho familiar» que pretenden burlar las leyes que regulan determinada situación jurídica; en estos casos no existe una relación biológica ni sociofamiliar entre el hombre y el reconocido. Las hipótesis propuestas que encierran móviles fraudulentos son las siguientes:

a) Para variar la distribución legal de los derechos sucesorios, efectuándose este tipo de reconocimiento para beneficiarse con el reparto de una herencia o el fraccionamiento de la masa hereditaria, incluyendo a quien no tiene la condición de heredero legitimario en el reparto, afectando los intereses de los verdaderos hijos u otros herederos forzosos.

b) La finalidad de reducir la pensión de alimentos que le correspondería a alguno de los legitimados. Ello se configuraría si el obligado reconoce a quien no es hijo suyo en connivencia

con la madre de este, a fin de acreditar, en un proceso de fijación de alimentos, que tiene carga familiar. Ello determinaría la disminución de la cantidad de la pensión, que lógicamente sería mayor si no se hubiese configurado tal fraude.

c) El ánimo de obstaculizar el reconocimiento por parte del verdadero progenitor biológico del reconocido (García, 2012).

d) Puede llegar a configurarse el hipotético caso de que una madre, con el objetivo de evitar que su hijo lleve sus mismos apellidos, requiera de un tercero para que reconozca a su hijo, a cambio de una contraprestación.

e) El reconocimiento complaciente puede configurarse con el ánimo de beneficiarse con la obtención de derechos civiles; por ejemplo, reconocer a una persona para adquirir la nacionalidad. Este último caso incluso ha llegado a modificar la regulación de las acciones de filiación en Alemania; se trata de reconocimientos que tienen por única finalidad otorgar la nacionalidad alemana, apreciándose la ilicitud de tal conducta[2].

Resulta de tal relevancia la protección del estado civil de las personas que existe una regulación especial en el campo del derecho penal que trata sobre los delitos contra el estado civil; de este modo, los supuestos establecidos podrían subsumirse en el tipo penal

2 Así lo señala el autor Albert Lamarca: «según las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades de los *Länder* alemanes, existen evidencias que permiten pensar que han aumentado las llamadas paternidades aparentes o *schein vaterschaften* por efecto de la supresión de la intervención del *Jugendamt* para dar su asentimiento al reconocimiento de la paternidad. Estos reconocimientos persiguen evitar el efecto de una expulsión del territorio alemán y conseguir el derecho a permanecer en Alemania tanto para la madre como para el hijo. En algunos casos sucede inversamente, y es el reconocimiento de un menor alemán el que tiene los efectos mencionados para el hombre que presta la declaración de reconocerlo como hijo». Por estas razones es que la reforma introducida en el BGB legitima a las autoridades administrativas para que puedan impugnar este tipo de reconocimientos aparentes, «siempre que entre el hijo y el padre reconociente no exista una relación socio-familiar o bien no haya existido ésta al momento del reconocimiento y con éste se consigan los requisitos jurídicos para la obtención del permiso de entrada o la residencia legal del hijo o progenitor» (citado en Gutiérrez, 2013, pp. 107-108).

establecido en el artículo 145 del Código Penal sobre la alteración o la supresión de la filiación de menor: «el que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años».

El hecho punible estaría constituido por la atribución falsa de los ascendientes a un niño, apreciándose que el falso progenitor, dolosamente, manifiesta una paternidad inexistente; su actuar es a sabiendas de que, con tal conducta, altera significativamente la auténtica filiación que le correspondería al niño, para fines contrarios a la figura propia del reconocimiento.

4. PROBLEMÁTICA ORIGINADA POR LAS PATERNIDADES EN APARIENCIA

Como se mencionó en la introducción, estos reconocimientos pueden ocasionar situaciones conflictivas debido a la falta de veracidad del vínculo consanguíneo en las que, ya sea petición del autor o de terceros interesados, se pretende discutir la exclusión de la paternidad, invocando la nulidad del acto.

Se entiende que el actuar de los que tienen legítimo interés se encuentra justificado, debido a que una filiación inexacta como la que es materia de análisis perjudicaría seriamente sus derechos en el plano alimentario, así como sucesorio; no obstante, se considera carente de sustento la iniciativa de exclusión propuesta por el mismo autor del reconocimiento, siendo merecedora de una calificación reprochable para el derecho.

> [Según la jurista Maricela Gonzáles (2013),] los reconocimientos complacientes no generan problema alguno mientras la relación de pareja se mantiene estable y en armonía; los problemas emergen [cuando] se da el fracaso y [el] rompimiento de la relación, que motiva al reconocedor [a] impugnar la paternidad, retractándose de su voluntad, con el fin de desligarse de un acto que en forma libre y consciente asumió; comúnmente para así

evitar la carga económica alimentista e inclusive en un ánimo de venganza y ensañamiento contra la madre (citada en Gutiérrez, 2019, pp. 139-140).

4.1. EN EL ORDENAMIENTO CIVIL NACIONAL

Dentro de la investigación efectuada en el plano nacional, la jurisprudencia no ha emitido pronunciamiento sobre el tema de los reconocimientos por complacencia, a pesar de que en una casación se ventilaron hechos que podrían haber sido subsumidos dentro del supuesto de la paternidad aparente. Es particularmente llamativa la Casación n.º 1831-2010-LIMA NORTE, cuyos fundamentos fácticos se detallan a continuación:

a) La demanda es interpuesta por el reconocedor, en el sentido de que se declare la nulidad del reconocimiento por no ser el padre biológico de quien reconoció como hijo suyo; no obstante, la madre que tiene la calidad de emplazada contesta la demanda afirmando que, desde un inicio, el sujeto conocía la ausencia de la relación biológica, pues la conoció cuando tenía seis meses de gestación, y que, pese a tal circunstancia, decidió efectuar el reconocimiento. Indica que existen personas que pueden testificar a favor de sus aseveraciones; por ejemplo, la propia madre del demandante, quien sabía que la niña reconocida no era su nieta biológica.

b) La madre invoca la irrevocabilidad del reconocimiento, ya que, en este supuesto específico, el autor conocía la verdad de las circunstancias, por lo que se estaría retractando de su propia declaración, siendo una muestra clara de arrepentimiento y revocación del acto.

En esta oportunidad, la Sala opta por declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por la madre demandada alegando lo siguiente:

a) El carácter irrevocable del acto no impide que el reconocimiento pueda ser atacado por mecanismos que indaguen

sobre la validez estructural (nulidad y anulabilidad del acto jurídico), por lo que el autor se encuentra legalmente habilitado para poder invocar estos remedios en caso de existir una declaración viciada por la intromisión de defectos sustanciales.

b) En cuanto a las declaraciones de la emplazada en el sentido de que el accionante perfeccionó el reconocimiento de filiación a sabiendas de que no era el verdadero progenitor del reconocido, la Sala no se pronuncia sobre el fondo de estas, ya que ello importaría valorar esta declaración como un medio probatorio, tema que no puede ser materia de debate en un recurso casatorio. En este orden de ideas, declara improcedente el recurso interpuesto por la madre; la decisión final es la recaída en segunda instancia y declara nulo el reconocimiento por descartarse científicamente con el ADN la paternidad del demandado.

Hechos como los descritos suceden cotidianamente, pero pasan inadvertidos en la mayoría de los casos; sin embargo, ello no debe ser impedimento para que pueda ser materia de exhaustivo análisis, con la finalidad de otorgar soluciones imparciales y respetuosas de los principios que orientan el derecho de familia. Para lograr este propósito, se considera importante remitirse al derecho comparado, apreciando la experiencia jurídica de países cuyas legislaciones son más exhaustivas y tienen casuísticas más elaboradas sobre el tema.

En este punto, es preciso recordar que la actual regulación en materia de acciones de filiación prevista en el Código Civil es exigua, únicamente se tiene la prevista en el artículo 399, la acción orientada a atacar la filiación jurídicamente asentada que no se condice con la verdad biológica. Este remedio puede ser invocado por el padre o la madre que no intervinieron en el acto de reconocimiento, el propio hijo (una vez cesada su incapacidad) o, en todo caso, cualquiera que ostente legítimo interés, dentro de 90 días desde que se conoció sobre el reconocimiento, a excepción del plazo otorgado al hijo, que es de un año desde que alcanza la mayoría de edad. Del análisis breve de este artículo se puede apreciar que no contempla los supuestos

conflictivos sobre reconocimientos de filiación extramatrimonial en los que, verificándose la ausencia del vínculo biogenético, es el propio reconocedor quien decide impugnar el acto alegando la falta de veracidad en la declaración.

4.2. EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE ESPAÑA

El Código Civil español ha regulado las acciones de estado tendientes a cuestionar la eficacia del reconocimiento bajo dos supuestos: el primero de ellos, regulado en el artículo 141, habilita la impugnación por vicios, acción que va dirigida a cuestionar la formación de voluntad del acto jurídico; mientras que el segundo, establecido en el artículo 140, ampara situaciones que se dirigen a atacar la filiación misma por ser contraria a la realidad. Así lo ha establecido la doctrina citando: «el reconocedor, de concurrir algún vicio en el consentimiento, lo impugne directamente, según lo regulado en el artículo 141 CC, o bien, siendo válido el reconocimiento, impugne la filiación por no corresponder con la verdad biológica, de conformidad con el artículo 140 CC» (Gonzáles, 2013, p. 151).

4.2.1. Impugnación de la filiación no matrimonial

Se dirige a cuestionar la ausencia de filiación biológica, teniendo como propósito la exclusión de una paternidad legal que carezca del sustento biogenético, regulada en el artículo 140[3] del Código Civil español.

La normativa española otorga legitimidad activa, tomando en cuenta la existencia de una posesión de estado entre las personas implicadas; atendiendo a ello, en caso de que se prescinda de esta

3 «Artículo 140. Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad».

situación de hecho, podrá impugnar la filiación cualquier persona que se vea afectada por la mendaz filiación (el hijo, el reconocedor, el verdadero progenitor, los sucesores), acreditando la lesión a un interés legítimo y actual; por el contrario, la concurrencia de una posesión de estado restringe la legitimidad de la impugnación, por lo que únicamente el hijo, el reconocedor y sus herederos forzosos podrán impugnar el reconocimiento.

Asimismo, la verificación de la posesión de estado es determinante para establecer los plazos de caducidad. En tal sentido, acreditada y consolidada la relación socioafectiva entre el padre legal y el hijo, la acción caduca a los cuatro años contados a partir de la fecha en que se inscribe la filiación; en su defecto, a falta de este factor de convivencia efectiva, la ley no ha señalado un plazo específico, por lo que la doctrina española interpreta que se trata de una acción imprescriptible. En este sentido, Maricela Gonzáles (2013) refiere que «no se establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación en ausencia de la posesión de estado. Ha de entenderse, entonces, que es imprescriptible» (p. 218).

De la Cámara (2004), respecto a este aspecto fáctico que fija a los sujetos activos y determina plazos, manifiesta que la apariencia de estado de filiación, determinada por la posesión de estado, debe facilitarse a fin de que se confirme o se consolide. Por ello, si la filiación ha sido establecida y es verificada por la posesión de estado, se restringe la legitimación activa; adicionalmente, a fin de resguardo, la acción queda sujeta a un plazo de caducidad. En el caso contrario, en aquellas relaciones familiares en las que falta la posesión de estado se advierte que la acción puede ser interpuesta por cualquier persona perjudicada y no se dice que la acción caduque; de ahí que parece concluirse que puede ser entablada en cualquier momento.

4.2.1.1. La posesión de estado como criterio orientador en la filiación extramatrimonial

La posesión de estado es un término considerado como criterio orientador en la determinación de los legitimados para impugnar las filiaciones inexactas, así como para establecer los plazos. Tiene asidero

legal en el ordenamiento jurídico español, pues está íntimamente relacionada con la verdad sociológica, esto es, la realidad apreciable por todos. En la doctrina española autorizada, encontramos que Francisco Lledó (1999) menciona lo siguiente:

> La posesión de estado comporta una consolidada y efectiva integración en la relación familiar, en tal sentido hay que proteger dicha situación cuando encuentra su refrendo en la constancia registral, de suerte que después de inscrita la filiación empieza a tomarse en consideración el tiempo de duración de esta posesión de estado, siendo las palabras de la exposición de motivos del proyecto de Ley de filiación dar estabilidad a las relaciones de estado sobre todo cuando el hijo vive en paz una determinada relación de parentesco (p. 365).

Para el autor Oscar Ochoa (2006), la posesión de estado «es una presunción legal relativa a la filiación, deducida de la situación aparente: partiendo de un conjunto de hechos conocidos que son los elementos constitutivos de la posesión de estado, se establece por deducción un hecho desconocido como es la filiación del interesado» (p. 287). Por su parte, Ángel Acedo (2013) la define mediante estos términos: «es la relación de hecho establecida entre quien aparece ante la sociedad en calidad de padre o de madre y quien los hace como hijo de aquellos» (citado en Gutiérrez, 2019, p. 198).

Esta posesión de estado es entendida como la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación con la persona que desempeña el rol de padre, independientemente de que esa situación corresponda o no a una realidad legal o biológica. Está conformada por el conjunto de hechos de carácter relevante que manifiesten, por sí mismos o en concurrencia con otros, las relaciones de parentesco existentes entre el hijo y las personas que son consideradas como los progenitores, así como la unión con la familia a la cual dice pertenecer; de esta manera, ostenta un estado familiar (hijo) gozando de las ventajas inherentes y asumiendo paralelamente los deberes que se desprenden de esta situación jurídica.

4.2.1.2. Pronunciamiento del Tribunal Supremo español

De lo expuesto por la doctrina española se concluye que los reconocimientos por complacencia podrían ser impugnados invocando la aludida acción, por ser contrarios a la realidad consanguínea, encontrándose legitimado incluso el mismo reconocedor mendaz que declaró la filiación inexistente.

Ello ha sido motivo de gran debate en los tribunales españoles, donde se han consolidado dos posturas: la primera refuta la validez de la declaración de paternidad aparente, argumentando que es nula de pleno derecho por atentar contra normas de orden imperativo, ya que admitir este tipo de actos implicaría la transgresión a las leyes que protegen la adopción[4]; mientras que la segunda posición discrepa de lo expuesto y defiende su validez argumentando que la verdad biológica es un elemento esencial del reconocimiento; por ello es que se acepta la filiación adoptiva y la que deriva de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, refiere que el estado civil de las personas no puede quedar al arbitrio del reconocedor, quien por haber roto la relación con la madre del reconocido pretende dejar sin efecto la declaración. Concluye que aceptar tal propuesta sería como admitir la revocabilidad del acto[5].

En el año 2016, el Tribunal Supremo español expuso doctrina jurisprudencial sobre la impugnación de los reconocimientos de complacencia a pedido de su propio autor, determinando lo siguiente:

a) Considera que la ineficacia de este acto —al no subsumirse en la hipótesis normativa sobre vicios de la voluntad, ya que se caracteriza por ser una manifestación libre de defectos congénitos— tiene asidero legal en el artículo 140 del Código Civil de España, el mismo que regula de manera abierta la impugnación de la paternidad o la maternidad, habilitando a quien aparece como padre legal a cuestionar este acto. El

4 Véanse las Resoluciones n.os 177-2008, 160-2012 y 318-2011, expedidas por el Tribunal Supremo español.

5 Revísense las Resoluciones n.os 494-2016 y 713-2016, expedidas por el Tribunal Supremo español.

tribunal precisa que la ley no determina en forma expresa que el padre deba desconocer la ausencia de la vinculación consanguínea, por lo que se legitima la actuación del reconocedor mendaz que conoce previamente que el reconocido no es su hijo biológico.

b) La doctrina jurisprudencial se apoya en el hecho de que admitir la impugnación de este acto favorece la investigación de la verdadera paternidad del reconocido y ello se condice con normas constitucionales y supranacionales que proclaman el derecho a la identidad de los niños y los adolescentes (vertiente estática-origen biogenético-criterio biologisista).

c) Estando legalmente avalada la actuación del autor del reconocimiento falaz, se determina que la acción está sujeta a un plazo de caducidad, así como a la concurrencia de la posesión de estado de familia entre las personas involucradas. En consecuencia, la oportunidad para interponer la demanda es dentro de los cuatro años siguientes a la inscripción del reconocimiento y a la acreditación de la constante posesión de estado. Ello quiere decir que si entre el reconocedor y el hijo se ha forjado una convivencia socioafectiva de continuidad y se ha fortalecido por el transcurso de un tiempo igual o superior a los cuatro años, el acto que inicialmente podía ser objeto de impugnación adquiere absoluta permanencia, convirtiéndose en una filiación jurídicamente incuestionable.

d) Como último argumento que respalda la admisión de la impugnación por parte del reconocedor complaciente, los magistrados señalan que no debe desconocerse el derecho de este sujeto a cambiar de opinión respecto a la filiación declarada, así como a poder retomar su vida sentimental en compañía de una persona distinta a la madre biológica del reconocido.

5. POSTURA PERSONAL

Después de haber identificado los caracteres del reconocimiento complaciente y los dos móviles que los inspiran (nobleza e ilicitud),

es conveniente precisar que en ambos casos se configuran situaciones que inicialmente eran rechazadas por el derecho, ya que dolosamente se alteraría la filiación de una persona con el reconocimiento mendaz (conducta que incluso se encuentra tipificada como un ilícito penal) y se evadirían las normas que protegen la institución de la adopción, por prescindirse de todo el trámite formal que este tipo de filiación establece; sin embargo, los reconocimientos encausados por motivos altruistas pueden verse legitimados con la posesión de estado; de modo que una situación que primero era rechazada e incluso sancionada penalmente por el derecho puede adquirir permanencia y amparo jurídico. Contrariamente, los reconocimientos fraudulentos en los que se aprecia la conducta ilícita y de aprovechamiento de la filiación para fines contrarios a su naturaleza no admiten legitimación alguna, siendo sancionados por el derecho en todas sus formas.

En consecuencia, sobre los reconocimientos de complacencia propiamente dichos en los que el reconocedor tuvo inicialmente la intención y el deseo de dar amor al reconocido, brindarle un hogar, asumir obligaciones y derechos sobre él (todo lo cual ha realizado durante cierto tiempo), no obstante, por razones carentes de sustento, él mismo decide excluir esta paternidad, manifestamos lo siguiente:

a) Se sienta la posición de que no deben estimarse demandas de nulidad o de impugnación del reconocimiento complaciente entabladas por el propio reconocedor, ya que ello supondría una especie de revocación del acto y encerraría, asimismo, un supuesto de condición resolutoria (modalidad volitiva). No es posible admitir que los efectos del reconocimiento de filiación que voluntariamente ha determinado el autor, pese a conocer la falta de consanguinidad con el reconocido, dependan exclusivamente de su voluntad y de la continuación de las relaciones sentimentales con la madre biológica.

   De la misma opinión es la doctora Carmen Cabello Matamala (Gutiérrez, 2019), pues considera que «quien reconoce no puede invocar su propio dolo para tratar de afectar con nulidad el acto de reconocimiento, […] el que reconoció a sabiendas no puede desplazar [el estado de filiación]»

(p. 289); por ello, sostiene que la nulidad del acto dependerá de quien formule esta acción, negando toda posibilidad al mismo reconocedor.

b) En caso de que la impugnación del reconocimiento complaciente sea efectuada por el progenitor biológico del reconocido o personas que aleguen tener legítimo y actual interés en el desplazamiento de la filiación (descendientes, ascendientes u otros perjudicados), se tendrá en cuenta —como en el caso de los reconocimientos viciados— la posesión de estado del padre complaciente y el reconocido, así como el mejor interés de este último (niño o adolescente). Deberá analizarse la importancia de la filiación fundada en el elemento objetivo del vínculo consanguíneo, frente a los derechos del niño (considerando su identidad dinámica, el libre desarrollo de su personalidad y otros de carácter indisponible) que pueden verse perjudicados con la ineficacia del reconocimiento.

En principio, de la ponderación efectuada en estos casos haremos referencia al vínculo biológico como elemento del reconocimiento. El factor objetivo (lazo consanguíneo) es el fundamento del reconocimiento y lo ideal es que ambos sean correspondientes entre sí; sin embargo, tal alegación no debe ser absoluta. En los casos en que exista conflicto de intereses y uno de estos sea el del reconocido (ya sea niño o adolescente), ha de considerarse que este principio de verdad biológica deberá ser en beneficio de este último; *contrario sensu*, si llega a afectarlo de alguna manera, deberá ser excluido.

c) Desde una perspectiva teleológica, en estos tiempos, la paternidad es vista de una manera diferente en la que ya no se tiene como base únicamente el hecho de la procreación, sino otro tipo de factores; por ello, figuras como la adopción y la paternidad que surge de las técnicas de reproducción asistida son admitidas en nuestro ordenamiento; en estos supuestos existe una clara diferencia en cuanto al progenitor y al padre, desarrollándose lo que algunos han denominado «paternidad social». Como lo ha sintetizado Errecart (2016): «se regulan

nuevos modelos familiares, que desde el punto de vista de los Derechos del Niño prioriza ante todo —al menos desde el punto de vista legal— el interés superior de los niños y de las niñas a tener una familia en base a vínculos afectivos, dejando a un lado consideraciones biológicas y tradicionales arraigadas culturalmente» (p. 33).

d) Si ha sido posible ello, podríamos afirmar que en una eventual demanda de nulidad de reconocimiento por complacencia (que no constituiría en sí el medio idóneo para entablar la filiación), la misma sería declarada infundada, apreciándose la posesión de estado mediante el argumento de otorgar prevalencia a la protección y la consolidación de la familia, así como al niño o adolescente perjudicado con la exclusión de la filiación.

En consecuencia, todo ello dependerá del caso concreto en el que ha de evaluarse la personalidad del niño involucrado, su edad, el tiempo de convivencia que ha tenido con sus padres, el entorno sociofamiliar en el que se desenvuelve, además de una visión a futuro que le brinde bienestar y óptimo desarrollo en las esferas de su vida; todas estas circunstancias han de ser cuidadosamente examinadas al momento del pronunciamiento judicial.

e) Situación distinta es la que se configura con los reconocimientos fraudulentos, aquellos que encierran una causa ilícita que, en la mayoría de los casos, tiene como propósito obtener ventajas que determinadas situaciones jurídicas otorgan o, en su defecto, evadir ciertas consecuencias legales con la falsa filiación. Como el motivo ha sido defraudar a la ley, el reconocedor carece de toda intención de asumir la paternidad frente al reconocido, por lo que no existe convivencia directa con él y, en consecuencia, no se han podido constituir los lazos socioafectivos, que son los únicos capaces de imponerse frente a la veracidad biológica.

Descartando la presencia de estos dos criterios, los reconocimientos fraudulentos adolecen de nulidad, subsumiéndolos en la

hipótesis normativa regulada en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al atentar el orden público por vulnerar la normativa imperativa de la filiación; asimismo, cabe la posibilidad de que en la vía penal se entable un proceso por el delito de alteración del estado civil de las personas, previsto en el Código Penal.

6. CONCLUSIONES

Los reconocimientos complacientes se caracterizan por la confluencia de una manifestación de voluntad libre de todo vicio; así, son actos jurídicos perfectamente válidos en cuanto a los requisitos esenciales, pero en ellos se advierte la ausencia del dato objetivo: el lazo biogenético entre progenitor e hijo. El sujeto, en este sentido, tiene efectivo conocimiento de que no es padre biológico de quien será el reconocido; sin embargo, esta circunstancia no limita su actuar, ya que voluntariamente decide establecer la vinculación jurídica y asumir todas las responsabilidades que la paternidad implica.

Las paternidades en apariencia se configuran como anomalías que se presentan dentro del ordenamiento jurídico, que no tiene mecanismos ni herramientas que puedan ayudar a verificar que las declaraciones prestadas por los reconocedores tengan conformidad con la realidad biológica, de modo que podrían pasar inadvertidas en forma permanente si no es por la actuación del mismo autor o de terceros que, por vía judicial, dan a conocer tal discrepancia.

Se ha podido determinar que los reconocimientos por complacencia pueden estar encausados por dos móviles bien definidos: por un lado, los motivos altruistas, caracterizados por la nobleza que puede inspirar a las personas a atribuirse una paternidad que biológicamente no existe, pero que es reemplazada por una paternidad social, constituida por la voluntad y traducida en la capacidad de dar amor y brindar un hogar a aquel niño o adolescente que no pudo obtenerlos de su verdadero progenitor. De otro se ubican los reconocimientos fraudulentos, cuyos móviles encierran una causa ilícita, que puede ser la obtención de las ventajas de determinada situación jurídica; por ejemplo, la obtención de nacionalidad, la evasión

de consecuencias legales desventajosas, burlar normas de carácter imperativo y todo aquello que signifique un fraude a la ley.

Inicialmente, ambos casos se presentan como situaciones no admitidas por el derecho, al no existir correspondencia entre la declaración y la verdad biológica; no obstante, los motivos de nobleza no son contrarios a la institución de la filiación, pues en ellos se evidencia el afecto como principal razón de su establecimiento, pudiendo ser convalidados con la concurrencia de factores que pueden prevalecer sobre el aspecto biológico; situación diferente es la de los móviles ilícitos, que no pueden ser legitimados al no existir ninguna relación sociofamiliar entre los involucrados.

En los reconocimientos complacientes propiamente dichos (causas nobles), se rechaza la posibilidad de que el propio autor del acto, conocedor de la falta de correspondencia biológica con el reconocido, pretenda posteriormente privar de eficacia a la filiación que él mismo consintió, quebrantando la estabilidad del entorno familiar en el que se desenvuelve el hijo.

La impugnación de estos reconocimientos, iniciada por terceros con legítimo interés, debe considerar el criterio determinante de la posesión de estado, la cual tiene la capacidad de convalidar situaciones que, de manera preliminar, se encontraban reprochadas e incluso sancionadas por el ordenamiento legal debido a una atribución falsa de la paternidad. En razón de estos, la filiación es vista desde una perspectiva novedosa, en la que no solamente es padre quien ha participado genéticamente en la procreación del hijo (simple progenitor), sino que tiene mayor valor aquella persona que ha asumido las responsabilidades propias de la relación paternofilial, cumple sus funciones a cabalidad y es merecedora de que tanto a nivel jurídico como social se le denomine «padre».

REFERENCIAS

De la Cámara, M. (2000). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. III, vol. 1. Artículos 108 a 141 del Código Civil.* En Alabaladejo, M., & Díaz, S. (dirs.). Edersa.

Errecart, M. (2016). Cambio de paradigma familiar: «El interés superior del niño y de la niña a tener una familia en base a vínculos afectivos y a su derecho a ser oído». *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, *6*(2), 31-41.

Falzea, A. (2006). El principio jurídico de la apariencia. *Derecho PUCP*, (59), 177-212. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.008

García, V. (2012). Los reconocimientos de complacencia. En T. Echevarría (dir.), *Jornadas sobre la protección jurídica de los intereses familiares* (pp. 35-47). Universidad Rey Juan Carlos. http://hdl.handle.net/10115/6529

Gonzáles, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación.* Dykinson.

Gutiérrez, M. (2013). *Los negocios jurídicos familiares. «El reconocimiento de hijo». Perfiles dogmáticos y jurisprudenciales* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú. *Repositorio de Tesis PUCP.* https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5198

Gutiérrez, M. (2019). *El reconocimiento de filiación: «perfiles dogmáticos y jurisprudenciales sobre la ineficacia por falta de veracidad y la determinación de la posesión de estado en el derecho de familia».* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. *Cybertesis.* https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/15201

Lledó, F. (1999). *Compendio de derecho familia civil.* Dykinson.

Ministerio de Justicia. (2011). *Código Civil.* Ministerio de Justicia; Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Codigo_Civil.PDF

Ministerio de Justicia. (2020). *Código Penal. Decreto Legislativo n.º 635.* El Peruano. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/C%C3%B3digo-Penal-31.7.2020-LP.pdf

Ochoa, O. (2006). *Derecho civil I: personas.* Universidad Católica Andrés Bello.

Rivero, F. (2005). Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes). *Anuario de Derecho Civil*, *58*(3), 1049-1114. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2028437.pdf

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. (2016). *Sentencia n.º 3192/2016.* Madrid: 15 de julio de 2016. https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action

Sentencia n.º 119/2017. (2017). Audiencia Provincial de Tarragona: 17 de marzo de 2017.

Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia. Derecho de filiación.* Gaceta Jurídica.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.05

LA CONSTITUCIÓN LIBERAL DE 1856 Y LA MODERADA DE 1860: COMPARACIONES Y APORTES

The liberal Constitution of 1856 and the moderate Constitution of 1860: comparisons and contributions

Jorge Andújar Moreno
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: jandujarm@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-4177-8997

RESUMEN

La Constitución liberal de 1856 y la moderada de 1860, suscritas por el presidente Ramón Castilla, nos permiten conocer y abordar la evolución del pensamiento constitucional peruano en los planos político, jurídico y cultural a lo largo del siglo XIX. Ambas cartas magnas reflejan el clásico péndulo entre el pensamiento conservador y las ideas liberales en el Perú, América Latina y Europa. Los liberales dispusieron una carta que plasmaba sus ideas defensoras de la persona humana, la libertad y los derechos humanos, sancionaron la inconstitucionalidad de las leyes, promovieron el control de las infracciones inconstitucionales, crearon la figura del fiscal de la

nación, entre otras instituciones que han sido asumidas por nuestro actual constitucionalismo. Por su parte, los moderados, que ya no conservadores, propusieron un texto sencillo, quizás parco, pero fue el más longevo de la historia nacional. En un país donde, como decía Manuel Vicente Villarán, vivimos haciendo y deshaciendo constituciones, y continuamos siendo aún una democracia con instituciones precarias, ello significa una enorme lección que deberíamos tener presente en nuestros días.

Palabras clave: Constitución liberal de 1856; Constitución moderada de 1860; historia constitucional peruana; constitucionalismo; fiscal de la nación.

ABSTRACT

The liberal Constitution of 1856 and the moderate one of 1860, signed by President Ramón Castilla, allow us to know and approach the evolution of Peruvian constitutional thought at the political, legal, and cultural levels throughout the 19th century. Both charters reflect the classic pendulum between conservative thought and liberal ideas in Peru, Latin America and Europe. The liberals established a charter that embodied their ideas defending the human person, liberty and human rights, sanctioned the unconstitutionality of laws, promoted the control of unconstitutional infractions, created the position of the attorney general of the nation, and other institutions that have been assumed by our current constitutionalism. For their part, the moderates, who were no longer conservatives, proposed a simple text, perhaps sparing, but it was the longest-lived in national history. In a country where, as Manuel Vicente Villarán said, we live making and unmaking constitutions, and we continue to be a democracy with precarious institutions, this is an enormous lesson that we should keep in mind today.

Keywords: liberal Constitution of 1856; moderate Constitution of 1860; Peruvian constitutional history; constitutionalism; prosecutor of the nation.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. TEORÍA Y PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

1.1. TEXTOS CONSTITUCIONALES Y REALIDAD

La colisión entre los textos constitucionales y la realidad que pretende transformar es sintomática e histórica en el constitucionalismo peruano. Ello se traduce, desde luego, en muchas instituciones de las constituciones de 1856 y 1860, las cuales estudiaremos y compararemos en el presente artículo. La primera tiene corte liberal; mientras que la segunda es de estirpe moderada, aunque es más cercana al conservadurismo. Este estudio permitirá una amplia visión comparativa de las ideas constitucionales vigentes en aquella época, para luego determinar su influencia actual.

Uno de estos choques se advierte en las diversas sanciones previstas en los textos constitucionales contra los usurpadores del poder, desde nuestro constitucionalismo inicial. Se les castigaba severamente con la pérdida de derechos políticos, sin posibilidad de ser rehabilitados; la nulidad de todos sus actos; el juzgamiento de los responsables directos y de los principales funcionarios colaboradores. Incluso se dispuso la incautación de sus bienes para resarcir los perjuicios económicos que hayan cometido.

Lo cierto es que ninguna de estas previsiones o barreras de papel evitó la realidad de un país convulsionado constantemente por golpes de Estado, quiebres del poder constitucional y la consolidación de la impunidad de los usurpadores y detentadores ilegítimos del poder.

Dentro de este contexto, resulta aleccionador y elocuente el proyecto constitucional del intelectual, escritor, político y constitucionalista Felipe Pardo y Aliaga (2007) presentado en su poema «Constitución Política», cuya primera estrofa del octavo título (sección) citamos:

PODER EJECUTIVO
El que consiga
En el Perú ocupar puesto tan alto,
Jefe es legal, si sube por intriga;

Usurpador, si sube por asalto,
Pero diga la Carta lo que diga,
Bien con legalidad, bien de ella falto,
Con tal que diestro asegurarse pueda,
El que logró subir, arriba queda (p. 756).

1.2. TEXTO Y CONTEXTO

Ambas cartas políticas fueron debatidas y sancionadas durante el período de la historia nacional que Jorge Basadre identifica como «la falaz prosperidad del guano», comprendido entre 1842 y 1866. A partir de 1841, se redescubre el enorme valor fertilizante del guano de las aves costeras; este se había acumulado desde hace cientos de años en las islas del litoral peruano. El Perú comenzó a exportar a Inglaterra este rico fertilizante de los campos europeos del cual tuvimos el monopolio mundial; así, él nos permitió aumentar los recursos del erario nacional y nos brindó estabilidad económica.

Esta época se encuentra marcada por un militar muy popular, enérgico, poco intelectual y culto pero de gran valor y astucia, que ocupó la presidencia en dos ocasiones y firmó las cartas magnas de 1856 y 1860: Ramón Castilla (1797-1867).

1.3. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL CONSERVADOR-LIBERAL

El pensamiento constitucional conservador de mediados del siglo XIX tuvo eminentes representantes. Según Basadre (1982), destacan Felipe Pardo y Aliaga y, de manera especial, Bartolomé Herrera. Ambos, premunidos de sus propias experiencias, presentaron sendos proyectos constitucionales a la Asamblea Constituyente de 1860, pero fueron desestimados.

El proyecto de Herrera, presentado a través de Pedro José Calderón, constituye el documento más representativo y consistente de este pensamiento. Jorge Basadre lo ha sentenciado como «el máximo esfuerzo constitucionalista que ha realizado el reaccionarismo en el Perú» (p. 89). Desarrolló su vocación por los gobiernos fuertes,

autoritarios, sólidos, dirigidos por una élite inteligente y capaz. Consagró también las sinecuras de la Iglesia católica y tiene una raíz clerical.

De otro lado, el proyecto de Felipe Pardo, al cual Valentín Paniagua (2004, p. 451) consideró digno y valioso en la tradición constitucional, se mostró partidario también de un gobierno fuerte, que instaure la estabilidad y el progreso material al país, pero sin la carga clerical. Lo estimamos, por ello, muy superior al de Bartolomé Herrera.

Por su parte, el pensamiento constitucional liberal mantuvo fuertes vínculos en la defensa de la libertad y lo que en nuestros tiempos serían los derechos fundamentales. Adquirió sus cotas más elevadas con los hermanos José y Pedro Gálvez, eminentes intelectuales, miembros y líderes de la Asamblea Constituyente que diera la carta magna de 1856 (Ferrero Rebagliati, 1956), y José Silva Santisteban, destacado constituyente de 1860 y autor de un sólido y pionero trabajo de derecho constitucional publicado en 1874.

1.4. ESTATUTO PROVISORIO Y ARBITRAJE

El Estatuto Provisorio de 1855, primer documento jurídico de naturaleza constitucional de la flamante Convención liberal que triunfó en la guerra civil del año anterior y antecedente directo de la carta magna de 1856, consolidó las principales conquistas liberales. Entre estas se encontraron la abolición de la esclavitud, las bases de contribuciones equitativas y la revisión de las cuentas del escándalo de la consolidación.

Asimismo, dibujó ya nítidamente el Estado parlamentarista que se haría evidente en la Constitución de 1856. El presidente de la república mantuvo pocas atribuciones. Se creó el Consejo de Gobierno, antecedente del Consejo de Ministros y su presidente; su función era asumir el despacho en caso de impedimento del presidente provisorio, bajo la presidencia del ministro más antiguo.

De modo similar a la Constitución de Cádiz y las Cartas precedentes de 1828 y 1839, el Estatuto reconoció el instituto del arbitraje: «Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes» (artículo 11).

Es de notar que este fue completamente ignorado por los textos de 1856, 1860 y aún los siguientes. No obstante, las cartas de 1979 y 1993, es decir, las que corresponden al constitucionalismo actual, han reconocido al arbitraje como jurisdicción independiente, con sus atribuciones jurisdiccionales; además, a través de sentencias y precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional la ha fortalecido y consolidado[1].

2. APORTES DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL DE 1856

La Constitución de 1856 y la Convención Nacional que la sancionó crearon y/o consolidaron, en su radicalismo ideológico de origen francés, una serie de instituciones constitucionales novedosas. Muchas de ellas, *mutatis mutandis*, han fructificado en el constitucionalismo actual.

Entre estas encontramos el Consejo de Ministros (que eliminó al tradicional Consejo de Estado) y su presidente, el voto de censura, la autonomía política y legal de las municipalidades, el descentralismo, el sufragio universal y directo, la prohibición y/o severa limitación de algunas jurisdicciones especiales (como la eclesiástica y militar) y la visión futura de unificar las distintas jurisdicciones.

Asimismo, instauró la prohibición de la propiedad de los empleos, el principio de primacía de la Constitución sobre las leyes o el control de constitucionalidad, la obediencia militar a la Constitución, la protección de la propiedad intelectual, la figura del fiscal de la nación y la regulación del Ministerio Fiscal, la prohibición del reclutamiento, la fijación del número de efectivos de las Fuerzas Armadas, la instrucción primaria gratuita, entre otras.

A pesar de su destacable influencia en el constitucionalismo actual, algunas de estas instituciones fueron, en nuestra opinión, prematuras para su momento. Se puede sostener, entonces, que dicha carta magna tuvo más aciertos con el futuro que con el presente que le tocó legislar (Andújar, 2016).

1 Véanse las sentencias n.os 6167-2005-PHC/TC y 00142-2011-PA/TC.

2.1. RESPONSABILIDAD DEL PRESIDENTE Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Como anota Javier Valle Riestra (1987, p. 111), la Constitución de 1856 estableció en forma explícita la responsabilidad del presidente y de todos los funcionarios públicos, a quienes sometió a un colonial juicio de residencia. Además, en esa misma tendencia antipresidencialista, se preocupó por restringir notablemente sus facultades y regular la vacancia del presidente de la república estableciendo, en su artículo 83, dos tipos de vacancia: de hecho y de derecho, y sus respectivas causales.[2]

Al mismo tiempo, dentro de su ideología de incrementar el poder del Congreso, le concedió demasiadas prerrogativas como la posibilidad consignada en el artículo 61 para que la Cámara de Diputados pueda acusar al presidente ante el Senado «por infracciones directas de la Constitución», que se estimaba de un amplio, indefinido y peligroso espectro.

2.2. PODER EJECUTIVO DÉBIL, CONGRESO FUERTE

Los liberales radicales, siguiendo la huella del liberalismo francés de la Revolución de 1848, dibujaron una estructura del Estado con un presidente débil, limitado y controlado por el Congreso; este último se mostraba como el primer poder del Estado.

Su orgullo o intemperancia y a veces posición confrontacional con el Poder Ejecutivo esbozaron una fallida dictadura parlamentarista y antipresidencialista, similar a la Constitición liberal de 1823. Colisionó con un Poder Ejecutivo dirigido por un caudillo militar

---

2 «Artículo 83. La Presidencia de la República vaca de hecho:
1. Por muerte.
2. Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad personal.
3. Por atentar contra la forma de gobierno.
4. Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.

Vaca de derecho:
1. Por admisión de su renuncia.
2. Por incapacidad moral o física.
3. Por destitución legal.
4. Por haber terminado su período».

sagaz y muy popular como Ramón Castilla y contra una realidad histórica presidencialista y una cultura conservadora. Estas fueron las principales razones de su fracaso.

2.3. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DISOLUCIÓN DEL CONGRESO

Una de las instituciones más novedosas y controvertidas de la carta liberal fue el nacimiento del control de la constitucionalidad de las leyes, previsto en su artículo 10[3].

A diferencia de otras innovaciones constitucionales que tuvieron amplio debate y desarrollo legislativo por la Convención, esta careció de ambos, privándonos así de precisar sus alcances. Sin embargo, por la sobrevaloración del papel del Congreso por los convencionales, estimamos que ese control estaría lógicamente a cargo de la misma Constitución de 1856.

Esta situación de incertidumbre jurídica respecto de quiénes podían invocarla y aplicarla, y los límites de un instituto demasiado novedoso para un país convulsionado fueron finalmente perjudiciales. Esta figura fue utilizada como excusa por Ramón Castilla para disolver el Congreso. En efecto, invocándola *de facto*, mediante el Decreto del 11 de julio de 1859, dejó sin efecto la Ley del 24 de mayo de 1859, por la cual el propio Congreso convocaba su reinstalación para el 28 de julio de 1860. Acto seguido, el presidente de la república convocó a elecciones para conformar un nuevo Congreso más sumiso y, posteriormente, dio la carta de 1860.

2.4. FISCAL DE LA NACIÓN Y DEFENSOR DEL PUEBLO

La carta magna de 1856 creó, dentro del capítulo sobre el Poder Judicial, la figura del fiscal de la nación para vigilar el cumplimiento de las leyes (artículo 132).[4]

---

3 En dicho artículo se declara «nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución».

4 «Artículo 132. Para vigilar sobre el cumplimiento de las leyes habrá un fiscal de la nación en la capital de la República, fiscales y agentes fiscales en los lugares y con las atribuciones que la ley designe».

Los convencionales, a pesar de la observación del presidente de la república, dictaron al efecto la ley de su creación y facultades el 7 de julio de 1857. De acuerdo con esta norma de nueve artículos, el fiscal de la nación debía ser elegido por el Congreso, a partir de la propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo. Sus principales funciones fueron las de defensor de la carta magna y la ley, dar parte al Congreso de las infracciones a la Constitución de cualquier funcionario del país y fiscalizar a los funcionarios públicos, incluido el presidente.

Asimismo, conforme al artículo 6.7, podía inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público, sin excepción alguna, para conocer si se cumplen o no la Constitución, las leyes y los reglamentos respectivos, dando cuenta de los abusos o las transgresiones a quien corresponda. Es de notar que esta función de contralor de las entidades públicas para verificar si se ajustan a la Constitución y demás normas deviene en toda una novedad que, de alguna manera, ha sido recogida por la Defensoría del Pueblo de la carta vigente.

Su finalidad de defensor de la legalidad (la Constitución y las leyes) y su capacidad de iniciar acciones en este sentido se asemejan parcialmente a las del actual fiscal de la nación y del defensor del pueblo. Adicionalmente, se le encargó la vigilancia de la transparencia en las elecciones, tarea que desempeñan principalmente el actual Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

Cabe destacar que su labor de fiscalización de la actividad pública administrativa se emparenta con el *ombudsman* de la Constitución sueca de 1809, que tiene carácter modélico. En lo que se refiere a su función de supervisión de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, se asemeja, como indicamos, a las funciones actuales del defensor del pueblo. Nótese que tanto el fiscal de la nación de la carta magna de 1856 como el actual defensor del pueblo son elegidos por el Congreso (artículo 161).

El fiscal de la nación, figura novedosa en la ley fundamental de 1856 y no recogida en el texto de 1860, constituye el antecedente directo del fiscal de la nación y del defensor del pueblo en el constitucionalismo actual.

2.5. PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS

El cargo del presidente del Consejo de Ministros no fue creado ni por la carta magna de 1856 ni por la de 1860, sino por la Ley de Ministros del 4 de diciembre de 1856, dada por la propia Convención liberal.[5]

Esta figura importante del Poder Ejecutivo permanece aún en nuestro constitucionalismo y fue incorporada a los textos constitucionales nacionales en forma permanente desde la carta fundamental de 1933.

La idea inicial de los liberales era equilibrar el peso supuestamente desmesurado del presidente de la república y proponerle los ministros de Estado que integrarían su gabinete. Esta última atribución permanece inalterable en el constitucionalismo actual. La recogió la carta de 1979 y la actualmente vigente. Sin embargo, al ser el jefe de Estado también jefe de Gobierno y el denominado premier designado y revocado directamente, en cualquier momento, por la voluntad del propio presidente, carece de significancia real, como opinó Manuel Vicente Villarán (1994, pp. 40-41).

2.6. MILITARES Y CONSTITUCIÓN

El militarismo siempre ha sido un grave problema para el constitucionalismo. Los continuos golpes de Estado y las sublevaciones en los cuarteles han sido estigmas en la historia nacional, pero ello felizmente se va corrigiendo.

La carta liberal de 1856 introdujo la obediencia militar, la cual estaba subordinada a la Constitución y las leyes.[6] La Constitución de 1860 la redujo a la ley y las ordenanzas militares; luego, en la reforma, mediante la Ley del 26 de marzo de 1884, se excluyó a la ley, quedando la obediencia militar solo a sus ordenanzas (García Belaúnde, 2016, p. 351). Asimismo, se reconoció el fuero militar.[7]

---

5 «Artículo 24. Los ministros de Estado formarán un Consejo, cuyo presidente será el que hubiese obtenido este nombramiento del [j]efe del Poder Ejecutivo».

6 En el segundo párrafo del artículo 118 de la Constitución de 1856 se señala: «La obediencia militar será subordinada a la Constitución y a las leyes».

7 La Constitución de 1860, en el segundo párrafo del artículo 119, declara: «La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares».

El constitucionalismo actual ha recogido, finalmente, el espíritu de la carta liberal en el sentido de que todos los ciudadanos, civiles o militares, se someten a la obediencia y mantienen fidelidad a la Constitución.

La carta magna de 1856, como la de 1834, intentó sin éxito controlar los excesos del militarismo. Por ello, ambas son reconocidas como antimilitaristas.

En su afán de dominio, dispuso, entre otras medidas, el control de los ascensos militares por el Congreso desde mayor y capitán de corbeta[8]; adicionalmente, determinó el número de oficiales permitidos: «[no] más de dos generales de División y cuatro de Brigada [y] en la Armada [no] más de un contraalmirante» (artículo 121 de la Constitución de 1856).

Esta tendencia de control de los ascensos militares por el Congreso que la Constitución de 1860 aceptó, limitándola desde el grado de general, se quebró con la carta actual. No obstante, permaneció solamente el extremo de la fijación del número de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que ha de mantener el Estado. Esta prerrogativa ha mutado hasta el constitucionalismo actual como una facultad propia del Poder Ejecutivo.[9]

2.7. TIPOLOGÍA

Acerca de la tipología ontológica de las constituciones (normativas, nominales y semánticas) de Karl Loewenstein (1979, pp. 217-222), diremos que muchas constituciones peruanas fueron nominales y aún semánticas.

Por ejemplo, la de 1856, con su radicalismo liberal, fue calificada por Silva Santisteban (1874) como una de las más liberales del mundo;

8 «Artículo 55. Son atribuciones del Congreso. […]12. Aprobar o desechar las propuestas que haga el ejecutivo para jefes del Ejército y Armada, desde mayor graduado y capitán de corbeta hasta general y contralmirante inclusive; sin traspasar en ningún caso el número designado por la ley».

9 El artículo 172 de la Constitución de 1993 indica: «El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se fija anualmente por el Poder Ejecutivo».

no obstante, a pesar de su prolífica labor de desarrollo legislativo, es, en lo fundamental, una nominal. Ello se debe a que, por la falta de condiciones sociales, políticas y culturales adecuadas, no se aplicó. Tuvo poco tiempo para la implementación de sus profundas reformas. Su radicalismo político colisionaba con el estado cultural de la época en el país, en términos planteados por Peter Haberle (2003, pp. 21-22), y con el estado económico mayormente agrario y rural de la realidad nacional.

La carta magna de 1856, como expresión política del movimiento liberal que insurgió contra el militarismo representado por el presidente Rufino Echenique, radicalizó sus medidas. Como consagró la libertad de los esclavos, prohibió claramente esa práctica brutal que aún se efectuaba en muchas partes del mundo. Como sancionó la supresión del tributo del indígena, desarrolló un sistema contributivo igualitario. Como se levantó con amplio fervor popular, impuso el sufragio universal directo. Como combatió la corrupción general promovida por el escándalo de la consolidación, diseñó mecanismos y sanciones contra los corruptos.

En su momento, los convencionales discutieron sobre la aplicación de cambios más radicales y revolucionarios, como la supresión de fueros e incluso el derecho a la insurrección, la libertad de cultos y la propuesta de Ignacio Escudero de dejar de contar con un ejército permanente porque «los militares vivían a su juicio, en el ocio, siendo brazos inútiles que se arrancaban a la industria» (Pareja, 1984, p. 81). En ese sentido amplio, siguiendo la tipología sugerida por Loewenstein, puede ser considerada también como una constitución ideológica-programática de carácter liberal.

Por el contrario, la Constitución de 1860 se presenta, bajo la mencionada tipología, como una de carácter normativa. A pesar de que no siempre fue respetada, sus instituciones jugaron un importante papel en el país y, después de sesenta años, logró una aceptación general de parte de la sociedad peruana.

3. INSTITUCIONES Y ASPECTOS COMUNES DE AMBAS CONSTITUCIONES

3.1. LA PENA DE MUERTE Y LA CONSTITUCIÓN DE 1860

La tendencia de nuestro constitucionalismo actual sobre la pena de muerte es su aceptación extraordinaria para determinados y muy graves casos que el propio texto constitucional prevé en forma expresa y puntual. Esta pauta se inauguró en la Constitución de 1860.

En efecto, esta carta moderada la aprobó exclusivamente para el grave delito de homicidio calificado[10]. Posteriormente, la Constitución de 1920 la incrementó para la traición a la patria y la Constitución de 1979 precisó que se aplicaría para dicho delito solamente en el caso de guerra exterior. La actual carta fundamental la amplió a los delitos de traición a la patria en caso de guerra y terrorismo.

En un principio, la carta magna de 1933 limitó la pena de muerte a los casos de homicidio calificado y traición a la patria, pero dejó abierta la posibilidad de que se sancione por ley, por lo que tuvo carácter permisivo y diferente a la tendencia indicada.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José y las ejecutorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de clara tendencia abolicionista. Sus fundamentos recuerdan el espíritu antimortícola de la Convención liberal de 1856.

3.2. LOS ANALFABETOS Y LAS ELECCIONES

Bajo el influjo de la Constitución gaditana, a lo largo del siglo XIX, los analfabetos votaron en las elecciones políticas nacionales. El aporte de la carta magna de 1856 fue lograr el sufragio directo (incluidos los analfabetos) y no en grados, a través de colegios electorales o parroquias, como solía efectuarse (artículo 37).

10 «**Artículo 16.** La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado».

La Constitución de 1860 permitió el retorno a la elección por grados y, tácitamente, el voto de los analfabetos. El reconocimiento de esta inmensa masa de electores en el juego político, fundamentalmente campesinos indígenas, fue posible mediante la vía indirecta de asimilarlos como propietarios de tierras o tributarios de impuestos, que eran dos de los cuatro requisitos indistintos para ejercer el derecho de sufragio según dicha carta magna[11]. La Constitución de 1856 tenía requisitos muy similares en su artículo 37.

Al respecto jugó un importante papel la Ley del 31 de marzo de 1828, la cual había reconocido a los indígenas como propietarios de sus tierras; tres décadas después, José Simeón Tejada, el flamante fiscal de la nación, la actualizó y aprobó mediante el Dictamen del 2 de diciembre de 1858 (Chiaramonti, 2005, p. 338).

Recién con la Ley del 12 de noviembre de 1895, que modificó el artículo 38 de la carta de 1860 y dispuso que para ejercer el derecho de sufragio se requería exclusivamente saber leer y escribir, desapareció el voto analfabeto (García Belaúnde, 2016, p. 337). Ante esta exclusión no hubo reacción alguna de los amplios sectores supuestamente desfavorecidos.

Nuestro constitucionalismo actual, a partir de la Constitución de 1979, conforme con las pautas de ambos textos, ha incorporado definitivamente el derecho de los analfabetos a votar en todas las elecciones políticas. Adicionalmente, ha optado por la elección directa, tal como lo hizo la carta fundamental de 1856.

3.3. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Ambas cartas, así como todas las anteriores y las posteriores del Perú republicano sin excepción (liberales, conservadoras, moderadas o de cualquier otra tendencia), aceptaron expresamente el principio de separación de poderes establecido como dogma ideológico en la Revolución francesa e idea central y fundamental del Estado y de su organización política.

11 «Artículo 38. Ejercen el derecho de sufragio, todos los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen alguna propiedad raíz, o pagan al Tesoro Público alguna contribución. El ejercicio de este derecho será arreglado por una ley».

Asimismo, ratificaron el sistema republicano de gobierno, la forma unitaria política, la soberanía popular, la defensa (al menos nominal) de las libertades públicas, hoy reconocidas como derechos humanos, la independencia del Poder Judicial, las garantías procesales básicas (como el derecho al debido proceso y la debida fundamentación de las sentencias); además, reconocieron al presidente de la república como jefe de Estado y jefe de Gobierno, el Consejo de Ministros, el presidente del Consejo, entre otros. Por ello, se puede afirmar que estas instituciones forman parte de nuestra Constitución histórica (Planas, 1998, pp. 41-50).

3.4. RENOVACIÓN DE CÁMARAS E INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Ambas cartas, siguiendo la tradición del siglo XIX, fueron partícipes de la renovación por tercios de las cámaras legislativas. La diferencia epidérmica es solo respecto del plazo: la de 1856 era anual; en contraste, la moderada era bianual.

Este sistema sería liquidado con la Constitución de 1920 por las especiales vicisitudes políticas que vivió el presidente Augusto B. Leguía y, a pesar de ello, desde entonces se ha mantenido hasta nuestro constitucionalismo actual. La renovación de las cámaras se hace en forma total y simultánea a la del presidente de la república. Tampoco hubo mayor diferenciación entre ambos textos respecto de la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria.

3.5. FUEROS ECLESIÁSTICO Y MILITAR

La carta liberal eliminó o restringió severamente el fuero eclesiástico; mientras que la moderada, pese a la inteligente y persistente resistencia de Bartolomé Herrera, la avaló. En ambas, los clérigos perdían la ciudadanía y no podían votar. La cultura religiosa tradicional atacó duramente a los liberales y los calificó como antirreligiosos cuando, a lo sumo, eran anticlericales, fieles a la doctrina liberal europea, sobre todo francesa.

En cambio, en lo que respecta al fuero militar, la carta moderada se separó de su antecesora y lo permitió, aunque con restricciones. Esta última posición se encuentra más acorde con la tradición y el constitucionalismo actual.

3.6. MOVILIDAD LABORAL

La carta liberal, siguiendo el credo ideológico de sus predecesoras, prohibió la propiedad de los empleos. La moderada no consignó nada específico y en buena cuenta la permitió.

El peso de la crítica de la burocracia estatal fue fundamental. La opinión pública, movida por intereses subalternos, derogó una medida necesaria al progreso. El país no había asentado aún las bases de una economía capitalista que posibilitara el establecimiento de un mercado libre, donde la oferta y la demanda determinasen el salario y la movilidad laboral.

La economía básicamente agraria, las costumbres coloniales de la población (cultura) y la defensa de privilegios no facilitaban el establecimiento de un flujo o una movilidad laboral bajo la bandera de la libertad.

3.7. TRATO HUMANO EN LAS CÁRCELES

La carta moderada de 1860 recogió un antiguo postulado liberal[12] para definir a las cárceles como «lugares de seguridad y no de castigo [y prohibir] toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos» (artículo 19 de la Constitución de 1860). Dentro de sus alcances se comprende el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes.

Incluso la carta ultraconservadora de Huancayo recogió dicho postulado en el mismo sentido (artículo 165). Extrañamente, la de 1856, expresión de una asamblea cargada de ideología individualista, heredera del dogma libertario y defensora extrema de la libertad y los derechos humanos, no consigna un artículo similar.

12 Este fue indicado expresamente en el artículo 115 de la carta magna de 1823 y el artículo 163 de la Constitución de 1828.

Estos dispositivos vislumbran su preocupación por el uso racional de la fuerza pública en los momentos de restricción legítima de la libertad de las personas.

Este principio, enriqueciéndose y mutando con el tiempo y la experiencia, ha permitido esbozar en nuestro constitucionalismo actual lo que la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional conoce como el *habeas corpus* correctivo.

3.8. RELIGIÓN Y POLÍTICA

Los liberales, por sus tendencias anticlericales y, en algunos casos, antideístas o antirreligiosas, siguiendo el modelo francés, buscaban una separación entre la Iglesia y el Estado y hubieran preferido diseñar un Estado que permita al menos la libertad de cultos.

Sin embargo, la carta de 1856 se atrevió apenas a la eliminación del fuero eclesiástico y se granjeó por eso la animadversión del pueblo fuertemente adoctrinada por el catolicismo.

Lo cierto es que, a lo largo del siglo XIX, todas las constituciones peruanas, incluida la Constitución de Cádiz de 1812 y el Estatuto Provisional del general José de San Martín de 1821, ya sean liberales o conservadoras, tuvieron una misma clara y contundente posición: diseñaron un Estado confesional que protegía la religión católica, apostólica y romana por todos los medios y no permitía el ejercicio de ninguna otra.

Ello se debió fundamentalmente al reconocimiento a la decidida y muchas veces fanática convicción religiosa católica de la gran mayoría del pueblo peruano, producto del estado cultural y educativo del país, así como del importante poder político de la Iglesia y su influencia en la esfera educativa durante siglos.

3.9. TEXTOS DE LAS CONSTITUCIONES DE 1856 Y 1860

Salvo la pequeña adición de la Comisión Permanente y la eliminación de las juntas departamentales en la de 1860, las dos cartas mantienen, en lo fundamental, una misma estructura formal, divididas en XIX títulos. La de 1856 cuenta con 140 artículos; la de 1860, con 138.

Ambas recogieron sus primeros títulos y artículos dividiéndolos en garantías nacionales e individuales, a diferencia de las anteriores que lo hicieron al final, como una serie muy extensa y pormenorizada de derechos personales de primera y segunda generación. Esta novedosa ubicación sistemática da cuenta de la importancia concedida a los derechos fundamentales. Todas las constituciones posteriores siguieron esta pauta.

En este punto, tal como lo puntualizara el constituyente de 1860 y el destacado profesor Silva Santisteban (sin contar la única excepción en cuanto a la pena capital), las dos constituciones aludidas no tenían sino diferencias mínimas en la redacción y el afinamiento del pensamiento. Por ejemplo, ambas recogieron la denominada acción popular como mecanismo amplio para proteger todos los derechos constitucionales de las personas por infracciones a la Constitución.

Los dos textos fueron muy generosos, al menos en el campo nominal, aunque en la realidad no se tradujeran, ni muchos menos, en un Estado garante, protector y respetuoso de los derechos humanos. Tal es la dicotomía entre texto y realidad, texto y cultura o la realidad-constitucional a la cual se refiere Raúl Chanamé (2013).

Su similitud en la estructura formal se advierte en el propio preámbulo de la carta moderada, que señalaba que se trataba de una mera reforma de la carta liberal; no obstante, son distintas en su ideología, propósitos, afanes e inclusive técnica legislativa. Así, la carta de 1856 tiene una vocación reguladora y pretende precisar muchos detalles: facultades municipales, causales de vacancia, número de oficiales, efectivos del ejército, etc. El texto moderado, con una mejor técnica legislativa, apenas señala la institución (por ejemplo, municipalidades y Consejo de Ministros en un solo artículo o elecciones) y deja a la ley su regulación y alcances.

4. FALENCIAS DE AMBAS CONSTITUCIONES

4.1. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Al igual que sus predecesoras, ninguna reguló respecto de las comunidades campesinas, simplemente las ignoraron. Debido a su ideología

liberal individualista, sobre todo francesa, y la pobreza de los estudios nacionales rurales y de historia, no reconocieron el hecho vivo y antiguo de las comunidades autóctonas o indígenas, en especial las serranas, que eran más notorias como herederas de importantes civilizaciones precolombinas.

Desconocieron así la propiedad comunal, las notables manifestaciones culturales ancestrales y las lenguas nativas como el quechua, el aimara y, desde luego, otras lenguas oriundas del país. Vieron al indio como un individuo con potencial para ser un propietario independiente.

Esta tendencia comenzó a cambiar a partir de la Constitución de 1920, eco de la revolución agraria mexicana y la Constitución de Querétaro. Cabe señalar que esta última y la Constitución de Weimar introdujeron el constitucionalismo social. Esta es la posición que mantiene nuestro constitucionalismo hasta nuestros días.

4.2. LA DESCENTRALIZACIÓN

La carta de 1856, de forma similar a sus predecesoras liberales, intentó la descentralización mediante el mecanismo de las juntas departamentales, un esquema complicado y con intervención política que, con el tiempo, demostró ser poco efectivo. Sin embargo, al menos colocó este tema en la agenda constitucional e intentó mitigar el centralismo asfixiante. La carta moderada la eliminó de plano y no esbozó un esquema parecido o sustituto. Lo dejó librado a las municipalidades, que languidecieron y no fueron una respuesta a este grave y antiguo problema. Se acentuó el caciquismo provincial cuya base de soporte, en forma paradojal, estuvo conformada por los propios indios.

El constitucionalismo actual ha recogido la autonomía económica y legal de los gobiernos locales en la línea de la carta liberal y, de acuerdo con el espíritu de esta última, ha desarrollado un especial esquema de descentralismo, vía regionalización, cuyos resultados estamos observando.

4.3. LEGITIMIDAD DE ORIGEN Y EJERCICIO

La gran mayoría de constituciones peruanas tienen un defecto fundamental en cuanto a la ilegitimidad de origen, pero con el tiempo algunas logran la legitimidad de ejercicio. El hecho de que nueve constituciones hayan sido promulgadas por militares resulta un dato sintomático.

La carta magna de 1823 fue sancionada por el marqués de Torre Tagle, quien no empleó su reconocido título mobiliario, sino el de gran mariscal de los Ejércitos. La de 1826 fue promulgada el 1 de julio de 1826 por el Consejo de Gobierno, presidido por el general Andrés de Santa Cruz, gran mariscal de los Ejércitos Nacionales; la de 1828, por el gran mariscal José de la Mar; la carta liberal de 1834, por el general de División de los Ejércitos Nacionales Luis José de Orbegoso; la Carta de Huancayo la firmó Agustín Gamarra, el gran mariscal restaurador del Perú.

Las cartas fundamentales de 1856 y 1860 fueron suscritas por el libertador Ramón Castilla, gran mariscal de los Ejércitos, un típico líder o caudillo militar, en el mejor sentido del término. La efímera carta de 1867 por el general Mariano Ignacio Prado.

En el siglo xx, esta tendencia no cambió demasiado. La carta magna de 1933 fue suscrita por el general de Brigada Luis M. Sánchez Cerro. La Constitución de 1979 fue sancionada por la propia Asamblea Constituyente, convocada por el gobierno militar del general Francisco Morales Bermúdez, con la firma de Víctor Raúl Haya de la Torre, su efímero presidente. Por su parte, la actual Constitución de 1993 fue promulgada por el presidente de la república el ingeniero Alberto Fujimori, quien gobernó con apoyo parcializado de la cúpula militar de entonces.

La Constitución del 1860 fue de origen ilegítimo, pues el Congreso ordinario que la debatió y promulgó carecía, en el aspecto formal, de facultades constituyentes. Pese a ello, se legitimó en su ejercicio por su amplia aceptación y su cumplimiento más o menos firme y sistemático por el lapso de casi sesenta años; de este modo, se mantuvo después de la tormenta de la guerra del Pacífico, convirtiéndose en el texto más longevo de nuestra historia constitucional.

El proceso de la carta magna de 1856 es inverso al de la Constitución de 1860. Tuvo legitimidad de origen por sus impecables títulos afincados en una vasta y popular revolución social, la más grande del país, según Basadre (1982, p. 21), en la que participaron activamente los liberales, aunque se haya dirigido contra un gobierno en principio constitucional y democrático como el del general Rufino Echenique. Inclusive los constituyentes fueron elegidos en elecciones generales por voto popular directo. Sin embargo, a pesar de los grandes esfuerzos de las destacadas personalidades liberales que lideraron la Convención, careció de legitimidad de ejercicio por cuanto su radicalismo, para una sociedad conservadora, le granjeó prontamente el rechazo de muchos sectores de la sociedad y tuvo que ser derogada al poco tiempo.

Como se observa, el proceso de origen y formulación de la carta moderada de 1860 guarda muchos aspectos coincidentes con los de otros textos constitucionales, entre estos, la Constitución vigente de 1993.

REFERENCIAS

Andújar, J. (2016). *Análisis comparativo desde las fuentes ideológicas, políticas y culturales de las constituciones peruanas de 1856 y 1860 y su influencia en el constitucionalismo actual* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. *Cybertesis*. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/6318/Andujar_mj%20-%20Resumen.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Basadre, J. (1982). *Perú: problema y posibilidad*. Cotecsa.

Chanamé, R. (2013). *Mas (allá) de la Constitución*. Gaceta Notarial.

Chiaramonti, G. (2005). A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos. En C. Aljovín & S. López, *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo* (pp. 325-359). Instituto de Estudios Peruanos.

Congreso Constituyente. (1855). *Estatuto Provisorio de 1855*. https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/constitucion/constituciones/Estatuto-Provisorio-1855.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú.* https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf

Congreso de la República. (1856). *Constitución.* https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/constitucion/constituciones/Constitucion-1856.pdf

Congreso de la República. (1860). *Constitución Política del Perú.* https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf

Consejo de Ministros. (1857). *Ley Orgánica de 4 de diciembre de 1856 que establece el Consejo de Ministros, según el artículo 23 de la Constitución Política de la República.* Imprenta del Estado por E. Aranda. https://books.google.com/books/about/Ley_organica_de_4_de_diciembre_de_1856_q.html?id=j3EVAAAAYAAJ

Ferrero Rebagliati, R. (1956). El liberalismo peruano y la Constitución de 1856. *Revista del Foro, 43*(3).

García Belaúnde, D. (2016). *Las constituciones del Perú* (3.ª ed.). Jurado Nacional de Elecciones. https://garciabelaunde.com/Biblioteca/Las_constituciones_del_Peru_tercera_edicion.pdf

Haberle, P. (2003). *El Estado constitucional.* Universidad Nacional Autónoma de México.

Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución.* (A. Gallego Anabitarte, trad.). Ariel.

Paniagua, V. (2004). El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán. En J. de Belaúnde, A. Bullard, L. Pizarro, & C. Soto (eds.), *Homenaje a Jorge Avendaño. Tomo 1* (pp. 421-451). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/181696/HOMENAJE%20A%20JORGE%20AVENDA%c3%91O%20-%20TOMO%20I.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Pardo y Aliaga, F. (2007). Constitución Política. En *Teatro completo. Crítica teatral. El espejo de mi tierra* (pp. 751-774). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pareja, J. (1984). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979* (3.ª ed.). Justo Valenzuela Editor.

Planas, P. (1998). *Democracia y tradición constitucional en el Perú. Materiales para una historia del derecho constitucional en el Perú.* Editorial San Marcos.

Silva Santisteban, J. (1874). *Curso de Derecho Constitucional* (3.ª ed. corr. y aum.). Librería de A. Bouret e Hijo.

Tribunal Constitucional. (2006). *Sentencia n.º 6167-2005-PHC/TC-Lima (Caso Cantuarias Salaverry).* Lima: 28 de febrero de 2006. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional. (2011). *Sentencia n.º 00142-2011-PA/TC.* Lima: 21 de septiembre de 2011. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html

Valle Riestra, J. (1987). *La responsabilidad constitucional del jefe de Estado*. Benítez-Rivas & Montejo.

Villarán, M. V. (1994). *Posición constitucional de los ministros en el Perú.* Colegio de Abogados de Lima.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.06

EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL PERUANO

The Peruvian constitutional referendum

Raúl Chanamé Orbe
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: rchanameo@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-8879-9544

RESUMEN

En este artículo, desde una perspectiva histórica y normativa, se analiza el referéndum constitucional, procedimiento que permite la participación política de los ciudadanos para decidir sobre asuntos de interés nacional. Nuestra Constitución garantiza el referéndum como derecho y señala sus límites, pero la Ley n.º 26300 lo desarrolla con mayor amplitud. En este trabajo se propone una tipología sobre los referéndums, se evalúan sus efectos jurídicos y se repasan cuatro experiencias peruanas vinculadas con estos procedimientos: la ratificación de la Constitución de 1993, el referéndum territorial de 2005, el referéndum de devolución de los aportes de Fonavi de 2010 y el referéndum reformador de 2019.

Palabras clave: referéndum; Constitución de 1993; Ley n.º 26300; participación política ciudadana.

ABSTRACT

This article, from a historical and normative perspective, analyzes the constitutional referendum, a procedure that allows the political participation of citizens to decide on matters of national interest. Our Constitution guarantees the referendum as a right and indicates its limits, but Law No. 26300 develops it more broadly. This paper proposes a typology of referendums, evaluates their legal effects and reviews four Peruvian experiences related to these procedures: the ratification of the 1993 Constitution, the 2005 territorial referendum, the 2010 referendum for the return of Fonavi contributions and the 2019 reform referendum.

Keywords: referendum; 1993 Constitution; Law No. 26300; citizen political participation.

Recibido: 21/08/2020 Aceptado: 05/11/2020 Publicado: 10/12/2020

«El referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan».

(artículo 37 de la Ley n.º 26300)

1. INTRODUCCIÓN

El referéndum es un mecanismo de participación directa de la ciudadanía mediante el cual expresa de manera indubitable su voluntad política por medio de una consulta democrática de opciones con reglas electorales preestablecidas.

Desde la época de las polis griegas, el ser humano ha buscado participar en la administración del bien público o lo que Cicerón denominó la *res publica*. La democracia, como forma propuesta de gobierno, permitió que los ciudadanos participaran del gobierno de manera directa en asambleas y votaciones plebiscitarias; históricamente,

esa era la regla básica en la democracia directa, que ha devenido en excepción en las democracias representativas. Así, el pensador napolitano Norberto Bobbio (2009) precisa que «por democracia los antiguos entendían la democracia directa; los modernos, la democracia representativa» (p. 401).

Montesquieu quedó impresionado con la práctica del referéndum en Suiza, lo consideró bueno en las ciudades pequeñas, pero impracticable en los grandes países. No obstante, tras la Primera Guerra Mundial, varias democracias modernas lo incorporaron en sus constituciones: Alemania (1919), Austria (1920) y España (1931). Tras la Guerra Fría, América Latina incorporó el referéndum a sus textos constitucionales en Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993) y Argentina (1994).

En el Perú tenemos algunas importantes experiencias sobre este procedimiento que se insertó con la Constitución de 1993 y sirvió para ratificar la carta magna vigente.

En este artículo analizaremos el referéndum desde una perspectiva histórica, normativa, así como su procedimiento constitucional, legal y sus efectos jurídicos; además, evaluaremos las propuestas que se sometieron a consulta el 9 de diciembre del 2019 en el referéndum ratificatorio último.

Asimismo, sostendremos la inclusión de la opción en blanco en el referéndum peruano como forma de manifestación del derecho al sufragio, es decir, que se considere una tercera opción (no solo el «Sí» y el «No») que dé lugar al voto en blanco, de tal forma de que se pueda expresar el no estar de acuerdo con ninguna de las opciones planteadas, como sucede actualmente en Colombia, lo cual garantiza la participación democrática directa y se instaura como una de las manifestaciones del pluralismo de opciones.

2. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

En nuestro ordenamiento constitucional, el derecho de participación política tiene una naturaleza fundamental, pues se trata de un derecho

subjetivo, público, protegido por el Estado y de eficacia inmediata. El derecho de participación política se reconoce de manera individual o asociativamente en las siguientes disposiciones de nuestra carta magna:

> Artículo 2. Toda persona tiene derecho:
>
> […]
>
> 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.
>
> […]
>
> Artículo 31. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.
>
> […]
>
> Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.
>
> El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.
>
> […]
>
> Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.
>
> […]
>
> Artículo 35. Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones

> concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

Los citados dispositivos constitucionales reconocen que los ciudadanos tienen derecho a participar individual o colectivamente en los asuntos públicos, es decir, a participar políticamente en el gobierno y la formación de leyes del país. También señalan que para el ejercicio ordenado de tales derechos es necesaria la intervención del legislador a fin de que desarrolle las condiciones y procedimientos necesarios a través de los cuales la ciudadanía pueda concretizar dicho derecho.

El mismo texto constitucional reconoce, en el inciso 17 del artículo 2, el derecho de toda persona a participar no solo en forma individual, sino también asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación, lo que en concreto significa desde una perspectiva amplia (la que ofrece el derecho de participación).

El Tribunal Constitucional frente al Estado Social y Democrático de Derecho ha sostenido lo siguiente en el fundamento 22 del Expediente n.º 00030-2005-PI/TC:

> el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la norma fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa «en la vida política, económica, social y cultural de la Nación», según reconoce y exige el artículo 2, inciso 17, de la Constitución.

La democracia se fundamenta, pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a su opinión, razón y voluntad cívica, los cuales se enfatizan a través de los derechos constitucionales.

3. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Conviene recordar que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra norma fundamental, los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Siendo tal perspectiva la establecida desde la propia carta política, no parece difícil aceptar que, frente a una hipotética incertidumbre sobre los alcances del derecho en cuestión, la respuesta la tendrían que otorgar los instrumentos internacionales.

En esa misma línea, respecto al derecho a la libre asociación, se debe considerar el contenido de otros derechos, como los siguientes:

a) Conforme al artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas» (inciso 1), agregándose que «[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación» (inciso 2).

b) De acuerdo con los dos primeros incisos del artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

   1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

   2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para proteger

la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

c) Finalmente y conforme al artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (el más inmediato de nuestros instrumentos):

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

4. REFERÉNDUM Y PLEBISCITO

El plebiscito y el referéndum son dos mecanismos de la democracia directa que han evolucionado en el tiempo, son temas de debate en el derecho nacional y marcan los procesos políticos recientes en nuestro país.

En Roma hay diferencias históricas entre el plebiscito y el referéndum: en el primero solo participaban los plebeyos (la mayoría de la población) sobre algo de su interés social; en tanto, en el referéndum participaban todos, incluyendo a los patricios (la elite), en decisiones que comprometían al conjunto de los ciudadanos. El significado del plebiscito es «lo que la plebe resuelve»; en contraste, el del referéndum es «lo que debe ser consultado».

Tras la Revolución francesa, los jacobinos buscando radicalizar la democracia la incorporaron al orden constitucional, institución que Napoleón Bonaparte utilizó con la mayor astucia para legitimar sus mayores actos de gobierno.

En nuestro país, Simón Bolívar la aplicó por primera vez para ratificar la Constitución de 1826; posteriormente, el presidente Guillermo Billinghurst la buscó usar para reformar la Constitución de 1860, iniciativa que le costó su derrocamiento por parte del Congreso en 1914; un lustro después, Augusto B. Leguía sometió a plebiscito los cambios constitucionales de la carta magna de 1919; en el diferendo con Chile se propuso un plebiscito a los vecinos de Tacna y Arica para decidir a qué país deseaban pertenecer, pero por el clima de violencia la consulta se frustró; en 1939, el presidente Óscar R. Benavides sometió a plebiscito un conjunto de reformas a la Constitución de 1933, la consulta carente de garantías fue ganada por el gobernante *de facto*; posteriormente, el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero derogó estas reformas amañadas. Paradójicamente, en medio de la grave crisis parlamentaria, el gobierno de Bustamante se vio ante el dilema de convocar a un plebiscito o una constituyente para resolver el impase y optó por lo segundo, siendo este uno de los pretextos del golpe militar del general Manuel A. Odría en 1948.

Las constituciones han reavivado indistintamente el referéndum o el plebiscito; en algunos casos, las dos instituciones conviven reforzando la democracia directa. En América Latina, la transición política se hizo con nuevos hitos: Ecuador sometió a referéndum su nueva Constitución (1978) y Chile ratificó su carta política en plebiscito (1980) e intentó reformarla (1989); no obstante, se impuso el «No» a la prolongación del gobierno dictatorial. En el 2020, mediante un plebiscito, Chile estableció su mecanismo para reformar o sustituir la Constitución de 1980.

Hoy asistimos a las más variadas consultas; por ejemplo, en Europa encontramos el desconcertante referéndum del Brexit en Inglaterra, el fallido referéndum de soberanía catalán en España y la consulta contra el matrimonio homosexual en Rumania, la cual fue declarada nula por la poca asistencia. Asimismo, en América Latina se

dio el referéndum aprobado contra las corridas de toros en Quito, el plebiscito que planteó el presidente Santos en Colombia para legitimar los acuerdos de paz con las FARC y la próxima aprobación de la carta magna de la Ciudad de México. El referéndum no cuestiona la democracia representativa, sino que, con su ejercicio, la potencia.

5. EL REFERÉNDUM PERUANO

El constituyente de 1979, tras once años de gobierno militar, obvió el plebiscito o el referéndum para fortalecer la democracia representativa. El constituyente de 1993, luego de doce años de una democracia representativa en acecho, optó por reforzarla con los mecanismos de la democracia directa; su autor Carlos Torres y Torres Lara tomó el aporte académico de Francisco Miró Quesada Rada, incorporando la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de autoridades, la remoción de funcionarios, la rendición de cuentas y el referéndum, que marca un nuevo hito en el derecho peruano.

El referéndum es un mecanismo de participación ciudadana por el que se le consulta a la población su opinión acerca de temas considerados de especial importancia para la gestión política de un gobierno o Estado. Un referéndum suele promoverse para incluir la participación directa de la población respecto de temas relevantes que no han alcanzado el consenso necesario y, con ello, buscar la legitimidad de la participación ciudadana.

El referéndum está reconocido como derecho ciudadano en el artículo 31 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, en el fundamento 4 del Expediente n.º 0028-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que cuando el pueblo se pronuncia democráticamente en un referéndum, no lo hace como un poder jurídicamente ilimitado, sino como un poder constituido y, por consiguiente, limitado, esencialmente, por respeto de la norma fundamental. De ahí que el artículo 1 de la Ley n.º 26300 establezca que los derechos de participación ciudadana, entre los que se incluye el de referéndum (literal c del artículo 2), se ejercen de conformidad con la Constitución. Y es que, como ya destacó este Tribunal, en tal caso, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente,

no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse.

En el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución peruana, se reconoce como un derecho fundamental y en el artículo 31 se establece como uno de los mecanismos ciudadanos de la democracia directa. El artículo 32 señala las habilitaciones para el referéndum:

1) La reforma total o parcial de la Constitución;

2) La aprobación de normas con rango de ley;

3) Las ordenanzas municipales; y

4) Las materias relativas al proceso de descentralización.

Así, hemos tenido experiencias como el referéndum constituyente (1993), el demarcatorio para aprobar una mancomunidad de regiones (2005), que fue denegatorio, y la consulta para devolver los aportes del Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi) (2008), que resultó aprobado. La experiencia más reciente, producto de una tensa crisis política que no es menester analizar en este artículo, nos condujo a un referéndum de reforma parcial de la carta magna (2018).

Por sus efectos, el referéndum puede ser aprobatorio, desaprobatorio, válido y nulo. Para ser declarado aprobatorio se requiere que el 50 % más 1 de los votos sean por el «Sí» del total de votos válidamente emitidos («Sí» + «No»).

5.1. TIPOS DE REFERÉNDUM PERUANO

En su experiencia de vida republicana, desde la fundación de la República se ha discutido cómo hacer más efectiva la democracia (sufragio indirecto y sufragio directo) y se han buscado medios de consulta oportuna a los ciudadanos a través de mecanismos de la democracia directa. Desde 1993 se doto al Perú de una institución constitucional que ha experimentado diversos procesos para variadas consultas, las cuales evaluaremos.

Resulta bastante didáctico clasificar los tipos de referéndums según la regulación del artículo 32 de nuestra Constitución y así

comprender su tipología a partir de los referéndums que en la práctica se presentan periódicamente.

5.1.1. Referéndum constituyente

Paradójicamente, el referéndum, como tal, se inserta en nuestra historia constitucional con la Constitución actual, pues previamente tenía que servir de instrumento para aprobarla. El 31 de octubre de 1993 se llevó a cabo el referéndum para la aprobación de la Constitución de 1993; por aquel entonces se encontraban inscritos en el padrón electoral 11 518 669 y el número de votantes fue de 8 178 742. Hubo 3 895 763 ciudadanos que votaron por el «Sí», es decir, se encontraban de acuerdo con el texto propuesto por el Congreso Democrático Constituyente, mientras que quienes votaron por la opción «No» fueron 3 548 334. Los votos nulos llegaron a 518 557 y los votos blancos, a 216 088. El referéndum constituyente inauguró un procedimiento de la consulta ciudadana para dotar de legitimidad a un nuevo texto constitucional.

5.1.2. Referéndum reformador

Este tipo es el más común, no obstante, el más prescindido; esto se debe a que el artículo 206 de la Constitución señala expresamente que

> toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

Así, mediante el Decreto Supremo n.º 101-2018-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 10 de octubre de 2018, se convocó al proceso de referéndum. Estas autógrafas versaron sobre los siguientes temas:

a) Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia.

b) Ley que modifica el artículo 35 de la Constitución Política del Perú para regular el financiamiento de organizaciones políticas.

c) Ley de reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República.

d) Ley que modifica diversos artículos de la Constitución Política de 1993, para establecer la bicameralidad dentro de la estructura del Congreso de la República.

De modo que, teniendo en cuenta los temas antes mencionados, en el artículo 3 del citado decreto supremo se establecieron las cuatro (4) preguntas que serían sometidas a Referéndum Nacional:

1. ¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)?

2. ¿Aprueba la reforma constitucional que regula el financiamiento de las organizaciones políticas?

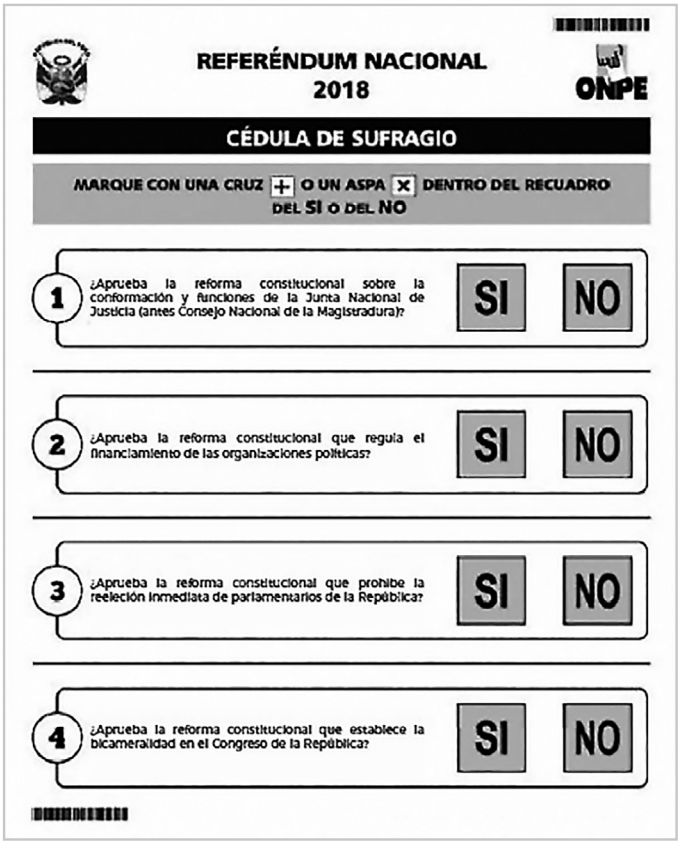
3. ¿Aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República?

4. ¿Aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República?

El 14 de octubre de 2018, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante, ONPE) publicó, en el diario oficial *El Peruano*, la Resolución Jefatural n.º 000206-2018-JN/ONPE, por la cual aprueba el diseño de la cédula de sufragio para el Referéndum Nacional 2018. A continuación, adjuntamos dicho modelo.

Figura 1

Diseño de la cédula para votación manual del Referéndum Nacional 2018



Fuente: ONPE (2018, p. 75).

La aprobación de este orden de las preguntas, por parte del Ejecutivo, en las cédulas de votación motivó a que el partido político APRA las impugnara en tanto que diferían del orden en el que el legislativo las había aprobado, por lo que dicha controversia fue resuelta por mayoría (3-2) en el Tribunal Supremo Electoral, declarando infundada la pretensión y convalidando el orden propuesto. Al respecto, el voto en minoría del cual formamos parte sostuvo como fundamentos los siguientes:

a) Ninguna norma electoral ha señalado de manera expresa el mecanismo para establecer el orden de las preguntas que se incluirán en la cédula de votación. Ahora bien, no existe

base legal alguna para que la ONPE disponga que el orden de las preguntas en la cédula de sufragio esté sustentada en determinados criterios y solo se base en el decreto supremo que convocó al proceso o se tomen como bases los cuatro (4) proyectos de reforma constitucional (presentación por el Ejecutivo o aprobación por el Legislativo), así como que se adopten otros que no han sido alegados por la parte recurrente; tal es el caso de adoptar como criterio de prelación el tratamiento que tienen los temas en consulta dentro de la Constitución Política (fj. 18).

b) Además, el literal c) del artículo 83 de la LOE especifica que al decreto de convocatoria a elecciones se le indican los temas por consultar, pero no se hace referencia expresa ni implícita al orden de las preguntas que se consignarán en la cédula de votación, por lo que resulta cierto afirmar que, al no estar normado en nuestra legislación y ante el vacío existente, corresponde a este organismo electoral, como máximo órgano encargado de administrar justicia electoral, plantear una salida a esta controversia tomando como base a la Constitución Política (fj. 19).

c) En ese sentido, frente al gran abanico de criterios para asumir un orden en que deben expresarse las preguntas que se someterán a reflexión de la ciudadanía, el más razonable resulta el prescrito por el articulado de la propia Constitución Política, ya que todo el ordenamiento jurídico que da origen a las normas deviene del texto constitucional y en este se señala, además de los temas en consulta, un orden sobre los mismos (fj. 20).

d) Cabe precisar que la Constitución Política está conformada por una parte dogmática y otra orgánica; así, en la parte orgánica el constituyente ha establecido un articulado de forma creciente que en cada artículo, de manera sistemática, contiene una parte del conjunto constitucional orgánico del Estado, por lo que no está disperso ni contravienen los artículos de la misma entre sí, respetando de esta manera el orden de los capítulos de la Constitución.

Siguiendo ese razonamiento y encontrándonos frente a una reforma parcial de nuestra carta magna, nuestra posición es que el orden de las preguntas debería estar en función de los articulados de nuestra propia Constitución Política, toda vez que cada uno de los proyectos aprobados se encuentran dentro de un capítulo específico que sistemática y ordenadamente el constituyente ha previsto como parte integrante del texto constitucional.

e) Por lo tanto, el numeral 32.1 del artículo 32 de la Constitución Política señala que se puede someter a referéndum la reforma total de la Constitución (desde el artículo 1 al 206) o la reforma parcial (algunos artículos en orden de prelación). Además, al interior de la carta magna se han establecido reglas, principios, directrices y con prevalencia en la teoría de la preferencia de los derechos fundamentales; por lo tanto, en el derecho electoral, ante un vacío o deficiencia de la norma, se deben preferir los derechos fundamentales (como es este caso concreto) a fin de establecer un orden en las preguntas ante el vacío legal. Así, debe tenerse en cuenta la numeración correlativa conforme al articulado constitucional:

1. Financiamiento de las organizaciones políticas (artículo 35)
2. Bicameralidad (varios artículos desde el 77)
3. Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 155 y 156)
4. No reelección (artículo 90)

Con el propósito de defender la igualdad ciudadana, insistimos en que los ciudadanos deben ejercer su derecho de sufragio y contar con una boleta electoral con opciones iguales para el referéndum.

De otro lado, los magistrados que suscribimos el voto en minoría consideramos que existen múltiples opciones en el voto electrónico («Sí», «No», «Voto en blanco» y «Voto nulo») y el voto manual («Sí» y «No»). Al comparar dichas opciones, observamos que se les da un trato diferenciado a los ciudadanos que votan de manera manual frente a quienes lo hacen mediante el sufragio electrónico, ya que la modalidad manual constriñe al votante solo a dos opciones gráficas.

Finalmente, planteamos que dicha información debería ser igual en ambas cédulas, sean estas manuales o electrónicas; así, de ser manual y al tener la opción del «Voto en blanco», esta se convertiría en una expresión de disentimiento, abstención o inconformidad, con efectos políticos porque el «Voto en blanco» constituye la expresión legítima del disenso a través del cual se promueve la protección de la libertad a no elegir; esta es una opción por parte del elector. Cabe apuntar que, cuando nuestra Constitución Política señala en el artículo 31 que el voto es libre, también le adscribe una incidencia decisiva al ciudadano para marcar una casilla de voto en blanco diferente al «Sí» o al «No», por lo que estando solo ambas opciones se estaría induciendo a la población únicamente a marcar solo dos opciones; entonces, el «Voto en blanco» se convierte en una opción adicional frente a las dos opciones planteadas si los ciudadanos están en desacuerdo por las opciones materia de consulta.

Estos argumentos fueron vertidos en el voto de minoría recaído en la Resolución n.º 3264-2018/JNE.

5.1.3. Referéndum legislativo

Este tipo de referéndum es el que se activa en virtud de lo establecido por una ley de desarrollo constitucional, Ley n.º 26300, Ley de Participación y Control Ciudadano (1994).

El artículo 2 de la citada norma señala: «Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes: […]; b) iniciativa en la formación de leyes; c) referéndum».

En estos casos se pueden presentar varios supuestos antes de activar el mecanismo del referéndum. Veamos: si se activa el mecanismo de iniciativa legislativa con los requisitos que exige la ley (0.3 % de firmas) y luego esta es aprobada por el parlamento con cambios sustanciales a la propuesta original, puede completarse la cantidad de firmas (10 %) y solicitar la convocatoria a un referéndum.

Asimismo, puede que una vez ingresado el proyecto de ley, previa discusión en el parlamento, pueda ser rechazado por la comisión correspondiente. En tal caso, también es admisible la solicitud de la aprobación vía referéndum.

Uno de los casos que se han presentado en la práctica tiene que ver con el «Proyecto de ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo» que, tras ser rechazado por el parlamento y haber completado el requisito exigido por la norma el Jurado Nacional de Elecciones, convocó, mediante la Resolución n.º 331-2008-JNE, al referéndum que se celebró el domingo 3 de octubre de 2010.

5.1.4. Referéndum sobre ordenanzas municipales y regionales

En nuestro ordenamiento jurídico, a las ordenanzas, ya sean municipales o regionales, se les otorga rango de ley en el ámbito de la jurisdicción del gobierno, por lo que el procedimiento a seguir para su aprobación o desaprobación a través de un referéndum es el mismo que se sigue para las iniciativas de leyes.

5.1.5. Referéndum demarcatorio

Este tipo de referéndum es el que se utiliza para someter a consulta de la ciudadanía una nueva propuesta que modifique, integre, adicione o suprima las demarcaciones territoriales actualmente existentes.

El 30 de octubre del 2005, durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique, el Consejo Nacional de Descentralización llevó a cabo un referéndum en 16 de los 24 departamentos del Perú, consultándole a la población si quería agruparse en 5 macrorregiones. Las propuestas a ser consultadas en las urnas fueron las siguientes:

a) Región Cusco-Apurímac: Apurímac, Cusco.

b) Región Sur-Andina: Arequipa, Puno, Tacna.

c) Región Ica-Ayacucho-Huancavelica: Ayacucho, Huancavelica, Ica.

d) Región Nor- Centro-Oriental: Áncash, Huánuco, Junín, Lima, Pasco.

e) Región Norte: Lambayeque, Piura, Tumbes.

Estas propuestas fueron rechazadas por el electorado de todas las regiones involucradas, con la excepción de Arequipa, por lo que ninguna fusión fue puesta en marcha.

Los criterios utilizados para la conformación de estas regiones propuestas fueron duramente criticados, especialmente en cuanto a si deberían ser macrorregiones transversales o longitudinales y si debían respetarse criterios de integración alrededor de cuencas hidrográficas, vías de comunicación y otros criterios sobre lo cual ha escrito el Dr. Javier Pulgar Vidal. Asimismo, el fuerte localismo de las provincias se impuso masivamente y el rechazo que en ese momento tenía el gobierno de Toledo fue expresado por el «No».

El 83 % de los electores ejerció su voto, mientras que cerca del 17 % estuvo ausente, cifra muy parecida a la establecida en las elecciones municipales y regionales de 2002.

5.2. EFECTOS JURÍDICOS DEL REFERÉNDUM

Los efectos de un referéndum repercutirán directamente en el orden jurídico siempre que la opción del «Sí» se haya impuesto sobre el «No» respecto de la propuesta en consulta.

Cabe resaltar que el artículo 42 de la Ley n.º 26300 señala que

> [e]l resultado de un referéndum determina la entrada en vigencia de las normas aprobadas, o de la derogación de las desaprobadas, siempre que hayan votado en sentido favorable a la consulta la mitad más de uno de los votantes sin tener en cuenta los votos nulos o en blanco. La consulta es válida solo si fuera aprobada por no menos del 30 % del número total de votantes. Surte efectos a partir del día siguiente de la publicación de los resultados oficiales por el Jurado Nacional de Elecciones.

Según la norma citada, los efectos de la decisión que resulte de un proceso de referéndum surgirán no al momento de los resultados, sino al día siguiente de la publicación de los resultados oficiales en el diario oficial *El Peruano* por parte del Jurado Nacional de Elecciones.

En el caso del referéndum ratificatorio, como el de este 9 de diciembre, si el «Sí» se impusiera, es decir, ganara como opción en la consulta, la ley sería válida luego de su promulgación por el Poder Ejecutivo en el mismo diario oficial *El Peruano*.

6. REFLEXIONES SOBRE EL REFERÉNDUM PERUANO

Luego de haber analizado la institución constitucional del referéndum desde una perspectiva comparada, a la luz de la experiencia peruana, arribamos a las siguientes conclusiones.

El referéndum es uno de los procedimientos con los cuales se faculta, en virtud del inciso 17 del artículo 2 de la Constitución, la participación política de los ciudadanos de manera directa, pues se les consulta su opinión tangible en asuntos relevantes para nuestro orden constitucional, jurídico y político.

Es la Constitución en donde se reconoce el derecho al referéndum (artículo 31), se especifica las materias en consulta y se establecen sus límites (artículo 32); sin embargo, su desarrollo se ha producido mediante la Ley n.º 26300, Ley de Participación y Control Ciudadano.

Referéndum y plebiscito son denominaciones históricas que responden a un mismo propósito con iguales efectos en el ordenamiento constitucional comparado; la diferencia es que a una se la ha dejado en desuso, mientras que a la otra se le ha constitucionalizado con mayor frecuencia en los últimos años.

En nuestra práctica de consulta, identificamos hasta cuatro tipos de referéndum: el constituyente, el legislativo, el reformador y el de las ordenanzas municipales o regionales.

Desde la Constitución de 1993 se han presentado cuatro experiencias sobre este procedimiento, así tenemos: la ratificación de la Constitución de 1993, el referéndum territorial (2005), el referéndum de devolución de los aportes al Fonavi (2010) y el referéndum reformador (2019).

En nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra regulado expresamente el mecanismo para establecer el orden de las preguntas que se incluyen en la cédula de votación para un referéndum reformador; sin embargo, consideramos que en tales casos se deberían seguir la sistemática y el orden establecidos en la Constitución.

Las cédulas de votación deberían incluir una tercera opción para quienes no se encuentren conformes con el «Sí» o «No»; vale decir, se debería considerar una tercera opción que contemple el voto en blanco; con ello se satisface aún más el derecho al sufragio en su dimensión pasiva en una sociedad democrática y pluralista.

REFERENCIAS

Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política* (3.ª ed.). Trotta.

Congreso Constituyente Democrático. (2016 [1993]). *Constitución Política del Perú.* Congreso de la República. https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf

Congreso de la República. (1994). *Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. Ley n.º 26300.* Lima: 2 de mayo de 1994. https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/informacion legal/Constitucin%20y%20Leyes1/LEY%20DE%20LOS%20DERECHOS%20DE%20PARTICIPACION%20Y%20CONTROL%20CIUDADANOS_.pdf

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* París: 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE). (2018, 14 de octubre). Resolución Jefatural n.º 000206-2018-JN/ONPE. *Diario Oficial El Peruano*, pp. 73-81. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1701915-1

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José de Costa Rica: 22 de febrero de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Presidencia del Consejo de Ministros. (2018, 10 de octubre). Decreto Supremo n.º 101-2018-PCM. *Diario Oficial El Peruano*, pp. 3-4. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1700277-1

Tribunal Constitucional. (2005). *Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente n.º 0028-2005-PI/TC.* Lima: 18 de noviembre de 2005. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00028-2005-AI.pdf

Tribunal Constitucional. (2006). *Sentencia. Expediente n.º 00030-2005-PI/TC.* Lima: 2 de febrero de 2006.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.07

DOCTRINA SOBRE LA REFORMA Y EL CAMBIO DE CONSTITUCIÓN

Doctrine on the reform and change of the constitution

Humberto Uchuya Carrasco
Universidad Nacional San Luis Gonzaga
(Ica, Perú)

Contacto: uchuyaabogados@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0003-4010-7200

RESUMEN

Este trabajo revisa el derecho constitucional, las circunstancias en las que surge el Estado Moderno en el ámbito occidental y la respectiva Constitución como elemento que garantiza los derechos de los ciudadanos, fundados en la igualdad y la libertad. Luego, se periodifican las etapas de dicho Estado y se debate la necesidad de implementar una reforma constitucional o una nueva carta magna para resolver las dificultades, sobre todo políticas y jurídicas, en los países donde no se ha consolidado el Estado constitucional de derecho o la Constitución está perdiendo su legitimidad. Se enfatiza que el pueblo es el titular del poder constituyente, de modo que solo él puede decidir sobre la posibilidad de una reforma constitucional. El Estado debe invertir en la educación, la salud, la economía y la lucha contra la

violencia para que el pueblo compruebe que se preocupa por él y esto lo motive a participar en la política para colaborar en el desarrollo del país.

Palabras clave: derecho constitucional; Constitución; reforma constitucional; participación ciudadana.

ABSTRACT

This paper reviews constitutional law, the circumstances in which the modern State arose in the Western world and the respective Constitution as an element that guarantees the rights of citizens, based on equality and freedom. Then, the stages of such State are periodized and the need to implement a constitutional reform or a new Magna Carta to solve the difficulties, especially political and legal, in countries where the constitutional State of law has not been consolidated or where the Constitution is losing its legitimacy, is discussed. It is emphasized that the people are the holders of the constituent power, so that only they can decide on the possibility of a constitutional reform. The State should invest in education, health, economy and the fight against violence so that the people can see that it cares about them and this motivates them to participate in politics to collaborate in the development of the country.

Keywords: constitutional law; Constitution; constitutional reform; citizen participation.

Recibido: 21/08/2020 Aceptado: 05/11/2020 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

Es necesario empezar estipulando que en el derecho constitucional existe un viejo problema que hasta ahora no ha tenido una respuesta unánime por parte de los constitucionalistas y este es cuándo empieza el Estado Moderno.

Para algunos, el Estado Moderno comienza con la Carta de Derechos o Declaración de Derechos de 1689, llamada también Bill of Rights, producto de la Revolución Gloriosa de 1688, documento que imputó el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo II. Su objetivo fue recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II). Esta Declaración de Derechos erradicó cualquier posibilidad de monarquía católica o futura instauración de un absolutismo, mediante el acotamiento de los poderes del monarca; así, los poderes del rey fueron restringidos fuertemente, pues ya no podía suspender leyes, crear impuestos ni mantener un ejército permanente durante tiempo de paz sin el permiso del Parlamento. En mérito de esto, los constitucionalistas ingleses y sus continuadores intelectuales sostienen que desde entonces el Parlamento ha ganado cada vez más poder, mientras que la Corona lo ha perdido progresivamente, por lo que consideran la aparición del nuevo Estado en la historia.

Para otros, el Estado Moderno surge con la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución francesa de 1791, porque este Estado es producto del ejercicio de un poder constituyente donde el pueblo ejercita su titularidad creando el *Leviatan* mediante el fenómeno «constitución escrita», el cual proclama el principio de igualdad y se transforma en el cauce de la expresión jurídica del orden político de la sociedad.

Así, el tema del inicio del Estado Moderno se convierte en una controversia esencial para poder determinar doctrinariamente cuándo la sociedad necesita una reforma constitucional o una nueva constitución, sin dejarse llevar por cualquier apasionamiento político que daría lugar a obligatorias distorsiones del tratamiento de las dos instituciones derivadas del poder constituyente.

Por tal razón, a continuación, analizaremos en forma precisa cuáles son las condiciones y/o requisitos para implementar una reforma constitucional y cuándo se requiere una nueva constitución.

2. EL ESTADO MODERNO

En principio, es necesario periodificar la historia, esto es, ubicar etapas en su desarrollo. Así, podemos dividir la historia de occidente en dos: antes y después de Cristo. Otros podrán decir que la historia de la aventura del hombre sobre la faz de la tierra ha trasuntado en las edades antigua, media, moderna y contemporánea. Los marxistas dirán que la historia ha transcurrido por una comunidad primitiva, un estado esclavista, un estado feudal, un estado burgués y un estado socialista. Nosotros decimos que la historia del Estado puede dividirse en Estado Antiguo y Estado Moderno.

El Estado Antiguo tenía como característica esencial la proclamación del principio de desigualdad, pues se consideraba que, según el estado de naturaleza, el hombre vivía en desigualdad. Sócrates justificaba la existencia de la esclavitud y su necesidad para el desarrollo de la sociedad. Platón la consideraba como beneficiosa para la evolución del hombre. Aristóteles (1988), en el capítulo I de la *Política*, explicaba lo siguiente:

> Mandar y obedecer no sólo son cosas necesarias, sino también convenientes, y ya desde el nacimiento algunos están destinados a obedecer y otros a mandar. [...]
>
> [...]
>
> [...] es conforme a la naturaleza y conveniente para el cuerpo ser regido por el alma, y para la parte afectiva ser gobernada por la inteligencia y la parte dotada de razón, mientras que su igualdad o la inversión de su relación es perjudicial para todos.
>
> [...] Pues es esclavo por naturaleza el que puede ser de otro (por eso precisamente es de otro) y el que participa de la razón tanto como para percibirla, pero no para poseerla; pues los demás animales no se dan cuenta de la razón, sino que obedecen a sus instintos. En la utilidad la diferencia es pequeña: la ayuda con su cuerpo a las necesidades de la vida se da en ambos, en los esclavos y en los animales domésticos (pp. 56-58).

Luego, si en el Estado Antiguo regía el principio de desigualdad, el poder era natural, es decir, estaba en el estado de naturaleza e incluso muchas veces se consideraba que el poder tenía un carácter divino y, si esto era así, entonces la sociedad se encontraba estratificada u ordenada (rey, nobleza, pueblo y esclavos), por lo que ya no había nada que ordenar, toda vez que la desigualdad generaba orden.

Sin embargo, los teóricos de la desigualdad fueron enfrentados por los ideólogos de la Ilustración, como Thomas Hobbes (1980), quien en el *Leviatan* afirmó que

> [l]a Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él (p. 100).

John Locke, en su *Primer tratado sobre el gobierno civil*, precisó que

> [l]a esclavitud es para el hombre una condición tan mísera y despreciable y contraria de modo tan directo a la naturaleza generosa y valiente de nuestra nación, que es difícil concebir que un inglés, con mayor razón si se trata de un gentilhombre, la defienda (citado en Pérez, 2004, p. 45).

Mientras que en el *Segundo tratado* explicaría que el «estado de naturaleza» es

> estado de igualdad en el que todo el poder y jurisdicción es recíproco, no teniendo nadie más que el otro, pues no hay nada más evidente que criaturas de la misma especie, nacidas para disfrutar conjuntamente de las mismas ventajas y para utilizar las mismas facultades, deberían ser iguales entre sí sin subordinación o sujeción (citado en Pérez, 2004, p. 46).

Por su parte, Montesquieu, en el capítulo II de su obra *Del espíritu de las leyes* (1822), refirió que «[t]odos aquellos pueblos, cada uno en particular, eran libres é independientes» (p. 10), con lo cual caracterizaba la semblanza del hombre como un ser independiente y libre, como producto del estado de naturaleza, mas no dependiente ni esclavo de otro. Del mismo modo, en *El contrato social* (1762), Jean-Jacques Rouseau detalló la libertad del hombre de poder celebrar un pacto para crear el Estado a fin de que proteja sus derechos.

Luego, la ideología de la igualdad venció a la de la desigualdad, precisando que los hombres, por el estado de naturaleza, eran iguales, entonces el poder no era natural, sino artificial; por tal razón, tenían que crearlo y lo hicieron mediante un pacto social en ejercicio de su libertad, a fin de ordenar la sociedad, toda vez que la igualdad generaba desorden.

Así, el Estado Moderno aparece en la historia como producto de la evolución cultural del hombre, y tiene una característica fundamental: tras separarse de la ideología de la desigualdad y considerar que los hombres son iguales por naturaleza, con base en esa igualdad, estos ejercitan su libertad para pactar entre ciudadanos la creación de una institución que proteja sus derechos y ordene el desorden que genera la igualdad; ello es posible a través del fenómeno «constitución escrita», donde se fijan los órganos con facultades específicas para producir leyes, ejecutarlas y solucionar los problemas entre el Estado y los particulares, así como entre los particulares.

El preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos (1789) es elocuente en cuanto a lo estipulado con anterioridad al decir:

> Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posterioridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

En el párrafo citado se está refiriendo al pueblo como titular del poder constituyente, mas no a un sector o grupo de poder, y su finalidad es garantizar la tranquilidad de la sociedad para fomentar el bienestar general; con ese propósito, los Estados Unidos de América entregan un texto solemne llamado Constitución.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (2011 [1789]) también tiene la misma posición ideológica al establecer lo siguiente:

> Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos (párr. 1).

En esta declaración apreciamos la presencia del poder constituyente, integrado por los representantes del pueblo, para dar una Constitución que sirva de protección de los derechos del hombre mediante las instituciones políticas clásicas del Estado: Parlamento, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

En ese sentido, la característica esencial para la creación del Estado Moderno es el pacto entre ciudadanos, mas no entre castas o grupos ni entre el rey y la nobleza o determinados sectores de la sociedad.

En este punto, revisaremos si la Carta Magna de 1215 cumplía con el requisito del pacto entre ciudadanos para evaluar si con ella nacía el Estado Moderno; para ello, nos enfocaremos en su prólogo, cuyo contenido citamos:

> Juan, rey de Inglaterra por la gracia de Dios, señor de Irlanda, duque de Normandía y Aquitania y conde de Anjou, a sus arzobispos, obispos, abades, condes, barones, jueces, guardas, alguaciles, mayordomos, criados y a todos sus funcionarios leales súbditos, salud.
>
> Sabed que ante Dios, por el bien de nuestra alma y de la de nuestros antepasados y sucesores, para honor de Dios y exaltación de la Santa Iglesia y para mejor organización de nuestro reino, con el consejo de nuestros reverendos padres Esteban, arzobispo de Canterbury, primado de toda Inglaterra y cardenal de la Santa Iglesia de Roma; Enrique, arzobispo de Dublín; Guillermo, obispo de Londres; Pedro, obispo de Winchester, y otros súbditos reales.

Pues bien, se trata de un pacto entre el rey o monarca con la nobleza y el clero, de ninguna manera entre ciudadano y ciudadano; mediante este texto, el monarca otorgaba determinadas prerrogativas; sin embargo, no puede concebirse como el inicio del Estado Moderno, sobre todo porque, a los pocos días, el rey Juan desconoció la Carta Magna.

Ahora analizaremos el prólogo de la Carta de Derechos o Declaración de Derechos de 1689, llamada también The Bill of Rights, producto de la Revolución Gloriosa de 1688, y evaluaremos si esta puede configurar una presentación del Estado Moderno. En su preámbulo leemos lo siguiente:

> Considerando que los Lores espirituales y temporales y los Comunes reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este reino presentaron el 13 de febrero del año de NS de 1688, a Sus Majestades, entonces conocidas con los nombres y títulos de Guillermo

y María, príncipes de Orange, una declaración escrita, redactada por los mencionados Lores y Comunes en los siguientes términos:

I. Considerando que el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros nombrados por él, se esforzó en subvertir y proscribir la religión protestante, y las leyes y libertades de este Reino:

   1. Usurpando y ejerciendo el poder de dispensar de las leyes y aplazar su entrada en vigor y su cumplimiento, sin el consentimiento del Parlamento.

   2. Encarcelando y procesando a varios prelados que, respetuosamente, le solicitaron que les excusara de prestar su consentimiento a la usurpación de este poder.

   3. Ideando y patrocinando la creación, bajo la autoridad del Gran Sello, de un Tribunal, denominado Tribunal de Delegados para las causas eclesiásticas.

   4. Cobrando, en beneficio de la Corona, ciertos tributos, bajo la excusa de una supuesta prerrogativa, para otros períodos y en forma distinta de la que habían sido votados por el Parlamento.

   5. Reclutando y manteniendo, dentro de las fronteras del Reino y en tiempo de paz, un ejército permanente, sin consentimiento del Parlamento, y alistando en él a personas declaradas inhabilitadas.

   6. Ordenando que muchos buenos ciudadanos protestantes fueran desarmados, mientras que los papistas eran armados y empleados con finalidades contrarias a la ley.

   7. Violando la libertad de elegir a los miembros del Parlamento.

   8. Acusando ante el Tribunal Real por delitos para cuyo conocimiento era únicamente competente el Parlamento, y celebrando otros procesos ilegales y arbitrarios.

   9. Considerando que en los últimos años personas corrompidas, partidistas e inhabilitadas han sido elegidas y han

> formado parte de jurados y que, especialmente, personas que no eran propietarios libres han intervenido como jurados en procesos por alta traición.

Podemos concluir muy fácilmente que en el texto citado se implementan determinadas prerrogativas, beneficios y libertades para un sector de la sociedad, especialmente para la nobleza y la Iglesia protestante, pero no existe un pacto entre ciudadano y ciudadano, mucho menos el establecimiento de derechos, porque para que estos se presenten ante la historia necesitan la proclamación del principio de igualdad, lo cual no contenía The Bill of Rights y, por más que se quiera sostener que este documento fue producto de la Revolución Gloriosa, no instauraba el Estado Moderno, el cual solamente se presenta cuando el principio de igualdad vence al principio de la desigualdad y, en mérito de ello, el pueblo (como titular del poder constituyente) pacta entre ciudadanos la creación del *Leviatan*, mediante el fenómeno «constitución escrita», que instaura las instituciones políticas que permiten el funcionamiento del Estado y el establecimiento de derechos que los ciudadanos ceden en una limitación de ellos para ser protegidos por el Estado.

3. LAS ETAPAS DE EVOLUCIÓN DEL ESTADO MODERNO

El Estado Moderno que surge en la historia como producto de la Ilustración no es el mismo que conocemos en el siglo XXI, pues si bien se rige por los principios de igualdad y libertad, difiere mucho de los primeros Estados, como Estados Unidos de América y la Constitución francesa de 1791; ello permite proponer que el Estado Moderno ha evolucionado producto del avance cultural.

Ahora, cuando hablamos de evolución, nos referimos a etapas con características propias y que sirven para diferenciarlas de las demás. En tal situación, podemos plantear que el Estado Moderno ha transitado por cuatro etapas muy definidas.

La primera etapa se desarrolló desde la Constitución de los Estados Unidos de América y la Constitución francesa de 1791 hasta la Revolución de 1848, la cual tuvo como característica esencial la

gran confrontación ideológica y bélica entre la ideología de la desigualdad, propugnada por la monarquía absolutista, y la igualdad enarbolada por el Estado Moderno, ya que las monarquías europeas vieron con gran preocupación los acontecimientos acaecidos en Francia y decidieron intervenir en apoyo a Luis XVI y María Antonieta, pero no para defenderlos a ellos, sino a la ideología del absolutismo que representaban, pues las ideas de la revolución ponían en peligro sus propias monarquías.

Estas confrontaciones fueron denominadas Guerras de Coalición. La Primera Guerra de Coalición se desarrolló entre 1791 y 1798, y su principal protagonista fue Leopoldo II, hermano de María Antonieta. Él y Federico Guillermo II de Prusia, en coordinación con nobles franceses, publicaron la Declaración de Pillnitz, en la cual expresaban el interés de las monarquías absolutistas por el bienestar de Luis XVI y su familia, así como las consecuencias de la radicalización de las acciones por parte de Francia, lo que dio lugar más tarde a que el 20 de abril de 1792 Francia le declarara la guerra a Austria. Cuando se produjo la ejecución de Luis XVI (21 de enero de 1793), todas las monarquías absolutistas se unieron por el peligro de la expansión de la ideología de la igualdad y la libertad. La Segunda Guerra de Coalición (1798-1802) es la que desarrollan Inglaterra y Austria contra Francia, que incluía a Rusia, la cual termina con el triunfo de la Primera República de Francia sobre sus enemigos, conquistando la margen izquierda del Rin y dominando los Países Bajos, Suiza e Italia, territorios que los monarcas de las casas de Valois y Borbón habían codiciado durante siglos. Así, se puso término a las «guerras revolucionarias», para dar paso más tarde a las «guerras napoleónicas».

Pero la característica esencial de esta etapa fue la confrontación ideológica entre la ideología de la desigualdad, propugnada por la monarquía absolutista, y la de la igualdad, proclamada por el Estado Moderno.

La segunda etapa se ubica desde la Revolución de 1848, llamada también Primavera de los Pueblos o Año de las Revoluciones, que fue la respuesta del absolutismo después de las consecuencias de las guerras napoleónicas, con el objetivo de su restauración, pero caló en

el sentimiento absolutista la enseñanza de que el absolutismo como ideología estaba en agonía y, con ello, la ideología de la desigualdad. Todo ello se propaló en Europa, sobre todo con el desarrollo que habían adquirido las comunicaciones (telégrafo y ferrocarril), lo cual se prolongó hasta el estallido de la Primera Guerra Mundial.

Esta etapa se caracteriza por la consolidación del Estado Moderno y la ideología de la igualdad, pero con un derecho constitucional sin constitución, esto es, que se consideraba a la Constitución como una decisión política del pueblo, mas no como norma jurídica; además, dado que no había norma suprema, la norma de mayor jerarquía era la ley; por lo tanto, se encontraba en vigencia el principio de legalidad y, con él, el principio de soberanía parlamentaria, en razón de que si su producto (la ley) era la norma de mayor jerarquía, el Parlamento (representante del pueblo) se consideraba como el Primer Poder del Estado («por encima del Parlamento nada»), motivo por el cual regía en principio de soberanía parlamentaria, todo ello en un Estado oligárquico y diminuto.

Una prueba de ello fue que la Constitución de Frankfurt del 20 de diciembre de 1848, expedida en la Primavera de las Naciones Europeas, en la cual se hacía referencia por primera vez a «los derechos fundamentales del pueblo alemán», de ninguna manera puede compararse con lo que hoy día concebimos como derechos fundamentales, pues la Constitución no era considerada norma jurídica; por lo tanto, regía el principio de «la reserva de la ley».

La tercera etapa empieza después de la Gran Guerra, llamada, posteriormente, la Primera Guerra Mundial, en la cual se considera que la Constitución es norma jurídica y no solamente decisión política del pueblo; por consiguiente, la Constitución es la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Asimismo, el principio de legalidad cambia por el principio de constitucionalidad y, con él, el principio de soberanía parlamentaria cambia por el principio de soberanía popular, esto es, que el pueblo es el soberano, pues, como diría Bidart Campos, tiene la potencia de crear al Estado mediante el ejercicio del poder constituyente, sin que nadie más se pueda irrogar tal potencia.

En esta tercera etapa aparece la Constitución de Weimar de 1919, la cual emplea el nombre de Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los Alemanes, pero en una etapa en que la Constitución era considerada norma jurídica y, por lo tanto, regía el principio de soberanía popular.

Sin embargo, la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento del nacional-socialismo y el fascismo retardaron el avance del derecho constitucional, hasta su terminación con el triunfo de los aliados.

La cuarta etapa inicia a partir del 10 de diciembre de 1948, fecha en que se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, por consiguiente, empieza la internacionalización de los derechos fundamentales y del derecho constitucional, ya que los Estados firman diversos tratados y declaraciones que se obligan a cumplirlos dentro de sus propios gobiernos; esto incluso da lugar a que se comience a revisar el concepto de «soberanía» como elemento constitutivo del Estado Moderno.

Dentro de esta cuarta etapa, somos testigos de la firma de una gran cantidad de declaraciones internacionales cuyo objeto es proteger los derechos fundamentales, ya diferenciados de los llamados derechos del hombre y del ciudadano, pues solo se pueden considerar como derechos fundamentales a aquellos derechos naturales constitucionalizados bajo la concepción del principio de soberanía popular.

Dentro de las declaraciones, tratados, convenciones y pactos internacionales más importantes podemos encontrar los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual está destinado a abolir la pena de muerte.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

En tal situación, los Estados firmantes no pueden establecer ni en sus constituciones ni en sus ordenamientos jurídicos normas que violenten los derechos fundamentales que se han obligado a respetar.

4. CASOS EN QUE DEBE LLEVARSE A CABO UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Uno de los temas más controversiales dentro del derecho constitucional actual es identificar cuándo debe llevarse a cabo una reforma constitucional o bien una nueva constitución.

En el caso de una nueva constitución, los constitucionalistas se han dividido en varios sectores: unos dicen que, con el avance del Estado Moderno, ya no se requieren nuevas constituciones, sino simplemente reformas para perfeccionarlo; otros opinan que se debe reformar lo referente al funcionamiento de las instituciones políticas clásicas o artificiales, pero de ninguna manera los temas esenciales como es el régimen económico; por último, otros afirman que sí es posible la dación de nuevas constituciones.

Para esclarecer este tema, que ha sido politizado desde el punto de vista ideológico de quien lo propone, es preciso analizar qué es una «reforma constitucional» y cuándo debe darse esta. Al respecto, es necesario estipular que la interpretación constitucional difiere de la interpretación del mundo del derecho común, al cual vamos a llamar el mundo de la ley, pues hay una gran diferencia entre estas interpretaciones, producto de los criterios objetivo y subjetivo en los que se fundan; por último, también atenderemos a un criterio teleológico, pero simplemente lo señalaremos para la sustentación de lo que es una «reforma constitucional». Según el criterio objetivo, la ley es solo concepto; en cambio, el texto constitucional es concepto y tiene parte física.

Según el criterio subjetivo, la ley no tiene intérpretes privilegiados, dado que todos pueden interpretar el derecho civil, penal, laboral, agrario, minero, etc.; en contraste, la Constitución sí tiene un intérprete privilegiado: el Tribunal Constitucional; así, si este último estipula que para que una norma tenga la condición de constitucional solo se puede interpretar en un determinado sentido, nadie puede decir lo contrario ni interpretarlo en otro sentido.

De acuerdo con el criterio teleológico, los procesos comunes buscan la justicia; en cambio, los procesos constitucionales buscan la supremacía constitucional, la vigencia de los derechos fundamentales y, sobre todo, el control del poder.

Ahora bien, debido a esa diferencia entre el mundo del derecho común o el mundo de la ley y la Constitución, la interpretación constitucional tiene sus propias peculiaridades, como los principios de

unidad de la Constitución, conformidad funcional, función integradora, concordancia práctica, fuerza normativa de la Constitución y previsión de consecuencias.

En tal situación, cuando no es posible que mediante los principios interpretativos de la Constitución una sociedad pueda perfeccionar alguna institución política ya sea clásica o artificial o un derecho fundamental, necesariamente tiene que recurrir a la reforma constitucional, lo cual configura un problema concreto del derecho constitucional, pues se tiene que realizar por medio del ejercicio del principio clásico del paralelismo de las formas, esto es, que una norma se modifica o reforma siguiendo el mismo procedimiento que tuvo para ser expedida, sin el cual no podría haber reforma, sino anarquía, precisamente, porque la Constitución es el marco de los principios de igualdad y libertad de los ciudadanos y de la legalidad y legitimidad de la actuación de los poderes públicos, pero sobre todo es su límite.

A diferencia del Código Civil, el Código Penal, el Código Procesal Civil, el Código Procesal Penal, etc., la Constitución tiene cláusulas de reforma, precisamente porque leyes hay muchas; en cambio, la Constitución es única por su carácter superior, pues de ella deriva todo el ordenamiento jurídico y también tiene un sesgo político para que la sociedad se pueda dirigir jurídica y políticamente.

Entonces, cuando una sociedad no puede encontrar un cauce por medio de la interpretación para dirigirse jurídica y políticamente, necesariamente debe llevar a cabo una reforma constitucional.

Al respecto, ya se tiene establecido que la rigidez constitucional es una característica del Estado Moderno, a pesar de que el sistema inglés no la contempla, y es en mérito de esa rigidez constitucional que el principio de paralelismo de las formas se concretiza por intermedio del poder constituyente derivado.

Nosotros tenemos regulado el ejercicio del poder constituyente derivado en el artículo 206 de nuestra Constitución Política de 1993, donde se precisa que

> [t]oda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.
>
> La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el [p]residente de la República.

5. CASOS EN QUE DEBE PACTARSE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Este es el gran problema que tiene en la actualidad el derecho constitucional, sobre todo en países donde no se ha consolidado el Estado constitucional de derecho y la democracia es débil debido a la escasez de partidos políticos, el establecimiento de reelecciones, la existencia de pobreza extrema en un gran sector olvidado de la población, a lo cual se agrega la corrupción imperante que ha llegado a las altas esferas de gobierno.

Precisamente, para tratar este problemático tema, debemos recurrir al concepto de poder constituyente, el cual, según el común denominador conceptual de los constitucionalistas, es el instrumento a través del cual el pueblo decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamando para sí misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado.

Ahora, esta definición es aplicable muy fácilmente para el momento fundante del Estado, en que el ciudadano pacta con otros ciudadanos la creación del Estado Moderno, pero la pregunta cae por su propio peso: ¿es posible que el pueblo decida el cambio de Constitución basándose en que es el titular del poder constituyente? La respuesta simplista sería sí, porque es el titular del poder creador, pero ello no basta; tenemos que recurrir al análisis de la naturaleza del poder constituyente. Sobre esto, Emmanuel-Joseph Sieyés (1789), en su panfleto *¿Qué es el Tercer Estado?*, precisó que, a diferencia del gobierno,

> que no puede pertenecer más que al derecho positivo, el Poder Constituyente es una realidad de derecho natural que no puede estar sometida a ninguna Constitución, y por el contrario, es ella la que establece y cambia las constituciones sin estar sometida a ninguna regla anterior. De ahí el carácter previo del poder constituyente respecto de todos los poderes constituidos y su primacía sobre ellos (citado en Berríos, s. f., p. 27).

Asimismo, «[e]l poder constituyente, en la medida en que expresa la voluntad de la nación, es autónomo y carece de límites» (Solís, Vega, Blandón & Álvarez, 1999, p. 59).

En tal situación, cuando el pueblo considera que el orden político y jurídico de la comunidad ha dejado de tener legitimidad y resulta imposible que la sociedad se pueda desarrollar con tranquilidad democrática, tiene el derecho a proponer la afirmación de un nuevo principio de legitimidad, pues el pueblo goza del privilegio de ser el titular del poder constituyente y nadie le puede coactar dicha titularidad. En otras palabras, no pueden existir grupos políticos o de poder que prohíban o minimicen el ejercicio de dicha titularidad con el argumento de que se corre el riesgo de ocasionar un descalabro político, económico o social; tampoco pueden sostener que la Constitución que ha perdido legitimidad prohíbe el ejercicio del poder constituyente, porque dentro de sus normas regula cómo realizar una reforma parcial o total de la Constitución (inciso 1 del artículo 32 de la Constitución de 1993).

Argumentar lo antes mencionado es oponerse a la esencia misma del poder constituyente, pues atentar sobre la titularidad del poder constituyente por parte del pueblo es ir contra la esencia de lo que es el principio de soberanía popular, precisamente, porque el poder constituyente está unido a lo que se conoce como soberanía, es decir, hay soberanía del pueblo o hay tiranía, esto es, hay soberanía del pueblo para crear el poder o simplemente hemos retrocedido en la historia, en un episodio donde el poder no se crea, sino que ya está creado, pero no por los reyes y monarcas, sino por una casta de ideólogos y/o políticos que, para mantener su posición dentro de

la sociedad, impiden que el pueblo ejercite su titularidad del poder creador, a sabiendas de que la titularidad del poder constituyente es decisiva para su legitimidad, pero, sobre todo, que lo exprese sin manipulación. La ciencia del derecho constitucional ha desarrollado los pasos que debe seguir un proceso constituyente para que tenga la condición de legítimo, de manera que goce de justificación ante la historia y permita que el ciudadano pacte de manera libre con todos los ciudadanos y proceda a crear el poder mediante el fenómeno «constitución escrita».

Pero lo que llama la atención es que muchos ideólogos comiencen a difundir un miedo infernal respecto del peligro de que una nueva constitución pueda limitar derechos fundamentales como el de la libre expresión y difusión del pensamiento, la libertad de comercio e incluso que pueda establecer confiscaciones a la propiedad privada, lo cual llama profundamente la atención en esta cuarta etapa del derecho constitucional dentro de la cual se ha visto la derrota de las posiciones marxistas en todos los campos y los diversos espacios geográficos del mundo y, con ella, el derrumbe de los totalitarismos de izquierda con su caracterización del intervencionismo del Estado en todas las esferas de la economía, así como también el derrumbe de los totalitarismos de derecha, que solo permiten un Estado pequeño, limitado a la Administración pública, dejando todo al libertinaje de la actividad privada, todo lo cual resulta un imposible cuando nuestro derecho constitucional se encuentra internacionalizado y los derechos fundamentales están protegidos por declaraciones y cartas internacionales que no permiten la proscripción de las libertades individuales, sociales, políticas y económicas.

Los fascismos y los marxismos deben ser desterrados, pero ello no puede lograrse con el establecimiento de normas supremas o legales, sino mediante una discusión ideológica por parte de una clase política que se prepare para exponerle al pueblo (titular del poder constituyente) cuáles son las propuestas para fortalecer los partidos políticos, de modo que puedan jugar un papel fundamental en el desarrollo del país; la proscripción de las reelecciones presidenciales inmediatas y mediatas; la descentralización y la desconcentración del poder,

con mecanismos de control efectivo; el perfeccionamiento de la justicia, que se encuentra en crisis; la forma en la cual se deben desterrar la pobreza y la discriminación; el establecimiento de la bicameralidad; y, sobre todo, que el Estado solo sea del tamaño de sus necesidades, pues si tenemos una necesidad de salud, el Estado debe participar activamente en ese campo y, si tenemos la necesidad de luchar contra la violencia que agobia a la sociedad, el Estado debe trabajar en los tres puntos fundamentales para eliminarla y prevenirla a mediano y largo plazo: invertir en la educación, las obras para erradicar la pobreza de un gran sector de la población y el ejercicio de una política de constante desarrollo y perfeccionamiento que sirva de ejemplo de moralidad.

6. CONCLUSIONES

Revisados los anteriores puntos, exponemos las siguientes conclusiones.

Si el fenómeno «constitución escrita» es un orden de los principios de igualdad y libertad, es porque son los propios ciudadanos los que tienen que decidir, mediante un pacto social, en qué va a consistir dicho orden; en el caso contrario, no habría Constitución, sino simplemente un Estatuto que regula un gobierno de hecho.

El pueblo es el titular del poder constituyente, nadie lo puede obligar a no considerar que el orden político y jurídico que lo regula ha dejado de ser legítimo y, sobre todo, que bajo su ejercicio resulta imposible que la comunidad pueda desarrollarse.

Solo el pueblo puede decidir cuándo se requiere un nuevo principio de legitimidad, mediante la renovación de un pacto social entre ciudadanos, y no una simple reforma constitucional.

REFERENCIAS

Aristóteles. (1988). *Política* (M. García Valdés, trad.). Gredos. https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf

Asamblea Nacional. (2011 [1789]). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (A. Nariño, trad.). *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.* https://www.cervantesvirtual.com/obra/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano/

Berríos, E. (s. f.). Teoría de la Constitución. Extractos del material para el curso de Teoría del Estado y Gobernabilidad Democrática de la Maestría en Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres y EUCIM. https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase_1_-_teor%C3%ADa_de_la_constituci%C3%B3n.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (2016 [1993]). *Constitución Política del Perú.* Congreso de la República. https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf

Deutsche Reich (Constitución del Imperio alemán o Constitución de Weimar). (1919). Weimar: 11 de agosto de 1919. *José María Soberanes Díez.* https://www.jsd.mx/constitucion/1262-constitucion-del-imperio-aleman-constitucion-de-weimar-de-1919

Estados Unidos de América. (1789). *Constitución.* https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/usa

Hobbes, T. (1980). *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil.* Fondo de Cultura Económica. https://filosofiapolitica3unam.files.wordpress.com/2015/08/hobbes-thomas-leviatan-fce-completo.pdf

Juan sin Tierra. (1215). *Carta Magna.* Inglaterra: 15 de junio de 1215. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf

Montesquieu (Charles Louis de Secondat). (1822). *Del espíritu de las leyes* (J. López de Peñalver, trad.). Imprenta Nacional.

Pérez, J. (2004). El derecho constitucional. En R. Ferrero (comp.), *Derecho constitucional general. Materiales de enseñanza* (pp. 43-65). Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima; Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Solís, A. I., Vega, G. A., Blandón. F., & Álvarez, G. (1999). *Tratado elemental de derecho constitucional nicaragüense.* Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

The Bill of Rights (Carta de Derechos o Declaración de Derechos). (1689). Inglaterra: 13 de febrero de 1689. *José María Soberanes Díez.* https://jsd.mx/constitucion/1252-the-bill-of-rights-13-de-febrero-de-1689

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política