

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política | Universidad Ricardo Palma

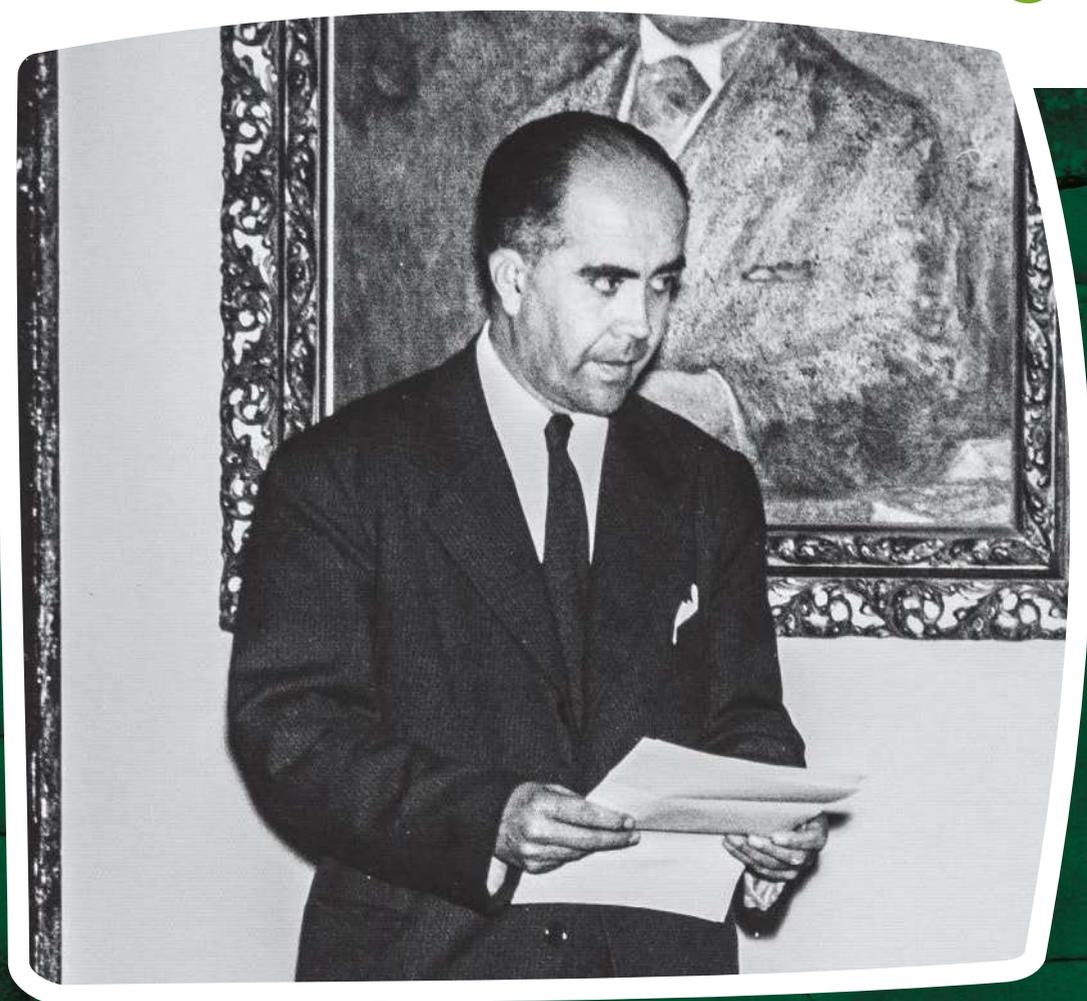
ISSN: 2519-7274 (En línea)

ISSN: 2410-5937 (Impreso)

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020

Lima, Perú

9



UNIVERSIDAD  
RICARDO PALMA





UNIVERSIDAD  
RICARDO PALMA

# IusInkarri<sup>™</sup>

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9

## DIRECTOR

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Universidad Ricardo Palma, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>

*E-mail:* [irodriguez@urp.edu.pe](mailto:irodriguez@urp.edu.pe)

## EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

*E-mail:* [gladys.floresh@urp.edu.pe](mailto:gladys.floresh@urp.edu.pe)

## CONSEJO EDITORIAL

MAGDIEL GONZALES OJEDA

Universidad Ricardo Palma, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9696-5397>

*E-mail:* [magdiel.gonzaleso@urp.edu.pe](mailto:magdiel.gonzaleso@urp.edu.pe)

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Universidad Ricardo Palma, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-5258-4058>

*E-mail:* [francisco.tavara@urp.edu.pe](mailto:francisco.tavara@urp.edu.pe)

FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Universidad Ricardo Palma, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8102-9619>

*E-mail:* [felipe.villavicencio@urp.edu.pe](mailto:felipe.villavicencio@urp.edu.pe)

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

Universidad Ricardo Palma, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1155-0249>

*E-mail:* [jose.sotomayor@urp.edu.pe](mailto:jose.sotomayor@urp.edu.pe)

EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ  
Universidad Ricardo Palma, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6070-1533>  
*E-mail:* edgardo.rodriguez@urp.edu.pe

### CONSEJO CONSULTIVO

JOSÉ HURTADO POZO  
Universidad de Friburgo, Suiza  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1290-3023>  
*E-mail:* jose.hurtado@unifr.ch

CARLOS RUIZ MIGUEL  
Universidad de Santiago de Compostela, España  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7001-7962>  
*E-mail:* carlos.ruiz@usc.es

VÍCTOR BAZÁN  
Universidad Católica de Cuyo, Argentina  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5066-0467>  
*E-mail:* vabmarg@yahoo.com.ar

FRANCISCO DÍAZ REVORIO  
Universidad de Castilla-La Mancha, España  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7260-8275>  
*E-mail:* FcoJavier.DRevorio@uclm.es

SUSANNA POZZOLO  
Universidad de Brescia, Italia  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8566-517X>  
*E-mail:* susanna.pozzolo@unibs.it

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0246-3159>  
*E-mail:* bgarcia@pucp.edu.pe

PEDRO GRÁNDEZ CASTRO  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7174-5534>  
*E-mail:* pgrandez@pucp.pe

GORKI GONZALES MANTILLA  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6872-672X>  
*E-mail:* gorki.gonzales@pucp.edu.pe

LEYSSER LEÓN HILARIO  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4395-6710>  
*E-mail:* lleon@pucp.edu.pe

BETZABÉ MARCIANI BURGOS  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4097-5614>  
*E-mail:* marciani.bx@pucp.edu.pe

MIGUEL LEÓN UNTIVEROS  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2029-7342>  
*E-mail:* mleonun@unmsm.edu.pe

### EQUIPO TÉCNICO

Yuliana Padilla Elías (corrección de textos), Alex Flores Flores (asistente de edición), Yuri Tornero Cruzatt (traducción), Rodolfo Loyola Mejía (diseño), Miguel Condori Mamani (diagramación), Joel Alhuay Quispe (gestión electrónica).

ISSN: 2519-7274 (En línea)  
ISSN: 2410-5937 (Impreso)  
DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-03913

© Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Universidad Ricardo Palma  
Av. Benavides 5440, Santiago de Surco, Lima 33, Perú  
Teléfono: (511) 7080000, anexo: 0140  
*E-mail:* fac.derecho@urp.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL  
Av. Benavides 5440, Santiago de Surco, Lima 33, Perú  
*E-mail:* iusinkarri@urp.edu.pe

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

## LICENCIA



*Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*  
se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons  
Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

*Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la Universidad Ricardo Palma 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 de disciplinas afines como las ciencias sociales y las humanidades. La cobertura temática de la revista incluye la amplitud de las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía 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.

Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, actualidad y contribución al conocimiento científico y jurídico.

*Ius Inkarri* recibe las colaboraciones de todos los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de nuestra casa de estudios, así como de profesores de otras universidades nacionales e internacionales, de investigadores en temas de derecho y disciplinas afines. La presente publicación está dirigida a investigadores del derecho, docentes universitarios, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica.

# IusInkarri<sup>®</sup>

*Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la Universidad Ricardo Palma is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal issues and related disciplines such as social sciences and humanities. The journal's thematic coverage includes the breadth of legal specialties, including constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy of law, and legal theory. It also promotes the use of inter and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law and philosophy, sociology, political science, economics, and anthropology, among others, closer together.

The articles in the journal are refereed anonymously by specialists external to the institution, who take into consideration the following evaluation criteria: originality, topicality, and scientific and legal contributions.

*Ius Inkarri* receives contributions from our university professors of the Faculty of Law and Political Science, as well as from other national and international professors and researchers in law and related disciplines.

## TABLA DE CONTENIDO

### Presentación

- 13 IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

### SEMBLANZA

#### Semblanza de Mario Alzamora Valdez

- 19 JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

### ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

#### Los orígenes del precedente constitucional en el Perú

- 25 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

#### Teoría de la Constitución democrática

- 55 MAGDIEL GONZALES OJEDA

#### Libertad de expresión y derecho al honor en el razonamiento judicial. Análisis a partir de un estudio de caso

- 89 GÍLMER ALARCÓN REQUEJO

#### Una lectura convencional aplicativa a las decisiones de primera instancia en materia de amparo

- 115 JUAN ALBERTO CASTAÑEDA MÉNDEZ

- El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021:  
balance del proceso de elaboración  
145 EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ
- La ¿ilegitimidad? de las acciones no pacíficas de  
defensores de derechos humanos en contextos de  
conflictividad social  
181 NOEMÍ ANCÍ PAREDES
- La suspensión e interrupción de los contratos  
administrativos en España como consecuencia de la  
COVID-19  
215 JAVIER JUNCEDA
- Aspectos relevantes de la interceptación de las  
comunicaciones telefónicas en el proceso penal español  
237 ALBERTO VARONA JIMÉNEZ
- Educación para la ciudadanía y derechos humanos: una  
mirada desde el ordenamiento constitucional español  
259 JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
- Panorama histórico de la regulación del transporte público  
en Lima  
293 ESTEBAN POOLE FULLER
- La reforma de capacidad jurídica: algunos apuntes  
teóricos sobre su justificación  
319 PAMELA SMITH Y MARIANA BURGOS
- Presunción de inocencia ¿civil? Un análisis de las  
propuestas de Eduardo da Fonseca y J. Harvie Wilkinson III  
349 DIEGO ALARCÓN DONAYRE
- Alcances del principio de la diligencia judicial  
373 MARÍA ESTHER FELICES MENDOZA

- 403 ¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica?: algunos alcances a partir de la Ley n.º 30424  
JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ
- 429 Análisis jurídico de la película *La voz de la igualdad*. Un caso de laguna axiológica en derecho tributario legal  
JAIME LARA MÁRQUEZ
- 461 Problemas en torno a las prestaciones económicas en salud: ¿quién se encuentra a cargo?  
RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO
- 491 Efectos de la pandemia de COVID-19 sobre la adopción de las TIC en el Perú  
ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO
- 525 ¿Cuántos abogados se necesitan para detener el deshielo mundial?: el derecho como instrumento frente al cambio climático  
RICHARD O'DIANA ROCCA
- 547 Algunas dudas sobre el impacto de la inteligencia artificial en el derecho. Un diagnóstico tentativo para superarlo mediante nuevas opciones y viejas amistades  
GABRIEL EDUARDO USCAMAYTA
- 573 La formación jurídica basada en competencias: rol de las competencias en la educación del futuro abogado  
NIELS J. APAZA JALLO

#### LOS ESTUDIANTES ESCRIBEN

- 595 Breves apuntes históricos sobre el sector eléctrico y el sector de transmisión de energía eléctrica peruanos  
JAIRO JEYKO VELÁSQUEZ CHUMPITAZ





Esta presentación se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero–diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3666

## PRESENTACIÓN

El número 9 de *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, de la Universidad Ricardo Palma, sale a la luz en el 51.º aniversario de nuestra casa de estudios. En esta nueva edición, quienes se dedican a la docencia y la investigación universitaria colaboran con esta publicación periódica al compartir los resultados de su trabajo académico y ofrecen artículos originales, de calidad, que reflejan la temática de actualidad jurídica, política y social del país, así como de diferentes partes del mundo.

El énfasis que la Facultad ha puesto durante los últimos años en el desarrollo de contenidos del derecho constitucional y las diversas manifestaciones de los derechos humanos puede apreciarse con contundencia en este número, que recoge las aportaciones de los profesores investigadores de esta casa que tienen el mayor reconocimiento, junto con especialistas que van consolidando su experiencia académica. Asimismo, resulta también destacable la participación de investigadores internacionales.

Los artículos de este número desarrollan en su primera sección aspectos novedosos relacionados con el derecho constitucional, con trabajos de autores nacionales consagrados. Artículos vinculados a los derechos humanos, seguido de temas del derecho comparado y, finalmente, una sección con artículos de las diferentes temáticas del derecho, a la que se ha denominado Miscelánea, que completan el panorama de perspectivas jurídicas que ofrece esta edición.

Desde el derecho constitucional, el doctor Domingo García Belaunde reflexiona sobre los orígenes del precedente desde una perspectiva histórica-jurídica: «Los orígenes del precedente constitucional en el Perú». La perspectiva político-constitucional se ve complementada con el artículo del decano de la Facultad, el doctor Magdiel Gonzales Ojeda quien escribe acerca de «Teoría de la Constitución democrática».

En la misma sección, dos investigadores especializados, el doctor Gilmer Alarcón Requejo y el magíster Juan Alberto Castañeda Méndez, se hacen presentes con los siguientes artículos: «Libertad de expresión y derecho al honor en el razonamiento judicial. Análisis a partir de un estudio de caso» y «Una lectura convencional aplicativa a las decisiones de primera instancia en materia de amparo», respectivamente.

El tratamiento de los derechos humanos se concreta en la segunda sección de la revista, donde figuran dos artículos de capacitados docentes: el doctor Edgardo Rodríguez Gómez, profesor de la Facultad, quien comparte su experiencia de gestión acerca de «El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021: balance del proceso de elaboración» y la magíster Noemí Ancí Paredes, autora del trabajo: «La ¿ilegitimidad? de las acciones no pacíficas de defensores de derechos humanos en contextos de conflictividad social».

En la tercera sección figuran trabajos vinculados al derecho comparado. El doctor *honoris causa* de nuestra universidad, el doctor Javier Junceda, plantea «La suspensión e interrupción de los contratos administrativos en España como consecuencia de la COVID-19», el doctor Alberto Varona Jiménez, profesor español, cuyo trabajo es «Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español» y el doctor Jesús Ignacio Delgado Rojas con el artículo titulado: «Educación para la ciudadanía y derechos humanos: una mirada desde el ordenamiento constitucional español».

La cuarta sección de la revista exhibe por primera vez artículos que abordan diversas temáticas que son tratadas con rigor y originalidad. Así, en la sección Miscelánea se encuentran los artículos «Panorama histórico de la regulación del transporte público en Lima», de Esteban Poole Fuller; «La reforma de capacidad jurídica: algunos aportes teóricos sobre su justificación», de Pamela Smith y Mariana Burgos; «Presunción de inocencia ¿civil? Un análisis de las propuestas de Eduardo da Fonseca y J. Harvie Wilkinson III», de Diego Alarcón Donayre; «Alcances del principio de la diligencia judicial», de la profesora María Esther Felices Mendoza; «¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica?: algunos alcances a partir de la Ley n.º 30424», de Juan Elías Carrión Díaz; «Análisis jurídico de la película *La voz de la igualdad*. Un caso de laguna axiológica en derecho tributario», de Jaime Lara Márquez; «Problemas en torno a las prestaciones económicas en salud: ¿quién se encuentra a cargo?», de Raúl Martín Vidal Coronado; «Efectos de la pandemia de COVID-19 sobre la adopción de las TIC en el Perú», del profesor Enrico Huarag Guerrero; «¿Cuántos abogados se necesitan para detener el deshielo mundial?: el derecho como instrumento frente al cambio climático», de Richard O’Diana Rocca; «Algunas dudas sobre el impacto de la inteligencia artificial en el derecho. Un diagnóstico tentativo para superarlo mediante nuevas y viejas amistades», de Gabriel Uscamayta; y «La formación jurídica basada en competencias: rol de las competencias en la educación del futuro abogado», de Niels Apaza Jallo.

Por su parte, en el compromiso de fomentar la investigación de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la revista cuenta con el artículo «Breves apuntes históricos sobre el sector eléctrico y el sector de transmisión de energía eléctrica peruanos», de Jairo Jeyko Velásquez Chumpitaz, para su sección «Los estudiantes escriben».

Finalmente, una vez más es necesario reconocer el trabajo de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma. Sacar a la luz este número ha necesitado del interés y el

esfuerzo de profesores, profesoras, investigadores, asistentes y de sus autoridades. El noveno número de la revista *Ius Inkarri*, que presento, revela la madurez académica de un equipo que con estos productos se muestra fortalecido.

DR. IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Rector

# SEMBLANZA

**IusInkarri**<sup>™</sup>

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)





Esta semblanza se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3665

## SEMBLANZA DE MARIO ALZAMORA VALDEZ

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

Universidad Ricardo Palma

(Lima, Perú)

Contacto: jose.sotomayor@urp.edu.pe

Cajamarquino de nacimiento, Mario Alzamora Valdez es el personaje de la portada del presente número de la revista *Ius Inkarri*. Educado en el colegio San Ramón de Cajamarca, Alzamora fue un hombre de letras y humanidades que primero forjó sus conocimientos en derecho y filosofía, y luego desarrolló su actividad docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Alzamora arribó a Lima en 1927 y el primer gran desafío por el que pasó en la nueva ciudad —centro de ebullición de la cultura, las letras y las artes del país— fue su ingreso a la Universidad de San Marcos. Como él mismo relata, el examen entonces consistía en una entrevista ante un jurado conformado por cinco miembros, que en aquella ocasión estuvo presidido por Ernesto de la Jara y Ureta e integrado por profesores de diversas facultades, entre las que se encontraban Química, Geografía, Física y Matemáticas (Iberico y Alzamora, 1996, p. 309). Su amigo y colega —también filósofo del derecho— Carlos Fernández

Sessarego (1984) relata el resultado del primer reto del joven cajamarquino en los siguientes términos: «Mario Alzamora Valdez salió airoso de aquel trance y obtuvo el más alto calificativo en dicha ocasión» (p. 10).

Nuevamente, el eminente Fernández Sessarego apunta que por aquel entonces enseñaban en San Marcos profesores como Raúl Porras Barrenechea en Literatura, el también jurista Manuel Abastos en Historia Moderna y Julio Chiriboga Vera en Filosofía. Fue precisamente este último profesor, filósofo y educador libertario, quien ejerció una fuerte influencia en la formación del joven Alzamora Valdez.

De Alzamora se puede decir que fue un hombre del siglo XX: nacido en octubre de 1909 y muerto en Lima en marzo de 1992 (Silva, 1998, p. 41). En un siglo tan convulsionado, y de cambios tan rápidos y profundos, dentro y fuera de los claustros universitarios, ello es decir bastante: nuestro personaje observó y participó en la primera línea de las transformaciones en la cultura y la práctica jurídica del país, que se encontraba en el largo e inconcluso camino de construcción del marco institucional que requiere una república, un Estado de derecho. Para una persona interesada y dedicada al estudio de la Filosofía del Derecho ello es doblemente notable, pues muestra un compromiso no solo orientado hacia la pureza teórica, sino un auténtico interés por la transformación práctica de la realidad. Como diría en su *Introducción a la ciencia del derecho*, de 1963, Alzamora concebía al derecho como «la regulación de la vida social del hombre para alcanzar la justicia» (p. 31).

En su extensa actividad docente, que se inició en 1934 —cuando contaba con veinticinco años—, Alzamora Valdez tuvo a su cargo cursos de Psicología, Lógica y Metafísica en la Facultad de Letras de la PUCP, mientras que en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM dictó las materias de Introducción a la Ciencia del Derecho, Derechos Reales y Derecho Procesal Civil. El testimonio de primera mano que nos ofrecen exalumnos y reconocidos juristas como José Antonio Silva Vallejo y Max

Arias Schreiber da cuenta de un hombre con intereses diversos y una vocación interdisciplinaria, que incluye a la psicología y a la filosofía como pilares, en su aproximación hacia el fenómeno jurídico (Arias Schreiber citado por Silva, 1998, p. 42).

Una de las obras más importantes de Alzamora en el ámbito jurídico fue la ya mencionada *Introducción a la ciencia del derecho*, publicada en 1963. Sobre esta, Roberto Mac Lean (1963) señaló en una reseña bastante detallada que se trataba de un texto imprescindible para cualquier profesional consciente de que «uno de sus deberes primordiales [es] el estudio de la ciencia a la que está consagrado» (p. 209).

Ahora bien, las contribuciones académicas de Alzamora no se restringieron a la Teoría General y Filosofía del Derecho, sino que se extendieron a ramas doctrinarias de entre las cuales la principal fue el Derecho Procesal Civil. Desde que recibió el encargo de impartir dicho curso en 1948, se dedicó a sistematizar el estudio y la enseñanza del Derecho Procesal, y alejarlo de las aproximaciones empobrecedoras de corte puramente exegético entonces prevalecientes (Fernández, 1984, p. 14). Como sostiene Fernández Sessarego en su semblanza de nuestro personaje, Alzamora Valdez se encargó de introducir al Perú nuevos planteamientos en la doctrina procesal, a la vez que desarrolló un pensamiento propio influenciado por autores principalmente italianos como Chiovenda y Carnelutti.

Finalmente, y además de su labor docente, Alzamora fue un hombre público, tanto en la gestión universitaria como en los asuntos políticos del país. Primero ocupó los puestos de decano de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la PUCP, entre 1948 y 1954, así como director del Instituto Riva-Agüero de la misma universidad. Luego se desempeñó como diputado de Cajamarca en el período 1956-1962 (Iberico y Alzamora, 1996, p. 308), asesor jurídico del presidente Bustamante y Rivero entre 1953 y 1963, embajador del Perú en Francia (entre 1969 y 1972) y delegado del Perú ante la Unesco en 1971 (Silva, 1998, p. 45).

Sobre su labor parlamentaria, Fernández Sessarego nos recuerda que Alzamora Valdez presentó un proyecto de Ley de Municipalidades que, a pesar de no convertirse en ley, permitió el desarrollo de dicha disciplina en el país, tanto a nivel académico como práctico. Asimismo, cabe mencionar el proyecto de Ley de Bases Universitaria, que al convertirse en ley decantó en la introducción del pasaje universitario, que ha hecho posible la educación de miles de estudiantes en el país desde su implantación.

En tiempos en los que la academia muchas veces da la espalda a la vida práctica del país, y en los que se considera notables novedades a tesis esbozadas por autores de tiempos anteriores, resulta recomendable y necesario volver la mirada a pensadores como Mario Alzamora Valdez. El ideal de una república, entendida como una tradición compartida —lo que incluye una tradición intelectual en común— requiere de ello y es precisamente a lo que apunta esta semblanza.

## REFERENCIAS

- Alzamora, M. (1963). *Introducción a la ciencia del derecho*. Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- Fernández, C. (1984). Semblanza de Mario Alzamora Valdez. *Ius et Praxis*, (4), 9-39.
- Iberico, F. y Alzamora, M. (1996). Entrevista a Mario Alzamora Valdez. *Revista Derecho & Sociedad*, (11), 308-312.
- Mac Lean, R. (1963). *Introducción a la ciencia del derecho*. Mario Alzamora Valdez. Lima. Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A., 1963. 335 pp. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, (22), 207-209.
- Silva, J. A. (1998). La vida y pensamiento de Mario Alzamora Valdez. *Docentia et Investigatio*, (1), 41-61.

# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**IusInkarri**<sup>™</sup>

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3679

## LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ<sup>1</sup>

The origins of the constitutional precedent in Peru

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Pontificia Universidad Católica del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: bgarcia@pucp.edu.pe

### RESUMEN

El artículo tiene como propósito brindar una aproximación histórica sobre cómo y cuándo se introdujo el precedente en el derecho positivo peruano. Para ello se analizará el proyecto de ley discutido y elaborado por la Comisión de 1981, así como las reformas a las que fue sometido con motivo de los cambios constitucionales, hasta llegar al actual Código Procesal Constitucional. Ello a partir de la experiencia del autor, quien

---

1 El presente texto amplía uno de los puntos tratados en mi artículo «El precedente constitucional: extensión y límites» (2017a), con abundante bibliografía, a la que me remito. Una versión preliminar de este último se inserta en mi libro *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional* (2017b), que, de hacer una nueva edición, la reemplazaré por la versión definitiva publicada en *Pensamiento Constitucional*.

fue parte de este proceso y del amplio diálogo construido en torno al precedente.

**Palabras clave:** precedente constitucional; Comisión; debate.

## ABSTRACT

The purpose of the article is to provide a historical approach on how and when the precedent was introduced into Peruvian positive law. To this end, the draft law discussed and prepared by the 1981 Commission will be analyzed, as well as the reforms which it was submitted due to the constitutional changes, until the current Constitutional Procedural Code. This based on the experience of the author, who was part of this process and the broad dialogue built around the precedent.

**Key words:** constitutional precedent; Commission; debate.

Recibido: 30/06/2020

Aceptado: 21/07/2020

## 1. EL PRECEDENTE: UN CONCEPTO IMPRECISO

Como tantas palabras del idioma castellano, «precedente» puede significar muchas cosas. Y así ha sido desde siempre. En materia jurídica y más en concreto en lo jurisprudencial, es toda aquella resolución que se dicta a través de un órgano jurisdiccional y que constituye un referente para terceros. Y esto ha tenido diversas modalidades y alcances entre nosotros. Uno de ellos ha sido publicar sumillas de la jurisprudencia suprema que tienen más bien un carácter orientador (y así se ha hecho desde 1906 con los Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República y también en dos publicaciones de larga influencia y hoy desaparecidas: *Revista de los Tribunales*, desde 1931, y luego con la *Revista de Jurisprudencia Peruana* desde 1943).

En el campo de la docencia universitaria, la situación fue similar. Y como muestra señalemos dos ejemplos en el área civil y en la penal, que son materias básicas para la formación del futuro abogado. En cuanto a lo primero, Jorge Eugenio Castañeda publicó un Código Civil con comentarios después de cada artículo, al cual le seguía una selección de jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, Julio Espino Pérez hizo lo mismo con el Código Penal y por eso fueron motivo de uso obligado en la década de los sesenta y los setenta del siglo pasado en las principales universidades del país. Y alcanzaron ambas varias ediciones de largo tiraje no solo por la fidelidad a las fuentes, sino porque contenían jurisprudencia que servía para mejor entender los dispositivos del Código y además ser orientadores para el litigio.

Es decir, la jurisprudencia siempre fue un referente necesario, si bien no obligaba en sentido estricto, con las excepciones que nunca faltan. Hoy existen otras modalidades de crear obligatoriedad (como es el caso de los «Acuerdos Plenarios» de la Corte Suprema, si bien lo es por áreas) y legislación positiva, pero que es reciente. La primera vez que aparece en el derecho positivo peruano, *ipso nomine*, fue en 1982, con la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley n.º 23506. Veamos cómo, pero repasemos antes el contexto dentro del cual nos movemos.

## 2. LAS FAMILIAS JURÍDICAS

Para mejor ubicarnos, es bueno que tengamos presente que, así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presentes. Entre lo relativamente reciente se tiene la obra del gran comparatista francés René David y más cercanamente de los tratadistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, que han precisado mucho las clasificaciones de las llamadas familias jurídicas, sin dejar de lado la importancia de la familia romanista, romano-germánica o

romano canónica, que es en la cual nos movemos. Al margen de que algunos estudiosos consideran conveniente hacer más clasificaciones, si bien no independientes, como aquellas que postulan la existencia de un derecho latinoamericano<sup>2</sup>.

Dentro de esta clasificación se encuentra la llamada familia del *common law* que, al ser posterior al romanismo, ha desarrollado instituciones propias y modalidades interesantes. De ahí viene el concepto de «precedente» que no califica como «vinculante» ni «obligatorio», porque no es necesario decirlo. Y que cubre todo el ordenamiento y no una de sus parcelas. Su alcance viene dado por el sistema que se caracteriza por el *stare decisis* y la figura, más coloquial que jurídica, del *leading case*.

Existente en Inglaterra y sobre todo en los Estados Unidos de América, se ha ido extendiendo a gran parte de los estados, si bien lentamente, sobre todo en América Latina y además con flexibilidad. En el Perú, con prácticas similares y como fruto jurisprudencial, solo se incorporó a su derecho positivo en 1982, como en detalle lo vemos a continuación.

### 3. LA COMISIÓN DE 1981: SUS INICIOS

Mediante Resolución Suprema n.º 059-81-JUS, del 1 de septiembre de 1981, el entonces ministro de Justicia, doctor Enrique Elías Laroza, nombró una comisión integrada por Pedro Arnillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart, Javier Velarde Santa María y yo como su presidente, a fin de preparar un proyecto de ley que regule las acciones de *habeas corpus* y amparo, instituciones estas diseñadas en su forma moderna en la entonces reciente Constitución de 1979. Entiendo, por la información que recabé en aquel momento, que la idea partió del ministro Elías Laroza y tuvo el apoyo entusiasta del presidente Belaunde. La Comisión se instaló formalmente el 4 de septiembre

2 Véase Somma (2014, pp. 70-92). Un intento de concretar esta idea lo observamos en Rabinovich-Nekerman (2017).

de 1981, con la asistencia del ministro de Justicia, el viceministro Ernesto Blume Fortini y el secretario general Jorge Power Manchego-Muñoz. Sesionó más de tres meses, una vez a la semana y por varias horas, en el local del Ministerio de Justicia, alojado en la zona lateral derecha del Palacio de Gobierno y con salida a la calle de Pescadería, y presentó su Anteproyecto y correspondiente Exposición de Motivos. Esta última se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 7 de febrero de 1982. Mediante Resolución Suprema n.º 152-81-JUS, del 10 de diciembre de 1981, se dio por concluidas las labores de la Comisión y se agradeció a sus miembros por la labor realizada.

La Comisión fue, sin lugar a dudas, un espacio de encuentro y diálogo constructivo. Y si bien todos colaboraron e hicieron posible su concreción, lo cierto es que la presencia de Alberto Borea fue decisiva, ya que era un especialista muy calificado y además profesor de la materia. Y sin falsas vanidades, debo decir que mi colaboración también fue de relieve. Debo recordar que cuando originalmente me llamó el doctor Enrique Elías Laroza, a quien conocía muy bien desde los claustros universitarios, le propuse que nombrase como miembro de la Comisión a Javier Valle-Riestra, pero este se negó a aceptar el encargo, excusándose en su condición de congresista en aquella época (era diputado por Lima). No obstante, asistió a muchas de nuestras sesiones y nos brindó su invaluable apoyo. En términos generales, podría decir lo siguiente:

- i) la parte preliminar la redacté y presenté yo,
- ii) la parte de amparo la presentó y defendió Alberto Borea,
- iii) la parte de *habeas corpus* la preparó y nos la remitió Javier Valle-Riestra, que no solo nos acompañó en el debate interno de la Comisión, sino que igual lo hizo en el hemiciclo, cuando nuestro proyecto fue discutido en el Congreso.

La presentación de estos tres proyectos fue materia de intensa discusión y se llegó a acuerdos que finalmente se plasmaron en el anteproyecto, si bien no fue así en todos los casos. Borea planteó, entre otros temas, el problema de la queja deficiente, la

inconstitucionalidad por omisión y sobre todo el hecho de que el Estado no pueda iniciar un proceso constitucional contra el mismo Estado (hoy se ve, por ejemplo, cómo la Sunat demanda al Tribunal Fiscal en forma desenfadada y el Tribunal Constitucional no hace nada...). Y si bien todo giró en torno a los tres proyectos presentados, lo cierto es que los demás miembros de la Comisión tuvieron un importante cometido por sus observaciones y sugerencias. Un tema aparte que abordó la Comisión fue el de la jurisdicción supranacional, en el cual fue nuestra gran ayuda el proyecto y la información que nos proporcionó César Delgado Güembes y que prácticamente se aprobó tal cual.

Centrándome ahora en el tema del precedente, debo decir que, de acuerdo con la Exposición de Motivos: «El artículo 9 establece la jurisprudencia obligatoria en materia de Habeas Corpus y Amparo [...]». Cabe anotar que esta propuesta de artículo, incluida en la parte preliminar, fue mía y aceptada sin mayor discusión por los demás miembros y que como tal la incorporé en el Anteproyecto, el cual junto con la Exposición de Motivos fue redactado por mí, con el apoyo y la aprobación de los demás miembros. El trabajo durante esos meses fue de cordialidad, diálogo en el trabajo e intercambio de ideas. Solo en un punto hubo una discrepancia insalvable con Alberto Borea, que puso de manifiesto en opinión singular y así aparece en la parte final de la Exposición de Motivos. En el debate parlamentario, se eliminó la parte que habíamos dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales, la cual se dejó para más adelante, y nuestra ley, con ligeros retoques, se aprobó tal cual. La versión oficial de la ley publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 8 de diciembre de 1982 dice lo siguiente en su artículo 9:

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del *precedente*, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución [énfasis añadido].

¿Qué fue lo que me decidió por esta opción que, sin duda alguna, fue compartida y aceptada generosamente por mis colegas? A la distancia, pienso que se debió a dos motivos: uno de ellos era lo que entonces se hacía en la Corte Suprema de Justicia: las «circulares» que preparaba para que las Cortes Superiores de provincias las tuviesen presentes en el caso de nuevas leyes y problemas recurrentes y que se fallase de acuerdo con los criterios plasmados en ellas, que posteriormente se recogían en los *Anales Judiciales*. Cuando mi padre fue presidente de la Corte Suprema de Justicia (1967-1969), colaboré con él, muy modestamente, en algunas de ellas. Lo otro es el conocimiento del «precedente» en el *common law* de Norteamérica, que mi estancia en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin en 1969 hizo posible, y que en parte había utilizado en mis materiales de enseñanza de la Universidad Católica desde 1970. Mi interés en la jurisprudencia y su sistematización empezó entonces y ha estado siempre presente en mi labor académica, como se puede apreciar desde mi juvenil libro *El habeas corpus interpretado* de 1971.

La importancia de este texto de 1982 es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de «precedente» con todas sus letras, aun con sus limitaciones. Su redacción quizá no fue muy afortunada, pero en sustancia recogió lo que es un precedente. Por eso su aparición marca un inicio, si bien, como sucede con todas las innovaciones, su influencia no fue grande. La ley, sin embargo, fue muy bien aceptada por la comunidad jurídica de la época. Recuerdo que el doctor Max Arias-Schreiber Pezet, decano entonces del ilustre Colegio de Abogados de Lima, organizó un debate con nosotros como expositores en el auditorio principal del Colegio y con una gran concurrencia de abogados.

Con posterioridad a la Ley n.º 23506, se dieron otros cambios y modificaciones a la ley que si bien no afectaron lo sustancial, fueron de interés. En esta segunda etapa la actividad de Borea fue fundamental (en especial con la Ley n.º 25398), a lo que luego

siguieron otras normas que pretendieron desactivar este planteo garantista. El ciclo se cerró poco después de 1993.

La Ley n.º 23506 tiene, según entiendo, una enorme trascendencia, pues ensaya por vez primera un enfoque integral para la defensa de los derechos fundamentales a través de procesos específicos, lo que antes no existía. Como se recuerda, el *habeas corpus* se introduce por vez primera en el Perú mediante ley del 21 de octubre de 1897, para la sola protección de la libertad personal. Y se eleva a nivel constitucional recién en la carta de 1920. Ese mismo año, la tramitación del *habeas corpus* se inserta en el Código de Procedimientos en Materia Criminal y es considerado como «recurso». Lo mismo se reitera en 1940 en el Código de Procedimientos Penales. Este camino se cierra, por así decirlo, con la Ley n.º 23506, que es la más importante en este rubro en la última centuria, pues cierra un período y abre otro. El posterior y vigente Código Procesal Constitucional es un paso adelante, que necesariamente se apoyó en lo existente.

Finalmente, cabe aclarar que en el mencionado artículo 9 de la Ley n.º 23506 se utilizan como sinónimos los términos «jurisprudencia obligatoria» y «precedente». Esto en parte por razones de fraseo y en parte porque ambos se refieren a lo mismo y no a dos situaciones distintas que, de ser el caso, lo habríamos dicho. En efecto, la doctrina en forma pacífica sostiene que el «precedente» es prácticamente lo mismo que el *stare decisis*, ya que los jueces al momento de resolver siempre miran al pasado para obtener información y respuestas a los casos que se les plantean y extraer normas que les sean aplicables. Y al hacerlo así contribuyen a dar consistencia y predictibilidad al derecho<sup>3</sup>.

---

3 Véase la voz *precedent* en Hall (2005).

## 4. UNA COMISIÓN DE PROFESORES

Cuando se aprobó y se puso en marcha la Constitución de 1993, esta presentó un nuevo perfil de la defensa de la Constitución y en dos niveles: i) la creación de nuevas «acciones de garantía» y ii) la distinta configuración del nuevo órgano concentrado al que se le dio más competencias y distinta composición, así como el cambio de nombre (Tribunal Constitucional, en reemplazo del nombre adoptado en la Constitución de 1979: Tribunal de Garantías Constitucionales, que venía de la Constitución española de 1931).

En ese contexto, la Ley n.º 23506, si bien sometida a reformas debido a los cambios constitucionales, se encontraba desfasada. Fue así como en mayo de 1994 tuve un encuentro casual con Juan Monroy Gálvez en la sala de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en donde ambos enseñábamos, y fue ahí donde hablamos largo sobre la protección constitucional de los derechos. Me dijo, entre otras cosas, que la nueva Constitución había cambiado la nomenclatura de los derechos y además que era necesario revisar la Ley n.º 23506 y darle una mayor fisonomía procesal (como, por ejemplo, precisar que las acciones de garantía señaladas en la Constitución eran en puridad procesos constitucionales). Admití que tenía toda la razón y fue por eso que me propuso crear una Comisión *ad hoc* al margen del Estado (no olvidemos que vivíamos bajo la dictadura de Fujimori) y con colegas que nosotros escogeríamos de común acuerdo y que tuviesen capacidad de aportar a nuestro proyecto. Este intercambio de ideas duró en implementarse algunos meses, en parte por algunos problemas familiares que tuve que afrontar.

Acordada la agenda, nos pusimos a la tarea de buscar nombres, así como hablar con los interesados, hasta que se fijó su composición final. Fuimos: Arsenio Oré Guardia, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel B. Abad Yupanqui, Juan Monroy Gálvez y yo.

La Comisión se instaló el 16 de marzo de 1995, fecha en la que se elaboró una agenda común. Acordamos algunos asuntos

previos: Samuel Abad sería el encargado de la agenda y de las comunicaciones con los demás miembros (lamentablemente, no previmos la confección de actas y solo quedan apuntes de algunos acuerdos o sesiones que hicimos algunos de nosotros) y yo como coordinador de la Comisión. El local donde funcionamos los primeros tres largos años —que fueron los más intensos y productivos— fue el de la Comisión Andina de Juristas ubicado en la calle Los Sauces. Luego pasamos al Estudio Javier de Belaunde, en la calle Miguel de Cervantes, y finalmente en 2001 al Estudio Monroy, en la calle Roma, donde terminamos nuestra labor en 2003. Todos ellos en el distrito de San Isidro.

La idea era hacer una ley general, que tendría la calidad de orgánica, ley reguladora, ley procesal, ley de procesos constitucionales, ley procesal constitucional o ley de jurisdicción constitucional, al estilo de Costa Rica. Solo meses más tarde y luego de vacilaciones, optamos por la de «Código» a mediados de 1997, por sugerencia de Jorge Danós, y teniendo presente que existía aprobado en la legislatura provincial de la provincia de Tucumán (Argentina), y desde 1995, un Código Procesal Constitucional —iniciativa de nuestro amigo Sergio Díaz Ricci— y que, por desidia del gobernador, solo se promulgó en marzo de 1999 (Díaz, 2000).

## 5. LOS DEBATES DE LA COMISIÓN

Según comunicación de Samuel Abad remitida a todos nosotros el 23 de junio de 1995, la primera sesión de trabajo de la Comisión *ad hoc*, luego de la instalación, sería el 5 de julio de 1995 a las 19 horas y en el local de la Comisión Andina de Juristas. Ese día se iniciaría el debate que tendría como referente un «Anteproyecto sobre principios generales y aspectos constitucionales» elaborado por mí para iniciar nuestro trabajo y que fue remitido a todos los miembros para su lectura. Ahí introduje el tema del precedente en el artículo 14 de mi proyecto —que era en sustancia el artículo 9 de la Ley n.º 23506—. Fue discutido ampliamente

y aprobado todo el proyecto con algunos cambios, pero el artículo 14 se mantuvo tal cual, y quedó pendiente hacer un agregado específico sobre el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia.

Mediante comunicación del 15 de septiembre de 1995, Samuel Abad nos remite un primer proyecto de lo acordado hasta ese momento. Ahí vemos el avance en esta materia, lo que incluye una nueva numeración:

Artículo 13. Jurisprudencia obligatoria

Las resoluciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del *precedente*, los jueces fundamentarán en forma expresa las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución, bajo responsabilidad [énfasis añadido].

Los jueces y tribunales deben interpretar y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Es decir, a esta fecha ya estaba prácticamente formulado y aprobado un esquema sobre el precedente que, con idas y vueltas, terminó siendo el texto legal de 2004. Lo interesante de este artículo es lo siguiente: tiene dos párrafos, el primero de los cuales es mi propuesta en la primera sesión de trabajo de la Comisión y que proviene en sustancia del artículo 9 de la Ley n.º 23506. La segunda parte es nueva y ha sido introducida en el debate posterior como un complemento, en el que se precisa cuál es el papel del Tribunal Constitucional dentro del uso del precedente. Así fue pensado y propuesto por Jorge Danós Ordóñez desde un primer momento y en el entendido de que era un segundo párrafo del mismo artículo e inspirado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 26435 de 1995. O sea, un solo tema dividido en dos y que se mantendría en el debate hasta el final, con los ajustes que este imponía.

El 8 de enero de 1996 Samuel Abad nos envía una carta circular en la que adjunta un proyecto general que será materia de debate. Este proyecto incluye el Título I, cuyo artículo VII tiene esta sumilla: «Jurisprudencia obligatoria». Y que es básicamente igual al anterior. Mediante carta del 18 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía el cronograma adoptado para los temas pendientes y así poder terminar el primer borrador de la nueva ley. Los temas —con excepción de la parte preliminar que ya ha sido vista— se distribuyen de la siguiente manera:

- Amparo: Eguiguren/Abad
- *Habeas corpus*: Oré
- Cumplimiento: Danós/Abad
- *Habeas data*: García B.
- Acción popular/competencia/inconstitucionalidad: Danós
- Medida cautelar amparo: Monroy
- Disposiciones finales: García B./Monroy

Hace falta una precisión: salvo la parte preliminar que por propia iniciativa presenté yo, como se ha visto, se acordó repartir los temas entre todos los miembros, de manera tal que luego de la distribución del trabajo, cada uno preparaba su proyecto para su discusión y su aprobación. Hecho esto, se juntaban todas las partes y así se tenía un primer borrador que sería discutido en varias sesiones, hasta llegar a la versión final y definitiva, que solo estaría lista en 2003, si bien para efectos prácticos el texto estuvo casi terminado a fines de 1999 y redondeado en 2001. Esto fue en debates de varios meses de los que aquí se da cuenta solo de los principales, como en detalle veremos más adelante. En ellos nada impedía que cada cual pudiese intervenir en los otros temas. Y, además, en medio de un ambiente de camaradería y colaboración, en el cual cada uno daba lo mejor de sí y de su experiencia. Y en donde al final los resultados eran fruto de un cambio de ideas y experiencias comunes, en aras de llegar a resultados consensuados. Así, por ejemplo, Francisco Eguiguren tuvo destacada participación en la parte relativa al *habeas data* y los derechos que protege, para superar la rigidez constitucional.

Asimismo, se interesó en especial en algunos puntos relacionados con las causales de improcedencia del amparo, sobre lo cual tenía artículos publicados de interés (principalmente sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho y su carácter residual). Por su parte, ciertos giros eminentemente procesales fueron la preocupación permanente de Juan Monroy Gálvez, como es fácil apreciar en la versión final de nuestro proyecto.

Un aspecto importante en nuestro proyecto, que ya he adelantado, es el relativo a la subsidiaridad del amparo, que está incorporado en los artículos 5 y 45 del Código Procesal Constitucional, que fue objeto de un debate relativamente breve y que no tuvo mayor discusión, pues hubo un consenso en este punto. Para entender esto, hay que recordar que la Ley n.º 23506 señaló en su artículo 6, inciso 3, una situación tal que permitía que el justiciable o demandante utilizase, indistintamente, la vía extraordinaria de las «acciones de garantía», como se llamaban en aquel entonces, o la ordinaria (o sea, la que señalan básicamente los códigos procesales civil y penal). Esto obedeció a una situación determinada que existía en el mundo judicial y fue fruto del momento. En efecto, en el período 1981-1982 en que se redacta y aprueba dicha norma, salíamos de la dictadura militar que gobernó al país en dos etapas y por un total de doce años (1968-1980), la que había intervenido y sometido al Poder Judicial, y que no era garantía de nada. Por tanto, teniendo esa experiencia a la vista, señalamos que el interesado podía recurrir a las vías ordinarias o a las «acciones de garantía», a voluntad. Es decir, se convirtió en una libre elección del interesado o, mejor dicho, en una opción de cada cual. Pasado el tiempo, la situación era otra, decididamente, motivo por el cual pensamos todos —sobre todo por iniciativa de Francisco Eguiguren, apoyado por Samuel Abad— que había que crear, en principio, un proceso con requisitos previos y esto incidía sobre todo en el amparo, para que sea residual, es decir, subsidiario y solo cuando no existían vías adecuadas. Y así quedó al final, apoyado por todos los miembros de la Comisión, si bien con algunas pequeñas imprecisiones,

que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado. Esto, por cierto, no ha creado una menor carga procesal, pero sí ha ordenado nuestro panorama de defensa de los derechos fundamentales.

Continuando con nuestras labores, en mayo de 1996 se tiene un primer proyecto general. Se mantiene lo de «jurisprudencia obligatoria» que pasa a ser el artículo VIII del Título Preliminar. El proyecto tiene un total de 90 artículos y varios más de disposiciones finales.

Una reunión de trabajo con Néstor P. Sagüés, Vladimiro Naranjo y Francisco Fernández Segado, entonces en Lima, lleva a elaborar un nuevo proyecto general que se revisó en julio de 1996. Se mantiene el artículo VIII del Título Preliminar, con la sumilla siguiente: «Vinculación del precedente jurisprudencial».

En julio de 1996, el que entonces llamamos «Anteproyecto de ley reguladora de los procesos constitucionales» mantiene el artículo VIII en los términos antes expuestos y cubre todo el espectro.

En enero de 1997 se presenta un nuevo «Anteproyecto» con innovaciones. El artículo sobre el precedente pasa a ser el número VI del Título Preliminar. El proyecto circuló entre manos amigas y mereció una nota, meramente informativa, en el *Diario Oficial El Peruano* del 25 de febrero de 1997.

Luego de algunos meses de reuniones distanciadas, se arriba a un nuevo proyecto que recoge lo anterior y queda consagrado el artículo VIII del Título Preliminar, como desarrollo del anterior artículo 13.

Tras intercambios telefónicos y por carta —fax e *e-mail*— se envía la versión final a todos los miembros de la Comisión para sus comentarios y propuestas y poder tener listo un nuevo texto a mediados de 1998. Entre los comentarios recibidos destaca una larga y detallada carta de nueve páginas que envía Juan Monroy Gálvez el 30 de julio de 1998, en donde repasa críticamente todo el proyecto, señala ligeras diferencias con lo acordado

y hace diversas sugerencias, pero no objeta el uso de «jurisprudencia obligatoria» ni el de «precedente» que entonces se manejaba. Una versión de 2001 circula sin mayores cuestionamientos y es publicada por Aníbal Quiroga León (2004), con una nota de presentación, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, editada en México y que tendrá una gran circulación.

La última y definitiva revisión del proyecto se aprobó a mediados de 2003, en donde se hizo una revisión total y quedó firme el 23 de septiembre de 2003. Aquí vemos en el Título Preliminar:

- i) la parte final del artículo VI que establece la obligación de los jueces de seguir las resoluciones del Tribunal Constitucional y
- ii) el artículo VII que es el precedente propiamente dicho.

El trabajo de la Comisión prácticamente finaliza en el 2000 y entramos en un compás de espera, con reuniones eventuales en el período 2000-2003. A fines de 1998, Alfredo Quispe Correa, entonces ministro de Justicia de Fujimori, me buscó para pedirme el texto de nuestro proyecto para publicarlo en el *Diario Oficial El Peruano*, como paso previo para pedirle al presidente Fujimori su debate en el Congreso. Conversé el tema con mis colegas, se opusieron y todo quedó ahí. Se lo informé a Quispe Correa y me entendió.

El cambio político nos ayudó. Fujimori participó en el proceso electoral para un tercer período, lo cual fue su gran error. Inició uno nuevo en julio de 2000 y en noviembre renunció al cargo desde el Japón y por fax. Un gobierno presidido por Valentín Paniagua, entonces presidente del Congreso, asumió la transición hasta julio de 2001. Un nuevo período constitucional lo inauguró Alejandro Toledo, que cubre el quinquenio 2001-2006. Se presentaba así una nueva posibilidad para hacer realidad nuestro proyecto.

De la correspondencia cursada y recibida entonces —ya que habíamos enviado nuestro proyecto final a diversas autoridades

y colegas pidiéndoles su opinión— rescato aquí el *e-mail* de Luis A. Huerta, del 26 de mayo de 2003, que nos hizo atenciones interesantes sobre el precedente. Por esa época e incidiendo en lo mismo, lo hizo Nelson Ramírez. Recibimos comentarios de algunas cortes superiores del país que nos sugerían, muy cordialmente, algunos cambios en nuestro proyecto. Lamentablemente las encontramos, casi todas, muy voluntariosas, pero sin mayor comprensión del tema. Algunos fiscales nos solicitaron no eliminar el dictamen fiscal en los procesos de *habeas corpus*, pues al parecer se sentían incómodos de que les quitásemos «trabajo». La verdad es que, por consenso, optamos por quitar al Ministerio Público toda intervención, pues la experiencia había demostrado que este era, precisamente, el cuello de botella que retrasaba los procesos constitucionales. Desafortunadamente, en este punto y en lo referente a los municipios (artículo 15 del Código Procesal Constitucional), el Congreso, durante la discusión del proyecto, introdujo una excepción que aún se mantiene.

La versión final del proyecto, debidamente revisada y corregida, fue aprobada el 23 de septiembre de 2003. Ahí se mantiene, en sustancia, el artículo VII del Título Preliminar, pero la sumilla se ha acortado: dice solo «Precedente».

El último párrafo del artículo VI del Título Preliminar señala la obligación de los jueces y los tribunales de interpretar de acuerdo con las resoluciones del Tribunal Constitucional, que venía desde antes, y que es simplemente una deducción del artículo VII sobre el precedente, pero puesto en forma aislada. Esto ha dado pie a una creación heroica del Tribunal Constitucional distinguiendo el «precedente» de la «doctrina jurisprudencial», lo cual es una curiosidad innecesaria.

Por iniciativa de Pedro P. Grández y de su editorial Palestra, editamos nuestro anteproyecto, previamente revisado en septiembre de 2003. Preparamos una exposición de motivos fechada en octubre de 2003 y el libro salió en noviembre del mismo año (Abad et al., 2003).

El artículo VI del Título Preliminar se mantuvo tal cual y también el siguiente artículo VII, cuyo texto final es así:

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos en los que sustenta tal decisión.

Este proyecto circuló ampliamente y, apoyado por la editorial Palestra, se difundió en provincias, a través de seminarios a los que viajamos varios de nosotros en esos días. A mí me tocó participar en un evento en Piura, en donde tuve el gusto de conocer personalmente a Luis Castillo Córdova, de quien tenía importantes referencias. Otros colegas lo hicieron en Lima y algunos en Arequipa, con el apoyo del Tribunal Constitucional.

Todo esto fue debatido en el Parlamento durante el año 2003 y aprobado a inicios del 2004. Fue promulgado en mayo de 2004 por el presidente Toledo en una ceremonia especial en la sede del Tribunal Constitucional en el jirón Áncash, en la conocida como «Casa de Pilatos» —con la intervención mía por parte de la Comisión de profesores y la de Javier Alva Orlandini, como presidente del Tribunal Constitucional—, y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 31 de mayo de 2004. La parte final del nuevo Código preveía una *vacatio legis* y por tanto el nuevo Código entró en vigencia solo el 1 de diciembre de 2004. La idea que tuvimos en mente era que en ese período de seis meses hubiese un plan ordenado de capacitación para los jueces, en quienes estaría la responsabilidad del manejo de los procesos constitucionales. Y, efectivamente, la Academia de la Magistratura convocó en ese período a diversos profesores de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional para impartir cursos específicos sobre el nuevo Código, con materiales de enseñanza, de los cuales salieron diversos ensayos que se publicaron luego.

Se encargaron de esos cursos, entre otros, los siguientes profesores: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Módulo I: Alcance, Título Preliminar y Disposiciones Generales del Código Procesal Constitucional; Luis Sáenz Dávalos (Módulo II: Procesos Constitucionales y Órganos Competentes); Susana Castañeda Otsu (Módulo III: Interpretación de los Derechos a la Luz de los Tratados Internacionales); Edgar Carpio Marcos (Módulo IV: Control Difuso e Interpretación Constitucional. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes y el Código Procesal Constitucional) y José F. Palomino Manchego (Módulo VI: El Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional).

En la actualidad y hasta donde alcanza mi información, este interés ha decaído y se ha dado preferencia a otro tipo de materias. Por lo demás, la capacitación de los jueces por parte de la Academia de la Magistratura ha venido a menos en los últimos años. En parte, por carecer de recursos para otorgar becas integrales a los jueces, que reemplacen los cursos nocturnos o de fin de semana, que no son una buena opción pedagógica.

## 6. LA VERSIÓN FINAL PROMULGADA

Finalmente, el Código Procesal Constitucional trajo la siguiente redacción:

### Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Como puede apreciarse, este texto es básicamente el que se planteó y aprobó en la primera reunión de 1995, con los ajustes y los afinamientos que se dieron en las sesiones posteriores, en

especial en la versión del 2003. Y además con la reiteración de la palabra «precedente» para que no quede la menor duda.

El artículo VI, destinado al control difuso e interpretación constitucional, consagra este párrafo final:

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Conforme es fácil apreciar, se trata de una versión básicamente igual a la del originario artículo 13 aprobado por la Comisión en 1995, pero que ahora forma parte de otro artículo dedicado al «control difuso y a la interpretación». Esto, por cierto, fue fruto de una revisión hecha por nosotros con fines de redacción y confirma que al final el Congreso respaldó el anteproyecto en sus líneas fundamentales. No obstante, esta separación ha originado una interpretación del Tribunal Constitucional mediante la cual ha dicho —como debía ser— que uno era el precedente, o sea, el artículo VII, y el otro «doctrina» jurisprudencial, sobre cuyos alcances no existe todavía un criterio uniforme. Por lo pronto, es demasiada vanidad pensar que nuestro Tribunal Constitucional «crea» doctrina. Y, por otro, el enunciado del artículo VI, parte final, es genérico, de carácter orientador y no tiene efecto vinculante, como la experiencia lo ha demostrado. Este enunciado se parece a las tendencias o líneas jurisprudenciales que tenía la Corte Suprema de Justicia antes de los años ochenta del siglo pasado, en donde a una resolución determinada la seguían otras de igual sentido y pasado el tiempo la propia Corte Suprema sentía que ataba sus decisiones, sin que esto significase que no podían modificar esa tendencia en el futuro. La pretensión fatua de hacer inamovible sus decisiones ha llevado a esta «creación» del Tribunal Constitucional, que veo totalmente innecesaria. En efecto, uno es un precedente con todas sus letras, y la otra es una directiva en todos los procesos que es eso y nada más, porque

es obvio que ambos textos no son iguales (y si lo fuesen, uno sobraría y estaría de más). Con el agravante de que la experiencia de la llamada «doctrina» jurisprudencial ha sido irrelevante, pues no ha sido respetada ni siquiera por el mismo Tribunal Constitucional, que ha hecho caso omiso de ella en infinidad de veces, con lo que, en los hechos, la ha terminado desautorizando. Pero se trata de un tema sobre el cual no hay una última palabra y conviene que sea abordado en otra ocasión (Sáenz, 2017).

## 7. DEBATES EN TORNO AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A diferencia del enunciado normativo de 1982, que pasó casi inadvertido, el del 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente seguido en otras aéreas del ordenamiento peruano (el primero fue la modificatoria del artículo 301-A del entonces Código de Procedimientos Penales promulgado mediante el Decreto Legislativo n.º 959 de agosto de 2004, meses más tarde y del cual prácticamente es una copia). Y al que siguieron otros más.

La jurisprudencia con calidad de precedente vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (son 52 casos hasta marzo de 2020), pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido y a veces ha sido errática. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado *ex nihilo* un precedente en el caso «Vásquez Romero» (STC 00987-2014-PA/TC) que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional, con tendencia al abandono del garantismo y con manifiesta inconstitucionalidad.

Sobre el tema del precedente hay mucho escrito, tanto a nivel general como constitucional, del cual hemos dado cuenta en otra oportunidad. Son planteos doctrinarios de fuste, que hay que tener presentes. Aquí nos limitamos a un punto muy simple, casi un dato casero, cuál es su origen dentro de nuestra legislación. Y en este campo llama la atención lo que hemos leído recientemente —o, mejor dicho, revisado— en el importante

libro de Edward Dyer (2015, pp. 346-353). Ahí hace una investigación muy seria, incluye entrevistas personales a Juan Monroy Gálvez y a mí, que son de interés, aun cuando no veo que hayan sido revisadas por los entrevistados, que seguramente hubieran hecho algunas precisiones. Con todo, es inequívoca la declaración de Juan Monroy Gálvez, quien ha manifestado que la introducción del «precedente» en el Código Procesal Constitucional es una contribución suya —preparada y redactada por él— y que la tomó de su experiencia académica y profesional en Brasil, que tiene, como se sabe, las «súmulas» (la palabra «súmula» viene del latín *summula* y significa «sumario» o «resumen»). Esta declaración —que por lo demás expuso con mucha precisión en una conferencia de 2015 en la Academia de la Magistratura— me ha llamado la atención, pues no solo no la recordaba, sino que no existe ningún dato en los debates ni en los proyectos que así lo confirme. Aún más, preocupado por esta afirmación de la que supe hace algún tiempo, me puse a buscar en mi biblioteca mi *file* sobre la Comisión *ad hoc* y que tenía por perdido en alguna mudanza, pero que he podido recuperar para este artículo y que es el respaldo de lo que aquí sostengo. Pero ahí no consta nada de las súmulas ni en la correspondencia ni en los proyectos cruzados entre sus miembros ni menos su temprana propuesta sobre el precedente. Monroy ha sido un eficazísimo e insustituible colaborador de este Código, que en gran parte contribuyó a hacerlo realidad y no veo por qué pretende, seguramente por una transcordación de datos, hacerse de una paternidad que no le corresponde. En mis archivos no consta nada de esa supuesta colaboración y solo he podido obtener en fecha reciente un proyecto sin firma y que se le atribuye a él, en donde hace algunas atingencias sobre un proyecto del 2001 y en donde por vez primera incursiona en el texto del precedente (artículo VII del Título Preliminar) sugiriendo usar en forma preferente la sumilla «sentencia normativa» en lugar de «precedente» que, puesto a discusión, nadie aceptó. Esto es, algo presentó, pero muy tarde y sin eco alguno. Y sin olvidar que antes de 2004 no existía en el Brasil la «súmula» vinculante. Lo que hubo desde un primer

momento es una aceptación preliminar del artículo 9 de la Ley n.º 23506 promulgada en 1982, que luego de debates, ajustes y afinamientos llegó al actual artículo VII del Código Procesal Constitucional, como consecuencia de un diálogo transparente y sin ninguna propuesta ajena. La tesis de la «súmula» y de su carácter inspirador del precedente no se compadece con los hechos y esto por tres razones:

- i) El precedente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene su origen en el artículo 9 de la Ley n.º 23506 y fue planteado por mí en la primera sesión de trabajo de la Comisión de profesores en 1995. Luego fue discutido y perfilado en el transcurso del tiempo, hasta llegar al texto actual.
- ii) La «súmula», existente desde 1963 en el derecho brasileño, era un diseño pensado con fines de facilitar el manejo de los procesos. Dicha «súmula» era lo mismo que las «sumillas» que aquí preparaba la Corte Suprema de Justicia de los juicios que resolvía. Solo cuando en diciembre de 2004 se crea la «súmula vinculante» en el Brasil, la que será reglamentada por ley de 2006, podemos decir que estamos ante un precedente, por lo menos en sus aspectos centrales.
- iii) La «súmula» que realmente importa en el derecho brasileño es la «súmula clásica», que es una directriz genérica, orientadora, sin carácter vinculante y como facilidad para el litigio. Eran resúmenes que antecedian a los casos con fines de orientación y nada más. Tan solo mediante expresa reforma constitucional de diciembre de 2004 (EC-045), que así lo estableció en el artículo 103A de la Constitución de 1988, se crea la «súmula vinculante», a cargo exclusivo del Supremo Tribunal Federal y que fue reglamentada recién en diciembre de 2006 (Sifuentes, 2015, pp. 228-244; Ramos, 2009). Imposible, pues, pensar que la «súmula vinculante» brasileña haya influenciado en el Perú, ya que fue aprobada en diciembre de 2004, cuando el Código Procesal Constitucional estaba listo y promulgado en mayo

de 2004. Y con el proyecto circulando tres años antes entre la comunidad jurídica y editado en 2003 por la editorial Palestra.

## 8. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El propósito de estas líneas es precisar cuándo y bajo qué circunstancias se introdujo el precedente en el derecho positivo peruano. Y el contexto en el cual esto se dio. Cómo se ha desarrollado y cómo se aplica es un problema aparte. Soy consciente de los problemas que ha afrontado el precedente en los últimos años y las críticas, algunas no muy benévolas, que se le han dirigido. Y lo mismo podría decirse de la manera como lo utiliza el Tribunal Constitucional, que es muy debatible. Pero entiendo que es algo que no va a desaparecer, pues la idea que está detrás de todo esto es la predictibilidad de los procesos, tanto en sede judicial como constitucional, que contribuye, sin lugar a dudas, a crear seguridad jurídica en el sistema, que no es nada fácil. Y sin descartar el principio de igualdad del justiciable que esto conlleva, así como la coherencia del sistema. Y además saber por dónde andamos. Ello amerita bregar en ese sentido. Entiendo, pues, que el precedente llegó y, pese a todo, ha venido para quedarse.

## 9. UN ESCOLIO: EL PRECEDENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

Hemos visto, aun cuando tangencialmente, la importancia de las decisiones y las políticas que lleva a cabo la Corte Suprema federal de los Estados Unidos, que es ejemplar en muchos sentidos, y que ha tenido una gran influencia en nosotros y en nuestro entorno. Por cierto, en lo relativo al precedente, que es parte central del funcionamiento del sistema. Y lo más importante, en efecto, es su enfoque sobre lo que ella debe hacer y no hacer y que se ejerce en lo que la doctrina conoce como *self-restraint*, o sea, «autocontención», muy alejado del activismo, muchas veces

desenfrenado, que tienen muchos de nuestros tribunales o cortes constitucionales. Tan solo como referencia, mencionemos lo que señala Henry J. Abraham (1998, pp. 386-410), que desarrolla un conjunto de dieciséis normas de las que señalamos por su importancia solo las tres siguientes:

- i) La Corte Suprema no se aferra a sus precedentes, los mantiene, pero se adecua al presente y puede apartarse de ellos.
- ii) Una norma aprobada puede no ser sabia ni agradable, pero en principio debe ser constitucional a los ojos de la Corte.
- iii) La incompetencia de los legisladores en temas políticos no es asunto de la Corte Suprema, es problema del electorado.

El precedente tal como opera en el mundo judicial norteamericano es peculiar, incluso en la manera en que se construye y conforma. Pero, aun así, la idea básica que lo anima es lo que más ha trascendido en los sistemas jurídicos romanistas. O del *civil law*, que es como en la literatura sajona se les denomina.

## 10. CODA

Adicionalmente a lo señalado en nota al pie en la primera página de este texto, tenemos: *Justicia Constitucional*, (5), 2007, número especial sobre el precedente constitucional, que ha tenido gran repercusión; César Landa, «Los precedentes vinculantes». *El control del poder. Libro-homenaje a Diego Valadés*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2012; Christian Donayre Montesinos, «Alcances generales del precedente constitucional vinculante en el Perú». *Diálogo con la Jurisprudencia*, (177), junio de 2013; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, «El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana». *Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, (1), 2006; Aníbal Quiroga León y Ma. Cristina Chiabra Valera. *El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (Lima: APECC, 2009) (en su artículo «La judicial review en el Perú», publicado en el diario *El Comercio*

del 13 de septiembre de 1996, Aníbal Quiroga propone pioneramente un Código Procesal Constitucional para el Perú); Luis R. Sáenz Dávalos, «El camino del precedente constitucional vinculante» en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (83), noviembre de 2014; Edward Dyer Cruzado. *El precedente constitucional. Análisis cultural del derecho* (Lima: Ara Editores, 2015); Francisco Morales Saravia, *Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC* (Lima: Gaceta Jurídica, 2017) (un gran panorama con datos muy útiles); Juan Monroy Gálvez, «Presente y futuro de la doctrina del precedente en el derecho peruano», conferencia impartida en la Academia de la Magistratura, 5 de octubre de 2015 (archivada en la videoteca de la institución). De interés es el libro de Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo* (Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pp. 619-642), en donde analiza la distinción entre precedente vinculante y «doctrina jurisprudencial». Para la reconstrucción del debate al interior de la Comisión nombrada en 1981, he recurrido a mis archivos y al testimonio de Alberto Borea Odría y Walter Rivera Vílchez, este último funcionario del Ministerio de Justicia adscrito a nuestra Comisión en aquel entonces. Lamentablemente, no hay actas de esas sesiones, al igual que de la posterior, con la ventaja para esta última de que hay correspondencia y proyectos en cantidad.

Alberto Borea Odría tiene publicado un importante libro: *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy* (Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985), con prólogo mío. Hay ediciones posteriores de las que destaco la muy ampliada y con título distinto: *Evolución de las garantías constitucionales* (Lima: Editorial Grijley, 1996) (es un análisis detallado de la Ley n.º 23506 e incluye la exposición de motivos, el anteproyecto, la ley finalmente promulgada y leyes complementarias). Igualmente de utilidad son los trabajos de Gerardo Eto Cruz, *Régimen legal del habeas corpus y amparo* (Lima: Gaceta Jurídica, 1999); Gustavo Gutiérrez Ticse, *Los procesos constitucionales de la libertad* (Lima: Editora Rao, 2003), y Edgar Carpio Marcos, *Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Jurista Editores, 2002) (para no alargar la lista menciono, sin ánimo exhaustivo,

otros trabajos meritorios de Víctor Julio Ortecho Villena; Alejandro Ranilla Collado; Roberto Alfaro Pinillos; Hermilio Vigo Zevallos; Edwin Figueroa Gutarra; Samuel B. Abad Yupanqui, quien preparó una valiosa selección de jurisprudencia; Walter Díaz Zegarra; Fernando Zubiata; Augusto Balbín Guadalupe; entre otros). Para la Comisión posterior que preparó el anteproyecto del Código Procesal Constitucional, he rescatado mi *file* con los antecedentes, proyectos, propuestas, correspondencia y sucesivos textos que me han servido para corregir y rescatar algunos datos, especialmente de fechas, que por error se deslizaron en textos míos anteriores. Me he beneficiado igualmente de la información, las sugerencias y los comentarios que me han proporcionado Arsenio Oré Guardia, Gerardo Eto Cruz, Francisco Morales Saravia, Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Aníbal Quiroga León, Edgar Carpio Marcos y Luis Saénz Dávalos, sin que esto signifique que tengan responsabilidad alguna en lo que aquí sostengo. En el debate parlamentario de la ley, fue de inestimable ayuda Natale Amprimo Plá, entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

El más completo volumen sobre los antecedentes del Código Procesal Constitucional es el siguiente: Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia. *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico* (incluye debate parlamentario) (Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2008) (la primera edición es de 2004; la segunda, revisada y corregida es de 2005 y es la definitiva; de esta proviene la tercera y última, que ha circulado ampliamente). En esta labor de difusión fue decisivo el apoyo que brindó la editora Palestra.

La bibliografía sobre el nuevo Código Procesal Constitucional es interminable y en continuo crecimiento. Una visión general con buena bibliografía de referencia: Samuel B. Abad Yupanqui, *Manual de derecho procesal constitucional* (Lima: Palestra Editores,

2019). Con amplitud y especial énfasis en la interpretación jurisprudencial, véase Gerardo Eto Cruz, *Derecho procesal constitucional* (Lima: Grijley, 2019) (el tema del precedente se encuentra en el tomo II, pp. 597-608).

Un problema aparte que merece ser considerado son los desencuentros entre el Poder Judicial —en especial a través de la Corte Suprema de Justicia— y el Tribunal Constitucional. Y que tiene varias aristas, una de ellas es la eventual interferencia del Tribunal Constitucional en lo decidido por el Poder Judicial, de lo que es clara muestra el caso de los casinos y los tragamonedas: cf. Domingo García Belaunde (coord.). *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (Lima: Palestra Editores, 2008), y Nelson Ramírez Jiménez, «Jurisdicción constitucional. Guerra de cortes». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, (178), junio de 2013, con una propuesta interesante para evitar estos roces. En el mismo sentido y más crítico, véase Víctor Malpartida Castillo, «Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A propósito de un proceso competencial)». *Revista Oficial del Poder Judicial*, (6-7), 2010-2011. Y que no es tema nuevo, pues se origina en Italia y se presenta en otros países como Colombia, en donde este fenómeno se conoce como «choque de trenes» (cf. Carlos Mario Molina Betancur (ed.). *Corte Constitucional. 10 años. Balance y perspectivas* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2003). Lo mismo podemos decir de España (cf. Rafael de Mendizábal Allende, *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2012).

Otro aspecto de actualidad y vinculado a aquel, pues se nota con más frecuencia, es la observancia que deben tener los jueces frente a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (como simple muestra, véase el «Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010 de la Corte Superior de Justicia de Lima», que acordó dejar en libertad a los jueces para que, mediando buenas razones, puedan desvincularse de los precedentes fijados en conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código

Procesal Constitucional, basándose, precisamente, en la autonomía que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones). Este factor de la «autonomía» y además el empleo del *distinguishing*, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia apartarse no solo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino incluso de los precedentes vinculantes que emite este último. Esto se aprecia, sobre todo, en el precedente «Huatuco» (STC 02899-2016-PA/TC), del que se han desligado varios casos resueltos desde mediados de 2016, sin que ello causara problema alguno.

En lo referente a Alemania, tal como señala Robert Alexy, la situación es más simple: todas las decisiones del Tribunal Constitucional Federal tienen las características de un precedente y por tanto son vinculantes y deben ser observadas. Pero tratándose de casos distintos, cabe el apartamiento mediante una adecuada argumentación (cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 535-540). Una solución similar, y al parecer inspirada por ella, la ofrece el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica (cf. Rubén Hernández Valle. *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Editorial Juricentro, 2009, pp. 223-252).

Finalmente, quiero señalar un dato interesante en relación con el concepto de «precedente». Y es que hasta donde alcanza mi información, no existen en nuestro medio ensayos, monografías o libros sobre el tema en cuestión, hay estudios, no siempre de primera mano, sobre el sistema jurídico y constitucional de los Estados Unidos de América. De excepción es el libro del jurista inglés H. H. A. Cooper, quien estuvo en Lima como profesor visitante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y publicó *Diez ensayos sobre el «common law»* (Lima: Universo, 1967), en donde el tema se toca en forma marginal (publicó igualmente un interesante estudio buscando un paralelismo entre el juez inglés y el pretor romano; cf. *Evolución del pensamiento jurídico*. Lima: Universo, 1967). Lo que existe sobre el «precedente» es básicamente lo que se publica a partir de 1982 y sobre todo desde 2004, con la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional y

existiendo un Tribunal Constitucional activo y que incursiona, no sin audacia, en el concepto en cuestión.

## REFERENCIAS

- Abad, S., Danós, J., Eguiguren, F. J., García Belaunde, D., Monroy, J. y Oré, A. (2003). *Código Procesal Constitucional, Anteproyecto y legislación vigente*. Palestra Editores.
- Abraham, H. J. (1998). *The judicial process* (7.<sup>a</sup> ed.). Oxford University Press.
- Díaz, S. (2000, julio-diciembre). El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica. *Revista Peruana de Derecho Público*, (1).
- Dyer, E. (2015). *El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho*. Ara Editores.
- García Belaunde, D. (2017a). El precedente constitucional: extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*, (2), 83-107.
- García Belaunde, D. (2017b). *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Ediciones Olejnik.
- Hall, K. L. (2005). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford University Press.
- Quiroga León, A. (2004, enero-junio). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (1), 251-282.
- Rabinovich-Nekerman, R. D. (2017). *Principios generales del derecho latinoamericano*. Astrea.
- Ramos, A. (2009). *Nova ley da Súmula Vinculante*. Editora Método.
- Sáenz, L. (2017, octubre). La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (118).

Sifuentes, M. (2015). *Súmula Vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*. Editora São Paulo.

Somma, A. (2014). *Introduzione al diritto comparato*. La Terza.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero–diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3680

## TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

Theory of the democratic Constitution

MAGDIEL GONZALES OJEDA  
Universidad Ricardo Palma  
(Lima, Perú)

Contacto: [magdiel.gonzaleso@urp.edu.pe](mailto:magdiel.gonzaleso@urp.edu.pe)

### RESUMEN

El artículo realiza un estudio detallado sobre la concepción y la delimitación de la Constitución Política del Estado. Para ello se parte de un análisis de las diferentes acepciones establecidas en la literatura constitucional, desde Aristóteles hasta su desarrollo contemporáneo, para luego establecer los caracteres y, finalmente, centrarse en la supremacía constitucional, característica especial y esencial de la Constitución rígida de un Estado.

**Palabras clave:** Constitución Política del Estado; norma constitucional; supremacía constitucional.

### ABSTRACT

The article carries out a detailed study on the conception and delimitation of the Political Constitution of the State. This is

based on an analysis of the different meanings established in constitutional literature, from Aristotle to its contemporary development, to then establish the characters and finally, focus, on constitutional supremacy, a special and essential characteristic of the rigid Constitution of a State.

**Key words:** Political Constitution of the State; constitutional norm; constitutional supremacy.

Recibido: 30/06/2020

Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente no es posible concebir que las comunidades sociales puedan vivir al margen de un orden político-jurídico, sin un sistema normativo de carácter jurídico que defina su forma de organización; en general, todos los grupos sociales tienen una organización política, que se determina a partir de un conjunto de principios ideopolíticos y jurídicos. Estos sistemas y principios que el grupo social impone, o conviene —dicho en el marco del liberalismo—, son acatados voluntariamente por todos.

Este complejo normativo y de principios que delimita el poder político, establece sus funciones y reconoce los derechos fundamentales generalmente recibe el nombre de Constitución del Estado, y —en el contexto del Estado moderno— resulta una racionalización para dicho Estado. Este complejo normativo y de principios sintetizados en la Constitución Política del Estado es el triunfo del movimiento liberal sobre el absolutismo; se trata de la limitación del poder político absoluto mediante reglas jurídicas y el reconocimiento de derechos fundamentales.

Los antecedentes remotos de estos hechos los podemos ubicar en Inglaterra del siglo XVII, donde encontraremos la más alta manifestación de los movimientos sociales cuyo fruto fueron diversos textos jurídicos, como la *Petition of Rights* (1628), el *Agreement of the Free People* (1649), el *Instrument of Government*

(1653), el Habeas Corpus Act (1679) o el Bill of Rights (1689). Instrumentos que, sin duda, forman los precedentes más importantes y cercanos de las primeras Constituciones y declaraciones de derechos fundamentales.

## 2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE CONSTITUCIÓN

El concepto de Constitución del Estado lleva, en sí, un carácter polémico: es uno de los conceptos que ofrece mayor pluralidad de formulaciones dentro de la teoría constitucional, como bien dice García-Pelayo (1984, p. 33). Se trata de un concepto muy controvertible porque tiene un alto contenido político que se nutre básicamente de contenidos ideológicos. Estos adquieren la forma de corrientes doctrinarias que expresan intereses de grupo o clase social.

Sin embargo, a pesar del carácter polémico del concepto de Constitución, en la literatura constitucional encontramos cierto consenso en cuanto a que la Constitución es un orden supremo del Estado; así lo entendía Aristóteles cuando sostenía que la Constitución tiene una doble función, de distribuir el poder y de organizar las magistraturas, todo ello con vistas al interés común. No obstante, este concepto se agota en un criterio político y no incluye el aspecto formal que permita sustentar la superioridad de la Constitución sobre las leyes.

Para Kelsen, en el contenido del concepto de Constitución no es prioritario el elemento político, mas sí el aspecto formal, jurídico; no obstante, para este autor la Constitución es también un orden supremo. Su concepción sobre la Constitución es una teoría puramente jurídica que le asigna dos significados, uno de carácter lógico-jurídico, es decir, la Constitución como norma hipotética fundamental del Estado; y otro como norma positiva suprema en el orden estatal, que encuentra su fundamento en la norma hipotética fundamental. Además, esta Constitución o norma positiva suprema regula la creación de todas las otras

normas del Estado. Desde otra perspectiva, se ha intentado explicarla ordenando los conceptos de Constitución que manejan la doctrina y el derecho comparado, en tipos, cuidando que cada tipología mantenga una estructura coherente, como lo hacen las principales corrientes ideopolíticas que dan forma al pensamiento actual. Al respecto, seguimos la clasificación tipológica que proponen los maestros García-Pelayo (1984, pp. 34-ss.) y Bidart Campos (1993, pp. 101-ss.):

### **a) El tipo racional normativo**

Esta tipología presenta a la Constitución como un complejo normativo, fundamentalmente compuesto por normas escritas y reunidas en un cuerpo codificado (Bidart, 1993, p. 101), establecidas por la razón humana de una sola vez, y por las que, de manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado, se regulan los órganos en el ámbito de sus competencias, las relaciones de sus competencias y las relaciones entre ellos (García-Pelayo, 1984, p. 34).

Este concepto parte de la concepción liberal de que la felicidad de la sociedad y la seguridad de los individuos descansan sobre ciertos principios positivos e inmutables. Estos principios son verdad en todos los climas, en todas las latitudes. No pueden variar jamás, sea cual sea la extensión del país (Constant, 1979, p. 4). En tal sentido, se sostiene que se puede establecer de una vez y para siempre y de manera general un esquema de organización política del Estado.

La Constitución que perfila esta propuesta tipológica es un sistema de normas que determinan un orden y una estabilidad política; en otras palabras, cualquier institución política, órgano político u operador estatal deben su existencia y competencias justamente a la Constitución como cuerpo normativo, tal como lo sostenía Tocqueville (1987) cuando formulaba:

¿de quién posee el rey sus poderes?, de la Constitución, ¿de quién los poderes?, de la Constitución. ¿Cómo, pues, el rey, los poderes y los diputados, al reunirse, podrían combinar alguna

cosa a una ley en virtud de la cual solamente gobiernan? Fuera de la Constitución no son nada. ¿En qué terreno se colocaría, pues, para cambiar la Constitución? Una de dos: o sus esfuerzos son imputables contra la Carta Magna, que continúa existiendo a despecho de ellos y continúan reinando en su nombre; o logran cambiar dicha Carta y, entonces, desaparecida la ley por la cual existían, ya no son nada ellos mismos; al destruir la Carta, se destruyen a su vez. (p. 683)

En consecuencia, para Tocqueville no es posible una organización jurídico-política al margen de la Constitución formal o normativa. Este ser de la Constitución implica la total despersonalización de la soberanía; ahora la Constitución es la soberanía, no podía ser de otra manera si se tiene en cuenta que el liberalismo, fundamento del concepto que se viene analizando, en su lucha contra el Estado estamental niega los privilegios personales. La Constitución significa no solo organización, sino también reparto de poder, otorgamiento de facultades de mando. Pero esta dicotomía conceptual opera en el marco social y económico determinado, que define la soberanía constitucional, con lo que se trata de eliminar los poderes arbitrarios o formalizar los fácticos, así como la negación de toda autoridad más allá de lo establecido por normas jurídicas precisas (García-Pelayo, 1984, p. 37). Este contexto es el elemento fundamental para la afirmación del Estado de derecho.

## **b) El tipo historicista**

Este tipo de concepto sobre la Constitución surge como una respuesta ideológica en la confrontación con el liberalismo. Sostiene que cada Constitución es el producto de una cierta tradición en una sociedad determinada, que se prolonga desde el pasado y se consolida hasta el presente (Bidart, 1993, pp. 101-102; García-Pelayo, 1984, p. 42). El historicismo del siglo XVII, subyacente en la Constitución, la define como una estructura resultante de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema

(Burke, 1978, pp. 94-95); por tal motivo la Constitución no puede considerarse un sistema producto de la razón humana.

Entonces, todo Estado tiene una Constitución que surge de sus condiciones materiales, la cual se modela en el transcurso de su vida, de su devenir, donde intervienen diversos factores sociales, económicos, políticos, etc. Esta Constitución no se elabora ni se escribe racionalmente, la Constitución es algo propio y singular de cada régimen (Bidart, 1993, p. 102). La Constitución de tipo historicista es una forma peculiar de organización de cada Estado, que encuentra su fundamento en el desarrollo social, político y económico de dicho Estado.

En consecuencia, se tiene que convenir que cada Estado es una individualidad, que su Constitución responde al carácter del ser de su pueblo. Pero esta visión nos lleva a dos contenidos diferentes. De un lado, a que el Estado contiene un conjunto de elementos originarios, fijos, inmutables, que definen a la Constitución como el orden prescriptivo que no es viejo ni joven, ni está entre dos edades, pero se perpetúa constantemente inmutable; así la Constitución es la herencia legada por los mayores, que le da trama política al carácter de «relación consanguínea» que une al país con vínculos familiares (Burke, 1978, pp. 94-95). Y, de otro lado, tenemos la concepción de que el Estado es el producto de o de llegar, en fin, a una armonía con ella. De tal forma, la Constitución expresa el constante devenir que modela las estructuras socioeconómicas y define las instituciones del Estado.

### **c) El tipo sociológico**

Al referirse a este tipo conceptual de Constitución, García-Pelayo (1984) sostiene que hay coincidencias inevitables entre los conceptos histórico y sociológico de Constitución; por lo que se hace necesario hacer el deslinde entre ambos (pp. 43 y 46). En tal sentido, podemos decir que la Constitución en el marco sociológico es básicamente una forma de ser; no es expresión ni herencia del pasado, sino que es inherente a las estructuras socioeconómicas presentes del Estado. Asimismo, la Constitución no se sustenta

en una norma trascendente, su fundamento está en la sociedad, que tiene su propio orden producto de las relaciones de producción y, en tanto guarde coherencia con ese orden social, la Constitución como norma resulta vigente.

En otras palabras, el tipo sociológico de Constitución supone necesariamente que el orden sociopolítico no es producto de un orden jurídico; más bien, ese orden jurídico, del cual participa la Constitución, es expresión de la realidad socioeconómica y, en la medida que la Constitución sea el reflejo de esa realidad subyacente, tiene vigencia (Biscaretti, 1987, p. 142). Esta tipología conceptual reconoce implícitamente dos distintas Constituciones: una material, real o puramente sociológica, y otra formal o jurídica.

## 2.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

El concepto de Constitución Política del Estado se procesa en el marco del desarrollo histórico de una sociedad concreta y del movimiento ideopolítico que lo sustenta; en el caso de la Constitución del Estado moderno, se puede afirmar que ella es el producto de los movimientos revolucionarios liberales de los siglos XVII y XVIII, surgidos en Inglaterra, Francia y Norteamérica, así como de la corriente ideológica denominada constitucionalismo. El constitucionalismo surge como respuesta a la necesidad de limitar el poder absoluto que el monarca había tenido desde los orígenes del Estado moderno (Díaz, 2004, p. 17).

Ferdinand Lassalle, a mediados del siglo XIX, al ocuparse de la Constitución, manifestaba que se trataba de un tema cuya importancia no necesita encarecimiento por su gran actualidad. Hoy, sin temor a equivocarnos, podemos sostener que dicha afirmación está vigente, pero se debe agregar algo más: la importancia de la Constitución radica no solo en su actualidad, sino fundamentalmente en lo que significa como institución del Estado.

Pero ¿qué es una Constitución? Para Aristóteles, una Constitución es el orden establecido en el Estado respecto de las distintas magistraturas, así como su funcionamiento; determina lo que debe hacer el cuerpo gobernante y cuál es el fin de cada comunidad. Loewenstein sostiene que la Constitución es un sistema de reglas fijas destinadas a limitar el ejercicio del poder político.

Como se puede ver, ambas definiciones proponen distintas versiones de una realidad concreta: el Estado. En el primer caso se trata de una visión mucho más política que jurídica; en el segundo se trata de un concepto estrictamente jurídico. Hablar sobre la Constitución implica, entonces, dos aspectos: uno material y otro formal; en otras palabras, todo Estado o país tiene dos Constituciones: una material y una formal.

Para Schmitt (1982), la palabra «constitución» reconoce una diversidad de sentidos (p. 29). En general, dice, que cualquier hombre, objeto, establecimiento o asociación se encuentra de alguna manera en una constitución, por lo que sugiere delimitar la palabra agregándole el sustantivo «Estado», entendido este como la unidad política del pueblo. Sin embargo, esta delimitación «Constitución del Estado» encuentra también algunas dificultades que producen varios significados. El tema está en la perspectiva que asuma el estudio del concepto de «Constitución del Estado»; es decir, si se toma a partir de un Estado concreto, entonces el concepto significa la situación de la unidad y ordenación políticas del Estado. En tanto, si el estudio se hace desde la Constitución puede denotarse que ella es un sistema cerrado de normas que, igualmente, designa una unidad, pero no en concreto, sino pensada, ideal. Finalmente, sostiene que en ambos casos el concepto de «Constitución» es absoluto, porque ofrece un todo verdadero o pensado.

De Vergottini (1983) afirma que Constitución es disciplina del supremo poder constituido que se refleja en las diversas entidades a las que todo ordenamiento reconoce la titularidad del poder, variando en concreto de Estado a Estado, según la forma de Estado y de gobierno (p. 132). Manifiesta, asimismo, que el

concepto de «Constitución» es uno de los más difíciles, pues abarca múltiples aspectos —no solo jurídicos— y reconoce que se ha desarrollado a partir de diferentes nociones, como la deontológica, la sociológica, la fenomenológica o la jurídica, y prefiere esta última. Agrega que la Constitución es un conjunto de normas que regulan la creación de las normas jurídicas; es la norma fundamental, principio del ordenamiento, que condiciona las normas sobre la producción de otras normas y coincide con la estructura organizadora del grupo social y del Estado (Vergottini, 1983, pp. 130-131).

Para García Toma (2005), la Constitución es un conjunto de valores, principios, categorías, instituciones, normas y prácticas básicas que pretenden modelar un tipo de sociedad política y que regulan la organización, el funcionamiento y las competencias del poder estatal, así como los derechos y las obligaciones de las personas entre sí y frente al cuerpo político (p. 362). Además, sostiene que la Constitución posibilita la construcción jurídica de un orden político, el diseño normativo de un tipo de existencia y coexistencia social, y el aseguramiento de determinados derechos inherentes a los miembros de un grupo social humano.

Al tratar el concepto de «Constitución», Häberle (2001) lo procesa en el marco del Estado Constitucional, en el cual los ciudadanos y los seres humanos y su dignidad como tales constituyen la «premisa antropológica-cultural» (p. 3). Es un Estado donde los ciudadanos se dan la Constitución a sí mismos, y se instituye en un «pacto de generaciones», a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural (Häberle, 2001, pp. 14-15).

Como se ha visto, el concepto Constitución del Estado asume diversos significados, los cuales se definen a partir del desarrollo histórico de una sociedad concreta, se sustentan en un contenido ideopolítico o se explican como el conjunto de normas jurídicas; sin embargo, a pesar de esta diversidad conceptual, podemos rescatar algunos elementos comunes. En este sentido,

existe aceptación general en doctrina sobre el hecho de que la Constitución es un orden supremo del Estado que regula el poder político.

Dicho orden supremo supone una forma de organización del Estado que nos permite identificarlo como una unidad política. Pero ese orden es la expresión de una realidad concreta; en otras palabras, la configuración del Estado depende principalmente de la forma y el modo de ser de la nación, y ello depende, entre otros, de factores económicos, políticos, sociales, religiosos, etc. En tal razón, hablar de un orden estadual implica considerar las condiciones que subyacen y lo definen.

En doctrina, existe también consenso en cuanto a que la Constitución es un orden normativo, es decir, que es un conjunto de normas jurídicas que por su origen se diferencian de las leyes ordinarias o comunes, pues se trata de un producto del Poder Constituyente.

Además de ser un orden normativo, es principalmente el resultado de hechos históricos que sintetizan las ideas políticas del liberalismo triunfante, referidas a la limitación del poder político y la libertad de los ciudadanos, cuya garantía es la división de los poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales. La Constitución surge íntimamente ligada al Estado de derecho, y es la que diseña y regula este tipo de Estado, ya que constituye la norma suprema, fuente, origen y legitimidad del poder político.

En este mismo sentido, Loewenstein sostiene que a la mayor parte de tipología conceptual de Constitución se asocia la característica de que la Constitución es un dispositivo de control del poder, ya que un Estado se reconocerá como democrático constitucional en la medida que cuente con instituciones efectivas, por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté debidamente distribuido y los operadores del Estado se encuentren sometidos al control de los destinatarios del poder.

Finalmente, puede decirse que la Constitución Política del Estado es el conjunto de valores y principios ideopolíticos, así como el complejo de normas jurídicas que organizan el Estado, regulan, controlan y establecen las funciones del poder político, reconocen los derechos fundamentales y definen los fines del Estado; todo ello como expresión de una realidad social, concreta, subyacente en el orden normativo.

### **3. LA NORMA CONSTITUCIONAL**

#### **3.1. CONCEPTO**

La norma constitucional es la regla o precepto de carácter fundamental, establecida por el Poder Constituyente, y de competencia suprema.

#### **3.2. CARACTERES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: CONSIDERACIONES PREVIAS**

El examen de la Constitución puede realizarse atendiendo exclusivamente a su contenido material, a su estructura; esto es, a las disposiciones básicas reguladoras de la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, así como de sus correspondientes competencias y de las relaciones de aquellas con los gobernados (Lucas, 1986, p. 425). Pero también puede realizarse considerando la Constitución en sentido formal, es decir, analizando las normas constitucionales en su carácter supremo, solemne, y se requiere, generalmente, de un procedimiento complejo para su revisión. Nuestro análisis tiene presente la distinción de Constitución en el sentido material, como ya se dijo, como orden sociopolítico del Estado, producto de la realidad socioeconómica, cuyo sustento y fundamento está en el seno mismo de la nación. Y la Constitución formal, entendida como la carta o ley fundamental, escrita, codificada, que regula al Estado, es decir, como un conjunto normativo que expresa la voluntad social y que se condensa en el Poder Constituyente.

### 3.2.1. Algunos caracteres de las normas

Toda norma jurídica, desde una perspectiva lingüística formal, es una proposición, pues se trata de un conjunto de palabras dotadas de significado, que ordenan las acciones humanas. Claro que esta afirmación nos obliga a deslindar otras clases de normas, como las morales o religiosas. Pensamos que una gran ayuda para llegar a la distinción deseada es recogiendo los caracteres esenciales que anota Jellinek en su *Teoría del Estado*, los cuales son:

- a) Se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres.
- b) Proceden de una autoridad exterior reconocida.
- c) Su carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores.

En cuanto al carácter obligatorio, es necesario señalar que de ninguna forma se refiere a la coacción. La coacción no es una nota esencial del derecho, más bien es una forma subordinada. Con estos antecedentes, podemos afirmar que las normas jurídicas son proposiciones referidas a las relaciones externas y mutuas de los hombres que proceden de autoridad legítima, con carácter obligatorio.

### 3.3. CLASES DE NORMAS CONSTITUCIONALES

En un primer acercamiento a la Constitución es posible advertir que las normas constitucionales, en cuanto a su estructura y su función, no son iguales. Pueden distinguirse hasta tres clases de normas constitucionales: imperativas, programáticas y teleológicas; por lo que se requiere realizar un previo estudio de la norma constitucional y contar con los elementos necesarios para una mejor comprensión de la Constitución formal.

Las normas constitucionales, que obviamente son normas jurídicas, pueden definirse como preceptos de carácter fundamental y orgánico, de competencia suprema, dictadas por el Poder Constituyente. Pero cuando nos referimos a la función de normas constitucionales su estructura se flexibiliza, pues siempre

se tiene un precepto. Ahora bien, en cuanto a su obligatoriedad, por su generalidad (comprende a la nación, a la totalidad del Estado), requiere de ciertas condiciones materiales para que su obligatoriedad sea efectiva, pero de ninguna manera se puede pensar que por ello dejan de ser normas jurídicas; al contrario, existe la obligación social de conseguir la materialidad necesaria para el total cumplimiento del conjunto normativo constitucional completo. En esta perspectiva encontramos las referidas tres clases de normas constitucionales:

- a) Imperativas. Normas supremas del Estado vinculantes para todo el orden social, jurídico y político, llamadas también operativas, que en cuanto a su aplicación funcionan inmediata y directamente. Generalmente definen el orden político-jurídico del Estado. Señalan el procedimiento para seleccionar a los representantes del Estado, determinan las funciones de los operadores del poder público, fijan el sistema de control y diseñan la supervisión constitucional.
- b) Programáticas. Normas constitucionales que vinculan solo al legislador, que sustentan y precisan las diferentes funciones o actividades que debe desarrollar el gobierno para ir cumpliendo los fines del Estado.

Estas normas, en cierta medida, expresan la ideología que inspira la Constitución y, por tal razón, sirven de directivas para el funcionamiento de los órganos del poder y el reconocimiento de los derechos fundamentales, materializándose en los planes de desarrollo del Estado.

- c) Teleológicas. Normas constitucionales que definen el deber ser del Estado, las cuales se fundamentan en la fórmula política de este y precisan el modelo social adoptado por la voluntad social. Son vinculantes para la sociedad y todos los operadores del Estado.

Las normas teleológicas diseñan el modelo social que se aspira alcanzar para lograr el bienestar general y la plena vigencia de los derechos fundamentales, a fin de que todos

los integrantes de la nación<sup>1</sup> se realicen totalmente. Estas normas sirven también para la interpretación constitucional.

## 4. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

### 4.1. INTRODUCCIÓN

En el Estado de derecho los actos de los operadores estatales se realizan por mandato explícito de normas jurídicas y a través de normas jurídicas que ellos dictan, pero conforme a lo que determina la Constitución Política del Estado. La supremacía constitucional supone una jerarquía de los actos jurídicos realizados por los gobernantes en los que la Constitución ocupa un rango superior; asimismo, que cada gobernante no puede actuar sino dentro de los límites diseñados por la Constitución y las leyes.

Linares Quintana (1970) opina al respecto que el principio de la supremacía de la Constitución es el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constitucionales la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental (p. 537).

### 4.2. ANTECEDENTES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La acepción actual de la supremacía constitucional es de la época del constitucionalismo moderno; sin embargo, podemos encontrar algunos antecedentes remotos en instituciones similares de la antigüedad. Así, en la Grecia del siglo V a. C. Se contaba con la *graphé paranomon*, que —como comenta Linares Quintana (1970, p. 542)— era una acción criminal de inconstitucionalidad,

---

1 Concepto tomado dentro del marco constitucional y que nos define a todo el grupo social que conforma el Estado.

ideada por Pericles, que puso la ley por encima de los caprichos populares y las luchas de los civiles, autorizando a todo ciudadano para actuar en su defensa como acusador y aplicando sanciones capitales como garantía de su soberanía.

En la España del siglo XIII tenemos algunos antecedentes del principio de supremacía constitucional en los fueros, leyes fundamentales a cuyo imperio debían someterse todos los actos de los señores del reino, así como los del propio monarca. El fuero, ley suprema que todos debían acatar so pena de edificarse los actos como nulos, era tutelado por el «Justicia», magistrado encargado de proteger los derechos personales reconocidos por las normas de dicha institución. El «Justicia» entendía en caso de fuerza y de agravio del rey, de los señores feudales y de los tribunales eclesiásticos y seculares. Originalmente fue un asesor jurídico del rey; en el siglo XIII era una especie de funcionario de la *curia regis*, administraba justicia a nombre del monarca. A mediados de dicho siglo, su función jurisdiccional propia se perfila como derivada de un verdadero poder, pues el «Justicia» tenía garantías propias de un juez y correlativa responsabilidad ante las Cortes (Bielsa, 1936, p. 125; Linares, 1970, p. 548).

En los reinos de Aragón y Navarra de la España medieval se reconocieron derechos personales, privilegios y exenciones en normas supremas denominadas fueros, que eran leyes fundamentales de fuerza vinculante para todos los señores feudales, así como para el rey y que el «Justicia» cuidaba con mucho esmero.

En Castilla, en el siglo XV, con el mismo influjo de otros reinos españoles, se presentan instituciones que limitaban los poderes del monarca, es decir, que contaba con leyes fundamentales y mecanismos que impedían, formalmente, que sean allanadas. Esta misma perspectiva política-jurídica la encontramos también en la Constitución de Cádiz de 1812, cuando en su artículo 160.1 dispone que la Diputación permanente vele por la observancia de la Constitución y de las leyes, para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que haya notado.

En Inglaterra encontramos el origen o por lo menos el antecedente más directo de la doctrina de la supremacía constitucional, según Linares Quintana (1970). Lo que parece contradictorio, si se tiene en cuenta que Inglaterra es un país cuyo régimen institucional conforma la expresión más típica de la Constitución no escrita y flexible; pero, definitivamente, es una afirmación muy cierta, ya que en el siglo XVII la doctrina de la «razón artificial del derecho», desarrollada por Edward Coke, afirmaba que el rey y el Parlamento estaban sometidos al *common law*, y así lo argumentó en el caso del Dr. Bonham, en 1610, al sostener que en muchos casos el *common law* limita a las leyes del Parlamento y en otros las invalida totalmente cuando son contrarias a él.

Pero el principio de supremacía constitucional más precisamente formulado lo tenemos en el Agreement of the People de 1647, que sostenía que el Parlamento estaba subordinado a los poderes que expresa o tácitamente se hubiera reservado la nación, y en el Instrument of Government de 1653, que establece con suma claridad la distinción entre el Poder Constituyente y el Poder Constituido y reconoce la supremacía de la Constitución sobre las leyes. De estos documentos, el primero si bien no fue sancionado formalmente, sí tuvo gran influencia en el orden jurídico y político de Inglaterra y específicamente en el Instrument of Government, única Constitución escrita de Inglaterra y primera en el mundo, tal como lo sostienen la mayoría de los constitucionalistas. Pero esta experiencia solo duró hasta el año 1688, ya que después de la revolución de ese año no se siguió aplicando la Constitución de Cromwell, como así se le llama también a dicho instrumento jurídico. Ahora, Inglaterra se rige por el principio de que ningún poder político o judicial puede limitar las facultades del Parlamento; es decir, el Poder Constituyente se confunde con el Poder Legislativo, de modo que no existe norma constitucional escrita superior a la ley ordinaria.

Sin embargo, fue en las colonias inglesas de Norteamérica donde los principios definidos en el Agreement of the People y el Instrument of Government tuvieron una gran recepción y desarrollo. Las colonias asumieron la práctica de formular sus leyes

básicas por escrito, como en el Pacto de Mayflower de 1620 o las Órdenes Fundamentales de Connecticut de 1639, práctica que determinó, durante la colonia, algunos mecanismos que funcionaban como revisión de las leyes formuladas por las legislaturas de las colonias.

Con la independencia se hizo más patente el principio de supremacía constitucional; varias Constituciones de los recientes Estados crearon mecanismos para su defensa. Pennsylvania, en su Constitución de 1776, diseñó el Consejo de Censores; Nueva York, en su Constitución de 1777, instituyó el Consejo de Revisión; mientras que el Estado de Vermont siguió a Pennsylvania. Todos estos órganos eran encargados de vigilar el respeto a la Constitución, cuidando que no fuera transgredida, para lo cual contaban con facultades o mecanismos de defensa, como la censura pública, el juicio político o la recomendación de derogación de las leyes que consideraban inconstitucionales.

En la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en la Convención del 17 de septiembre de 1787, subyace el principio de supremacía constitucional. El artículo IV, segundo acápite, determina que la Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y todos los tratados celebrados o por celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contenga la Constitución o las leyes de cualquier Estado. La construcción de la doctrina de la supremacía constitucional y su instrumentación a través de la declaratoria judicial de inconstitucionalidad se inicia básicamente en el año 1803, con la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*. El juez John Marshall, presidente de dicha Corte, fue el ponente de tan memorable sentencia, que actualmente sigue causando interés por representar uno de los antecedentes más importantes del control difuso de constitucionalidad.

En el Perú, el principio de supremacía constitucional está presente desde los inicios de nuestra vida republicana; forma

parte de las Bases Constitucionales de 1822, e implícitamente se encuentra en los artículos 6 y 7. Lo tenemos en todas las Constituciones, hasta en la de 1933 se le puede reconocer, por la rigidez y la defensa prevista en ella. En la Constitución de 1979 está explícitamente contenido en el artículo 87. La carta magna vigente consagra este principio en el artículo 51, que determina que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

### 4.3. CONCEPTOS BÁSICOS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La supremacía constitucional es una característica especial y esencial de la Constitución rígida de un Estado, que supone que esta es un conjunto normativo debidamente estructurado, de máxima jerarquía dentro del sistema jurídico nacional; pero, asimismo, que es fundamento del Estado y, obviamente, del sistema jurídico nacional.

La supremacía constitucional es un principio constitucional que ubica a la Constitución como el primer fundamento del Estado, al cual determina y define, y la unge como el orden superior del sistema jurídico nacional. Normativamente obliga a toda la jerarquía jurídica a ceñirse a las disposiciones constitucionales; esto es, que todas las normas jurídicas del Estado deben guardar coherencia con la Constitución, caso contrario se califican como normas inconstitucionales afectadas de nulidad. Su propósito es que todo el orden jurídico se subordine a las normas constitucionales.

La Constitución, como norma suprema del sistema jurídico nacional, se caracteriza, por una parte, por su rigidez; es decir, que su modificación requiere de un procedimiento especial diferente a la modificación ordinaria de la ley; y, por otra, porque para su defensa desarrolla mecanismos de control jurisdiccional contra normas legales o infralegales que no guardan coherencia con el orden constitucional.

En la actual Constitución, el principio de supremacía constitucional lo encontramos en el artículo 51, que prescribe que ella prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La presencia del principio de supremacía constitucional en nuestro sistema determina la rigidez de la Constitución, como lo señala el artículo 206; igualmente, determina el establecimiento del control constitucional a través de la jurisdicción constitucional, tal como se preceptúa en el artículo 201, y por medio de las garantías constitucionales señaladas en el artículo 200.

#### 4.4. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL

La supremacía constitucional, como lo señala Bidart Campos (1993), presenta dos aspectos o enfoques (p. 135). El primero parte de la Constitución material, y se trata de una explicación más bien fáctica de la supremacía constitucional. La supremacía constitucional material se relaciona directamente con el contenido de la Constitución, con sus disposiciones, pues sostiene que esta es el fundamento del orden jurídico-político del Estado. Esta supremacía es un principio absoluto, ya que vale para todas las Constituciones, cualquiera sea su forma.

El segundo enfoque parte de la Constitución formal revestida de superlegalidad, que obliga a las normas y a los actos estatales, así como a los actos privados, que se ajusten a ella. Todo orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal (Bidart, 1993, p. 136). El principio de la supremacía constitucional formal se relaciona con la escala de las normas jurídicas en la cual la Constitución ocupa la cúspide. Este aspecto supone una Constitución escrita y sobre todo rígida. La supremacía formal de la Constitución es esencialmente relativa, y depende de la economía de los diversos órdenes jurídicos positivos (Linares, 1970, p. 540), su efectividad está definida por la regulación jurídica vigente en el Estado.

El criterio más aceptado por la doctrina es este último enfoque; es decir, que hablar de supremacía constitucional supone que la Constitución, como norma suprema, ocupa el lugar más eminente del orden jurídico y a ella se adecua toda la legislación, ya que la ley fundamental entraña la medida suprema de la regularidad jurídica. Kelsen (1982), al respecto, sostiene que la Constitución, dentro de un orden jurídico nacional, ocupa el grado superior del derecho positivo, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir (pp. 147-148).

Es cierto que gran parte de la doctrina constitucional aborda la supremacía constitucional solo desde una perspectiva normativa, formal, presentando un orden jurídico que supone una gradación jerárquica de normas; pero también es cierto que la Constitución no se agota en su estructura normativa; contiene, igualmente, implícita o explícitamente, un conjunto de principios, fines y valores político-jurídicos que asumen la jerarquía suprema del Estado y cumplen la función de orientación de los actos estadales, que fungen como a la vez de marco de interpretación jurídica, lo que nos da otra perspectiva para estudiar la supremacía constitucional.

A nuestro juicio, el enfoque dicotómico no es totalmente satisfactorio a causa de la naturaleza no escindible de la Constitución, lo que exige tener en cuenta esta complejidad a fin de concluir en un criterio que integre las dos perspectivas y se procure una visión más completa del principio que estamos analizando.

En este sentido, puede afirmarse que la supremacía constitucional es el principio fundamental sobre el que descansa el Estado moderno; la posición jerárquica que la Constitución ocupa, respecto del resto del ordenamiento jurídico de un Estado, es clara. Esa ubicación en la cúspide no solo obedece al hecho de ser la norma fundamental, de la cual derivan su validez las demás normas positivas, sino, además, al hecho de llevar implícita toda una filosofía política que sirve de orientación no solamente

a los agentes del poder, sino a la conducta de los gobernados, en cuanto miembros activos del conglomerado social (Naranjo, 1990, p. 302).

En consecuencia, la Constitución, por la vigencia del principio de supremacía, ostenta una doble superioridad. La que se refiere a su contenido, por cuanto, dentro del Estado, ninguna norma ni acto pueden ser contrarios a la Constitución, pues ello implicaría violentar no solo el orden político-jurídico, sino básicamente la voluntad social, expresión del pueblo titular del poder. De aquí se desprende, precisamente, la supervisión constitucional, que procura salvaguardar la integridad del ordenamiento político-jurídico, así como el cumplimiento de los fines del Estado.

Se tiene también la Constitución formal, que se refiere a las condiciones de cómo debe formularse o reformarse una Constitución. El Poder Constituyente es el encargado de elaborar o reformar la Constitución, pero se debe tener en cuenta que este poder tiene sus límites, los cuales se encuentran en la fórmula política del Estado; es decir, que el diseño del Estado no puede variar hasta el extremo de cambiar su organización política, desconociendo principios como la titularidad del poder, la separación de las funciones supremas del Estado, o atentando contra los derechos fundamentales ya reconocidos, como la libertad, la seguridad y la propiedad. El límite de las facultades políticas de los operadores, precisamente es cuidado, también, por la supervisión constitucional.

#### 4.5. CONSTITUCIONALIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

Uno de los aspectos más importantes de la supremacía constitucional es la coherencia estructural del orden jurídico y la sujeción de las normas jurídicas a la Constitución. En el marco de una Constitución rígida como la nuestra, toda norma jurídica o acto administrativo debe aplicarse o realizarse respetando la normatividad constitucional, pues la modificación constitucional requiere de mecanismos especiales previstos en la misma norma fundamental.

La constitucionalidad debe ser la característica común a todos los actos emanados de los operadores estatales y, en especial, de los operadores jurisdiccionales; en otras palabras, la supremacía constitucional supone que todos estamos obligados a actuar de conformidad con el orden jurídico fundamental. El principio de supremacía constitucional constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para garantizar la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental (Linares, 1970, p. 538).

En tal sentido, los actos o funciones que excedan las facultades o determinaciones constitucionales serán jurídicamente nulos y no producirán ningún efecto jurídico; en caso contrario, se estaría violentando la Constitución y quebrantando los fundamentos del Estado moderno.

#### 4.6. SUPREMACÍA Y REFORMA CONSTITUCIONAL

El principio de supremacía se vincula con la teoría del Poder Constituyente y con la tipología de la Constitución escrita y rígida (Bidart, 1993, p. 137). La Constitución Política del Estado es dictada por el Poder Constituyente, conforme a la voluntad social de la nación; en consecuencia, ninguna persona o poder del Estado puede cambiar o modificar dicha norma suprema.

En el Estado moderno, de cuyos principios participa el Estado peruano, la Constitución Política es escrita y rígida, es decir, que tiene previsto mecanismos o procedimientos especiales para su reforma (artículo 206 de la Constitución), los cuales son diferentes a los que el Poder Constituido utiliza para la reforma de las normas legales.

## 4.7. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA SUPREMACÍA

### 4.7.1. Supremacía en el tiempo

La obligatoriedad jurídica de todo sistema normativo tiene como requisito primordial no solo la existencia de normas positivas, sino, también, que estas provean los instrumentos jurídicos para su defensa; todo ello supone la presencia del Estado de derecho, entendido este como la comunidad nacional que se halla sometida, sin excepción, a normas fundamentales. Su vigencia excluye, en principio, la arbitrariedad y la injusticia. Pero, además, la obligatoriedad del orden constitucional no permite, ni habilita, ni tolera marginamientos, subordinaciones, condicionamientos, parálisis ni mucho menos suspensiones del imperio constitucional. En todo caso, el llamado régimen de excepción (artículo 137) debe someterse al principio de supremacía; en otras palabras, la Constitución es vigente además de válida en todo momento.

### 4.7.2. Supremacía y derechos fundamentales

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución del Estado, tanto aquellos expresamente numerados (artículo 2 de la Constitución nacional), como los implícitamente considerados (artículo 3 de la carta fundamental), tienen una jerarquía preferente dentro de la supremacía constitucional, ya que la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

En el ejercicio de los derechos fundamentales, si surgiera algún conflicto con otra norma constitucional, deben preferirse siempre los derechos fundamentales, porque el objeto de estos es la persona humana y, por lo tanto, tienen fuerza vinculante para los poderes públicos, así como para con los particulares.

### 4.7.3. Jerarquía normativa

#### 4.7.3.1. Fundamentos generales

La jerarquía normativa se sustenta en el principio de supremacía constitucional, principio que se entiende como la relación de

supra y subordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado.

Kelsen, en su exposición sobre la pirámide jurídica creada por Merkel, explica que la norma que determina la creación de otra es superior a esta; y que la creada de acuerdo con tal regulación es inferior a la primera. En tal razón, la posición que la Constitución ocupa respecto del resto del ordenamiento jurídico de un Estado es clara. Pero esta ubicación en la cúspide del orden jurídico no solo obedece al hecho de ser norma fundamental, de la cual derivan su validez las demás normas positivas, sino, además, al hecho de llevar implícita toda una filosofía política que sirve de orientación a los operadores estaduales, así como a los gobernadores (Naranjo, 1990, p. 302; Fernández, 1992, p. 96).

#### **4.7.3.2. La jerarquía normativa**

Fernández Segado afirma que el principio de jerarquía normativa implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de rango superior. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución.

Esta gradación, que se da en el marco del ordenamiento jurídico, es dinámica y se integra de normas y actos que van desde la norma suprema hasta los actos concretos. La jerarquía que generalmente se acepta es la siguiente:

- a) La Constitución positiva vigente, esto es, la norma suprema que da validez al ordenamiento jurídico, para lo cual define los órganos encargados de crear las normas jurídicas, el procedimiento que se debe seguir y los límites que se debe tener en cuenta; en nuestro caso, la Constitución nacional de 1993.
- b) La ley es norma jurídica que se dicta conforme a la Constitución Política del Estado, para regular la conducta de las personas.

- c) El decreto supremo es la norma jurídica destinada para reglamentar la ley a fin de hacer posible su aplicación, cuidando de no alterar su contenido.
- d) La resolución suprema es la norma jurídica dictada por el Ejecutivo que tiene por objeto viabilizar las funciones de este órgano supremo del Estado.
- e) La sentencia es la resolución judicial que pone fin a la instancia y que individualiza la aplicación de la normativa prevista en el orden jurídico, creando, en última instancia, la norma que permite ejecutar el derecho.

#### 4.7.4. Algunos casos de supremacía constitucional

La Constitución Política del Estado, en el marco del principio de supremacía, presenta básicamente los siguientes casos:

- a) La supremacía de la Constitución sobre todas las normas jurídicas (artículo 51 y segunda parte del artículo 138 de la Constitución nacional). Este aspecto de la supremacía demuestra que los principios, las garantías y los derechos reconocidos no pueden ser alterados, ni modificados, ni menos aun desconocidos por las leyes que reglamentan o adecuan su ejercicio. En general, ninguna norma jurídica puede violentar el orden constitucional.

El principio de supremacía fija a la actividad legislativa el límite de dicha función suprema, el cual proviene de los fines u objetivos contenidos o previstos en la fórmula política del Estado y en el modelo social adoptado.

- b) La supremacía de la Constitución sobre los tratados (artículos 55, 56 y 57 de la Constitución nacional). La Constitución reconoce que los tratados celebrados por el Estado, y que se encuentran en vigor, forman parte del derecho nacional; sin embargo, esto supone que dichos tratados deben ser conformes al orden constitucional y, por ello, su ingreso a la legislación nacional debe seguir el procedimiento que la Constitución señala.

- c) La supremacía de la Constitución sobre el poder constituido. Ello significa que todos los operadores estaduales, en especial los supremos, están sometidos a la Constitución, pues sus funciones y facultades, así como los órganos donde operan, son determinados por dicha norma fundamental.

## 5. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL Y EN SENTIDO FORMAL

La Constitución de un Estado, anota Heller (2002), coincide con su organización en cuanto esta significa la Constitución producida mediante actividad humana consciente (p. 316). La Constitución se refiere a la estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana; que es elaborada conscientemente por la nación. La Constitución Política del Estado se presenta en forma escrita como un conjunto de normas y principios que son la expresión de una realidad determinada; todo lo que nos lleva a distinguir una Constitución no normada, real o material, y una Constitución normada, formal o jurídica. Aunque ambas forman una sola norma fundamental, se trata de dos elementos complejos de una sola estructura, la Constitución Política del Estado.

### 5.1. LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

La Constitución material es el conjunto de factores naturales y culturales de una nación que subyacen en las instituciones que conforman el régimen político de un Estado. Los factores son las motivaciones comunes como la tierra, la sangre, el contagio psíquico, la imitación, además de la comunidad de la historia y cultura del pueblo; son los elementos necesarios que organizan el Estado, es decir, es propiamente la comunidad subyacente en el orden normativo. Comunidad que se halla ordenada con un fin político y se integra de fuerzas políticas. En otras palabras, el contenido jurídico se define a partir de los fines políticos que las fuerzas políticas sustancian en el ámbito social.

La Constitución material es el orden u organización política que surge de la realidad social, producto de las relaciones sociales, económicas, culturales, políticas, históricas, etc. Se trata de una peculiar forma de ser de cada Estado, de organizarse, que obedece no solo a las condiciones anotadas, sino a los principios que sustentan todo Estado demoliberal, como la libertad, la seguridad personal y la propiedad.

## 5.2. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL

Constitución en sentido formal es el conjunto de normas jurídicas escritas, de carácter supremo, emanadas del Poder Constituyente, que determinan las bases del régimen político del Estado. Se trata de la ley suprema del Estado cuya formulación está codificada o reunida en un texto único.

La Constitución formal es más bien el conjunto normativo o instrumento jurídico, casi siempre escrito, aprobado por el Poder Constituyente, que organiza y sistematiza el poder político. A esta Constitución se le denomina también Ley Fundamental.

En esta perspectiva se reclama permanentemente que la Constitución formal coincida con la Constitución material, porque si bien es cierto que la norma regula la realidad, también es cierto que la realidad determina la norma. En tal sentido, siempre debe haber coherencia entre el hecho social y la norma jurídica que lo regula; la norma jurídica nunca debe distorsionar la realidad social.

Lo importante de la Constitución, formal, es ser fundamento del Estado, la garantía de la realización social, pues constituye el imperio de la ley y excluye todo tipo de arbitrariedad. Es la norma suprema que reconoce y garantiza los derechos fundamentales, establece las funciones públicas, regula los controles del poder político, de modo que si todos cumplen sus mandatos y cuidan su observancia, podrá haber convivencia y desarrollo pacífico.

## 6. LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

### 6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Sostener que la Constitución Política del Estado, estructuralmente hablando, se integra de dos partes, una denominada dogmática y la otra orgánica, es ya un lugar común; sin embargo, conviene a nuestro trabajo referirnos a esta segmentación constitucional con el tentativo fin de mostrar, hasta donde nos sea posible, que es incompleta. A pesar de su consenso, pensamos que no agota todos los elementos estructurales de una Constitución formal del Estado moderno. Lo que no supone, de manera alguna, descuido académico de los constitucionalistas que concluyen de tal forma, ya que la gran mayoría reconoce y estudia las diferentes formas de control constitucional que nosotros pretendemos sistematizar dentro de una sola institución, a la que denominamos supervisión constitucional; de lo que se trata es de presentar una nueva propuesta sobre la estructura constitucional.

### 6.2. PARTES DE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

La gran mayoría de estudiosos de la Constitución aceptan la estructura dicotómica de la Constitución; así, el gran maestro argentino Germán Bidart Campos (1967) manifiesta que en las Constituciones escritas o codificadas hay una parte deslindada y deslindable que se dedica a organizar el poder, sus funciones, los órganos que los desempeñan, las relaciones entre ellas, su distinción y su separación, y el modo de acceso al poder (p. 14). Y otra que atiende las relaciones de los hombres con el Estado y los hombres entre sí dentro del Estado.

A la primera la llama parte orgánica, y a la segunda parte dogmática. La parte orgánica, para Bidart Campos, como organizadora del poder, constituye un medio para alcanzar el fin del ejercicio del poder sobre la población del Estado, que se realiza a través del aparato orgánico funcional, denominado gobierno<sup>2</sup>;

---

2 Aunque en otra parte afirma que habiendo normas y actos infractorios de la Constitución es absolutamente necesario establecer un remedio para defender

pensamos que esta organización no solo es para ejercer el poder, creemos que el poder se ejerce para conseguir, al menos, los fines del pacto fundacional del Estado, tales como asegurar la libertad individual, la seguridad personal, la propiedad, etc., y, en general, para alcanzar el modelo social que la voluntad de la nación ha adoptado y que asegura la realización plena del hombre.

El criterio dicotómico de la estructura constitucional, debemos reconocer, es ampliamente generalizado; Naranjo Mesa (1990) define dicha estructura como el pilar fundamental sobre el cual se cimienta la estructura de una Constitución, y afirma, además, que, pese a las aparentes diferencias existentes entre las distintas Constituciones del Estado, dicha estructura es uniforme (p. 267). De igual opinión participa SÁCHICA (1988) al referirse a la naturaleza especial de las normas constitucionales (p. 23).

Sin embargo, la mayoría de constitucionalistas al conceptuar la Constitución señalan su aspecto teleológico, es decir, que la organización del ejercicio del poder en el Estado (parte orgánica) y el conjunto de principios del poder público (parte dogmática) están diseñados, trazados o acordados para que el hombre, socialmente hablando, alcance su plena realización; para que el Estado promueva el bienestar general basado en la justicia y alcance el modelo social adoptado, y el camino para arribar a él no puede ni debe ser perturbado ni mucho menos obstruido. De ello justamente se encargan los controles constitucionales que nosotros, con el ánimo de sistematizarlos, denominamos supervisión constitucional. Aclaramos que no necesariamente la perturbación se presenta en forma normativa, que da origen a la institución de la inconstitucionalidad; la perturbación también se traduce en actos, hechos que se producen por la voluntad o por el incumplimiento de funciones de los operadores del aparato estatal. Es más, pensamos que se produce o se puede producir por acción u omisión de personas del sector privado.

---

y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa inmediatamente a forjar el control o revisión constitucionales (Bidart, 1967, p. 138).

Pues bien, frente a este conjunto de normas, hechos, actos, etc., la Constitución contiene explícita o implícitamente un sistema de controles debidamente coordinado que, teniendo una aplicación adecuada y contando con las condiciones materiales necesarias, permite garantizar el cumplimiento de los fines propuestos por el Estado, como voluntad de la nación.

En este sentido, creemos tener la licencia de sostener que la estructura de la Constitución del Estado moderno, en general, se integra de tres partes:

- a) Dogmática. Parte de la Constitución que consagra los fundamentos y los principios del Estado que regulan y orientan la acción de los órganos del poder político, la de los operadores constitucionales y legales, así como la participación de la nación.
- b) Orgánica. Define la estructura del Estado, organiza el poder político, establece sus funciones y regula la vida institucional del Estado.
- c) Supervisión constitucional. Es la parte que integra la totalidad de los controles previstos en la Constitución, y que se presenta como un conjunto vinculante de normas destinado a preservar el orden político-jurídico del Estado, a cuidar el cumplimiento de la voluntad social y posibilitar la realización de la persona.

## 7. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Existen varios criterios para clasificar las constituciones, ya sea atendiendo a la forma como se presentan, al origen, a su contenido, o los mecanismos de revisión o reforma, o por su naturaleza; así, tenemos:

- a) Según el criterio de cómo está expresado el derecho, si por medio de normas concretas, literales, o si a través de usos y costumbres que, por su tradicional ejercicio, han sido promovidos a la categoría de normas jurídicas, pueden ser escritas o formales y no escritas.

Escritas son las constituciones formales cuyas disposiciones figuran en uno o más documentos, y pueden ser las codificadas o dispersas, según estén contenidas en documento único o en distintos textos; en tanto que las no escritas, llamadas también consuetudinarias, son aquellas cuyas disposiciones carecen de un texto escrito y que están formadas por usos, costumbres, etc.

- b) En cuanto a su origen, las constituciones pueden clasificarse en otorgadas y pactadas democráticas. Las otorgadas son las que derivan de una concesión graciosa, de un acto de liberalidad del monarca o del autócrata, titular del Estado, como la carta magna de 1215 o la francesa de 1814. Las constituciones pactadas son las que nacen de un acuerdo de voluntades entre el que ejerce el poder y la nación o pueblo, generalmente se trata del resultado de una capitulación, como por ejemplo las constituciones francesas de 1791 y 1830.

Las constituciones democráticas, cuyo origen es exclusivamente popular, son las que la nación o pueblo dicta en ejercicio de su facultad soberana, como titular del Estado, a través de sus representantes reunidos en asamblea.

- c) Por su contenido ideológico, criterio relevante para Loewenstein y que nos permite una clasificación realista, las constituciones pueden ser programáticas o utilitarias.

Las constituciones programáticas, cuya estructura es preponderantemente ideológica, contienen un programa muy definido y de vasta proyección (Naranjo, 1990, p. 262); este tipo de Constitución establece en su parte dogmática los principios que la definen o fundamentan y sigue la línea trazada por el surgimiento del constitucionalismo moderno, pues la preocupación más importante es la limitación del poder y el respeto y la defensa de los derechos fundamentales.

Las constituciones utilitarias se presentan más bien como neutrales en materia ideológica y ofrecen una suerte de catálogo o estatuto regulador de la gestión de los negocios. En estas es importante la definición del mercado, se plantea la necesaria concurrencia de las personas y rige la libre competencia; los derechos fundamentales no ocupan un lugar importante, este lo ocupa el mercado.

- d) Por los mecanismos de revisión o reforma, las constituciones pueden clasificarse en rígidas y flexibles, es decir, según sea la forma de su modificación. Las rígidas son las que reconocen en forma expresa o implícita un mayor rango a las normas constitucionales. La rigidez consiste en el establecimiento de disposiciones y trámites especiales para la dación, reforma, revisión o derogatoria de las normas constitucionales; en tal razón, solo al Poder Constituyente le compete realizar tales funciones.

Las constituciones flexibles otorgan la misma categoría a las normas constitucionales que a las normas comunes; en consecuencia, el procedimiento para la creación, la revisión o la derogatoria de las normas constitucionales no difiere del procedimiento ordinario o legislativo.

- e) La clasificación por razón de su naturaleza, o llamada también ontológica por Loewenstein, nos presenta constituciones normativas, nominales o semánticas, y se refiere a la relación entre la realidad y el orden político-jurídico del Estado. La Constitución normativa, que define el orden constitucional, es debidamente acatada u observada por los operadores del Estado y la nación; existe concordancia entre la realidad social y el orden constitucional. El proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución.

La Constitución nominal, vigente y válida en un Estado, no se adapta a la dinámica del proceso político. Los presupuestos sociales y económicos no permiten una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias

del proceso del poder. Hay disonancia entre la norma y la realidad (Cumplido y Nogueira, 1990, p. 101).

La Constitución semántica supone la aplicación total de sus normas; sin embargo, el poder político solo busca asumir cierta formalidad para su propio beneficio. La normatividad constitucional se emplea únicamente para simular cierta formalidad estadual, lo que realmente existe es la voluntad de los detentadores del poder.

## REFERENCIAS

- Bidart, G. (1967). *El derecho constitucional del poder*. Ediar.
- Bidart, G. (1993). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (vol. 1). Ediar.
- Bielsa, R. (1936). *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1987). *Derecho constitucional*. Tecnos.
- Burke, E. (1978). *Reflexiones sobre la Revolución francesa*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Constant, B. (1979). *La libertad de los modernos*. Aguilar.
- Cumplido, F. y Nogueira, H. (1990). *Teoría de la Constitución*. Cuadernos Universitarios.
- Díaz, J. (2004). El valor histórico de la Constitución. En J. Díaz (comp.), *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*. Palestra Editores.
- Fernández, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Dykinson.
- García-Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial.

- García Toma, V. (2005). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Palestra Editores.
- Häberle, P. (2001). *El Estado constitucional*. Universidad Autónoma de México.
- Heller, H. (2002). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Linares, S. (1970). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Abeledo-Perrot.
- Lucas Verdú, P. (1986). *Curso de derecho político* (vol. 2). Temis.
- Naranjo, V. (1990). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis.
- Sáchica, L. C. (1988). *El control de constitucionalidad*. Temis.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza.
- Tocqueville, A. de (1987). *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.
- Vergottini, G. de (1983). *Derecho constitucional comparado*. Espasa Universitaria.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3707

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL. ANÁLISIS A PARTIR DE UN ESTUDIO DE CASO

Freedom of expression and right to honor in judicial  
reasoning. Analysis based on a case study

GÍLMER ALARCÓN REQUEJO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: galarconr@unmsm.edu.pe

### RESUMEN

A través del análisis comparativo de las sentencias dictadas en el marco de las querrelas interpuestas contra el periodista Pedro Salinas, el presente artículo permite apreciar los criterios judiciales empleados en la resolución del conflicto iusfundamental entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información. Las unidades de análisis son las sentencias de primera instancia donde figura como procesado por el delito de difamación agravada el referido periodista. Dadas las particularidades fácticas que caracterizan al estudio de caso, dichas unidades permiten apreciar cambios importantes en las dimensiones conceptuales y en los criterios jurídicos emanados de las fuentes

del derecho. En el análisis se acoge, en parte, la propuesta metodológica elaborada por Atienza para evaluar los argumentos de las sentencias tanto a nivel formal, material como pragmático, en el marco de un Estado democrático de derecho.

**Palabras clave:** razonamiento judicial; conflictos iusfundamentales; libertad de expresión; derecho al honor; difamación agravada; argumentación jurídica; Estado democrático de derecho.

## ABSTRACT

Through the comparative analysis of the judgments issued in the framework of the complaints filed against the journalist Pedro Salinas, this article allows us to appreciate the judicial criteria used in the resolution of the fundamental conflict between the right to honor and the right to freedom of expression and information. The units of analysis are the first instance sentences where the referred journalist appears as prosecuted for the crime of aggravated defamation. Given the factual particularities that characterize the case study, these units make it possible to appreciate important changes in the conceptual dimensions and in the legal criteria emanating from the sources of law. The analysis accepts, in part, the methodological proposal prepared by Atienza to evaluate the arguments of the sentences both formally, materially and pragmatically, within the framework of a Democratic rule of law.

**Key words:** judicial reasoning; fundamental conflicts; freedom of expression; right to honor; aggravated defamation; legal argument; democratic rule of law.

Recibido: 30/06/2020

Aceptado: 21/07/ 2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Una constante en las querellas interpuestas contra periodistas por el delito de difamación agravada, a partir del año 2000, es la dificultad para definir al honor y su contenido protegido en el razonamiento judicial. La investigación liderada por José Ugaz y publicada bajo el título *Prensa juzgada* (1999) abarcó un período de treinta años y logró sistematizar la *ratio decidendi* de la jurisprudencia peruana sobre los delitos contra el honor. Advirtió que las decisiones de los jueces, salvo algunas excepciones, estaban orientadas mayoritariamente por presunciones a favor del derecho al honor, lo cual denotaba que la jurisprudencia peruana «no había incorporado el método de la ponderación de intereses ni, mucho menos, la tesis de la posición preferente de las libertades de expresión e información» (Ugaz, 1999, p. 171).

Entre tanto, la Defensoría del Pueblo elaboró un detenido diagnóstico en su Informe Defensorial n.º 48, denominado *Situación de la libertad de expresión en el Perú*. Además de brindar valiosas precisiones conceptuales, indispensables para abordar el contenido protegido de la libertad de expresión, también identificó sus dimensiones penales, constitucionales y convencionales. De igual modo, abordó la protección penal del honor a partir de relaciones conflictivas con el ejercicio de esta libertad, en el marco de una transición al Estado democrático de derecho.

En pleno contexto del retorno a la institucionalidad democrática, observamos un giro interesante en el razonamiento judicial sobre querellas contra periodistas, más si la denuncia es interpuesta por un funcionario público. Cuando el ex ministro de Trabajo y entonces congresista Jorge Mufarech querelló al periodista Pedro Salinas el 12 de diciembre del año 2003, por emplear en sus columnas periodísticas figuras retóricas y soeces contra él, la decisión judicial dio cuenta de la importancia de la libertad de expresión e información para la democracia y, si bien no dejaron de lado al honor, concluyeron con la absolución del querellado.

Años más tarde, el periodista vuelve a enfrentar otra querella por el mismo delito, interpuesta por el arzobispo de Piura y

Tumbes, José Eguren. Esta vez no solo eran puestas en cuestión sus columnas de opinión, sino un conjunto de actividades comunicativas más amplias: frases contenidas en el libro denominado *Mitad monjes, mitad soldados*, entrevistas brindadas en distintos medios de comunicación, columnas de opinión, notas en blogs y redes sociales. Los enunciados de Salinas estaban orientados a difundir los resultados de una investigación conjunta y compartida con Paola Ugaz sobre las denuncias contra la organización católica denominada Sodalicio de Vida Cristiana. A diferencia de la sentencia anterior, esta vez el razonamiento judicial resaltó la importancia del derecho al honor, débilmente articulado a los principios democráticos. Si bien reconoció el rol del derecho a la libertad de expresión e información, no consideró que los actos comunicativos y las frases empleadas por Salinas configurasen un ejercicio legítimo de este derecho, y concluyeron en su condena a un año de prisión suspendida de la libertad.

Las sentencias emitidas en estos dos procesos constituyen las unidades de análisis que nos permitirán dar cuenta de cambios cualitativos en el razonamiento judicial, respecto a las querellas formuladas contra un periodista por el delito de difamación agravada. El rasgo característico que permite comparar ambas sentencias es la aplicación de criterios provenientes de la doctrina constitucional y convencional: interés público, concurrencia de veracidad y ausencia de expresiones ofensivas. Para dar cuenta de las dimensiones conceptuales de dichos criterios y cómo varió su aplicación en ambos casos, emplearemos una escala dicotómica, sentido débil o sentido fuerte, orientada hacia la evaluación de los argumentos de las referidas piezas procesales.

## 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA EN LA QUERRELLA INTERPUESTA POR JORGE MUFARECH CONTRA PEDRO SALINAS (SENTENCIA EMITIDA EL 19 DE NOVIEMBRE DE 2004, EXPEDIENTE N.º 391-2003)

Pedro Salinas publicó las columnas denominadas «La justicia como un retrete» y «Las uñas negras de Mufarech», en un medio de prensa escrita denominado *Correo*, diario de circulación nacional. En ellas daba a conocer su opinión sobre el desempeño del entonces congresista por el partido Perú Posible, Jorge Mufarech. Salinas elaboró juicios de valor negativos sobre los antecedentes políticos del citado legislador, dado que, durante el gobierno de Alberto Fujimori, Mufarech se desempeñó como ministro de Trabajo. Según la declaración inestructiva de Salinas, Mufarech habría aprovechado su posición privilegiada como alto funcionario público para ayudar a contrabandistas a cambio de obtener información privilegiada. Asimismo, gracias a sus nexos con Montesinos y su influencia en el Poder Judicial, no fue oportunamente investigado por la presunta extorsión de empresas supervisoras del rubro textil. Dichas irregularidades fueron públicamente denunciadas en medios periodísticos de señal abierta.

Los artículos materia de discusión contenían las siguientes frases: «Mufarech... quien encubrió actos de contrabando durante su gestión como ministro», «habría intentado extorsionar a empresas supervisoras», «Es el estilo de Al Pacino interpretando a un hijo de perra», «Es el estilo de un camello con pedorrera... es un buen romance, el estilo canalla y mugriento de Jorge Mufarech», «Es el estilo de los que quizás no son bastardos de nacimiento, pero sí lo son de vocación». Al considerar que las frases empleadas en las columnas lesionaban su derecho al honor, el excongresista Jorge Mufarech interpuso una querrella por el delito de difamación agravada<sup>1</sup>. Precisó que el referido

---

1 Querrella interpuesta el 12 de diciembre del año 2003 ante el Vigésimo Juzgado Penal de Lima.

periodista le imputó la comisión de los delitos de encubrimiento real, concusión y exacción ilegal, lo cual afectó gravemente su reputación como funcionario público y como empresario<sup>2</sup>. Asimismo, solicitó la suma de un millón de dólares como reparación civil<sup>3</sup>.

En el transcurso del proceso, el querellado ratificó el contenido de sus columnas. Enfatizó que aquellos juicios de valor formaban parte de su ejercicio del derecho de opinión. También señaló que sus afirmaciones se basaban en hechos conocidos y documentados mediante reportajes e informes de comisiones investigadoras parlamentarias<sup>4</sup>. Preciso que no actuó con dolo. Emitió puntos de vista y juicios de valor respecto a las actividades y los presuntos ilícitos cometidos por el querellante.

A nivel formal, tanto la sentencia de primera instancia<sup>5</sup> como la absolutoria en segunda instancia<sup>6</sup> dan cuenta de un ejercicio de subsunción de los hechos en el tipo penal de la difamación agravada. Si bien el método de solución adoptado en ambas instancias fue la subsunción, no por ello se limitó al ámbito estrictamente penal. Resultó acertado que asumiese una perspectiva constitucional al momento de evaluar el contenido de las

---

2 Jorge Mufarech fue ministro de Trabajo en el gobierno de Alberto Fujimori. En el gobierno de Alejandro Toledo fue congresista del partido oficialista durante los años 2001 y 2006.

3 Según el texto de la querrela, dicho monto sería donado posteriormente al Convento de las Hermanas de la Caridad.

4 En el período parlamentario 2001-2006, se formó una Comisión Investigadora en el Congreso de la República, encargada de investigar las denuncias de contenido penal contra el congresista Jorge Mufarech Nemy, la cual tuvo como plazo sesenta días calendario. Posteriormente, la jueza Antonia Saquicuray abrió un proceso judicial para investigar al referido funcionario a pedido de un grupo de legisladores que le remitieron los resultados de la Comisión Investigadora, pese a que su informe aún no había sido aprobado en el Pleno del Congreso (La República, 2019).

5 Expediente n.º 668-03-Q, sentencia de primera instancia emitida el 19 de noviembre de 2004, por el Vigésimo Juzgado Penal de Lima a cargo de la jueza titular María Esther Falconí Gálvez.

6 Emitida por la Primera Sala Penal de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 2 de septiembre de 2005.

expresiones y la importancia de la libertad de expresión para el sistema democrático en su conjunto.

En cuanto al nivel material, la sentencia identifica un conflicto entre dos derechos fundamentales, y que la controversia no debería ser abordada en términos de prevalencia de uno sobre el otro.

[...] se advierte el surgimiento de un conflicto entre dos derechos fundamentales, recogidos y amparados por nuestra Constitución Política vigente en su artículo dos, como son el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión y opinión; por lo que ambos al formar parte de los denominados derechos fundamentales, entendidos como núcleo central de derechos inherentes a la persona humana, ninguno debe prevalecer frente al otro, por lo que la presente causa debe resolverse teniendo en cuenta el caso específico y el contexto en el que se produjeron; es decir, se debe realizar una ponderación de los bienes en pugna, debiéndose rechazar las teorías que otorgan prevalencia a uno u otro derecho. (fundamento 5)

Esta postura da cuenta de una percepción crítica de la tesis de la posición preferente. En lugar de aplicar la referida tesis, la sentencia enfatiza que en este conflicto iusfundamental se refleja la presencia de «bienes en pugna»<sup>7</sup>, por lo que se debe optar por la ponderación. Así, observamos una crítica explícita de las premisas de la posición preferente, y una postura favorable a la ponderación como un método más idóneo para resolver la tensión entre el derecho fundamental al honor, por un lado, y a la libertad de expresión, por el otro.

Al respecto, centrada en el razonamiento material, Marciani (2004) considera que la tesis de la posición preferente no

---

7 La Defensoría del Pueblo presentó un informe de *amicus curiae* el 18 de febrero de 2004, mediante el Oficio n.º DP-AAC-04-2004, en el que expone argumentos a favor de la ponderación. En un sentido similar Ugaz (1999) ya había advertido sobre la pertinencia de adoptar la ponderación de manera conjunta con la tesis de la posición preferente a la hora de evaluar los casos relativos a la libertad de expresión.

responde adecuadamente a las exigencias del principio de dignidad humana, pese al arraigo que posee gracias a la tradición norteamericana (pp. 15-26)<sup>8</sup>; entre tanto, Mendoza (2007) sostiene que en los conflictos iusfundamentales entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, el desarrollo de criterios de resolución habría alcanzado tal grado, que en lugar de una ponderación los jueces realizan una subsunción formal (pp. 486-ss.).

Asumiendo un enfoque orientado hacia la ponderación entre los derechos fundamentales comprendidos en el conflicto, la sentencia en primera instancia destacó que las expresiones empleadas por el querellado daban cuenta de una severa crítica al sistema de justicia y a la condición de funcionario del querellante. Aquí se aprecian claramente los alcances del criterio de interés público en todas sus dimensiones. La jueza identificó estas manifestaciones dentro de las dimensiones individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.º 0905-2001-AA/TC.

En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que «[...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento» o de difundir hechos informativos. Pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas a «recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno» a fin de formarse una opinión propia. (fundamento 12)

Si bien la mayor parte de los argumentos versan sobre el criterio del interés público, la sentencia también analiza el contenido

---

8 Al respecto, Eguiguren (2006) sostiene que «La doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión e información encuentra fundamento en un sistema como el de los Estados Unidos, pero no en el régimen constitucional peruano que, expresamente, consagra la supremacía de la dignidad de la persona como valor y deber fundamental» (p. 152).

de las expresiones empleadas por el querellado. En este sentido, destaca que la columna denominada «Las uñas negras de Mufarech» contiene una aguda crítica a la conducta del querellante como funcionario público. Dicha condición facultaba al comunicador a expresar sus juicios subjetivos mediante: «algunas licencias literarias permitidas en el periodismo, tales como la metáfora y la sátira [...] admitidas cuando de transmitir opiniones se trata» (fundamento 9).

Al considerar que el ejercicio comunicativo del querellado se enmarcaba en el derecho a la libre expresión de opiniones, la jueza estimó necesario contextualizar los calificativos empleados por Salinas. En este sentido, señaló que las expresiones «hijo de perra» y «camello con pedorrera» no se referían «de manera directa e inequívoca a la persona del querellante sino que fueron utilizadas por el autor para reforzar la opinión que trataba de transmitir» (fundamento 9). Esta lectura se aleja del criterio que proscribe las expresiones vejatorias, perfilada por la doctrina constitucional española (Rebollo, 1992), y opta por la línea jurisprudencial expuesta a la fecha en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jueza indicó que el querellado empleó el modo condicional al opinar sobre denuncias que eran de conocimiento público; es decir, que en su decisión judicial aplicó el criterio de exigencia de veracidad en sentido débil y, en consecuencia, estableció que los ejercicios comunicativos en cuestión resultaban amparados por el derecho a la libertad de opinión.

En la valoración del uso de expresiones denigrantes, tanto la sentencia de primera como de segunda instancia aplicaron las premisas de la tesis de la posición preferente, antes que la ponderación. Además, el uso del modo condicional de los enunciados calzaba con la exigencia de veracidad en sentido débil al afirmar que dicho ejercicio comunicativo no estaba «sujeto a un requisito de veracidad, pudiendo, incluso, contener apreciaciones que se consideren discutibles o erradas» (fundamento 6). También indicó que la expresión de opiniones presenta límites,

entre los cuales tenemos: el respeto de los derechos a la dignidad, al honor, a la reputación, a la intimidad o a la imagen de las personas. A partir de dichas consideraciones, optó por colocar el énfasis en el análisis del contexto de las expresiones:

si bien las palabras antes reseñadas, constituyen frases denigrantes para el honor de cualquier persona, ellas deben ser analizadas e interpretadas en el contexto en el que fueron vertidas [...] en el presente caso, el derecho invocado por el querellante debe ceder ante el derecho de opinión y expresión, alegado por el querellado. (fundamento 9)

Esta interpretación descansa en una subsunción antes que en una ponderación en sentido estricto. Esta operación se debe a la aplicación del criterio de interés público en sentido fuerte, el cual desplaza a los criterios de exigencia de veracidad y ausencia de expresiones denigrantes. La dimensión subjetiva de dicho criterio fue determinante en la valoración judicial: ante la difusión de una opinión negativa sobre un funcionario público investigado por presuntos actos de corrupción, prima el derecho a la libertad de expresión. Los criterios desplazados operaron en sentido débil, dados los alcances del derecho a la libertad de opinión en tanto dimensión de la libertad de expresión. Un razonamiento diferente hubiese operado si se diese el caso del ejercicio de libertad de información en sentido estricto<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta que el análisis a nivel pragmático se evalúa a partir del impacto y la incidencia del caso en la comunidad jurídica y social, cabe destacar la incidencia de la Defensoría del Pueblo: presentó un informe de *amicus curiae* y adjuntó el Informe Defensorial n.º 48 sobre la situación de la libertad de expresión en el Perú. La referida entidad enfatizó la importancia del derecho a la libertad de expresión para la vigencia y la mejora

---

9 Los alcances de la exigencia de veracidad aplicada en la sentencia coinciden con la exposición efectuada en el Informe n.º 48 de la Defensoría del Pueblo (2000), *Situación de la libertad de expresión en el Perú*. Dicho documento da cuenta de la importancia de la doctrina de la «real malicia» para evaluar la conducta del comunicador, antes que el contenido de la información (p. 27).

del Estado democrático de derecho, sin dejar de lado la argumentación sobre el honor y el principio de la dignidad humana. En su informe describía las principales amenazas al ejercicio de la libertad de expresión e información hasta el año 2000. Destacó la tesis de la posición preferente de la libertad de expresión y reforzó su postura a partir de los alcances de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las sentencias del Tribunal Constitucional. La Defensoría, con el *amicus curiae* y su informe, abrió espacios de mayor reflexión para evaluar el estado de cosas en relación con la libertad de expresión en el contexto de la transición democrática.

### 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA EN LA QUERRELLA INTERPUESTA POR JOSÉ EGUREN CONTRA PEDRO SALINAS (SENTENCIA EMITIDA EL 8 DE ABRIL DE 2019, EXPEDIENTE N.º 4741-2018)

A partir de la publicación del libro *Mitad monjes, mitad soldados*, el periodista Pedro Salinas difundió los resultados de la investigación periodística realizada con el apoyo de la periodista Paola Ugaz. Brindó entrevistas, escribió columnas y notas en sus redes sociales en las que dio a conocer los testimonios de numerosas víctimas de abusos cometidos al interior del Sodalicio de Vida Cristiana, congregación adscrita a la Iglesia católica<sup>10</sup>.

Si bien algunas denuncias sobre la referida institución religiosa datan de inicios del año 2000, no fue hasta la publicación del citado libro que el caso recibió mayor cobertura mediática<sup>11</sup>. A la par, Salinas asumió un rol activo en la difusión de dichas irregularidades<sup>12</sup>. Junto con otros afectados, denunciaron ante la

10 En el prefacio del libro se indica que los testimonios fueron registrados magnetofónicamente y los consultados estaban dispuestos a ratificar su testimonio ante las autoridades (Salinas y Ugaz, 2017, p. 15).

11 La primera denuncia registrada en el año 2000 fue dada a conocer por José Enrique Escardó a través de sus columnas de opinión en la revista *Gente*.

12 Ante las denuncias y el interés de la opinión pública sobre el caso, el Sodalicio instituyó una comisión para investigar las denuncias y promover un proceso

Fiscalía a varios integrantes de la denominada «generación fundacional del Sodalicio». Los delitos imputados fueron: asociación ilícita para delinquir, secuestro mental y lesiones psíquicas<sup>13</sup>. Entre los denunciados figuraba el actual obispo de la diócesis de Piura y Tumbes, José Eguren Anselmi.

Ante la visita del máximo representante de la Iglesia católica al Perú, durante el mes de enero del año 2018, Salinas retomó el hilo de sus denuncias. Para ello, elaboró un símil con el caso de abusos sexuales dentro de la Iglesia católica dados a conocer en Chile a partir del caso Karadima. En dicho contexto, el referido periodista publicó la nota «El Juan Barros peruano» en el portal electrónico denominado La Mula.pe<sup>14</sup>. En él señaló que José Eguren —encargado de brindar el discurso de bienvenida al papa Francisco en Piura, pese a los cuestionamientos en su contra— guardaba similitudes con Juan Barros, un obispo chileno acusado de encubrir abusos en el caso Karadima<sup>15</sup>.

En su texto, Salinas empleó frases como «depredador con suerte», «encubridor de abusos». Además, señaló que Eguren estaría implicado en un caso de tráfico de tierras a partir de los hallazgos de un reportaje difundido en la cadena Al Jazeera<sup>16</sup>. También hizo eco de estas imputaciones en reiteradas columnas de opinión, y notas en sus redes sociales de Facebook y Twitter. Concurrentemente, brindó entrevistas en las que expresó su

---

de reforma. Asimismo, el Congreso de la República planteó una iniciativa para constituir una comisión investigadora del caso, pero fue rechazada. En el año 2018 el congresista Alberto de Belaunde promovió la creación de una nueva comisión investigadora sobre abusos sexuales a menores en instituciones educativas y religiosas. El informe de dicha comisión fue debatido en el mes de junio del año 2019 (El Peruano, 2019).

13 Denuncia ampliatoria formalizada ante el sistema de justicia el 10 de mayo de 2016 ante la Vigésimo Sexta Fiscalía Provincial de Lima.

14 Post publicado en el portal web [www.lamula.pe](http://www.lamula.pe) el 20 de enero de 2018.

15 Según el testimonio de Enrique Escardó, recogido en el libro *Mitad monjes, mitad soldados*, Eguren lo habría torturado psicológicamente en varias ocasiones aprovechando su posición de autoridad en la comunidad religiosa a la que ambos pertenecían (Salinas y Ugaz, 2017, pp. 228-231).

16 Reportaje producido por Paola Ugaz y efectuado por Daniel Yovera.

rechazo al rol que había desempeñado la alta jerarquía de la Iglesia católica peruana al no investigar debidamente los abusos cometidos al interior del Sodalicio<sup>17</sup>.

Dado el tenor de las frases empleadas y la gravedad de las imputaciones en su contra, Eguren formuló una querrela contra Salinas por el delito de difamación agravada ante el Primer Juzgado Unipersonal de Piura<sup>18</sup>. El 8 de abril de 2019, dicho órgano jurisdiccional lo condenó a un año de prisión suspendida de la libertad, al pago de 120 días multa a favor del Estado y una reparación civil de S/ 80 000 soles a favor del querellante.

Eguren señaló que el motivo principal de su querrela era la campaña de desprestigio emprendida por Salinas en su contra. Esta campaña desplegada en diferentes medios de comunicación afectaba su honor sobre la base de afirmaciones no comprobadas y denuncias sin sustento. Además, enfatizó que la actuación del referido periodista buscaba disolver el Sodalicio y dañar la imagen de la Iglesia católica<sup>19</sup>. En el proceso, el querellado se ratificó en sus declaraciones y sostuvo que estaban basadas en una investigación periodística en la que se recogieron los testimonios de numerosas víctimas de abusos al interior del Sodalicio. Asimismo, reiteró sus críticas a la Iglesia católica y sus autoridades por no

---

17 La sentencia da cuenta de la entrevista realizada el 24 de enero de 2018 en Idee Radio, donde Salinas se refirió a Eguren en los siguientes términos: «él... dio el discurso de honor al Papa. Un obispo del Sodalitium, miembro de la generación fundacional, o sea, él con Germán Doig, Jaime Baertl, Alfredo Garland, entre otros, son quienes crearon con Figari esta cultura de abuso de poder en esta institución vertical y totalitaria, entonces él es corresponsable de las cosas que han ocurrido en el Sodalitium con estos abusos de poder, maltrato físico, maltrato psicológico y que han tenido como corolario, en algunos casos, el abuso sexual» (Tuesta, 2018, 46:50).

18 Querrela presentada el 15 de agosto de 2018.

19 Los argumentos de la parte querellante remarcaron tanto anteriores publicaciones bibliográficas de Salinas como posteriores actividades en medios de prensa escrita, luego del inicio de la querrela. Daban cuenta de una supuesta «repulsión comprobada contra la Iglesia católica» y que el citado periodista formaba parte de «una organización direccionada para afectar a la Iglesia católica como institución ante tribunales internacionales».

tomar medidas más drásticas contra las irregularidades dadas a conocer desde el año 2000<sup>20</sup>.

En el análisis a nivel formal, observamos que la jueza, al momento de resolver la controversia, no se limitó a realizar una subsunción de los hechos al tipo penal de difamación agravada. La fundamentación de esta sentencia descansa en una ponderación entre las respectivas dimensiones constitucionales del derecho al honor y del derecho a la libertad de expresión e información. Sin embargo, al aplicar el criterio de exigencia de veracidad en sentido fuerte, pese al tenor y el contexto de las expresiones, la jueza no aplicó debidamente la doctrina legal del Acuerdo Plenario n.º 3-2006/CJ-116.

A nivel material, advertimos inconsistencias en la argumentación de la *ratio decidendi* de la condena. A partir de los argumentos señalados por las partes, la jueza fundamentó su decisión sobre la base de dos ejes. En primer lugar, consideró al honor como un límite especial del ejercicio de la libertad de expresión, al borde de una posición preferente, en los siguientes términos:

El bien jurídico protegido es el honor que tiene reconocida su garantía a nivel constitucional [...] en cuanto precisa que toda persona tiene derecho al honor y la buena reputación, en tal sentido dicho derecho se constituye en el eje de la propia existencia de un Estado democrático. (fundamento 5)

Este tratamiento del honor destaca su reconocimiento constitucional y lo coloca como un fundamento del Estado democrático sin mayor fundamentación. Si bien el consenso en la doctrina señala que el honor es una manifestación del derecho y principio de la dignidad humana<sup>21</sup>, señalar que este permite la existencia del Estado democrático no es suficiente para otorgarle una especie de posición preferente ante un conflicto con el derecho a la

---

20 El libro *Mitad monjes, mitad soldados* recogía los testimonios de exintegrantes del Sodalicio de Vida Cristiana, entre los que destacaban el de José Enrique Escardó y Martín Scheuch.

21 Al respecto, Muñoz (2001, p. 269). Véase Carmona (1996, p. 461).

libertad de expresión. Lejos de efectuar una ponderación basada en los hechos del caso, la jueza adopta esta posición a favor del honor, pero no ofrece suficientes argumentos para contradecir los estándares jurisprudenciales a favor de la libertad de expresión, establecidos a nivel constitucional y convencional.

A partir de una postura implícita, de preferencia hacia el derecho al honor, la jueza aplicó la exigencia de veracidad en sentido fuerte. Con esta interpretación elevó el estándar de la debida diligencia del comunicador. Es decir, contradijo la doctrina jurisprudencial del Acuerdo Plenario n.º 3-2006/CJ-116, que establece el deber de la comprobación razonable de las fuentes, y en su lugar sostuvo que el periodista debe tener plena certeza sobre la verdad del contenido de la información difundida:

la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe la verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta —dolo directo— o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad —dolo eventual—. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales. (fundamento 7)

Dicho fundamento de la sentencia contradice la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la jueza cita, en torno a la delimitación del criterio de veracidad<sup>22</sup>:

la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información. (fundamento 7)

---

22 Sentencia recaída en el Expediente n.º 6712-2005-HC/TC.

Además de elevar el estándar de la exigencia de veracidad, la jueza confunde el objeto protegido del derecho a la libertad de información con el de la libertad de opinión al señalar que no gozan de protección las conductas que consistan en «transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas» (fundamento 7). Este estándar es aplicable a la dimensión informativa de las libertades comunicativas, mas no a la dimensión de expresión de opiniones, juicios de valor o exteriorización de puntos de vista subjetivos.

Los calificativos empleados por Salinas eran opiniones críticas sobre el rol de la Iglesia católica y algunos de sus representantes peruanos. De ahí que la crítica de Salinas no podía ser evaluada mediante la aplicación del criterio de veracidad en sentido fuerte, sino en sentido débil, al encontrarnos frente a un ejercicio de opinión antes que de información en sentido estricto.

Por otro lado, la sentencia da cuenta de una aplicación conjunta del criterio de interés público y de ausencia de expresiones ultrajantes. Para ello recurrió a la ponderación en los siguientes términos:

Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas —deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión— y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige. (fundamento 8)

Dado el tenor de los argumentos de la decisión, observamos una aplicación del criterio de interés público en sentido débil, y la ausencia de expresiones ofensivas en sentido fuerte. Sin embargo,

apreciamos una argumentación contradictoria de ambos criterios, tal como se refleja en el siguiente fundamento, al interpretar los alcances del honor en relación con los criterios de interés público, exigencia de veracidad y ausencia de expresiones ofensivas.

el derecho al honor debe pues resolverse haciendo un análisis de ponderación tomando en cuenta el derecho a la libertad de expresión, también de dimensión constitucional y la necesidad que este derecho tenga un amplio desarrollo para el intercambio de opiniones e ideas dentro de la comunidad en la que se desenvuelven, también lo es que las afirmaciones que en el ejercicio de esa libertad se hagan lo sean con veracidad, transparencia, cuidando no solamente que la información a prestarse se corresponda con los hechos concretos sino también cuidando los términos y su redacción, precisamente a fin de que no colisionen entre sí, ello a fin que la información proporcionada no sea una que menosprecie la veracidad de lo que se pretende comunicar, haciendo ejercicio de un comportamiento sino negligente por lo menos irresponsable de lo que se dice, ya que así quien emite la información debe cuidar de por un lado verificar que la información a propalar sea veraz y fidedigna, adoptando las medidas para una oportuna averiguación de los hechos que expone y por otro en un especial cuidado en la redacción de la información a propalarse, cuidando el lenguaje de los términos a utilizarse. (fundamento 9)

Esta interpretación no es coherente con la doctrina jurisprudencial a nivel constitucional y convencional respecto a la libertad de expresión. La sentencia no solo denota una aplicación del criterio de exigencia de veracidad en sentido fuerte, sino que aboga por una restricción fuerte al ejercicio de la libertad de expresión e información, al considerar que solo serán legítimos aquellos ejercicios comunicativos donde medie una certeza absoluta, antes que la debida diligencia en la comprobación de la información.

Al calificar como falsas y difamatorias las expresiones de Salinas en torno a la posibilidad de que Eguren conociera los abusos cometidos en el Sodalicio, dada su pertenencia a la «generación fundacional» y su cercanía con el máximo jerarca de dicha institución, la jueza no elevó el criterio de exigencia de veracidad,

sino que extendió su aplicación a la libertad de opinión. Desampara el ámbito subjetivo de las personas cuando aplica un criterio de veracidad en sentido fuerte. Esta aplicación, además de limitar el flujo informativo, permite inferir que cualquier comunicador o ciudadano queda impedido de manifestarse sobre hechos que fueron desestimados por el Ministerio Público, dándole tratamiento de cosa juzgada.

Este caso también da cuenta de las características actuales en torno a la difusión de opiniones. Advertimos cierta complejidad debido a los múltiples ejercicios comunicativos del periodista querrellado, a partir del uso de diferentes canales de comunicación. Sus constantes denuncias y comentarios en medios de prensa escrita, radial, televisiva, notas en blogs y redes sociales dificultan distinguir si nos encontramos frente a un ejercicio de la libertad de información, de la libertad de opinión o de una combinación de ambos. Sobre este punto, la doctrina acerca del conflicto entre las libertades comunicativas y los derechos de la personalidad dan cuenta de contenidos protegidos distinguibles. Es necesario tener en cuenta estos matices, ya que mientras la libertad de información exige un especial deber de diligencia en la verificación de los hechos, la libertad de opinión no. El tratamiento que recibe esta última versa sobre el análisis de las expresiones empleadas, las cuales si bien pueden ser ofensivas o de mal gusto, no deben ser restringidas sin que haya de por medio un test tripartito en los términos planteados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009, pp. 12-ss.).

A nivel pragmático, observamos que el traslado implícito de la posición preferente hacia el honor tiene como consecuencia práctica, en los casos de difamación agravada, que la libertad de expresión deje de tener un peso relevante al operar como causa de justificación de acuerdo con el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal. Se trata de un precedente que pone en cuestión las libertades comunicativas. Esta sentencia debió discutirse en una segunda instancia a la luz de mayores argumentos de ambas partes. Sin embargo, el 24 de abril de 2019, Eguren desistió de

la querrela<sup>23</sup>, con lo que se cortó toda posibilidad de discutir la sentencia en instancias superiores, quedando aparentemente firme una condena.

Si bien el debate jurídico institucional sobre el caso se vio truncado, la discusión en los medios de prensa y ámbitos académicos siguió siendo significativa. La Clínica Jurídica de la Universidad del Pacífico presentó un informe de *amicus curiae* que no fue incluido en el expediente debido al desistimiento, documento aludido en la II Conferencia sobre Libertad de Expresión organizada por dicha casa de estudios en octubre de 2019. El profesor Percy Cavero, abogado de monseñor Eguren, ha venido participando en diversos foros académicos para exponer su posición en torno al caso y presentar su libro *El caso Pedro Salinas. De denunciante de abusos a mancillador de honras* (2019).

#### 4. EL CONFLICTO IUSFUNDAMENTAL ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. DINÁMICA DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA

En el razonamiento de las disposiciones normativas para resolver los casos de querrelas sobre delitos contra el honor cometidos a través de la prensa, las decisiones judiciales, posteriores al año 2006, dan cuenta de la función que viene cumpliendo, en tanto fuente del derecho, el Acuerdo Plenario n.º 3-2006/CJ-116 y la teoría conflictivista de derechos fundamentales<sup>24</sup>, en desmedro de una perspectiva armonizadora.

23 Tal como lo publicó el 24 de abril mediante el comunicado publicado en la página web del Arzobispado de Piura. Dicho comunicado fue publicado dos días después de que se dio a conocer la sentencia condenatoria. Cabe mencionar que el 10 de abril la presidencia de la Conferencia Episcopal del Perú emitió un comunicado respaldando la labor del periodismo de investigación en torno a supuestos abusos cometidos al interior de la Iglesia católica.

24 Un desarrollo de la teoría conflictivista entre derechos fundamentales se puede ver en Mendoza (2007). Castillo (2006) formula una crítica a la teoría conflictivista desde una postura armonizadora de los derechos fundamentales (pp. 83-135).

La figura del acuerdo plenario es una manifestación de la actividad interpretativa de los tribunales superiores y los tribunales supremos. Está orientado a materializar valores de la seguridad jurídica y la predictibilidad. A través de espacios de deliberación y elaboración de consensos jurisdiccionales, la praxis jurisdiccional peruana incorporó esta figura mediante los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>25</sup>.

Dado el conflicto iusfundamental entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias redactó el Acuerdo Plenario n.º 3-2006/CJ-116<sup>26</sup>. Los fundamentos jurídicos que de él se desprenden dan cuenta de la discusión sobre los tipos penales para la protección del honor, en el marco del conflicto iusfundamental que se configura con el ejercicio de las libertades comunicativas en un Estado democrático de derecho.

La importancia del Acuerdo Plenario n.º 3-2006/CJ-116 en la dinámica del razonamiento judicial radica en una cierta determinación de fundamentos jurídicos para la resolución de controversias en torno al conflicto iusfundamental. A partir de un tratamiento bipartito del honor que distingue sus dimensiones subjetiva y objetiva, identifica como sus elementos constitutivos las nociones de autoestima y reputación, respectivamente. También enfatiza que el honor constituye un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona. Por ello es un derecho que protege a su titular del ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información.

En relación con la libertad de expresión e información, el acuerdo plenario considera que este derecho es uno de los fundamentos de la sociedad democrática y que tiene en frente, como un límite especial, el derecho al honor. Asimismo, el acuerdo acoge

---

25 Aprobado por Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 de junio de 1993.

26 Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 13 de octubre de 2006.

el estándar jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (García, 2020), e identifica las restricciones de las libertades comunicativas, conocido como test tripartito:

1) deben estar fijadas expresamente por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática. (fundamento 7)

A partir de estos presupuestos, el acuerdo plenario analiza en qué casos opera la causa de justificación. Busca determinar si el ejercicio de las libertades de información y comunicación es o no legítimo. De aquí se desprenden los criterios para la resolución del conflicto. En primer lugar, tenemos al interés público, en el que se identifica la naturaleza pública de las libertades comunicativas, las cuales están ligadas a la formación de la opinión pública en concordancia con los principios del pluralismo democrático. En segundo lugar, la importancia del contenido esencial de la dignidad de la persona; de este principio se deriva el criterio que excluye a las frases injuriosas o vejatorias de los ejercicios legítimos de la libertad de expresión. En tercer lugar, figura el criterio de la concurrencia de veracidad en su dimensión subjetiva, conforme a lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>27</sup>.

En cuanto al criterio de veracidad, el acuerdo plenario es cauto al desarrollar los alcances del deber de diligencia del comunicador o de toda aquella persona que ejerce la libertad de expresión, sujeta al deber de comprobación razonable de la información difundida, conducta que será valorada en el proceso judicial<sup>28</sup>. También es claro, al señalar que la dimensión informativa de las libertades comunicativas debe observar el fundamento 12, el

---

27 Sentencia recaída en el Expediente n.º 0905-2001-AI/TC. Véase una sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en Huerta (2012).

28 La búsqueda de la verdad como finalidad del proceso judicial y como un caso especial de la búsqueda general de la verdad, que no implica exigencia de exactitud, se puede ver en Sotomayor (2019).

cual circunscribe el deber de diligencia en la contrastación de las fuentes antes que en el hallazgo de la verdad absoluta, exactitud. En consecuencia, la protección no alcanza a las conductas irresponsables que difundan información no verificada, movida por intereses sensacionalistas, económicos o ideológicos.

El Pleno Jurisdiccional fue acertado al ponderar el tratamiento del interés público con el principio de la dignidad humana. Con este tratamiento observamos un esfuerzo por conciliar los aspectos más resaltantes tanto de la tradición norteamericana como de la tradición europea continental, respecto al tratamiento del conflicto iusfundamental entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, potenciando la construcción de una opinión pública crítica y el control social del poder estatal, distribuido en una especie de microfísica del poder en las diversas autoridades e instituciones en una sociedad democrática.

En la tradición norteamericana, el razonamiento judicial privilegia la protección de las libertades comunicativas como resultado de la interpretación de la primera enmienda de la Constitución. De esta manera, se ve relativizada la protección del honor en los discursos de interés público, sobre todo cuando los demandantes son funcionarios públicos. Este tratamiento ha sido desarrollado en la doctrina como la tesis de la posición preferente. Al respecto, el paradigma que derivó del caso *The New York Times vs. Sullivan* fue sintetizado por el juez Brennan, quien indicó la importancia de promover un debate desinhibido, vigoroso y abierto (Fiss, 1999, p. 71; Bertoni, 2000). Sin embargo, como hemos visto, la tesis de la posición preferente no está libre de críticas. Últimamente, a partir de los casos *Westmoreland vs. CBS* y *Sharon vs. Time*, Dworkin (2019) advierte lo siguiente: «la publicidad de un juicio y la perspectiva de daños considerables hacen que llevar la historia a los tribunales parezca muy tentadora para los demandantes» (p. 210); en ambos casos coloca en el centro del debate el problema de probar la verdad de las afirmaciones, una estrategia de defensa que no se condice con la tradición interpretativa de la Primera Enmienda.

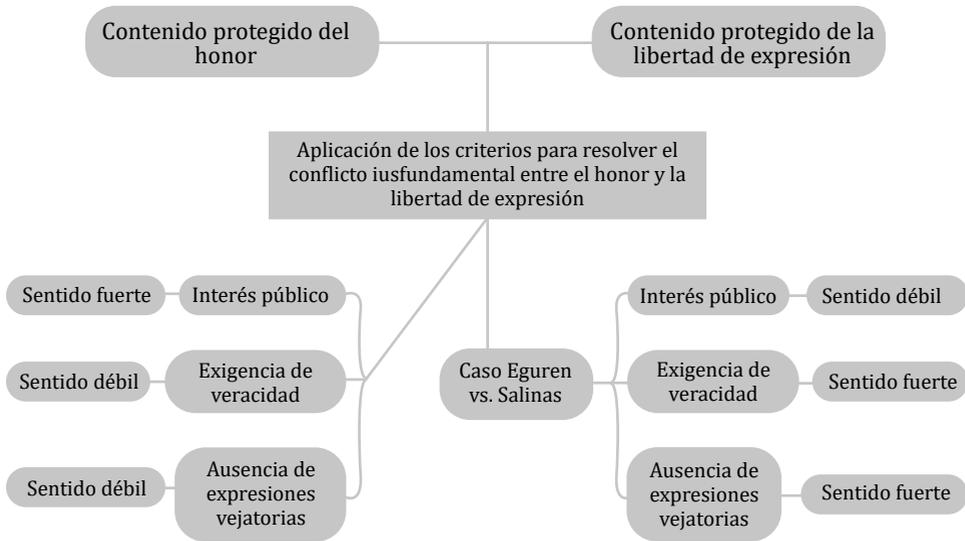
Por su parte, el razonamiento judicial en la tradición europea continental reconoce la importancia de la libertad de expresión, sin que ello signifique otorgarle una posición preferente. Este es el tenor que se advierte en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde destaca la doctrina del abuso de derecho (Revenga, 2008, pp. 69-ss.). Esta orientación es tributaria del desarrollo jurisprudencial elaborado principalmente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Al respecto, Alexy (2007) identifica que el rasgo característico de esta línea de interpretación descansa en el tratamiento del principio de la dignidad humana (pp. 70-ss.). El referido jurista señala que si bien se debe atender las circunstancias particulares del caso concreto «existe un alto grado de seguridad de que bajo ellas (condiciones de precedencia) el principio de dignidad humana precede a otros principios» (Alexy, 2007, p. 89). Si una revista satírica adjetiva de «tullido» a un parapléjico califica como ofensa grave contra su derecho al honor.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalmente, de las sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, podemos advertir que, si bien en el primer caso aún no se había aprobado el acuerdo plenario, los criterios de razonamiento judicial operaban en diálogo con las normas de rango constitucional y convencional. La sentencia absolutoria a Salinas permite apreciar una aplicación subsuntiva del criterio de interés público, mediante argumentos adscritos a la tesis de la posición preferente. El plano material y pragmático se vincula a un contexto de descubrimiento y de justificación de una institucionalidad que transita a los principios del proceso democrático.

En el segundo caso, ya opera como fuente de derecho el acuerdo plenario; sin embargo, se puede advertir en la decisión judicial excesos en el parámetro de la exigencia de veracidad para un ejercicio de libertad de opinión, derivando en una protección

reforzada no justificada del honor y en un déficit argumentativo sobre la relevancia de las libertades comunicativas para la vigencia y el fortalecimiento de un Estado democrático de derecho. La sentencia condenatoria formalmente da cuenta de los alegatos de ambas partes y abunda en detalles de los aspectos fácticos del caso; no obstante, falla en la argumentación material y pragmática.



## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bertoni, E. (2000). «New York Times vs. Sullivan» y la malicia real de la doctrina. En J. Mariezcurrena (ed.), *Estudios básicos de derechos humanos* (pp. 121-150). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Carmona, C. (1996). *Curso de derecho penal español. Parte Especial I*. Marcial Pons.

- Castillo, L. (2006). *Las libertades de expresión e información*. Palestra.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Organización de los Estados Americanos.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2006). Acuerdo Plenario n.º 3-2006/CJ-116. Lima: 13 de octubre de 2006.
- Defensoría del Pueblo (2000). *Situación de la libertad de expresión en el Perú*. [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_48.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf)
- Diario Oficial El Peruano (2019, 1 de abril). En junio se podrá debatir informe de abusos a niños. <https://elperuano.pe/noticia/77154-en-junio-se-podra-debatir-informe-de-abusos-a-ninos>
- Dworkin, R. (2019). *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución norteamericana*. Palestra.
- Eguiguren, F. (2006). La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Conclusiones. En L. Castillo (coord.), *Las libertades de expresión e información*. Palestra.
- Escardó, J. (2000, 26 de octubre). El quinto pie del gato - Extirparé la raíz del miedo. *Revista Gente*, (1348).
- Fiss, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Gedisa.
- García, P. (2019). *El caso Pedro Salinas. De denunciante de abusos a mancillador de honras*. Ideas Solución Editorial.
- García, R. (2020). Libertad de expresión, equidad y democracia: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Andamios*, 42(17), 17-57.
- Huerta, L. (2012). *Libertad de expresión. Fundamentos y límites a su ejercicio*. Tarea Educación Gráfica Educativa.
- La República (2019, 22 de mayo). Caso Mufarech enfrenta a PJ y Congreso. <https://larepublica.pe/politica/308746-caso-mufarech-enfrenta-a-pj-y-congreso/>

- Marciani, B. (2004). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Palestra.
- Mendoza, M. (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Palestra.
- Muñoz, F. (2001). *Derecho penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch.
- Rebollo, R. (1992). *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites penales*. P. P. U.
- Revenge, M. (2008). *La libertad de expresión y sus límites*. Grijley.
- Salinas, P. (2002, 23 de diciembre). La justicia como un retrete. *Diario Correo*.
- Salinas, P. (2003, 11 de marzo). Las uñas negras de Mufarech. *Diario Correo*.
- Salinas, P. y Ugaz, P. (2017). *Mitad monjes, mitad soldados*. Planeta.
- Sotomayor, E. (2019). La búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En R. Cavani (coord.), *Garantías procesales y poderes del juez* (pp. 194-219). Zela.
- Tuesta, G. (2018, 24 de enero). No hay derecho con Glatzer Tuesta. *Ideele Radio*. <https://www.facebook.com/watch/live/?v=10155714782048855&ref=external>
- Ugaz, J. (1999). *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. IPYS-UPC.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3683

## UNA LECTURA CONVENCIONAL APLICATIVA A LAS DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA EN MATERIA DE AMPARO

A conventional reading applicable to first instance  
decisions in the matter of protection

JUAN ALBERTO CASTAÑEDA MÉNDEZ

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [castanedamendezjuanalberto@gmail.com](mailto:castanedamendezjuanalberto@gmail.com)

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por propósito realizar un diagnóstico puntual respecto al uso convencional que emplea el juez de primera instancia al momento de resolver causas en materia constitucional (10 sentencias de amparo). Para tal efecto se realiza un recorrido de ideas principales sobre la convencionalidad en sede interna y sus expresiones de uso judicial.

**Palabras clave:** control de convencionalidad; proceso de amparo; uso judicial: sentencias constitucionales.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to make a specific decision regarding the convening use used by the judge of first instance when ruling cases in constitutional matters (10 sentences of amparo process). For this purpose, a journey of main ideas is made about internally headquartered conventionality and its expressions of judicial use.

**Key words:** conventionality control; amparo process; judicial use; constitutional rulings.

Recibido: 30/06/2020

Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

A través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) se han venido desarrollando una serie de puntos respecto al control de convencionalidad, tanto a nivel jurisprudencial como a nivel doctrinario; este tipo de control ha sido diseñado o fomentado como un control que tiene naturaleza subsidiaria o de complemento a los controles de derecho interno, que se inició en el 2006, año en el cual la CrIDH esbozó preliminarmente la categoría del control de convencionalidad en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006):

los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. [...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Entre otras cosas, la CrIDH aclaró su doctrina para establecer que este control debe ser ejercido *ex officio* prescindiendo de la solicitud de las partes; siempre que se encuentre circunscrito dentro de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes a cada órgano estatal, considerando otros presupuestos

de forma y fondo para su admisibilidad y procedencia. Este criterio jurisprudencial fue confirmado en los años siguientes y desarrollado a manera de un «vals a tres tiempos», como lo expresa la profesora de la Universidad de La Sorbona de París (Urgorgue-Larsen, 2010):

Diríase entonces que en el ámbito de protección del sistema interamericano, la doctrina del control de convencionalidad se desarrolla en tres etapas o momentos:

- El primero se caracterizó por *la aparición* de la exigencia obligación del control de convencionalidad, este hecho fue en el año 2006 mediante la sentencia Almonacid Arellano.
- La segunda época refirió a *delimitar los contornos* de esta exigencia, esto mediante la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias Radilla Pacheco, entre otras).
- Finalmente, el tercer tiempo implicó precisamente la función de «*teorizarla*» esto a través del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 2010 [...]. (p. 62; énfasis añadido).

Otros cambios importantes refieren que, a partir del 2010, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, la Corte Interamericana reemplaza las expresiones relativas al «Poder Judicial» para hacer referencia a «todos sus órganos», en el sentido estatal del término, incluidos sus jueces, esto en cuanto a la delegación de la función jurisdiccional, por lo que se debe velar por el efecto útil del pacto. En este sentido, «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles» están obligados a ejercer, de oficio, el «control de convencionalidad».

Por lo tanto, en un análisis de la jurisprudencia actual de la Corte se llega a la convicción de que los tribunales y las salas constitucionales se encuentran obligados a ejercer el control difuso de convencionalidad, situación que se convierte en un reto diario para la aplicación cotidiana del *corpus iuris* interamericano y de ese modo superar la tradicional concepción de la supremacía constitucional a razón del concepto de soberanía territorial.

## 2. PRECISIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Ejercer el control por parte de todos los órganos de los Estados, en este caso de los «órganos vinculados a la administración de justicia», debe agregarse a las «autoridades administrativas», ya que cada una se desempeña en sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Este criterio se solidifica en el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), donde fue abordado el tema de las limitaciones por la gran cantidad de instancias democráticas internas donde también va a formar parte. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que también debe primar el «control de convencionalidad» al constituir una «función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial».

Bajo dicho orden de ideas, la doctrina expuesta ha tenido amplia acogida, sobre todo en Estados que aplican el control difuso (Ferrer, 2012, p. 32), lo cual implica finalmente un reconocimiento integral y amplio de la internalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe señalar que existen diversos países latinoamericanos que han internalizado y recogido este reconocimiento en sus constituciones, llámese por ejemplo la preeminencia constitucional de esos tratados internacionales de protección de los derechos humanos. En ese proceso cabe destacar al Estado Plurinacional de Bolivia, que en su Constitución Política de Estado, emitida el 7 de febrero de 2009, en su artículo 410.II dispone que «El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país».

Al respecto, es trascendente establecer que se trata de ordenamientos jurídicos autónomos, tanto de carácter nacional como internacional y complementario de este último respecto del nacional, cada uno con fuentes, reglas y principios propios para su observancia y cumplimiento, procesos que asumen interacciones e interdependencias más complejas, partiendo principalmente

del reconocimiento de que esos derechos esenciales del hombre «no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana».

Consecuentemente, la doctrina de control de convencionalidad podría asumir dimensiones más allá de las que se reconoce en los instrumentos constitutivos de la Corte, y debe, por lo tanto, fortalecer el carácter coadyuvante y complementario expresado en el preámbulo de la Convención. En su caso, debe exigir que los Estados cumplan plenamente con sus responsabilidades dispuestas en el artículo 2 de la Convención, que señala la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y las libertades previstos en los tratados internacionales.

Esa situación se hace más compleja respecto de Estados, como el boliviano, en Latinoamérica, en el que se adopta un control concentrado de constitucionalidad. Es decir, en dicho país, únicamente cuando los jueces o cualquier autoridad administrativa considera que una norma vulnera la Constitución o un tratado internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, corresponde plantear, de oficio o a petición de parte, la acción de inconstitucionalidad concreta, mas no la de convencionalidad. Y solo lo solicita para que el Tribunal Constitucional «Plurinacional», como intérprete último de la Constitución, dentro de sus facultades disponga su expulsión o permanencia en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, el Estado boliviano adoptó un procedimiento interno observando lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual no comprende un control difuso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino como parte de un bloque de constitucionalidad que implica, de forma interna, ejecutar el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional. ¿Podría acaso señalarse responsabilidad estatal sin conocer el fallo de esta

última instancia nacional? Sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria del sistema interamericano.

Estas y otras reflexiones de fondo llevan a estimar que el desarrollo jurisdiccional debe fortalecer y priorizar el diálogo interjurisdiccional, aceptar y conducir la prudencia que implica y exige el desarrollo de relaciones interestatales, a fin de que sean las instancias jurisdiccionales o administrativas nacionales las que definitivamente se formen como los instrumentos más eficientes de protección de los derechos humanos, entendiendo a la litis como *ultima ratio*, para el respeto y la garantía de los derechos humanos.

### 3. EL LEADING CASE INTERPRETATIVO

En el ámbito constitucional el control de convencionalidad supone la aplicación directa de los elementos que conforman el *corpus iuris* interamericano, o el uso interpretativo (indirecto) de este, ello en concordancia con lo que ha establecido la propia CrIDH sobre el tema.

De acuerdo con el uso indirecto o interpretativo que se desprende de la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, también es posible predicar el uso directo del parámetro interamericano si es que se admite que el canon tiene rango constitucional en relación con todos los instrumentos que lo integran.

#### 3.1. APLICACIÓN DIRECTA

Respecto a la aplicación directa, es claro que la norma del canon interamericano y la interpretación que de esta ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos se incorporan al derecho interno y se contrastan de forma directa con las normas de derecho interno al menos con las que tienen rango de ley si es que se asume que el control de convencionalidad es análogo o forma una unidad con el control de constitucionalidad.

Si bien existe algún ejemplo de examen de las propias normas constitucionales con el canon interamericano, se ha optado por asumir que este es un caso de uso interpretativo en función de la unidad constitucional. Se puede analizar el caso de los artículos 142 y 181 de la Constitución para establecer la procedencia del denominado amparo electoral.

No obstante ello, este ejemplo se ha señalado como uno de uso interpretativo o indirecto del canon de convencionalidad en la medida en que al analizarse las normas de rango de ley que atentan contra el debido proceso en la jurisdicción electoral, se declara la violación de los dispositivos constitucionales mencionados y no necesariamente la del parámetro interamericano. En relación con la modalidad de este tipo de canon interamericano contra normas con rango de ley, en algunos casos se menciona que determinada norma atenta contra el canon interamericano, pero luego esa afirmación se reconduce a la violación de un derecho con reconocimiento constitucional formal.

## 3.2. APLICACIÓN INDIRECTA O INTERPRETATIVA

El uso interpretativo del canon interamericano puede clasificarse de acuerdo con la forma en que se utiliza por los jueces, es decir, por el modo en que el canon interamericano —a través de la vía jurisprudencial— contribuye a la formación de contenidos de los derechos fundamentales de un Estado constitucional.

Según la clasificación que tentativamente plantea Queralt, este tipo de uso se podría manifestar de algunos modos:

### 3.2.1. El argumento de autoridad

El argumento de autoridad es aquel que importa la utilización de los estándares interamericanos solamente para demostrar y corroborar la conformidad del razonamiento judicial desarrollado por el magistrado con aquellos. Es así que este argumento puede ir desde la cita del canon interamericano literal, que no aporta en ningún sentido a los motivos decisionales del magistrado

(*ad abundantiam*) o también el uso de argumentos que tal vez no tengan precisamente un aporte de elementos nuevos a la justificación jurisdiccional, pero de algún modo refuerzan y respaldan el razonamiento del juez (complementario).

### **3.2.1.1. *Ad abundantiam***

El argumento de autoridad de tipo *ad abundantiam* tiene lugar en aquellas circunstancias en que el órgano jurisdiccional internacional efectúa citas literales expresas de algunos párrafos, ya sea de la jurisprudencia interamericana o de la normativa del sistema regional de protección. Sin embargo, no contribuye con estos a algún fundamento explicativo de la forma en que este canon o estándar citado tiene relevancia en la decisión.

En tal sentido, suele suceder que el argumento *ad abundantiam* refleje que el uso jurisprudencial internacional supone una forma más estilística u ornamental, en tanto que únicamente es de utilidad respecto a la «decoración» de una postura interpretativa ya decidida, explicada y justificada por el juez nacional en torno a cualquier derecho reconocido tanto en el fuero nacional (carta magna) como también en la Convención Americana u otro tratado de derechos humanos.

Diríase por tanto que este procedimiento de raciocinio propende a conceptualizar a las normas internacionales como una especie de función residual de «parámetro de conformidad»; pues si se eliminara o se prescindiera de dicha referencia al derecho internacional de los derechos humanos, la decisión judicial no variaría en lo absoluto, sino que seguiría siendo la misma.

### **3.2.1.2. Complementario**

El argumento de autoridad de naturaleza complementaria implica que la jurisprudencia del Sistema Interamericano es utilizada en un sentido de mayor protagonismo y relevancia que el argumento *ad abundantiam*. Es así que la carga interpretativa del argumento complementario en efecto respalda y coadyuva a la argumentación desplegada por el órgano jurisdiccional.

Concretamente, el llamamiento o referencia a la jurisprudencia internacional tampoco implica incorporar nuevos elementos de aporte en la conformación de los derechos fundamentales, a pesar de que su uso sí implica un desarrollo interpretativo trascendente y útil en el sentido de que refuerza y complementa el grado de persuasión de una determinada argumentación o posición propia del órgano jurisdiccional nacional.

De este modo, el argumento de autoridad complementario se aproxima con mayor cercanía al examen de convencionalidad —control de convencionalidad— como obligación constitucional de los órganos jurisdiccionales nacionales.

En el mismo sentido, es posible referir que la utilización del parámetro interamericano como argumento complementario se vincula mucho más con el desarrollo de la figura del control de convencionalidad, aunque la confrontación o matriz entre el estándar interamericano y el derecho interno mediante el argumento de autoridad complementario, se constituye finalmente como una manifestación de uso de los estándares del derecho internacional de derechos humanos, aunque de baja intensidad.

### 3.2.2. La incorporación de pautas interpretativas y de contenidos

Cuando nos encontramos en un supuesto como este, hablamos de una auténtica y verdadera incorporación del canon interamericano al derecho constitucional de cada Estado, de modo tal que el primero —el derecho internacional— llega a formar parte del segundo —derecho interno— en toda su extensión.

Así, no nos encontramos frente a un ejercicio de reinterpretación de la Convención Americana conforme a la jurisprudencia de su Corte, sino ante la Constitución nacional mirada a la luz de los parámetros interamericanos. Dicho de otro modo, no hay en efecto una aplicación directa de la Convención ni de su instrumento interpretativo por excelencia —la jurisprudencia interamericana—, sino de su conceptualización como estándar de interpretación.

Concretamente, en este sentido, es posible incorporar contenidos o razones de interpretación a cargo de la Corte Interamericana. Por tanto, dicha incorporación implica, cuando menos, el redescubrimiento de los aspectos y los elementos novísimos de determinado derecho interno, pero que no hayan sido exteriorizados hasta el momento, o el cambio de determinada postura decisonal jurisdiccional que se asumirá por los magistrados de derecho interno.

En efecto, el control de convencionalidad en su manifestación hermenéutica tiene y encuentra mayor desarrollo cuando se relaciona con la figura del control constitucional y la labor del juez constitucional, quien por excelencia ejerce la labor de interpretación constitucional.

Por otro lado, conviene señalar que la distinción entre argumento de autoridad *ad abundantiam* y complementaria propuesta en este documento se hace visible a través de la casuística, ya que se determina a partir del grado o fuerza que el juez le brinda al canon para hacer efectivo el control de constitucionalidad-convencionalidad.

A partir de lo expuesto no se busca establecer una conclusión general sobre la aplicación del canon en análisis, sino mostrar la incidencia, en mayor o menor medida, del derecho internacional en el derecho interno.

#### **4. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

Bajo una lectura de interpretación sistemática las disposiciones constitucionales (Perú) —específicamente la Cuarta Disposición Final Transitoria— son entendidas como aquellas cláusulas de textura abierta, que permiten que las prerrogativas y los derechos prescritos en el ordenamiento constitucional sean interpretados siguiendo los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello, armonizado interpretativamente con lo

dispuesto en el artículo 55 del mismo cuerpo político constitucional, nos permite colegir que estos tratados de derechos humanos son revestidos por jerarquía constitucional.

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional había establecido en diversos pronunciamientos que los tratados internacionales de derechos humanos formaban parte del bloque de constitucionalidad, y planteó de forma expresa que estos —los tratados a que hacemos alusión— tienen un rango o prelación constitucional (Sentencia n.º 0025-2005-AI/TC).

Por ello, se señala con fiabilidad que estos instrumentos internacionales son de aplicación e implementación directa. Es decir, se les atribuye un poder activo en el control de las normas de rango legal del ordenamiento —como se diría, por formar parte del bloque de constitucionalidad—. Por ello, *a priori* se establece que las normas contenidas en los articulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen rango constitucional, entendiéndose como un parámetro de interpretación constitucional. Esto es coadyuvado por la obligación de observar la jurisprudencia de esta Corte, según lo estipula el Código Procesal Constitucional, a pesar de que este deber lo ostentan todos los jueces *ex officio*, al ejercer el control difuso o el control concentrado, este último propio del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el estándar de convencionalidad fue aplicado en los años noventa, cuando las leyes y las disposiciones de autoamnistía propendieron de impunidad a casos como Barrios Altos y La Cantuta. Así, la jueza Saquicuray inaplicó las referidas disposiciones normativas, por contravenir nuestra carta magna y los tratados de derechos humanos. En esta última década se extendió la armonización no solo respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también en relación con el compendio jurídico del sistema universal.

Al respecto, se pueden mencionar algunas sentencias constitucionales que dan cuenta de ello:

## Cuadro 1

Sentencias	Parámetro de control	Tipo de aplicación	Norma analizada
Sentencia 0024-2010-PI/TC	Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad	Directa	Resolución Legislativa n.º 27998
Sentencia 0022-2009-PI/TC	Convenio 169 de la OIT Jurisprudencia de la Corte IDH	Directa Indirecta	Decreto Legislativo 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales

Debe tenerse en cuenta que, en la práctica, la aplicación de los estándares internacionales no se ha dado de forma directa como debieran, sino de forma indirecta. En otras palabras, vale decir que estos instrumentos han servido como base de su contenido a la constitución formal, a pesar de que estos, como ya nos hemos pronunciado con anterioridad, ostentan un rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, esta aplicación indirecta, precisamente denominada también interpretativa, es empleada al momento de analizar incluso una disposición constitucional, como la prescrita en el 140 de la Constitución Política del Perú. Este artículo prescribe la posibilidad de aplicar la pena de muerte a delitos gravosos como terrorismo y traición a la patria; sin embargo, nuestro supremo intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades de forma reiterada ha restringido la interpretación del artículo 140 permitiendo su aplicación únicamente en caso de traición a la patria cuando en nuestro país tenga lugar un conflicto armado internacional.

Esto lleva a concluir que esta política no está orientada a la no supresión o derogación de una norma inconvencional, sino más bien tiende a su reinterpretación, por lo que es consecuente con

la alternativa del rango constitucional de los tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia de un tribunal internacional.

## 5. DIAGNÓSTICO CONVENCIONAL EN SENTENCIAS CONSTITUCIONALES DE AMPARO

### 5.1. EXPEDIENTE N.º 3427-2010-16101-JEC04

Tabla 1

Expediente n.º 3427-2010-16101-JEC04	
Demandante	Enma Evelyn Vílchez Cerna
Demandado	Gobierno Regional de la Libertad, procurador público regional
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Enrique Herman Pereda Vásquez
Tipo de decisión	Fundada, en parte, la demanda

*Fuente:* Sistema CEJ del PJ.

#### Asunto:

Mediante escrito de folios setentitrés a noventaiocho de los autos, recurre a este Juzgado, Doña **ENMA EVELYN VÍLCHEZ CERNA**, a interponer demanda de **PROCESO DE AMPARO**, contra el **GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD** con conocimiento del **PROCURADOR PÚBLICO REGIONAL**; a fin de que se deje sin efecto su despido incausado y discriminatorio por razón de su embarazo, en consecuencia se declare la inaplicabilidad de la Resolución Ejecutiva Regional n.º 2098-2010-GR-LL/PRE de fecha 14 de julio de 2010 que resuelve dar por concluida su designación contenida en la Resolución Ejecutiva Regional n.º 1061-2010-GR/LL/PRE de fecha 9 de julio de 2010, así como la inaplicabilidad de la Resolución Ejecutiva Regional n.º 2061-2010-GR/LL/PRE de fecha 9 de julio de 2010 que designa a la suscrita a

partir del 1 de julio de 2010 en el cargo de director del Programa Sectorial III categoría remunerativa F-5, director ejecutivo del Proyecto Especial Parque Industrial de Trujillo, así como también la inaplicabilidad de los contratos de locación de servicios no personales correspondiente al período del 13 de enero de 2003 hasta el 17 de mayo de 2004; en consecuencia se deberá disponer la reposición en su puesto de trabajo en el cargo ordinario que venía desempeñando o en otro de similar categoría antes de su designación como trabajador de confianza en el cual ha sido cesada arbitrariamente vulnerando sus derechos constitucionales al trabajo, a la igualdad ante la ley, al debido proceso, al derecho de defensa y principio de legalidad, así como el pago de sus remuneraciones devengadas y demás derechos dejados de percibir como consecuencia del cese arbitrario computados desde la comisión del acto lesivo hasta la fecha de su reposición, más los costos del proceso.

**¿Se aplica el control de difuso de convencionalidad en la sentencia?**

[...] «Asimismo debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo».

## 5.2. EXPEDIENTE N.º 01101-2010-0-1601-JR-CI-04

Tabla 2

Expediente n.º 01101-2010-0-1601-JR-CI-04	
Demandante	Alfredo Amaya Morgado
Demandado	Oficina de Normalización Previsional
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Melissa Sugey Mantilla Chiu
Tipo de decisión	Fundada en parte la demanda

*Fuente:* Sistema CEJ del PJ.

### Asunto:

Mediante escrito de folios cinco a doce, don **ALFREDO AMAYA MORGADO** interpone demanda de **PROCESO DE AMPARO** contra la **OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL-ONP**, a fin de que se declare nula y sin efecto legal la Resolución n.º 14796-89, del 7 de abril de 1989 y se ordene a la demandada emita una nueva resolución de jubilación aplicando los artículos 1 y 4 de la Ley n.º 23908 durante el período de su vigencia, con los reintegros de pensiones, intereses legales y costos procesales.

Fundamenta su pretensión en que la Ley n.º 23908 entró en vigencia el 06.09.1984, establecía una pensión mínima como pensión de jubilación, entonces de acuerdo a la resolución de jubilación el recurrente alcanzó el punto de contingencia el 1 de abril de 1989 dentro de los parámetros de la Ley 23908, correspondiéndole su aplicación durante el período de su vigencia hasta el 23.04.1996, fecha en la cual entra en vigencia el Decreto Leg. 817, que la deroga tácitamente a establecer los montos mínimos de la pensión. Entre otros fundamentos que expone, ha sido admitido mediante resolución número uno de folios trece a catorce de los

autos, así como notificada conforme a ley, según es de verse de los asientos de notificación de folios cuarenta y uno.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No aplica.
---	------------

### 5.3. EXPEDIENTE N.º 01208-2010-0-1601-JR-CI-04

Tabla 3

Expediente n.º 01208-2010-0-1601-JR-CI-04	
Demandante	Cesar Aguilar Moreno
Demandado	Oficina de Normalización Previsional
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Joan Manuel Balladares Correa
Tipo de decisión	Fundada la demanda

Fuente: Sistema CEJ del PJ.

#### Asunto:

Mediante escrito de folios ocho a quince de los autos, recurre a este Juzgado, don **CESAR AGUILAR MORENO**, a interponer demanda de **PROCESO DE AMPARO**, contra la **OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**, a fin de que se declare nula y sin efecto legal la resolución n.º **358-SGOPCDE-IPSS-98**, de fecha 16 de marzo de 1998; en consecuencia se ordene a la demandada cumpla con efectuar recálculo de su Renta Vitalicia conforme al Decreto Ley n.º 18846 y el artículo 46 de su Reglamento, Decreto Supremo n.º 02-72-TR, esto es, otorgar una pensión mensual de S/. 383.04 nuevos soles, que es el equivalente al 80 % de su remuneración mensual, con los devengados dejados de percibir, los intereses legales y costos procesales.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No aplica.
---	------------

## 5.4. EXPEDIENTE N.º 00388-2012-30-1601-JR-CI-04

Tabla 4

Expediente n.º 00388-2012-30-1601-JR-CI-04	
Demandante	Manuel Fernando Pesantes Vera y otros
Demandado	Rector y presidente del Consejo Universitario de la UNT
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Adelmo Gerónimo Hernandez
Tipo de decisión	Fundada la demanda

*Fuente:* Sistema CEJ del PJ.

### Asunto:

Mediante escrito de folios cuarenta y cinco al sesenta y nueve, recurren a este Juzgado los señores **MANUEL FERNANDO PESANTES VERA, SEGUNDO SANTIAGO VIGO ALCANTARA, VALDEMAR VIGO ALCANTARA, DANILO GASTAÑADUI ROSAS, ALFREDO CARMELO GOMEZ QUEZADA, PEDRO ARNALDO SALINAS, SEGUNDO FELIZ CASTILLO VIERA, JORGE ENRIQUE FLORES FRANCO Y CESAR MANUEL VILLAROEL AVALOS**, e interponen demanda de **ACCIÓN DE AMPARO**, proceso que dirige contra **EL RECTOR Y PRESIDENTE DEL CONSEJO UNIVERSITARIO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO**, con el objeto de que se les inaplicó la **RESOLUCIÓN DE CONSEJO UNIVERSITARIO N.º 0028-2012/UNT**, de fecha 11 de enero del 2012, asimismo se ordene la devolución por parte de la Oficina General de Personal, de los descuentos indebidamente efectuados.

Fundamentan su pretensión en que son docentes en actividad de distintas facultades de la Universidad Nacional de Trujillo, refieren que se encuentran inmersos dentro del Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 20530. Asimismo señalan que mediante Ley n.º 28047, de fecha 31 de julio de 2003,

se dispuso la actualización del porcentaje de aportes destinados al fondo de pensiones de los trabajadores de la actividad del sector público nacional comprendidos dentro del DL 20530 de la siguiente manera : i) a partir de agosto del 2003 las remuneraciones estarán sujetas a un aporte del 13 %; (ii) a partir de agosto del 2006 estarán sujetas al 20 %; y, (iii) a partir de agosto del 2009 estarán sujetas al aporte del 27 %. También señalan que, mediante sentencia de fecha 2 de diciembre del 2005 con Expediente n.º 0030-2004-AI/TC el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos e inconstitucional el criterio porcentual de aportaciones, por considerar que vulnera los principios de proporcionalidad y propuso al Congreso de la República, dentro de un plazo razonable y breve antes del mes de agosto del 2006, fecha en que las aportaciones sube el 20 % reemplace legislativamente el criterio establecido en dicho artículo por otro criterio de porcentaje de aportación escalonada, no obstante, vencido el plazo señalado, el Congreso de la República ha incumplido la exhortación del Tribunal Constitucional porque hasta la fecha no ha emitido la norma correspondiente a pesar de haber transcurrido más de 6 años. Refiere además que los poderes públicos y entidades del sector público, teniendo como fundamento esta sentencia de inconstitucionalidad han dispuesto que se efectúen los descuentos a sus servidores, por concepto del Régimen de Pensiones del Decreto Ley 20530, solo y únicamente hasta un monto de 13 % de sus remuneraciones, inaplicado en los casos concretos el artículo 1 de la Ley 28047, en tanto se emita la norma correspondiente que reemplace a la declarada inconstitucional, disponiéndose la devolución de las sumas retenidas; tal y como sucede con el Poder Judicial, conforme a las resoluciones de la Gerencia General del Poder Judicial que anexa. Manifiestan que en su caso la Universidad Nacional de Trujillo mediante Resolución de Consejo Universitario n.º 0622-2009/UNT, de fecha 26 de setiembre del 2009, el Consejo Universitario, representado por el señor rector de aquel entonces doctor Juan Cesar Muro Morey, dispuso que la Oficina General de Personal a través de la Oficina

Técnica de Remuneraciones y Pensiones suspenda el incremento del descuento del 20 % y 27 % establecido en el artículo 1.º de la Ley 28047, ya declarada inconstitucional y que dichos descuentos se hagan solamente por un porcentaje del 13 % de sus remuneraciones hasta que se promulgue la Ley que reemplace a la declarada inconstitucional; y, asimismo, que la Oficina General de Personal proceda a la devolución de los descuentos indebidamente efectuados a los docentes y personal administrativo sujetos al régimen del Decreto Ley 20530, sin embargo, señala que al asumir el cargo el nuevo rector doctor Orlando Velásquez Benites, esta situación ha cambiado totalmente puesto que refiere que mediante oficio n.º 606-2011-UNT/ OCI, de fecha 10 de noviembre del 2011, el jefe del Órgano de Control Institucional (OCI) de la Universidad Nacional de Trujillo, puso en conocimiento del señor rector la necesidad de contratar los servicios de una Sociedad Auditora para que ejecute la Auditoría a los Estados Financieros y Presupuestales 2011-2012, mediante un examen especial específico a la ejecución del Decreto Ley 20530; por lo que refiere que la Oficina de Asuntos Jurídicos elaboró el Informe Legal n.º 1285-2011-OAI/UNT, de fecha 13 de diciembre del 2011, opinando que en atención a lo requerido por el Órgano de Control Institucional, se efectúe la retención del 27 % de las remuneraciones de los trabajadores docentes y administrativos de la Universidad, por el concepto de aporte al Régimen Previsional que regula el Decreto Ley 20530, a su juicio, porque si bien el artículo 1 de la Ley 28047 fue declarado inconstitucional, sin embargo, este mantiene su vigencia porque hasta la fecha el Congreso de la República no ha expedido la norma que la reemplace, refiere que OCI no dispuso la variación del monto de retenciones, pues se limitó tan solo a informar al rector que dentro de sus facultades tenía previsto realizar una auditoría especializada respecto a la ejecución del Decreto Ley 20530, por lo que el recurrente señala que se ha tomado como único fundamento este Informe Legal claramente distorsionado, por lo que el Consejo Universitario ha emitido la Resolución n.º 0028-2012/UNT, de fecha 11 de enero del 2012, en cuya parte resolutive: 1.º) Autoriza la retención del 27 % de

la remuneración que percibe el personal docente dentro de los cuales se encuentran los recurrentes y administrativo de la UNT, sujeto al régimen provisional del Decreto Ley 20530, como aporte de pensiones conforme a lo estipulado al artículo 1.º de la Ley 28047; y, 2.º) Dispone que la Oficina Técnica de Remuneraciones y Pensión de la Gerencia de Recursos cumpla con lo dispuesto en esta resolución, con los demás fundamentos de hecho y de derecho que refiere, y ofrece los medios probatorios que sustentan su pretensión.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No aplica.
---	------------

## 5.5. EXPEDIENTE N.º 03810-2012-0-1601-JR-CI-04 Y ACUMULADOS

Tabla 5

Expediente n.º 03810-2012-0-1601-JR-CI-04	
Demandante	Aurea Petronila Vilca Alfaro
Demandado	Municipalidad Provincial de Trujillo
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Joan Balladares Correa
Tipo de decisión	Fundada en parte la demanda

Fuente: Sistema CEJ del PJ.

### Asunto:

Demanda de proceso de amparo interpuesto por doña **AUREA PETRONILA VILCA ALFARO** y en el acumulado don **ENRIQUE GASPAR ALI BENITES DELGADO**, contra la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TRUJILLO** y el **PROCURADOR PÚBLICO MUNICIPAL**, en las que solicitan se deje sin efecto ni valor legal alguno:

1) La Declaración de Viabilidad del Proyecto de Inversión Pública (PIP) con código SNIP 189901 «Creación del Intercambio Vial de las Avenidas América Norte, Nicolás de Piérola, Mansiche de la ciudad de Trujillo, provincia de Trujillo, La Libertad» contenido en el FORMATO SNIP 09 – DECLARACIÓN DE VIABILIDAD DE PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA, de fecha 7 de marzo de 2012. Acto decisorio expedido sin haber obtenido previamente la Certificación Ambiental de la Autoridad Sectorial Competente que para el caso de Intercambios Viales es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que es requisito o condición de validez de dicho acto administrativo, tal y conforme lo establece la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública aprobada por Resolución Directoral n.º 003-2011-EF/68.01, ANEXO SNIP 07 V 2.0 - Contenidos Mínimos Factibilidad para PIP; la Ley n.º 27446 -Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N 019-2009-MINAM modificado por Resolución Ministerial n.º 157-2011-MINAM del 19 de julio de 2011.

2) El extremo del Acuerdo de Concejo n.º 080-2012-MPT, de fecha 22 de marzo del 2012, tomado en la Sesión Extraordinaria de Concejo del 16 de marzo del 2012, mediante el cual el Pleno de Regidores acordó modificar el artículo único del Acuerdo de Concejo n.º 002-2011-MPT, con la siguiente redacción «Declarar Prioritarios los siguientes Proyectos de Inversión Pública [...] PIP con Código SNIP n.º 189901 denominado “Creación del Intercambio Vial de las avenidas América Norte, Nicolás de Piérola, Avenida Mansiche, de la ciudad de Trujillo, Provincia de Trujillo-La Libertad”».

3) Solicita se ORDENE a la demandada se abstenga —de manera inmediata e incondicional— de ejecutar el Proyecto denominado «Creación del Intercambio Vial de las avenidas América Norte, Nicolás de Piérola, Avenida Mansiche, de la ciudad de Trujillo, Provincia de Trujillo-La Libertad», en tanto no se hayan subsanado las omisiones e irregularidades que acusa el aludido proyecto.

<p><b>¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?</b></p>	<p>«[...] Asimismo, debe tenerse presente que el proceso de Amparo protege determinados derechos reconocidos por la Constitución, mas no así derechos emanados de la ley. Obviamente en este elenco de derechos protegidos por el Amparo deben agregarse los que emanan de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, así como tener presente la estipulación establecida en el Artículo 3° de nuestra Constitución que dispone: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución 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».</p>
---	--

## 5.6. EXPEDIENTE N.º 01058-2013-0-1601-JR-CI-04

**Tabla 6**

Expediente n.º 01058-2013-0-1601-JR-CI-04	
Demandante	José Manuel Alvarado Carranza
Demandado	Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Adelmo Gerónimo Hernández
Tipo de decisión	Infundada la demanda

*Fuente:* Sistema CEJ del PJ.

### **Asunto:**

Mediante escrito de folios cuarenta a cuarenta y siete de los autos, recurre a este Juzgado, don **JOSE MANUEL ALVARADO CARRANZA**, a interponer demanda de **PROCESO DE AMPARO**, contra la **CAJA DE BENEFICIOS Y SEGURIDAD SOCIAL DEL PESCADOR**, a fin de que expida la resolución de jubilación otorgando su pensión de jubilación en la suma de S/. 717.93 nuevos soles, más el pago de las pensiones y gratificaciones devengadas a partir del mes de febrero del 2008, más intereses legales.

Fundamenta su pretensión en que desde el año 1972 hasta el año 2003 ha laborado en las actividades pesqueras en el cargo de tripulante, habiéndose retirado de esta actividad por motivo de enfermedad a partir del mes de febrero del 2008, se apersonó a la Oficina Zonal de la CBSSP de Chimbote, solicitando verbalmente otorgamiento de su pensión de jubilación, sin que hasta la fecha le sea otorgada. Con los demás fundamentos de hecho y de derecho que refiere, y ofrece los medios probatorios que sustentan su pretensión.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No se aplica.
---	---------------

## 5.7. EXPEDIENTE N.º 01109-2013-1601-JR-CI-04

Tabla 7

Expediente n.º 01109-2013-1601-JR-CI-04	
Demandante	Adriano Rubén Mariños Haro
Demandado	Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Adelmo Gerónimo Hernández
Tipo de decisión	Infundada la demanda

Fuente: Sistema CEJ del PJ.

### Asunto:

Mediante escrito de folios veinticuatro a treinta de los autos, recurre a este Juzgado, don **ADRIANO RUBEN MARIÑOS HARO**, a interponer demanda de **PROCESO DE AMPARO**, contra la **CAJA DE BENEFICIOS Y SEGURIDAD SOCIAL DEL PESCADOR**, a fin de que se declare nula e inaplicable la denegatoria ficta de su recurso de apelación interpuesto contra la resolución que deniega también fictamente su solicitud de pensión de jubilación que le

corresponde, en consecuencia se ordene a la demandada expida resolución otorgándole su pensión de jubilación que le corresponde de conformidad a lo establecido en la Resolución Suprema n.º 423-72-TR, más el pago de reintegro de pensiones devengadas desde el 30 de octubre del 2009 hasta la fecha, intereses legales y costos.

Fundamenta su pretensión en que de su partida de nacimiento y de su documento nacional de identidad se verifica que su nacimiento se produjo el 30 de octubre de 1954 y la fecha de presentación de la solicitud contaba con el requisito de 55 años de edad y 15 años contributivos, conforme se advierte de la Hoja de Detalle de años contributivos, por lo cual le corresponde que se le otorgue la pensión en el monto de quince veinticincoavas partes de la tasa total de la pensión de jubilación, desde el 30 de octubre del 2009, fecha en que cumplió 55 años de edad. Con los demás fundamentos de hecho y de derecho que refiere, y ofrece los medios probatorios que sustentan su pretensión.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No se aplica.
---	---------------

## 5.8. EXPEDIENTE N.º 04089-2013-0-1601-JR-CI-04

**Tabla 8**

Expediente n.º 04089-2013-0-1601-JR-CI-04	
Demandante	Aniceto Mario Catacora Yucra
Demandado	Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Francis Echevarría Huaynte
Tipo de decisión	Infundada la demanda

Fuente: Sistema CEJ del PJ.

**Asunto:**

Mediante escrito de demanda de folios 68 a 77 de autos, recurre don ANICETO MARIO CATACORA YUCRA con el objeto de interponer demanda de **PROCESO DE AMPARO** que la dirige contra el **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI**; con el objeto de impugnar:

1. La Resolución n.º 2356-2013-/TPIINDECOPI del 11.07.2013, que declara infundada la solicitud de nulidad de fecha 22.05.2013.
2. La Resolución n.º 1907-2011-/TPIINDECOPI del 02.09.2011, que impone una multa de 21 UIT.
3. La Resolución n.º 0871-2012-/TPIINDECOPI del 23.05.2012, que precisa la anterior resolución administrativa.

Por ser contrarias a derecho todas ellas, solicitando se declare fundada su demanda y se declare nulas y sin efecto legal las citadas resoluciones administrativas, en consecuencia se ordene a la demandada que vuelva a notificar con las referidas resoluciones, con arreglo a ley a fin de poder hacer uso de su derecho de defensa, utilizando los recursos y medios que le franquea la ley; con costos y costas procesales.

El demandante sustenta su pretensión en:

- i) Que, en el presente proceso se están cuestionando las resoluciones administrativas antes definidas, las que nunca fueron notificadas con arreglo a ley y que a la fecha ha transcurrido el plazo para la interposición del proceso contencioso administrativo y habiéndose vulnerado derechos constitucionales como el debido proceso, derecho de defensa, libertad de trabajo, legalidad y a la tutela jurisdiccional efectiva, resulta procedente el amparo.
- ii) Que, la Resolución n.º 1907-2011/TPI.INDECOPI del 02.09.2011, expedida por la demandada, que confirma la Resolución n.º 369-2010/CDA-INDECOPI del 01.07.2010, recién le fue notificada con la resolución de ejecución coactiva.

- iii) Que, la Resolución n.º 0871-2012/ TPI-INDECOPI del 23.05.2012, la misma sala del INDECOPI resuelve enmendar la parte resolutive de la Resolución n.º 1907-2011/TPI-INDECOPI del 02.09.2011, en el extremo que precisa que la multa de 21 UIT deberá ser pagada por las partes denunciadas. Dicha resolución recién le es notificada con la resolución de ejecución coactiva.
- iv) Es el caso que dichas resoluciones administrativas nunca le fueron notificadas; es así que recién toma en conocimiento de las mismas, mediante la cédula de notificación n.º 0097947-13, que contiene la Resolución de Ejecución Coactiva de fecha 12.04.2013, según constancias que se adjunta a la demanda. Siendo que en dichas constancias se puede apreciar claramente que ninguna de ellas son notificadas a su domicilio fiscal, no obstante ser resoluciones administrativas definitivas, sino que solo son «notificadas» a su anterior abogado, y que la última de dichas resoluciones no ha sido entregada a una persona sino debajo puerta seguramente en otro domicilio.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No se aplica.
---	---------------

## 5.9. EXPEDIENTE N.º 01128-2014-0-1601-JR-CI-04

**Tabla 9**

Expediente n.º 01128-2014- 0-1601-JR-CI-04	
Demandante	José Ladislao Guzmán Rodríguez
Demandado	Oficina de Normalización Previsional (ONP)
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Leyla Rodríguez Carranza
Tipo de decisión	Fundada la demanda

*Fuente:* Sistema CEJ del PJ.

**Asunto:**

Mediante escrito de folios veinte a veintiocho de los autos, recurre a este Juzgado, don **JOSE LADISLAO GUZMAN RODRIGUEZ** a interponer demanda de **PROCESO DE AMPARO**, contra la **OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**, a efectos de que se declare nula la Resolución Administrativa n.º 0000013-2014-ONP/DPR.IF/DL18846 y se ordene a la demandada cumpla con otorgarle pensión vitalicia por enfermedad profesional, debiéndose reconocer el pago de las pensiones devengadas desde la fecha de inicio de la incapacidad, más los intereses legales.

Fundamenta su pretensión en que a fin de cumplir con lo establecido por el Tribunal Constitucional, se adjunta el Certificado médico n.º 1391-2013 emitido por la Comisión Médica del Ministerio de Salud, donde se le diagnostica NEUMOCONIOSIS E HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL MODERADA, con una incapacidad de grado total y naturaleza permanente, con un menoscabo global del 80 %. Con los demás fundamentos de hecho y de derecho que refiere y medios probatorios que sustentan su pretensión.

¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?	No se aplica.
---	---------------

**5.10. EXPEDIENTE N.º 0974-2016-0-1601-JR-CI-04**

**Tabla 10**

Expediente n.º 0974-2016-0-1601-JR-CI-04	
Demandante	Leónidas Flores Cabeza
Demandado	Ricardo Cabrejos Villegas y otros
Materia	Proceso de amparo
Juzgado	Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la CSJLL
Secretario	Adelmo Gerónimo Hernandez
Tipo de decisión	Infundada la demanda

*Fuente:* Sistema CEJ del PJ.

### **Asunto:**

Mediante escrito de fecha 18 de marzo del 2016, de folios 25 a 33, el demandante LEONIDAS FLORES CABEZA interpone demanda de AMPARO contra los señores magistrados TOMAS PADILLA MARTOS, JOSÉ RICARDO CABREJOS VILLEGAS, LILY DEL ROSARIO LLAP UCHON DE LORA y la PROCURADURÍA DEL PODER JUDICIAL, pretendiendo la anulación de la Resolución de Vista n.º 2 de fecha 10 de agosto del 2015 emitida en el Expediente n.º 03496-2011-26-1601-JRLA-02 y la reposición de las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso, cosa juzgada y derechos previsionales, por contravenir la sentencia contenida en la Resolución número siete de fecha 10 de julio del 2012, Expediente n.º 585-2012-2JETPT.

El demandante Leonidas Flores Cabeza sustenta el petitorio en los siguientes hechos: i) mediante Resolución n.º 0000049912-2003-ONP/DC/DL 19990 de fecha 23-06-2003 la Oficina de Normalización Previsional le otorgó pensión de jubilación, por lo que mediante escrito de fecha 11 de abril del 2011 solicitó el pago de intereses moratorios de pensiones de jubilación devengadas, lo cual es denegado, motivando la interposición de demandante ante el Segundo Juzgado Laboral, Expediente n.º 3496-2011, declarada fundada mediante Sentencia n.º 585-2012-2JETPT contenida en la Resolución n.º 07, que ordenó la liquidación y pago de los intereses legales derivados del pago de reintegro de pensiones devengadas otorgadas mediante Resolución n.º 0000049912-2003-ONP/DC/DL 19990, precisando en el considerando sexto que el cálculo debe efectuarse según la tasa de interés legal efectiva fijada por el Banco Central de Reserva; decisión consentida mediante Resolución n.º 8 de fecha 3 de agosto del 2012; ii) mediante Resolución de Vista n.º 2 de fecha 10 de agosto del 2015, la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad vulnera el debido proceso y el principio de cosa juzgada al inaplicar el cálculo de intereses legales en base a los intereses legales capitalizables. Asimismo, fundamenta

jurídicamente el petitorio en base al artículo 139 incisos 3, 5 y 10 de la Constitución Política, II del Título Preliminar, 37 inciso 16, 4 y 20 del Código Procesal Constitucional y 424, 425, 475, 480 y 481 del Código Civil.

<p>¿Se aplica el control difuso de convencionalidad en la sentencia?</p>	<p>No se aplica.</p>
--	----------------------

## 6. CONCLUSIONES

Las expresiones del control de convencionalidad en la solución de casos constitucionales materia de amparo son empleadas en calidad de argumentación abundante mas no en calidad de un razonamiento judicial interiorizado que busque la finalidad de la progresividad de los derechos y la consolidación del Estado constitucional.

Por otro lado, observamos que la inaplicación del control difuso de convencionalidad al caso concreto se debe a que no ha sido adoptado de manera formal ni existen parámetros para su desarrollo, a pesar de que es en este punto en donde el operador jurídico debe realizar dicho control difuso, a fin de poder determinar si la regla convencional que tiene carácter de norma internacional que protege derechos humanos ha sido infringida por parte del demandado.

## REFERENCIAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones).

Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Jueces Nacionales*. Fundap.

Urgorgue-Larsen, L. (2010). *La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNAM.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3684

## EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018-2021: BALANCE DEL PROCESO DE ELABORACIÓN

The National Human Rights Plan 2018-2021:  
balance sheet of the preparation process

EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ  
Universidad Ricardo Palma  
(Lima, Perú)

Contacto: [edgardo.rodriguez@urp.edu.pe](mailto:edgardo.rodriguez@urp.edu.pe)

### RESUMEN

El artículo ofrece una visión panorámica sobre el proceso de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, así como sobre las innovaciones que dicho plan ofrece en comparación con su antecedente. Por su parte, ofrece los pilares conceptuales y metodológicos sobre los que está construido, y evalúa los lineamientos a partir de los cuales se diseñaron las acciones estratégicas para grupos de especial protección.

**Palabras clave:** derechos humanos; políticas públicas sobre derechos humanos; grupos de especial protección; Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021.

## ABSTRACT

The article offers an overview of the process of elaboration of the Peruvian National Human Rights Plan 2018-2021, as well as the innovations that this Plan offers when compared to its predecessor. On the other hand, the paper analyzes the conceptual and methodological pillars on which the Plan is built, assesses the guidelines from which the strategic actions directed towards groups of special protection are derived.

**Key words:** human rights; public policy on human rights issues; groups of special protection; National Human Rights Plan 2018-2021.

Recibido: 30/06/2020

Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

El tercer plan nacional de derechos humanos del país, cuyo proceso de elaboración a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) tuvo lugar principalmente en el año 2017, es la herramienta de políticas públicas en la materia que ha incorporado por primera vez, desde su etapa de diseño, instrumentos de seguimiento periódico y monitoreo. Este trabajo hace (§ 2) una revisión puntual de ese proceso y destaca sus innovaciones metodológicas. Asimismo, presenta (§ 3) algunas de las mejoras como aportaciones para la garantía de derechos básicos que han sido incorporadas en su contenido.

Su antecedente inmediato, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016, aprobado mediante el D. S. n.º 005-2014-JUS, culminó su vigencia en diciembre de 2016. Desde el MINJUSDH, el sector del Poder Ejecutivo encargado de su seguimiento y monitoreo, se implementó entonces una estrategia para que, junto con los demás sectores de este poder del Estado, se asegure la aprobación de un nuevo plan. El proceso de su elaboración fue

conducido por el Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, con el soporte técnico de la Dirección General de Derechos Humanos.

## **2. EL DESARROLLO DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018-2021**

### **2.1. EL INICIO DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**

En la elaboración del nuevo Plan Nacional de Derechos Humanos, el objetivo técnico y político del MINJUSDH estaba encaminado a que su aprobación debía gozar de una amplia legitimación social; por ende, su contenido tenía que incluir a los grupos en situación de vulnerabilidad que demandaban públicamente la atención gubernamental y estatal. Correspondía, por ello, detectar y completar las ausencias de algunos grupos vulnerables no considerados en el instrumento de políticas públicas previo.

Operativamente, la Dirección General de Derechos Humanos, como órgano de línea del Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, condujo el proceso de elaboración del tercer Plan Nacional de Derechos Humanos para el período 2018-2021. Para este órgano técnico, se trata del instrumento de políticas públicas multisectorial y transversal que desarrolla medidas para avanzar durante un tiempo determinado en la garantía de los derechos básicos, priorizados hasta la celebración del bicentenario de la independencia de la República.

Conforme a lo dispuesto en el literal a del artículo 4 de la Ley de Organización y Funciones (LOF), así como del Reglamento de Organización y Funciones (ROF), del MINJUSDH, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la entidad competente, a nivel nacional, en materia de derechos humanos. Para tal efecto, formula, ejecuta y supervisa, como parte de sus funciones rectoras, las políticas nacionales que le son propias por su ámbito

de competencia (artículo 5.1, literal b del ROF). También le corresponde promover —como una de sus funciones específicas— el respeto de los derechos humanos en el marco de un Estado constitucional, lo que concuerda con su función de elaborar planes nacionales en la materia (artículo 7, literal c de la LOF y artículo 5.2, literal c del ROF).

Para concretar estas tareas, son funciones específicas del Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia formular, coordinar, ejecutar y supervisar la política nacional en materia de derechos humanos (artículo 14, literal a del ROF). Tales funciones se hacen efectivas a través de la intervención de la Dirección General de Derechos Humanos, que es competente para diseñar y promover políticas y planes de alcance general.

Como señala expresamente el ROF del MINJUSDH, la Dirección General de Derechos Humanos tiene el encargo de diseñar, formular, evaluar, supervisar, difundir y ejecutar las políticas, los planes y los programas, así como garantizar la adecuación normativa, para la protección y la promoción de los derechos humanos. La autoridad técnico-normativa de este órgano alcanza a todo el ámbito nacional (artículo 83).

Sus funciones específicas se concretan con la formulación, la proposición, la dirección, la coordinación, la evaluación y la supervisión de las políticas, los planes y los programas de protección y promoción de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; y, puntualmente, mediante la revisión y el sometimiento a aprobación del Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del anteproyecto de los planes y los programas nacionales de derechos humanos, en especial del Plan Nacional de Derechos Humanos (artículo 84, literales a y b del ROF). Iniciar el proceso de formulación exigió el diseño de lineamientos estratégicos que dieron estructura al instrumento.

## 2.2. LA PROPUESTA INICIAL DE LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

A través de una metodología deliberativa y ampliamente participativa que comprometió a los sectores del Poder Ejecutivo, consultándose con otros actores estatales como la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), el Acuerdo Nacional, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y la Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza (MCLCP), involucrando también a los organismos y las agencias del Sistema de Naciones Unidas con sede en el país y a diversas organizaciones de la sociedad civil, se elaboró el Plan Nacional de Derechos Humanos hoy vigente.

Desde el inicio del proceso de elaboración del plan, la Dirección General de Derechos Humanos identificó intervenciones destinadas a los grupos de especial protección y asumió un rol de articulador interinstitucional, transversalizando el enfoque basado en derechos humanos en la acción del Poder Ejecutivo. Este enfoque se vio complementado con el enfoque de gestión por resultados para afianzar las respuestas de las instituciones democráticas a las necesidades individuales y colectivas de las personas, lo que posibilitó compromisos que aseguren cambios positivos en sus vidas y condiciones como titulares de derechos fundamentales.

La incorporación del enfoque de gestión por resultados contribuye así a la superación de algunas deficiencias de los dos planes nacionales previos, e introduce en su diseño criterios de eficacia y el desarrollo de herramientas adecuadas para el monitoreo y la evaluación de las políticas públicas definidas con los diferentes actores del proceso de elaboración. Todo ello, como se adelantó, en el marco de una experiencia participativa y abierta al diálogo entre la sociedad civil y los actores del Estado.

En noviembre de 2016, el Consejo Nacional de Derechos Humanos (CNDH) acogió los cinco Lineamientos Estratégicos del

Plan Nacional de Derechos Humanos. Incluyó los cuatro que habían sido aprobados con anterioridad en el Plan Nacional de Derechos Humanos del período 2014-2016, a estos se añadió un quinto lineamiento sobre estándares de empresas y derechos humanos que es relevante para afrontar el actual contexto nacional con la pandemia de la COVID-19. Estos son los lineamientos que se propusieron para dar estructura al instrumento:

- a) Lineamiento n.º 1. Promoción de una cultura de derechos humanos y de la paz en el Perú.
- b) Lineamiento n.º 2. Diseño y fortalecimiento de la política pública de promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.
- c) Lineamiento n.º 3. Diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección.
- d) Lineamiento n.º 4. Fortalecimiento del ordenamiento jurídico interno, a través de la aprobación o implementación de instrumentos internacionales, para la promoción y la protección de derechos humanos.
- e) Lineamiento n.º 5. Implementación de estándares de cumplimiento de derechos humanos en las actividades de las empresas privadas y públicas.

La prioridad del proceso de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 se centró en el lineamiento estratégico n.º 3: políticas públicas de derechos humanos para grupos de especial protección. Es importante también valorar que la estrategia participativa, diseñada e implementada desde un inicio para este eje, permitió situar muchos de los contenidos planteados y discutidos en mesas de trabajo para los grupos vulnerables, como acciones estratégicas incorporadas en el resto de los lineamientos estratégicos.

El lineamiento estratégico n.º 1 da cabida y orientación a las políticas públicas aprobadas previamente en el Plan Nacional de Educación en Derechos y Deberes Fundamentales (PNDDF) al 2021, aprobado en el año 2014.

El lineamiento estratégico n.º 2 plantea la protección a los derechos que son cruciales para toda la población que vive en el país; así, aparecen intervenciones relacionadas con el cambio climático, el medio ambiente sano y equilibrado, la igualdad y no discriminación, el resguardo de las libertades públicas, la salud mental, entre otras necesidades.

El lineamiento estratégico n.º 4 propone los contenidos jurídicos que deben ser adecuados internamente en el Estado peruano, y desarrollados normativamente, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Finalmente, el lineamiento estratégico n.º 5 plantea una novedad temática en el país, pues involucra a los tres pilares de los principios rectores sobre empresa y derechos humanos que constituyen la base de los estándares internacionales impulsados recientemente por el Sistema de Naciones Unidas.

## 2.3. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LA ELABORACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Los avances del proceso de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 fueron sometidos periódicamente ante el CNDH, con ocasión de sus sesiones ordinarias, lo que permitió recoger las aportaciones y sugerencias de mejora formuladas por los representantes institucionales. Es importante destacar que en cada una de las sesiones en las que se dio tratamiento a los contenidos del plan, y que se detallan a continuación, los miembros del Consejo manifestaron su constante respaldo a este esfuerzo interinstitucional.

### 2.3.1. Tercera sesión ordinaria del CNDH del año 2016

La tercera sesión ordinaria del CNDH del año 2016 se realizó el 3 de noviembre a las 15:30 horas en la sede central del MINJUSDH. En la sesión se presentaron los cinco lineamientos estratégicos

que dan forma al plan. Los miembros del Consejo dialogaron sobre la propuesta y la respaldaron unánimemente, a la vez que expresaron su compromiso de emitir una opinión sobre el proyecto del instrumento cuando estuviese concluido y puesto a su disposición por la Secretaría Técnica del Consejo que recae en la Dirección General de Derechos Humanos.

### 2.3.2. Segunda sesión ordinaria del CNDH del año 2017

La segunda sesión ordinaria del CNDH del año 2017 se realizó el 20 de julio a las 16:00 horas en la sede del MINJUSDH. En esta sesión se informó sobre las etapas previstas para el proceso de elaboración del plan: a) etapa preparatoria; b) desarrollo de propuesta de contenidos; c) diálogo ampliado; y, d) elaboración del documento preliminar. Asimismo, se explicó que el instrumento incorporaba desde su diseño el enfoque de gestión por resultados (para el logro de cambios en la situación y la condición de las personas), se consideraron líneas de base, indicadores y metas.

### 2.3.3. Tercera sesión ordinaria del CNDH del año 2017

La tercera sesión ordinaria del CNDH del año 2017 se realizó el 20 de octubre a las 16:00 horas en la sede institucional del MINJUSDH. En dicha sesión se informó de la instalación de trece mesas de trabajo temáticas sobre los siguientes grupos de especial protección: a) niñas, niños y adolescentes; b) mujeres; c) personas adultas mayores; d) personas con discapacidad; e) personas privadas de libertad; f) personas en situación de movilidad; g) personas LGTBI; h) trabajadoras y trabajadores del hogar; i) población afroperuana; j) personas con VIH/SIDA y TBC; k) defensoras y defensores de derechos humanos; l) pueblos indígenas; y, m) personas víctimas de la violencia del período 1980 y 2000. La estrategia participativa del proceso de elaboración, y actual implementación, del plan quedaba así convalidada.

### 2.3.4. Cuarta sesión ordinaria del CNDH del año 2017

La cuarta sesión ordinaria se desarrolló en dos fechas: el 11 y el 19 de diciembre. En la primera, se abrió un espacio de diálogo para hacer saber observaciones y comentarios al proyecto del plan culminado con el fin de propiciar consensos entre los integrantes del CNDH. Se recogieron propuestas escritas de mejoras en el contenido del documento preliminar compartido, que sirvieron de base para la redacción del texto final. En la segunda, se presentó un resumen pormenorizado de las sugerencias incorporadas en el documento preliminar y se sometió este a aprobación, que fue alcanzada por unanimidad.

## 2.4. LAS ETAPAS DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018–2021

El proceso de elaboración del plan se ha desarrollado en las siguientes cuatro etapas, que se fueron cumpliendo paulatinamente a lo largo del año 2017, de acuerdo con la metodología diseñada por el equipo técnico de la Dirección General de Derechos Humanos:

- I. Coordinación interinstitucional y elaboración de la propuesta preliminar de contenidos del plan. Esta etapa estuvo destinada a la revisión de fuentes documentales con evidencia científica, coordinación con actores clave y elaboración de diagnósticos; prioritariamente, sobre los trece grupos de especial protección.

De enero a marzo de 2017, el equipo técnico de la Dirección General de Derechos Humanos llevó a cabo la revisión y el estudio de las políticas nacionales, los estándares y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos, los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), los contenidos del Acuerdo de Gobernabilidad, los documentos del CEPLAN, las políticas del Acuerdo Nacional, los planes nacionales temáticos y los documentos de políticas públicas basados en evidencia científica. Todo ello en

coordinación con actores competentes del Estado, representantes de la sociedad civil y los organismos de Naciones Unidas.

- II. Diseño de objetivos estratégicos, así como de acciones estratégicas en consulta y coordinación con otros sectores del Poder Ejecutivo y organismos estatales autónomos. En esta etapa se coordinó con más de un centenar de funcionarios del Estado de diecisiete sectores del Poder Ejecutivo y entidades autónomas, se elaboró una propuesta inicial de matrices de objetivos y acciones guiadas por el enfoque basado en derechos humanos, sin descuidar los enfoques de género, interculturalidad y gestión por resultados.
- III. Diálogo ampliado con sectores del Estado y de la sociedad civil. Esta etapa consistió en la presentación ante las organizaciones de la sociedad civil —en mesas temáticas y reuniones focalizadas— de los avances de las matrices con contenido estratégico elaboradas por los actores estatales, bajo la conducción de la Dirección General de Derechos Humanos. La dinámica de esta fase privilegió el diálogo y la búsqueda de entendimientos para consensuar colectivamente los objetivos y las acciones que se decidió implementar.
- IV. Redacción final del documento con el marco conceptual, las bases metodológicas y las matrices estratégicas, para la aprobación definitiva del Plan Nacional de Derechos Humanos por el Consejo de Ministros.

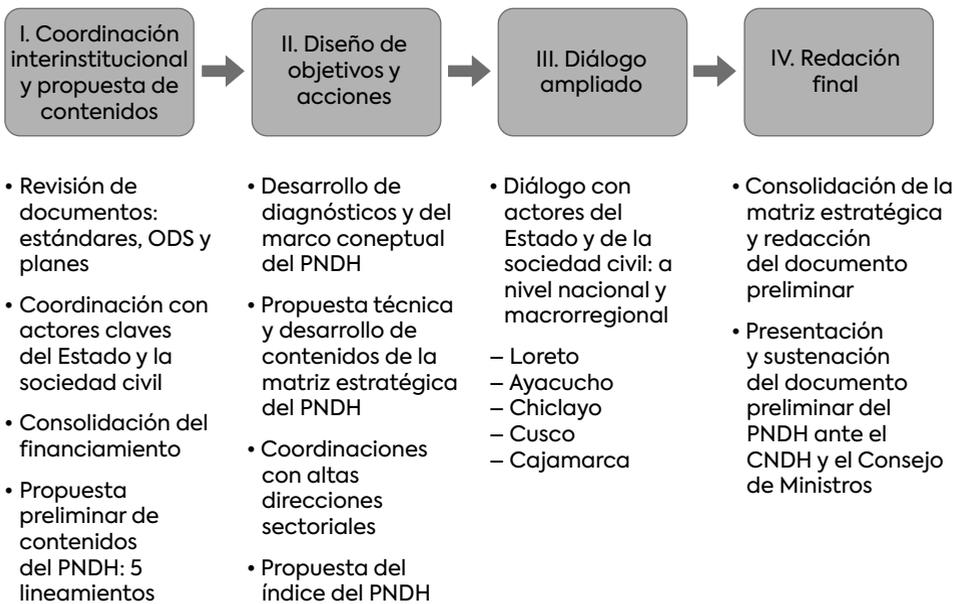
El proceso de elaboración del plan culminó al darse cumplimiento a cada una de las siguientes actividades programadas:

- Consolidación del marco conceptual y de las matrices de objetivos y acciones de los cinco lineamientos estratégicos del plan.
- Presentación de los contenidos del plan en cinco capitales regionales: Iquitos, Cajamarca, Chiclayo, Cusco y Ayacucho.

- Redacción del documento preliminar del plan.
- Presentación del documento preliminar ante el Consejo Nacional de Derechos Humanos, para obtener su opinión favorable, y aprobación del instrumento por el Consejo de Ministros.

## Gráfico 1

### *Etapas de elaboración del PNDH 2018-2021*



## 2.5. LA ESTRATEGIA DE ELABORACIÓN PARTICIPATIVA DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018-2021

Para la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos se desplegó una estrategia participativa en la que confluyeron activamente funcionarios y servidores de los sectores del Poder Ejecutivo, así como representantes de las organizaciones de la sociedad civil, los organismos internacionales y especialistas de la academia con experiencia en temas de derechos humanos. La

Dirección General de Derechos Humanos, a través de sus técnicos en materia jurídica y de políticas públicas, coordinó con los diferentes actores involucrados en el proceso de elaboración del plan para concretar dos formas de intervención:

- a) Intervención a través de mesas de trabajo temáticas, para el desarrollo de contenidos de políticas públicas sobre los grupos de especial protección.
- b) Intervención a través de reuniones y consultas virtuales entre especialistas temáticos del MINJUSDH, puntos focales de los sectores, así como expertas y expertos de organizaciones de la sociedad civil y del sector empresarial, organismos internacionales y de instituciones académicas.

### 2.5.1. Las mesas de trabajo temáticas

Las mesas de trabajo temáticas se constituyeron como espacios de confluencia de actores del sector público y de la sociedad civil que abordaron cuestiones sensibles, vinculadas a los derechos de los grupos de especial protección, y se consideró proyectar el tratamiento de sus derechos básicos en diferentes lineamientos del plan. A partir de la experiencia del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016, y la necesidad de inclusión de sectores de población ausentes de este, se instalaron trece mesas facilitadas por especialistas de la Dirección General de Derechos Humanos y por los representantes de las entidades públicas rectoras de cada uno de los temas priorizados.

Las mesas temáticas están conformadas por funcionarios y funcionarias de los sectores del Poder Ejecutivo que, en el marco de sus competencias, están involucrados directamente con las políticas públicas destinadas a los grupos de especial protección. Ellos articularon su participación con especialistas de la Dirección General de Derechos Humanos que sistematizaron los resultados de las sesiones celebradas con representantes de las organizaciones de la sociedad civil convocados para tal efecto. Resultó altamente efectivo el acompañamiento de organismos

internacionales con sede en el país. Cabe referir que todas las mesas iniciaron sus diálogos con presentaciones metodológicas impartidas por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.

Las mesas de trabajo temáticas que hicieron posible la elaboración de contenidos consensuados para los lineamientos estratégicos del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, y especialmente para el lineamiento estratégico n.º 3 fueron:

- Mesa de trabajo sobre los derechos de la población afroperuana
- Mesa de trabajo sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes
- Mesa de trabajo sobre los derechos de las personas adultas mayores
- Mesa de trabajo sobre los derechos de las personas con VIH/SIDA y TBC
- Mesa de trabajo sobre los derechos de las personas con discapacidad
- Mesa de trabajo sobre los derechos de las personas privadas de libertad
- Mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas
- Mesa de trabajo sobre víctimas de la violencia del período 1980-2000
- Mesa de trabajo sobre los derechos de las personas en situación de movilidad
- Mesa de trabajo sobre los derechos de las personas LGTBI
- Mesa de trabajo sobre trabajadoras y trabajadores del hogar
- Mesa de trabajo sobre la situación de las mujeres
- Mesa de trabajo sobre defensoras y defensores de derechos humanos

## Gráfico 2

### Mesas temáticas y sectores responsables de las políticas públicas



### 2.5.2. Reuniones y consultas virtuales de coordinación entre especialistas temáticos

Con el bagaje de experiencias de trabajo de la mayoría de especialistas de la Dirección General de Derechos Humanos, fue posible desarrollar los contenidos de los objetivos estratégicos y las acciones estratégicas de los lineamientos 1, 2, 4 y 5. Estos fueron completados a partir de los insumos que ofrecían los consensos de las mesas de trabajo temáticas sobre los trece grupos de especial protección, y gracias a la celebración de reuniones focalizadas con organizaciones empresariales, entidades públicas

involucradas con la garantía de los derechos humanos en ámbitos sociales y también empresariales, organizaciones de la sociedad civil comprometidas con el diálogo y entidades académicas u organismos internacionales que registraban estudios e investigaciones sobre distintos aspectos de los derechos básicos.

## 2.6. EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018–2021 COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ACORDE CON ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Un Plan Nacional de Derechos Humanos obedece a una lógica ya asentada a nivel comparado. Sus antecedentes originarios figuran en las recomendaciones contenidas en el Plan y Programa de Acción de Viena de 1993, que destaca la importancia de los planes nacionales de acción en derechos humanos para favorecer mejoras duraderas en el respeto de los derechos básicos, a fin de que se concreten cambios en las condiciones de las personas como producto inmediato de las decisiones de los gobiernos al implementar políticas públicas específicas.

La puesta en ejecución de un plan nacional de acción como un compromiso del Estado peruano significó que la Dirección General de Derechos Humanos, como entidad técnica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, contaba con los avales para hacer efectiva su función de «Propiciar la articulación de las políticas, planes y programas de derechos humanos con las políticas sectoriales de cada una de las entidades del gobierno a nivel nacional, regional y local» (artículo 84, literal d del ROF).

El documento que orienta los procesos de elaboración de planes nacionales de acción en derechos humanos: el *Handbook on National Human Rights Plans of Action*, publicado por la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el año 2002, advierte a los Estados, como el Estado peruano que ha decidido implementar esta herramienta de políticas públicas, que el proceso de planeamiento requiere de análisis comprensivos que incluyan propuestas

contempladas en programas de amplia cobertura y con tendencia a ser incrementados, junto a recursos suficientes y evaluaciones efectivas (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2002, p. 7). Debe valorarse, por tanto, que su elaboración demanda considerable previsión y esfuerzo, así como claridad respecto de su eficacia.

El mismo *manual* pone en blanco y negro los factores que han de favorecer dicha eficacia, cuyo mapeo es resultado de información basada en experiencias. Tales factores consisten en: a) respaldo político; b) planeamiento participativo y transparente; c) consideración de líneas de base en derechos humanos; d) determinación de prioridades realistas y planeamiento orientado al desarrollo de acciones; e) criterios claros para establecer los logros y los mecanismos de participación solventes para el monitoreo y la evaluación; y, finalmente, f) un conveniente nivel de compromisos y recursos (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2002, p. 2).

Como parte de su función de diseñar y formular las políticas, los planes y los programas de derechos humanos, la Dirección General de Derechos Humanos es también competente para «Orientar el diseño de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, con especial énfasis en las poblaciones en condición de vulnerabilidad» (artículo 84, literal e del ROF). La revisión de las experiencias del sector Justicia y Derechos Humanos para la formulación de estos instrumentos en períodos previos pone de manifiesto que la preocupación por ciertos colectivos priorizados, a fin de que se les procure una especial atención estatal, ha estado presente desde la formulación del primer plan.

El proceso de elaboración del tercer Plan Nacional de Derechos Humanos para el período 2018-2021, que ha considerado la inclusión de un nuevo lineamiento estratégico destinado a involucrar al país con los estándares sobre empresas y derechos humanos, tuvo que sujetarse a la necesidad de diseñar y —hoy— ejecutar políticas públicas a favor de los grupos de especial protección respondiendo a los criterios básicos planteados en

el *handbook*; es decir, partir de análisis comprensivos y considerar una amplia cobertura de derechos básicos así como un tratamiento garantizado por recursos suficientes y evaluaciones de resultados.

## 2.7. LA GESTIÓN POR RESULTADOS COMO ENFOQUE PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS BÁSICOS DESDE LA DELIBERACIÓN

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del Vice-ministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, lidera los procesos de elaboración, monitoreo y evaluación de los planes nacionales de derechos humanos. Cuenta con el soporte técnico de la Dirección General de Derechos Humanos y de todo su equipo de especialistas de la Dirección de Política y Gestión en Derechos Humanos y de la Dirección de Asuntos Internacionales, Promoción y Adecuación Normativa.

Especialistas de ambos órganos de línea asumieron tareas puntuales, a fin de que el país cuente con un plan nacional de derechos humanos ajustado a los estándares actuales y recomendaciones del Examen Periódico Universal: el diagnóstico de los derechos de los grupos de especial protección en el país, la formulación de los objetivos estratégicos para avizorar cambios en sus condiciones y la previsión de las acciones en función de resultados verificables como compromisos del Estado. Diseñaron además los instrumentos de seguimiento adecuados con indicadores, metas y líneas de base.

Ha jugado, así, el MINJUSDH un papel de instancia promotora de los derechos humanos, sobre todo de los grupos de especial protección, y un rol de articulador interinstitucional al diseñar, hacer seguimiento y contribuir a encauzar las políticas públicas que involucran a estos derechos en el seno del Poder Ejecutivo a través del plan; por ello, y por su carácter transversal, este instrumento es fundamental para garantizar la calidad de las instituciones democráticas, pues posibilita cambios en condiciones

de vida que previenen que el país caiga en el descrédito, por incumplimientos en esa materia, a nivel internacional.

A través de la incorporación de la perspectiva de gestión por resultados, que pretende —cabe a menudo recordarlo— cambios en la situación y la condición de las personas, incorporando instrumentos de medición de avances por cada acción estratégica diseñada, sobre todo para los grupos más vulnerables, se aspiró a que el tercer Plan Nacional de Derechos Humanos supere las deficiencias de los dos planes que le antecedieron, al introducir en su diseño integral pautas de eficacia y un sistema para monitorear y evaluar sus políticas públicas. La incorporación de líneas de base, metas e indicadores constituyó en realidad un compromiso de los diversos sectores del Poder Ejecutivo partiendo de un sostenido intercambio con la sociedad civil y también, en el tramo final, con algunos gremios empresariales.

En efecto, junto a la buena disposición de todos los sectores del Poder Ejecutivo, así como de las entidades públicas y las organizaciones civiles que forman parte del Consejo Nacional de Derechos Humanos, el proceso de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 contó con la participación de gremios empresariales, sin descuidar la cooperación técnica ofrecida por organismos internacionales. Existió la plena disposición de agencias de cooperación de Estados y organizaciones, de larga tradición democrática, de contribuir con este esfuerzo crucial para la efectiva vigencia de los derechos en el país.

Los organismos de las Naciones Unidas en el Perú, y la Oficina Regional para América del Sur de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, colaboraron de modo permanente con este reiterado esfuerzo del MINJUSDH. No han sido los únicos que se han mostrado proactivos con esta tarea, pues la cooperación técnica de diferentes Estados europeos se hizo manifiesta; incluso, la Unión Europea brindó su apoyo pleno a la incorporación del quinto lineamiento estratégico del plan favoreciendo el intercambio de experiencias con Estados de ese continente.

Los consensos básicos alcanzados con organizaciones de la sociedad civil y empresas a través de las reuniones focalizadas dedicadas a los estándares de empresa y derechos humanos forman parte de un primer contenido primigenio incluido en las matrices del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, que ha dejado trazado el camino que se va concretando progresivamente y con mayor detalle en el Plan Nacional de Acción sobre Empresa y Derechos Humanos, cuyo proceso de elaboración se viene llevando a cabo con la incorporación de más actores del Estado, así como de los sindicatos y los pueblos indígenas.

El proceso participativo, aun escasamente descentralizado, pues solo involucró a cinco regiones del interior del país, procuró ser desarrollado deliberativamente para reflejar y poner en común las necesidades de las personas más vulnerables que demandan su satisfacción desde el enfoque basado en derechos humanos; en tal sentido, el trabajo de la Dirección General de Derechos Humanos, a lo largo del 2017, abrió una ventana de oportunidad para pensar conjuntamente en el país desde la exigencia de los valores democráticos y el reconocimiento de la igual dignidad, que son las premisas asumidas en el instrumento de políticas públicas en su marco conceptual.

Para alcanzar el consenso se privilegió el diálogo y el intercambio de experiencias con visiones procedentes de las diversas perspectivas de los actores involucrados. Se trató de abrir cauces para aportar en una lectura de la realidad peruana desde las premisas de una democracia deliberativa, entre otras aportaciones que corresponde sean reseñadas a continuación.

### **3. APORTACIONES INNOVADORAS DEL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018-2021**

Los procesos de elaboración de los planes de derechos humanos del Estado peruano evidencian una evolución en clave de progresividad. Las aportaciones que pueden destacarse de manera muy somera, casi a modo de un muestrario, como contenidos

innovadores en el Plan Nacional de Derechos Humanos se concentran en (3.1.) los aspectos metodológicos y (3.2.) los avances respecto de la garantía de derechos de grupos de especial protección.

### 3.1. APORTACIONES METODOLÓGICAS

#### 3.1.1. La incorporación del enfoque de gestión por resultados

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 dejó apuntado concisamente en el documento que detalla su estrategia la adopción del «enfoque de planeamiento por resultados». A partir de este enfoque se explicaba lo siguiente:

se desagregó cada lineamiento en un número de objetivos específicos, para los que se definió, a su vez, un conjunto de acciones estratégicas. La lógica del planeamiento por resultados en el ámbito nacional altamente complejo del Plan exige que sea multisectorial y multirregional. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 28)

Esa previsión en el documento del plan, que debía permitir evidenciar cómo se haría efectiva la aplicación de dicho enfoque en la articulación intersectorial y multinivel de las políticas públicas para la gestión gubernamental, está apenas esbozada. Ello limitó su concreción operativa haciéndose difícil verificar periódicamente, con certeza, avances, dificultades y retos; lo que redujo a su vez la posibilidad de emprender ajustes en las intervenciones estatales.

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 pone énfasis en el desarrollo del enfoque de gestión por resultados en toda intervención entendida desde la lógica de las políticas públicas, y adopta en su pauta estratégica las guías del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN). Durante el proceso de elaboración del plan, esta entidad afirmaba:

el planeamiento es un pilar del modelo de gestión pública orientada a resultados. El CEPLAN promueve la armonización de las políticas públicas, los planes estratégicos y operativos, a nivel sectorial y territorial, hacia el logro de resultados a favor de la población. (CEPLAN, 2017, p. 9)

Asimismo, en la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021, la PCM en el 2013 ya planteaba que «la implantación de la gestión por resultados en la administración pública debe también adoptarse, de manera paulatina, en todas las entidades» (p. 42).

Por ello, en el Plan Nacional de Derechos Humanos vigente se asume expresamente que

La importancia de proyectar el enfoque de gestión por resultados en la estrategia de este Plan exige el diseño de una metodología que asegure: por un lado, la identificación y definición de los problemas centrados en las personas y sus derechos humanos y, por otro, la identificación de intervenciones estrategias eficaces, preferiblemente basada en evidencia científica. Además, exige una alta participación y aspira así a que toda intervención estatal pueda ser razonablemente consensuada. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 22)

Un propósito inspirador para la implementación de políticas públicas desde la Dirección General de Derechos Humanos.

### **3.1.2. Los instrumentos de medición de avances en el cumplimiento de cada acción estratégica**

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 asumió «una combinación de indicadores tales como: salud, educación y estándar de vida». El documento aprobado precisaba al respecto:

La apuesta del PNDH es tener índices de políticas ya aprobadas vinculadas a temas específicos como el Plan Nacional de Acción del Medioambiente 2012-2021, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 y las metas emblemáticas

identificadas por el MIDIS respecto a población en proceso de inclusión al 2016. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 32)

Si bien dicho plan se centró en la dimensión de resultado o impacto, consideró también «que los indicadores de proceso o estructurales pueden encontrarse en otro tipo de iniciativas de política» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 32). La conexión entre tales indicadores, que no llega a ser trazada de manera legible desde los instrumentos del propio documento, permaneció como una tarea pendiente que debía concretarse desde la implementación del instrumento.

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 se ha previsto monitorear y evaluar cada una de las acciones estratégicas consensuadas entre los sectores del Estado y la sociedad civil. Se llega a establecer así una variante de sistema que recoge y analiza «información de los indicadores definidos en el PNDH, con el objetivo de verificar el avance de las metas definidas» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 27). Para ello, se ha impulsado un proceso multisectorial de definición de los instrumentos de medición.

Lo que ha resultado de ese proceso son

las matrices estratégicas [que] condensan prioritariamente el esfuerzo de articulación intersectorial de las entidades del Poder Ejecutivo. En ellas quedan plasmadas no solo las aspiraciones y medidas asumidas intersectorialmente para los próximos años, sino también los instrumentos de medición de avances en relación con los derechos a ser garantizados: líneas de base, indicadores y metas. El consenso de los organismos del Estado da paso a un ejercicio de enriquecimiento de los contenidos de la matriz a través de los aportes de las organizaciones de la sociedad civil. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 28)

No solo se ha innovado con el diseño de indicadores de impacto; sino, cuando ha sido necesario, se ha acordado con los sectores involucrados en la implementación de las acciones estratégicas

elaborar indicadores de proceso —mucho menos contundentes en relación con los resultados, pero en ocasiones inevitables— y, para consolidar respuestas normativas, también se ha previsto indicadores institucionales.

### 3.1.3. La adopción de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 resultaron involucradas premisas globales que debían favorecer, desde lo estratégico, el fortalecimiento de la adecuación normativa interna ajustada a los estándares internacionales de derechos humanos; en ese sentido, se llegó a hacer una mención —más bien escueta— de «los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) o el Pacto Global» para posibilitar la consolidación del Estado de Derecho (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 26).

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 el Estado no solo asume expresamente los estándares internacionales de derechos humanos, sino que estos resultan conectados con algunas guías estratégicas como la Directiva n.º 001-2017-CEPLAN/PCD, que propuso entonces la denominada «pre-imagen» del país, entendida como «la referencia para la articulación del futuro deseado en el ciclo de planeamiento estratégico» (CEPLAN, 2017, p. 11).

La «pre-imagen» llega a asumir como una base a «la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», que considera

la necesidad de mantener un equilibrio entre el desarrollo económico y el cuidado ambiental, haciendo frente al cambio climático y otros riesgos de desastre. En conjunto, estos aspectos abordan el desarrollo integral de las personas y los medios para alcanzar su bienestar sostenible en el tiempo. (CEPLAN, 2017, p. 13)

En el plan se hace evidente la conjunción entre sus cinco lineamientos y la agenda de los ODS, todo ello mediado por la «pre-imagen».

### 3.1.4. La previsión detallada de un sistema de seguimiento y monitoreo

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 dejó planteada la necesidad de la creación de una Unidad Técnica de Seguimiento (UTS), que quedaba encargada a los equipos técnicos de políticas públicas del MINJUSDH «con el fin de evaluar la ejecución de las medidas del Plan y elaborar propuestas sobre la base de una programación anual acordada con los órganos rectores competentes» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 35).

Complementariamente, debía asegurarse la articulación de las actividades del plan a través de la participación de organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas, en espacios como el Consejo Nacional de Derechos Humanos y la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario. A pesar de haberse diseñado una plataforma informática de seguimiento y monitoreo del plan, resultó difícil verificar la concreción de los avances por la ausencia de instrumentos específicos de medición para cada una de las acciones previstas (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 35).

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 propone contar con un Sistema de Monitoreo y Evaluación, y detalla los procesos de recolección y uso de información con evidencias sobre los cambios generados, de resultado, para guiar las acciones y los objetivos estratégicos hacia el impacto deseado. Su implementación prevé tres fases: i) diseño y elaboración de los compromisos estratégicos, formulados en el documento del plan; ii) actividades del proceso de seguimiento (registro, reporte y análisis de la información, entre otras); y iii) elaboración de productos del seguimiento (balance de resultados, informes de avances y evaluación de medio término) que permitan mejorar el proceso de generación de valor público.

La implementación de este sistema corresponde al Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, así como a la

Dirección General de Derechos Humanos que, por primera vez, cuentan con financiamiento internacional (de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo) destinado a su diseño, lo que fortalece la estrategia ya adelantada de acompañamiento a los avances a través de las trece mesas temáticas de los grupos de especial protección instaladas durante el proceso de elaboración del plan.

### 3.1.5. Articulación de políticas, planes y estrategias nacionales vigentes

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 refiere, como pauta para la articulación entre actores estatales durante la implementación de las acciones estratégicas previstas, que su seguimiento debía concretarse a través del monitoreo por grupos de trabajo multisectoriales y la UTS, que podía ser enriquecida durante su ejecución en el marco de un proceso participativo (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 35). La apertura a la participación fue una intención poco lograda en la práctica.

Con el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 se asume que «la responsabilidad estatal en relación con los derechos fundamentales de quienes habitan en el país es exigible, por lo que es indispensable propiciar la articulación de los organismos estatales a la hora de implementar políticas públicas eficaces». A este propósito contribuye «el enfoque de gestión por resultados [...] pues favorece la articulación interinstitucional encauzando las políticas públicas en los diferentes niveles de gobierno» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 22).

Ello puede apreciarse en la propuesta de acciones estratégicas para garantizar la igualdad de derechos de las mujeres, que precisa:

Para afrontar esta problemática, el Estado peruano viene articulando diferentes planes intersectoriales, como el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021; el Plan Nacional

de Igualdad de Género 2012-2017 (hoy se trataría de la Política Nacional de Igualdad de Género); el Plan Nacional Concertado de Salud 2007-2020; el Plan Bicentenario 2011-2021; el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018 y el Plan Multi-sectorial de Prevención del Embarazo Adolescente 2013-2021. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 104)

Todo este intento de articulación resulta acentuado con la estrategia de seguimiento a través de las mesas temáticas prevista en el Plan Nacional de Derechos Humanos.

## 3.2. APORTACIONES EN AVANCES PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 3.2.1. Incorporación de un nuevo lineamiento estratégico: empresas y derechos humanos

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 se consideró que para incrementar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos, a través de la promoción de una cultura de respeto a la dignidad en todos los sectores de la sociedad y la incorporación del enfoque de derechos en las políticas públicas, el instrumento debía estructurarse en cuatro lineamientos:

- Lineamiento 1. Promover una cultura de derechos humanos en el país.
- Lineamiento 2. Diseñar y fortalecer las políticas públicas de promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.
- Lineamiento 3. Diseñar y ejecutar políticas a favor de los grupos de especial protección.
- Lineamiento 4. Fortalecer el ordenamiento jurídico interno, a través de la implementación de instrumentos internacionales, para la promoción y la protección de los derechos humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 37).

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 considera en su estrategia los siguientes lineamientos, que tienen su precedente en los cuatro ejes que orientaron el plan previo:

- Lineamiento estratégico n.º 1. Promoción de una cultura de derechos humanos y de la paz.
- Lineamiento estratégico n.º 2. Diseño y fortalecimiento de la política pública de promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.
- Lineamiento estratégico n.º 3. Diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección.
- Lineamiento estratégico n.º 4. Fortalecimiento del ordenamiento jurídico interno a través de la implementación de instrumentos internacionales, para la promoción y la protección de los derechos humanos.
- Lineamiento estratégico n.º 5. Implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos.

Como se aprecia, y ha sido adelantado anteriormente, se ha añadido un lineamiento estratégico nuevo que concreta el compromiso asumido por el MINJUSDH ante el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, de Naciones Unidas, en su visita al país el año 2017. Se evidencia en una meta consistente en la elaboración del primer Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos, cuya culminación estaba inicialmente fijada para finales del año 2019. El país sería el tercero en el continente y uno de los veinte primeros en el mundo en avanzar en políticas públicas al respecto.

Las acciones estratégicas previstas en este lineamiento han sido el resultado de la participación de organizaciones empresariales, organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y diferentes sectores del Poder Ejecutivo; a esa composición inicial de actores se han sumado las cuatro centrales sindicales más representativas y las siete organizaciones

de pueblos indígenas que participan en el Grupo de Trabajo de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura.

### 3.2.2. Involucramiento con la estrategia de incorporación del país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 no existió referencia expresa ni vinculación de alguno de sus contenidos con instrumentos o directrices elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), justamente en un período en el que el Estado peruano había manifestado su mayor interés por incorporarse, junto con otros países de la región, a este organismo internacional que está integrado por las economías más solventes del mundo.

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 destaca la importancia de los 31 principios rectores destinados a «hacer operativo» el Marco de la ONU sobre Empresa y Derechos Humanos, que fueron adoptados en el 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; en ese sentido añade:

Estos principios vienen a sumarse a las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales (Directrices de la OCDE) y a la Declaración Tripartita de Principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 186)

La importancia de la vinculación entre la labor de la OCDE y la garantía de los derechos humanos queda planteada así:

Muchos de los instrumentos e iniciativas más importantes en relación con la responsabilidad social de las empresas han sido, o están siendo, actualizados para tener en cuenta los Principios Rectores de la ONU. Las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, revisadas en mayo de 2011, incluyen un nuevo capítulo sobre derechos humanos basado en los Principios Rectores. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pp. 186-187)

### 3.2.3. Incorporación de tres nuevos grupos de especial protección

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 consideró a los siguientes grupos de especial protección: (i) personas adultas mayores; (ii) población afroperuana y minorías étnico-raciales; (iii) personas con discapacidad; (iv) personas migrantes, desplazadas, víctimas de trata y sus familias; (v) mujeres; (vi) niños, niñas y adolescentes; (vii) personas privadas de libertad; (viii) pueblos indígenas; (ix) personas víctimas de la violencia ocurrida en nuestro país entre 1980 y el 2000; (x) personas afectadas por el VIH-SIDA; y (xi) personas afectadas por la tuberculosis (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 70).

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 ha incrementado el número de grupos especialmente protegidos, atendiendo las recomendaciones del Examen Periódico Universal y de organismos de las Naciones Unidas que velan por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el plan ha incorporado a las trabajadoras y los trabajadores del hogar, a las personas LGBTI y a defensores y defensoras de derechos humanos. Al mismo tiempo, adoptando la categoría de personas en situación de movilidad ha incluido situaciones no previstas de retorno, refugio o apatridia, abarcando así acciones estratégicas de protección que superan la preocupación por las vulneraciones de los derechos básicos de las personas migrantes.

### 3.2.4. Profundización del modelo social para el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 ya se reconocía que «recientemente la discapacidad ha venido a abordarse desde el llamado “modelo social”, que plantea un cambio en la manera como es definida la discapacidad y, por lo tanto, la forma de abordarla como elemento social». El modelo social, según este

instrumento, «considera a la discapacidad como una consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias y límites del individuo o impide su participación en la sociedad» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 75).

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 profundiza el compromiso del Estado peruano, que ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo cual resulta exigible el desarrollo de instrumentos tanto de políticas públicas como normativos concebidos desde el enfoque del modelo social. Define a este como «un planteamiento que consiste en reconocer que la discapacidad no radica en la persona sino en la falta de adaptación o preparación de una sociedad para convivir adecuadamente con quienes son observados como diferentes».

Asimismo, alinea este modelo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas al considerar a las personas con discapacidad como un grupo de especial protección, y corresponde la previsión de acciones estratégicas de impacto que cuenten con sus respectivos indicadores, líneas de base y metas. Desde el plan se impulsó, asimismo, la eliminación de la figura jurídica de la interdicción en diferentes cuerpos normativos, pues asume que vulnera la autonomía de las personas que integran dicho colectivo.

### 3.2.5. Inclusión del apego y la autorregulación de emociones como garantía de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 el tratamiento de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes se vinculó a los esfuerzos desplegados por el Estado peruano en relación con situaciones de extrema desnutrición y otras vulnerabilidades de este colectivo, sin que se llegase a proponer contenidos estratégicos sobre el desarrollo infantil temprano, que comprende el apego seguro, ni se abordó puntualmente la necesidad de la autorregulación de sus emociones.

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 se reconoce que en la actualidad:

en el Perú no se mide el apego seguro, que es el vínculo afectivo que —desarrollado de manera permanente y estable entre el infante y la madre, padre o adulto significativo— garantiza las bases para todas las relaciones subsecuentes del infante en su vida. Tampoco se mide la autorregulación de las emociones y función simbólica de las niñas y niños, pese a que su medición resulta fundamental; pues la educación, entendida como un todo integral, no se limita a los logros de aprendizaje en comprensión lectora y capacidad para realizar operaciones lógico-matemáticas, sino que abarca también el elemento emocional y funcional. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 113)

La inclusión del apego seguro como contenido de una acción estratégica específica en la matriz del plan, buscando alcanzar objetivos desde el enfoque basado en derechos humanos para las niñas, los niños y los adolescentes, es resultado del consenso existente entre el Estado y la sociedad civil, con el impulso de un organismo internacional líder en la materia como el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). También da cuenta del éxito de la articulación intersectorial. Ha quedado plasmado el compromiso de elaborar la información sustentada en evidencia científica que permita proyectar sus avances y sus logros en el futuro inmediato en el país.

### 3.2.6. Incorporación de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI)

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 se planteó el tratamiento en general de los derechos de los pueblos indígenas, pero no llegó a abordarse la problemática de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, que se hallan en situación de extrema vulnerabilidad. El trabajo que desplegó en ese período el Ministerio de Cultura fue muy valorado para abordar su tratamiento actualizado desde el enfoque basado en derechos humanos.

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 reconoce que

a fin de garantizar la integridad de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, así como su derecho a la autodeterminación, el Estado ha establecido Reservas Territoriales o Indígenas en Madre de Dios, Cusco y Ucayali, las cuales son protegidas por el Ministerio de Cultura. Es importante fortalecer el nivel de protección de estos espacios territoriales a través de puestos de control y agentes de protección. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 150)

Se daba así cumplimiento a las recomendaciones internacionales que expresaban la preocupación por la suerte de personas que habitan el territorio peruano y que no forman parte, por decisión propia, de la sociedad mayoritaria nacional, pero son titulares de todos los derechos básicos.

### 3.2.7. Inclusión de la población de adolescentes privados de libertad en régimen de medio cerrado

El PNDH 2014-2016 planteó acciones estratégicas relacionadas con la situación de las personas privadas de libertad, en general; pero no consideró la situación específica de adolescentes que se encuentran en régimen de medio cerrado, un grupo de población altamente vulnerable. Era importante visibilizar sus necesidades y asumir las respuestas a su problemática desde la actuación del Poder Ejecutivo; en particular, desde las funciones que asumía —y constituían obligaciones de Estado respecto de este grupo de especial protección— el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El PNDH 2018-2021 ofrecía información del «Primer Censo Nacional de Población en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación 2016» —en 2017—, que orientaba las intervenciones públicas al señalar:

Las personas privadas de libertad pueden dividirse en dos grandes categorías: adolescentes y adultos/as. Con relación al primer grupo, en el Sistema de Reinserción Social del Adolescente en conflicto con la Ley Penal (SRSALP) existen 3,723 adolescentes, de los cuales el 58,3% se encuentra en un medio cerrado y el 41,7% en un medio abierto. Asimismo, se conoce que el 57% de adolescentes en medio cerrado no ha completado la secundaria y el 13,1%, la primaria. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 121)

En el plan se reconoce que uno de los mayores problemas que afronta este grupo de especial protección es el hacinamiento, un fenómeno registrado en ocho de los nueve centros juveniles existentes en el país. El impacto en la vulnerabilidad es altamente sensible, pues el internamiento en tales condiciones afecta sus condiciones de vida considerando que es un factor de incremento de niveles de violencia, facilita la transmisión de enfermedades, limita los servicios de educación formal y extraescolar, disminuye el acceso a la capacitación para el trabajo y dificulta la adecuada asistencia médica. Frente a ello, se asume «un modelo de tratamiento diferenciado, basado en el reconocimiento de la heterogeneidad de los adolescentes, que potencie el uso de medidas alternativas al internamiento» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 121). La intervención estatal a través de cinco acciones estratégicas responde a la necesidad de avanzar en la garantía de los derechos humanos de estas personas cuyo futuro requiere ser asegurado.

## 4. CONCLUSIONES

1. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos condujo, a través de la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, un proceso de articulación de políticas públicas multisectoriales que hoy se implementa, cuyos avances —y dificultades para alcanzar logros— pueden verificarse con instrumentos de monitoreo y evaluación de los compromisos

asumidos por numerosas entidades del Estado peruano, especialmente del Poder Ejecutivo.

2. Desde el enfoque basado en derechos humanos, que involucra en la gestión a los estándares internacionales de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, así como las recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 es una herramienta indispensable que favorece el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano en la materia.
3. Con el enfoque estratégico de gestión por resultados, se ha vinculado el proceso de elaboración e implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 con los procesos de planeamiento impulsados por el CEPLAN, al promoverse la armonización de las políticas públicas, los planes estratégicos y operativos, a nivel sectorial y territorial, enfatizando en el logro de resultados a favor de las personas en diferentes niveles de gobierno.
4. Finalmente, la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 favoreció la identificación de los problemas centrados en las personas, sobre todo las más vulnerables. Las intervenciones estatales para solucionar sus problemáticas demandan la participación de la sociedad civil que siempre debe ser convocada. El plan proporciona evidencia de que las intervenciones estatales pueden ser razonablemente consensuadas si se privilegia el diálogo y el intercambio sobre premisas compartidas, pese a la diversidad de visiones procedentes de las perspectivas propias de los actores públicos. El objetivo es que paulatinamente haya una apropiación del proceso y que su lógica se extienda a sus fases de monitoreo (2018) y evaluación de medio término (2018-2019).

## REFERENCIAS

- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) (2017). Directiva n.º 001-2017-CEPLAN/PCD. Directiva para la Actualización del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014). *Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016*.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2002). *Handbook on National Human Rights Plan of Action*. United Nations.
- Presidencia del Consejo de Ministros (2013). *Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021*.





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3685

## LA ¿ILEGITIMIDAD? DE LAS ACCIONES NO PACÍFICAS DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTOS DE CONFLICTIVIDAD SOCIAL

The illegitimacy? of the non-peaceful actions by  
human rights defenders in social conflict contexts

NOEMÍ ANCÍ PAREDES

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: [noemi.anci@pucp.edu.pe](mailto:noemi.anci@pucp.edu.pe)

### RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es reflexionar sobre la legitimidad de las actividades no necesariamente pacíficas de los defensores de derechos humanos en contextos de conflictividad social. El trabajo no pretende agotar la reflexión ofreciendo alguna fórmula que permita distinguir entre las actividades que merecen un reconocimiento legítimo por parte del Estado y aquellas que no. Lo que busca ofrecer es un conjunto de premisas que permitan proyectar una mayor apertura hacia el uso excepcional de acciones no necesariamente tradicionales por parte de los defensores de derechos humanos, circunscribiendo dicha posibilidad a contextos de conflictividad social.

**Palabras clave:** defensores de derechos humanos; protesta social; desobediencia civil.

## ABSTRACT

The main objective of this article is to reflect on the legitimacy of the not necessarily peaceful activities of human rights defenders in social conflict contexts. The paper does not intend to exhaust the reflection by offering some formula that allows us to distinguish between activities that deserve legitimate recognition by the State and those that do not. What it does seek to offer is a set of premises that allow us to project a greater openness towards the exceptional use of non-traditional actions by human rights defenders, circumscribing this possibility to social conflict contexts.

**Key words:** human rights defenders; social protest; civil disobedience.

Recibido: 05/08/2020

Aceptado: 26/08/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente trabajo es reflexionar en torno a la legitimidad de las actividades no necesariamente pacíficas de los defensores de derechos humanos en contextos de conflictividad social. El trabajo no pretende agotar la reflexión ofreciendo alguna fórmula que permita distinguir entre las actividades que merecen un reconocimiento legítimo por parte del Estado y aquellas que no. Lo que busca ofrecer es un conjunto de premisas que permitan proyectar una mayor apertura hacia el uso excepcional de acciones no necesariamente tradicionales por parte de los defensores de derechos humanos, circunscribiendo dicha posibilidad a contextos de conflictividad social.

Para lograr este objetivo, el trabajo se divide en tres partes. En la primera, se presenta un caso de la jurisprudencia peruana analizado desde la perspectiva del derecho constitucional a la protesta, mediante el cual se plantean los problemas que se generan a partir del vínculo entre la defensa de los derechos humanos y el uso de la violencia. En la segunda parte, se reconstruye la postura clásica que en el ámbito del derecho internacional se ha mantenido respecto del reconocimiento de los defensores como sujetos que merecen protección especial de parte del Estado, solo en la medida en que realicen sus actividades dentro del marco legal y pacífico. Finalmente, en la tercera parte, se analizan algunas posturas alternativas que se han desarrollado desde la teoría crítica de los derechos humanos, cuyo punto de partida es el concepto de las acciones no-violentas como una posibilidad para que no se deslegitime de plano la actividad de los defensores en el marco de contextos que conllevan fuertes tensiones sociales.

## **2. EL «BAGUAZO»: ¿RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL USO LEGÍTIMO DE LA VIOLENCIA DE PARTE DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS?**

### **2.1. LA ESTRATEGIA ARGUMENTATIVA UTILIZADA POR LA CORTE PARA ABSOLVER A LOS INculpADOS**

El «Baguazo», también conocido como «La Curva del Diablo», es un caso resuelto en septiembre de 2016 por una Corte peruana que absolvió a 51 indígenas, quienes fueron inculcados por la comisión de los delitos de homicidio y otros en el contexto de una protesta ocurrida el 5 de junio de 2009. La protesta, desarrollada en la provincia de Utcubamba (Bagua Grande), en el departamento de Amazonas, formó parte de una serie de paros en la región amazónica, que se promovieron en diferentes partes del país, con la finalidad de que se deroguen un conjunto de decretos legislativos promulgados en el marco de la implementación del

Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. El grado de violencia al que se llegó durante la protesta conllevó graves consecuencias, como el fallecimiento de 23 policías, 10 ciudadanos civiles (entre ellos, 5 indígenas), 200 heridos y la desaparición de un policía (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 8).

La forma en que se suele explicar la causa del conflicto de Bagua se concentra, principalmente, en la promulgación de los decretos legislativos 1064 y 1090, cuyo objeto era regular y supervisar el manejo y el aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre del país (Brito, 2012). De acuerdo con esta explicación, pese al impacto de dichas normas en los territorios y la vida de muchas comunidades nativas y campesinas, su contenido no les fue consultado previamente, por lo que la ira de los protestantes habría sido generada por dicha omisión del Estado, que, desde la suscripción del acuerdo con Estados Unidos, había promovido con firmeza una política de inversiones.

Las razones que explican la escalada de violencia durante el conflicto, sin embargo, no son del todo unánimes. Esto se observa con claridad, por ejemplo, en la reconstrucción que el sociólogo Omar Cavero (2011) plantea a partir de los informes de las comisiones investigadoras, los resultados de las mesas de diálogo, entre otras fuentes relevantes y diversas (pp. 30-ss.). A partir de estas, se postula, por lo menos, dos explicaciones. Según la primera, el contenido de los decretos no habría sido lo que precisamente motivó a los indígenas a protestar con violencia. Ellos, más bien, habrían sido manipulados por líderes externos a sus comunidades, y debido a su situación de pobreza, exclusión y desconfianza histórica se vieron llevados a defenderse de manera combativa. Según esta hipótesis, las comunidades de la cuenca del Marañón habrían actuado motivadas por una política estatal que no tomó en cuenta su posición, azuzadas, además, por una prensa irresponsable que informó erróneamente sobre la actuación de la policía (Cavero, 2011, p. 32).

En contraste, la segunda explicación sostiene que las comunidades no fueron manipuladas, sino que fueron plenamente conscientes de las razones por las que protestaban. Estas razones no se debían, por supuesto, solo a que el contenido de los decretos legislativos emitidos en el 2009 las afectaban o a que no habrían sido consultadas previamente. Desde esta segunda lectura, la tensión con el Estado no habría iniciado el 2009, sino que tendría sus orígenes décadas atrás, desde que la legislación de protección a los territorios de la Amazonía fue flexibilizándose debido a una clara tendencia hacia la expansión de las inversiones en el mercado de aprovechamiento de recursos. Así, la emisión de los decretos habría sido solo una acción más que provenía de un Estado indiferente frente a las condiciones precarias de vida de la población indígena. De acuerdo con Caveró (2011), en lo único que coincide esta explicación con la primera es que ambas «atribuyen como algunas causas inmediatas de los sucesos de violencia del 5 de junio, los errores de diseño y aplicación del operativo policial y la no ejecución de un proceso de consulta previa» (p. 35).

Reconstrucciones como las expuestas, sin embargo, solo pudieron ser realizadas mucho tiempo después de ocurridos los hechos, dada la complejidad y la polarización existentes en torno al conflicto. Lo cierto es que la reacción inmediata frente al resultado fatal de varios efectivos de la policía fallecidos y la desaparición de uno de ellos, derivó en la rápida apertura de una investigación penal en contra de 51 indígenas vinculados a la protesta. Los delitos que se les imputaron fueron<sup>1</sup>: (i) homicidio calificado; (ii) lesiones graves; (iii) entorpecimiento al funcionamiento de servicio público; (iv) motín; (v) disturbio; (vi) fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos, y arrebató de armamento o municiones de uso oficial; y, (vii) daños agravados.

Luego de un extenso proceso judicial, solo en el año 2016, una Corte determinó que todos los procesados debían ser absueltos.

---

1 Sentencia del 22 de septiembre de 2016 recaída en el Expediente n.º 00194-2009 [0163-2013], emitida por la Sala de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua, Corte Superior de Justicia de Amazonas.

En relación con los delitos de homicidio calificado, lesiones graves, fabricación y tenencia ilegal de armas, y daños agravados, los jueces consideraron que la fiscalía no había podido presentar elementos de convicción idóneos, y que la atribución de responsabilidad penal fue arbitraria, y que no se determinó ni siquiera a nivel indiciario. Respecto de los delitos de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, motín y disturbios, sin embargo, la estrategia argumentativa fue distinta. La Corte consideró que era necesario que la tesis de la fiscalía sea analizada «bajo los criterios doctrinarios jurisprudenciales establecidos para procesos interculturales como son el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, el Acuerdo Plenario 1-2015/CJ-116, [...] y la Casación 12-2012 de Madre de Dios» (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 350).

En función de tales criterios, la Corte sostuvo que era necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar la responsabilidad de los acusados, en la medida que, de acuerdo con su planteamiento inicial, debían ponderarse, por un lado, el derecho a la identidad cultural y el fuero especial de las comunidades indígenas, la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión; y, por otro, el derecho al libre tránsito. Así, esta aplicación se realizaría con la finalidad de controlar la razonabilidad del bloqueo del tránsito en un tramo de la carretera Fernando Belaunde Terry (sector «Curva del Diablo») en el marco de una protesta pacífica que duró 55 días, realizada por integrantes de los pueblos awajún y wampis.

Así, en primer lugar, de acuerdo con la idoneidad de la medida la Corte señaló que el bloqueo de la carretera tenía como finalidad

la derogatoria de varios decretos legislativos, que consideraban lesivos a sus intereses relativos al uso de la tierra, del agua y recursos forestales, rechazando las concesiones mineras [...] en los territorios amazónicos donde se asientan dichos pueblos indígenas, disminuir la contaminación ambiental [...] impedir el acceso a personas desconocidas a realizar trabajos de explotación minera sin aplicársele la consulta previa. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 352)

Los jueces consideraron que dicha finalidad era legítima porque estaba protegida por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 2, 22 de la Constitución), y era idónea porque al bloquear el paso solo de vehículos terrestres y no de cualquier persona se buscaba llamar la atención sobre la urgencia de proteger a la comunidad, su identidad cultural y su autonomía organizativa.

Respecto a la necesidad de la medida, la Corte consideró que la protección de los derechos de las comunidades indígenas no pudo ser alcanzada «mediante el uso de otros medios alternativos que no sean el bloqueo de un tramo de la carretera». Los jueces llegaron a esta conclusión tomando en cuenta el contexto de los protestantes y precisaron que

no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto como poblaciones vulnerables, hubiere resultado menos gravoso a la restricción de la libertad de tránsito [...], que si bien ocasionó un desenlace fatal [...] también se debe advertir que dicho resultado no ha sido el fin que perseguía el Paro Amazónico. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 354)

Finalmente, en cuanto al último paso de la proporcionalidad, la ponderación de derechos, la Corte no desarrolló un análisis ponderativo en estricto entre los derechos en colisión. Al contrario, optó por reconstruir una estrategia no conflictivista sobre los derechos, planteando una distinción entre las nociones de vulneración y restricción de derechos. Los jueces consideraron que el caso del bloqueo de la carretera por parte de los indígenas awajún y wampis no conllevó una vulneración a la libertad de tránsito, sino que constituyó una restricción constitucional legitimada principalmente por la autonomía territorial, organizativa y jurisdiccional que se reconoce a las comunidades nativas y campesinas (arts. 89 y 149 de la Constitución). De acuerdo con el razonamiento de los jueces, de dicha autonomía

se desprende que las comunidades tienen derecho de organizarse y tomar las medidas que estimen pertinentes para la protección de sus intereses y derechos, lo que en el caso se manifiesta en la capacidad de ejercer un control sobre quienes ingresan a su territorio. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 361)

Y, por lo tanto, el bloqueo de la carretera no podía ser considerado como un acto de carácter delictivo.

De este modo, los jueces concluyeron que los indígenas, al realizar el bloqueo de la carretera, ponderaron

la posible restricción del libre tránsito con la protección de su medio ambiente, integridad territorial, física y biológica que en expectativa podría verse afectada por las actividades extractivas sin la consulta previa [...], con lo cual se puede decir que se tomó una decisión razonable [...] y proporcional, pues se trata de una restricción válida o constitucional de un derecho. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 361)

A continuación, se analizan algunas implicancias importantes de esta sentencia en el marco del tema de la defensa de derechos humanos.

## 2.2. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN: ¿LOS JUECES RECONOCIERON EL USO LEGÍTIMO DE LA VIOLENCIA POR PARTE DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS?

Para contestar a la pregunta planteada, lo primero que habría que responder es si los indígenas awajún y wampis, que participaron en los hechos del 5 de junio de 2009, pueden ser considerados como defensores de derechos humanos. No obstante —tal como se explicará a detalle en el punto 2 del presente trabajo—, en el ámbito internacional y en la regulación vigente de muchos países<sup>2</sup>, la definición de defensor de derechos humanos está atada directamente al tipo de actividad que la persona utiliza

---

2 Como es el caso de Perú, por ejemplo. Véase: Resolución Ministerial n.º 0159-2019-JUS.

para realizar la defensa, la cual debe restringirse al marco de lo estrictamente pacífico. Por tanto, si tomáramos de entrada solo dicha definición, de forma inmediata habría que negar que los indígenas del caso Bagua son defensores de derechos humanos, y que la decisión a la que arribó la Corte no puede llevar a ningún tipo reconocimiento en el marco de tal defensa.

Sin embargo, la cuestión —cuyas bases teóricas se explicarán con profundidad en el punto 3— no es tan sencilla de resolver, debido a que la Corte en el caso Bagua declaró la ausencia de responsabilidad penal de un conjunto de ciudadanos que participaron en una protesta que sí se tornó muy violenta y que tuvo consecuencias fatales, no solo para la vida de algunos manifestantes, sino, en su mayoría, para miembros de las fuerzas del orden. Entonces, pese a ello, ¿cómo es posible que, en un Estado democrático de derecho, se pueda justificar la absolución de ciudadanos que sí ejercieron violencia durante una manifestación, aplicando principios constitucionales como el derecho a la protesta o la autodeterminación cultural y organizativa?<sup>3</sup>.

Una primera idea que surge de inmediato es que en el caso Bagua los jueces llegaron a dicha decisión porque consideraron que no había pruebas suficientes para demostrar a cabalidad la relación entre los protestantes acusados y los daños ocasionados, tanto en la vida y la integridad de las víctimas como en la propiedad de algunos bienes del Estado. No obstante, como vimos anteriormente, para aquellos delitos relacionados directamente con la acción de la protesta<sup>4</sup>, la Corte optó por una estrategia

---

3 Es importante aclarar en este punto que la Corte «pondera» un hecho: el bloqueo de la carretera; pero como consecuencia de una ponderación de ese tipo no puede declarar la ausencia de responsabilidad penal de los procesados. Hacerlo así contravendría el orden internacional: en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH (2006) sostuvo que no es posible someter a ponderaciones la violación de derechos humanos, en el sentido de que no puede legitimarse «masacres proporcionales y no proporcionales» (fundamento 229).

4 Delitos de motín, disturbio; fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos, y arrebato de armamento o municiones de uso oficial.

distinta y singular en el ámbito del derecho penal: la ponderación entre los bienes constitucionales en colisión.

Las razones que llevaron a la Corte a hacer esta diferenciación entre la estrategia de análisis de la responsabilidad penal de un grupo de delitos frente a otro<sup>5</sup>, no puede verse solo como algo que forma parte del margen de discrecionalidad judicial. Al contrario, es posible sostener que hubo una razón sustancial por la cual para todos los delitos no se declaró simplemente la insuficiencia de pruebas o la arbitrariedad en la acusación. Y esta razón se relaciona con que, más allá del análisis de los tipos penales específicos por los cuales se buscaba sancionar a los indígenas, la Corte, con la conclusión integral de la sentencia, intentó transmitir un mensaje claro: los integrantes de los pueblos awajún y wampis no podían ser responsabilizados por los graves daños generados en el marco de la protesta que iniciaron en contra del Estado<sup>6</sup>.

La ausencia de responsabilidad, sin embargo, podría haberse justificado de dos maneras. Primero, pudo haberse sostenido —como en los otros delitos— que la fiscalía no logró demostrar que los acusados hicieron uso de acciones violentas durante la protesta; o, segundo, que si bien los acusados ejercieron cierto nivel de violencia, esta no fue desproporcionada dado el contexto en que sobrevino el enfrentamiento con la policía. Pero la Corte no optó por ninguna de las dos, sino que desarrolló una serie de argumentos que no pueden ser reconstruidos bajo una tesis clara. Esta falta en la claridad se debe a que, por un lado, la sentencia afirma que la protesta fue pacífica, mientras que, por otro, se sostiene que las acciones de los indígenas durante esta fueron proporcionadas, de lo cual se entendería que sí hubo algún nivel de reacción violenta por parte de los manifestantes.

---

5 Delitos de homicidio calificado, lesiones graves, entorpecimiento al funcionamiento de servicio público, y daños agravados.

6 Al respecto, ver los estándares fijados por el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116.

### **a) Tesis 1. Los protestantes no hicieron uso de la violencia**

En primer lugar, los jueces defienden la tesis según la cual la violencia acaecida el 5 de junio de 2009 fue producto de diversas circunstancias que, en conjunto, no pueden interpretarse como atribuibles penalmente a los manifestantes. Ello en la medida que, desde la perspectiva de la Corte, los protestantes querían conservar el carácter pacífico de su reclamo. Así se declara expresamente en la sentencia cuando se indica que

[si bien se ocasionó] un desenlace fatal, como [es] la muerte de 12 efectivos policiales, y otros 20 lesionados gravemente, también se debe advertir que *dicho resultado no ha sido el fin que perseguía el Paro Amazónico, dado que el mismo tenía un matiz enteramente pacífico*, por lo que su resultado en ese sentido solo compromete a un número mínimo de personas que no habrían podido ser identificadas por el Ministerio Público, y que según el propio General Muguruza, serían ajenas a las poblaciones indígenas Awajún y Wampis. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 355; énfasis agregado)

Sin embargo, el problema de defender esta primera tesis es que no guarda coherencia con la siguiente tesis que desarrolla la Corte respecto a los delitos de motín, disturbios y tenencia ilegal de armas. Ello pues si se consideraba que los actos violentos y las graves consecuencias que conllevaron no son de responsabilidad de los protestantes, tan solo se debió sostener que la acusación hecha por la fiscalía no tenía bases fundadas. Pero, como veremos a continuación, la sentencia no sigue esa línea.

### **b) Tesis 2. El bloqueo de la carretera no puede considerarse como un acto penalmente sancionable, porque su realización es legítima en el marco de la autonomía organizativa de los pueblos indígenas**

Como fue visto anteriormente, en relación con el análisis del grupo de delitos mencionado, la Corte utilizó el test de proporcionalidad con el fin de afirmar que el bloqueo de la carretera realizado por los indígenas fue razonable dados los fines constitucionales que buscaban proteger en el marco legítimo de su

autonomía cultural. Sin embargo, ¿era necesaria la referencia al factor cultural en el análisis de este punto? El factor cultural no fue considerado ni siquiera como un atenuante de la comisión de los delitos porque —como fue señalado líneas arriba— los jueces consideraron que no hubo en sí una vulneración a la libertad de tránsito, dado que, según su parecer, el bloqueo de la carretera fue enteramente constitucional.

No obstante, respecto de tal tesis resulta pertinente preguntarse si los fiscales, al momento de formular la acusación, buscaban responsabilizar a los manifestantes por el bloqueo en sí mismo o, más bien, por los excesos de violencia que se dieron en el marco de dicho bloqueo. De la exposición que los propios jueces hacen de la tesis de la fiscalía, en ningún punto se observa que lo que se buscaba perseguir y sancionar fuese el bloqueo de la carretera o la protesta en sí misma. El énfasis de la acusación penal se encontraba en los siguientes hechos: el 5 de junio de 2009 los más de 5000 nativos que se encontraban en la zona del enfrentamiento habían asistido con lanzas, palos y machetes; una unidad de bomberos voluntarios fue violentamente atacada por los manifestantes; una camioneta del Ministerio Público fue incendiada, y diversos fiscales agredidos, entre otros actos violentos (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, pp. 344-347).

Asimismo, al observar la tipificación<sup>7</sup> de los delitos imputados, vemos que, tanto en el delito de motín como en el de disturbios, el elemento de la violencia constituía un factor esencial para la atribución de la conducta punitiva. En el caso del primer delito, regulado en el artículo 348 del Código Penal se sanciona al que «en forma tumultuaria, empleando *violencia* contra las personas o fuerza en las cosas se atribuye los derechos del pueblo y petición en nombre de este para exigir de la autoridad la ejecución u omisión de un acto»; mientras que en el caso del delito de disturbios, el Código Penal en el artículo 315 sancionaba al que «en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física

---

7 Teniendo en cuenta la regulación que se encontraba vigente al momento de los hechos.

de las personas y/o mediante *violencia* causa grave daño a la propiedad pública o privada».

De lo mencionado, es claro que la acusación penal buscaba sancionar el uso de la violencia durante la protesta. En tal sentido, no se comprende del todo el razonamiento de la Corte cuando analiza la proporcionalidad del bloqueo de la carretera únicamente para sostener que los indígenas se encontraban ejerciendo su derecho legítimo en el marco de la autonomía de sus comunidades para organizarse y proteger a sus miembros y sus territorios. Incluso si los manifestantes no hubiesen pertenecido a una comunidad nativa o indígena, de todos modos, la acusación penal hubiese estado fundada inicialmente en el hecho de que la protesta se realizó mediante el recurso a la violencia.

Así, pertenezca o no a una comunidad campesina o indígena, todo ciudadano peruano tiene el derecho a manifestarse a través de una protesta siempre y cuando lo haga de forma pacífica (art. 2, inc. 12 de la Constitución<sup>8</sup>). Por ello, en el caso Bagua los jueces tuvieron que partir de la tesis de que, en todo momento, la intención de los pobladores awajún y wampis fue mantener la protesta pacífica. Hay, sin embargo, dos consecuencias derivadas de ello.

La primera es que era innecesaria la aplicación del test de proporcionalidad para analizar la razonabilidad de la medida por la que optaron los manifestantes, dado que si el bloqueo de la carretera fue pacífico, entonces se encuentra amparado por el derecho constitucional a la protesta y no conlleva una vulneración

---

8 Artículo 2.12 de la Constitución Política del Perú: «Toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas». Hay que considerar al respecto que el Tribunal Constitucional decidió reconocer de manera expresa el derecho a la protesta social recién en el año 2020, en el marco de la emisión de la sentencia recaída en el Exp. 0009-2018-PI/TC, que es comentada en el colofón del presente trabajo.

efectiva contra ningún otro principio de relevancia jurídica<sup>9</sup>. Al parecer, esta viene a ser finalmente la tesis de la Corte, pues si bien inicia el análisis afirmando que habría una posible colisión con la libertad de tránsito, concluye sosteniendo que se trataría solo de una restricción legítima a esta. Por tal motivo, no queda claro por qué la Corte aplica el test de proporcionalidad, cuando este constituye una técnica interpretativa que requiere partir de una colisión efectiva entre dos o más principios constitucionales<sup>10</sup>.

Pese a que algunos consideran que la aplicación del test de proporcionalidad es un aporte interesante para la justicia constitucional intercultural<sup>11</sup>, no profundizaremos en este debate porque escapa a los fines del presente trabajo. Lo que sí es relevante en el análisis del caso Bagua para el tema de la defensa de los derechos humanos, es el mensaje final que transmite la Corte con su sentencia. Sostener primero que los indígenas no tuvieron la intención de utilizar la violencia durante su protesta, para luego justificar la proporcionalidad de sus acciones en el derecho a la protesta y en la autodeterminación organizativa, solo puede entenderse —si se quiere salvar el problema de la coherencia— si es que se asume que los jueces pretendían dar algún grado de legitimidad a cierto uso de la violencia por parte de los protestantes.

Si bien la Corte no lo llegar a señalar expresamente, lo cierto es que la sentencia en el caso Bagua constituye un paso importante en la jurisprudencia peruana que cambia, en algún sentido, una forma tradicional de entender el ejercicio de la protesta en

---

9 Es cierto que las acciones pacíficas de protesta pueden estar, *prima facie*, protegidas por el derecho a la protesta, pero que luego se verifique, en el caso concreto, una vulneración de algún otro derecho. No obstante, el problema que se resalta en la sentencia del caso Bagua es que se intenta utilizar una herramienta de argumentación que parte de la posibilidad de que los mandatos constitucionales puedan colisionar en casos específicos, pese a que, posteriormente, opta por un enfoque de concordancia práctica en la determinación previa del contenido de los derechos. Ver al respecto, Maldonado (2019).

10 Revísese, por ejemplo, Castillo (2005).

11 Ver al respecto, Ruiz (2017).

contextos de conflictividad social. A partir de este caso, es factible asumir que se abre la discusión, en el derecho peruano, sobre las posibilidades de legitimación de ciertas formas de protesta que, pese a contener algunos matices de violencia en su realización, no de plano deben ser descartadas del marco de protección de lo permitido por la Constitución para el caso de los defensores de derechos humanos. Lo relevante entonces estaría no en la clasificación previa de lo que está o no permitido durante una protesta, sino más bien en la comprensión de la «naturaleza» y la dinámica del desarrollo de esta dentro de su propio contexto particular.

### **3. EL CARÁCTER PACÍFICO DE LAS ACCIONES COMO REQUISITO ESENCIAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO INTERNACIONAL**

La forma tradicional de entender el ejercicio del derecho a la protesta, en relación con la protección especial que el Estado debe otorgar a los defensores de derechos humanos, tiene como marco de referencia el concepto de «defensor» desarrollado, principalmente, en el ámbito internacional a partir de la aprobación, en 1998, por parte de la Organización de Naciones Unidas, de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*<sup>12</sup>. Este instrumento no es vinculante jurídicamente, pero funciona como un parámetro de reconocimiento internacional para las garantías que los Estados deben asegurar a nivel interno en la protección de los ciudadanos que defienden derechos humanos. Pero, desde el ámbito internacional, ¿cómo se entiende esta defensa?

En primer lugar, es importante recordar que la definición de un defensor de derechos humanos no se plantea a través de un

---

12 Resolución A/RES/53/144 de la Asamblea General de la ONU.

criterio identitario, sino que se realiza mediante uno de carácter relacional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 13). Esto quiere decir que una persona es considerada como defensora de derechos humanos a partir de las acciones o las actividades que realiza. Así, se sostiene que un defensor podría ser, por ejemplo, un abogado, un periodista, un profesor, un activista, un profesional de la salud y hasta una organización, porque lo relevante no tiene que ver con las características que posee cada uno de estos sujetos (individuales o colectivos), sino más bien la actividad de defensa permanente que cada uno de ellos realice en favor de la protección y la extensión de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 26-ss.).

En las democracias constitucionales contemporáneas, la presencia activa de los defensores constituye un factor fundamental para la exigencia efectiva de los derechos reconocidos al máximo nivel del Estado de derecho. En tal sentido, su reconocimiento como actores políticos representa la aceptación, por parte del Estado, del ejercicio legítimo de su participación en la esfera política. Podría decirse que, en cierto sentido, ser un defensor de derechos humanos constituye una forma contemporánea (desarrollada sobre todo en las últimas décadas) del ejercicio del poder comunicativo desde la sociedad civil (Habermas y McCarthy, 1977). Es por ello que, regularmente, los defensores forman parte de colectivos cuyo origen principalmente inicia a través de la formación espontánea de un movimiento social.

No obstante, no cualquier actividad o acción que siga dicho objetivo puede ser reconocida como defensa de derechos humanos. La declaración mencionada contiene algunos requisitos expresos que definen con más claridad al defensor. En particular, la declaración, en sus artículos 5, 12 y 13, hace énfasis en que la actividad del defensor debe realizarse de forma pacífica<sup>13</sup>. En el mismo

---

13 Artículo 5: «A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional: a) A reunirse o manifestarse pacíficamente».

sentido, algunos años después de la aprobación de ese instrumento, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió el Folleto Informativo n.º 29, que señala que los requisitos mínimos que debe cumplir una persona o un grupo de personas para que puedan participar en la vida pública sin obstáculos, son los siguientes: (i) la persona debe aceptar la universalidad de los derechos humanos; (ii) los argumentos utilizados por la persona deben calzar con el discurso de los derechos humanos, aun cuando el argumento sea o no técnicamente correcto; y, (iii) la persona debe manifestarse solo a través de acciones pacíficas.

Como se observa, el tercer requisito —que resulta de especial relevancia para la presente discusión— delimita claramente el ámbito pacífico en el que puede realizarse la actividad de defensa. En consecuencia, si la manifestación hace uso de recursos que no son pacíficos, entonces no se puede reconocer su legitimidad. Así lo ha reafirmado en varias ocasiones la ONU a través de distintos documentos, como el informe *Protesta social y derechos humanos: estándares internacionales y nacionales*, en el que el derecho a la protesta social es relacionado directamente con la libertad de reunión pacífica. Asimismo, el carácter pacífico de dicha libertad se recoge en los principales instrumentos jurídicos de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 20), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 15), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

---

Artículo 12: «1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a participar en actividades pacíficas contra las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. [...] 3. A este respecto, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a una protección eficaz de las leyes nacionales al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos». Artículo 13: «Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a solicitar, recibir y utilizar recursos con el objeto expreso de promover y proteger, por medios pacíficos, los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Hombre (artículo XXI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15).

Partiendo de dicho marco jurídico, el informe reconoce que si bien «la experiencia ha demostrado que las peores tormentas políticas ocurren cuando los gobiernos intentan reprimir estos derechos, ya que la represión promueve la frustración y alimenta la violencia», por ningún motivo la violencia puede ser usada como «el medio para reivindicar derechos» (Instituto Nacional de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014, pp. 12-13).

Una interpretación un poco menos restringida, pero que parte de las mismas bases, la encontramos en el informe *Protesta y derechos humanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2019. En este informe se señala que el requisito del ejercicio del derecho a la reunión referido al carácter pacífico de las acciones no debe entenderse como un habilitante para que el Estado «declare el carácter no pacífico de una manifestación en función de las acciones de algunas personas», generando una razón para su desprotección (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 34). En tal sentido, declara que

El calificativo «pacífico» debe entenderse, en el sentido de que las personas que cometan actos de violencia en el contexto de protestas pueden ver restringido, temporaria e individualmente, su derecho a la manifestación. [...] *Este aspecto es un asunto siempre complejo de resolver, sobre todo en contextos de conflicto social o político.* [...] La propia CIDH ha indicado, que ante una posible colisión determinada por el modo de la protesta [...] entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, «corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático». [...] La Comisión ha señalado que una protesta social puede manifestarse de muy diversas formas y en las Américas se conocen algunas como cortes de ruta, cacerolazos, vigiliadas. *Las condiciones en las que se presentan muchas de estas manifestaciones y reivindicaciones*

*son complejas y requieren por parte de las autoridades respuestas adecuadas en materia de respeto y garantía de los derechos humanos.* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 35; énfasis agregado)

Con ello, la Comisión indica que los Estados deben trazar una diferenciación entre aquellos ciudadanos que participan en una protesta de forma pacífica, de aquellos que utilizan medios violentos, a fin de que solo estos últimos sean sancionados sin la necesidad de que se declare como ilegal toda la manifestación en su integridad, o que se restrinjan derechos de los ciudadanos que sí conservan una actuación pacífica. Por supuesto, la Comisión reconoce que esta tarea conlleva un nivel considerable de complejidad, sobre todo en contextos de conflictividad social, pero resalta, al mismo tiempo, que dicha tarea constituye un deber a ser realizado en aras de proteger el orden democrático. Al respecto, es necesario mencionar que, pese a que con estas ideas recientes la Comisión está dando un avance importante en la apertura de la interpretación restringida sobre el requisito de lo «pacífico», sigue haciendo una estricta distinción entre una protesta pacífica y una protesta violenta. Esta distinción, sin embargo, parece un tanto artificial cuando de analizar los casos de la realidad se trata, dado que los hechos demuestran que los límites entre ambos escenarios son muy difusos.

En contraste con la posición de la Comisión en el informe hasta aquí mencionado, en un informe que emitió en el año 2015 sobre la *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, se resalta que los Estados tienen el deber de reconocer «públicamente que el ejercicio pacífico de la protección y promoción de los derechos humanos es una acción legítima» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 23). A diferencia del análisis que realiza sobre el derecho a la protesta, en el caso de la defensa de los derechos humanos, la Corte no hace énfasis sobre las situaciones en donde puedan observarse actos violentos. Si bien señala que los defensores muchas veces son infundadamente perseguidos por el Estado, no se menciona

nada sobre que dicha persecución se produzca en aquellos casos grises en que la defensa pacífica pueda derivar en reacciones violentas.

Este enfoque distinto que se observa entre la forma en que en el ámbito internacional se analiza el tema de la protesta social, por un lado, y la defensa de los derechos humanos, por el otro, se debe, en primer lugar, a que hay una distinción teórica —aunque no siempre tan evidente en la realidad— entre ser un ciudadano común que protesta y un ciudadano que es reconocido como defensor de derechos humanos por su actividad de protesta. Esto se da por supuesto en razón a que la realización de una protesta solo constituye un tipo más de las distintas formas de ejercer la defensa de los derechos humanos<sup>14</sup> y, además, a que no todo ciudadano que participa en una protesta puede ser necesariamente considerado como un defensor. Si bien la definición de defensor no está restringida a si la actividad de la persona en la lucha por los derechos humanos sea «para obtener justicia por una causa personal o por un objetivo profesional» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 26), o si es temporal o permanente, también es verdad que el defensor debe cumplir con otras características mínimas para ser reconocido como tal: la aceptación de la universalidad de los derechos humanos y el uso de un discurso que calza con ellos (Instituto Nacional de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014).

Sin embargo, esta distinción entre un ciudadano cualquiera que ejercita su derecho a la protesta social, y un ciudadano que participa en una protesta ostentando una posición especial al ser reconocido como un defensor, conlleva un tono más metodo-

---

14 Entre los diferentes tipos encontramos: la recopilación y la difusión de información sobre violaciones de derechos humanos; el apoyo a víctimas de violaciones de los derechos humanos; el apoyo a una política de gestión pública y de gobierno más eficaz en materia de derechos humanos; la contribución a la aplicación de los tratados de derechos humanos; la educación y la capacitación en materia de derechos humanos; y otros relacionados. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017, p. 13).

lógico que práctico. Ello debido a que, como fue señalado, en la realidad no es tan fácil separar con claridad a un grupo de ciudadanos del otro. Con lo cual, el énfasis que se da al tema del uso de la violencia solo para el caso de los ciudadanos que protestan en general, y no en el de los defensores que realizan la misma actividad, no puede ser vista como necesariamente adecuada; sobre todo, si queremos ofrecerle estándares al Estado, y en particular, a los jueces, para decir cómo juzgar a un defensor de derechos humanos que ha participado en una protesta con matices violentos.

Finalmente, resulta pertinente volver a mencionar que, en todos los instrumentos internacionales analizados, se traza una distinción entre los actos de defensa (y de protesta) pacíficos, y los actos que no necesariamente pueden ser interpretados como claramente pacíficos, distinción que también en la realidad resulta poco práctica. Estas diferenciaciones artificiales generan efectos en la protección de los defensores de derechos humanos, por ello los Estados, en muchas oportunidades, aprovechan esa falta de claridad, para limitar la participación de los defensores de derechos humanos en casos específicos en los que no resulta tan sencillo decir que el defensor tuvo o no una actitud pacífica, sobre todo cuando su actividad se desarrolla mediante actos colectivos y sobre temas de alta conflictividad social (Bennet et al., 2015).

Dichas distinciones no solo generan limitaciones adversas por parte de los Estados, sino que también restringen ampliamente el marco de posibilidades que tiene un defensor para impactar o influir con su actividad. Como veremos a continuación, las distinciones que se realizan en el ámbito internacional no solo son recursos metodológicos mediante los cuales se evita reconocer que los medios no pacíficos puedan ser utilizados en el ámbito de la defensa. Hay un trasfondo teórico detrás de dichas distinciones, relacionado con el modelo de democracia de corte más liberal. Como se desarrollará en el siguiente apartado, las posibilidades para empezar a discutir a nivel nacional formas no tradicionales de participación política, necesitan hacer una redefinición no

solo de conceptos como la defensa de derechos humanos o de la protesta social, sino, sobre todo, de la democracia contemporánea (Celikates, 2016a; Sotomayor y Ancí, 2019).

#### **4. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES «PACÍFICAS» Y ACCIONES «NO-VIOLENTAS» COMO UN PARÁMETRO PARA LEGITIMAR PROTESTAS SOCIALES CON CIERTOS MATICES DE CONFRONTACIONES NO TRADICIONALES**

Una de las posibilidades para analizar, desde un enfoque menos idealizado, la defensa de derechos humanos en contextos de protesta social, es planteada por Eguren y Pratel (2015) en relación con la distinción entre los conceptos de «acciones pacíficas» y «acciones no-violentas». De acuerdo con los autores, usar la segunda categoría permitiría que las acciones de los defensores se evalúen caso por caso, y teniendo muy en cuenta el contexto particular, dado que «el trabajo de derechos humanos puede variar en diferentes contextos de acuerdo con la forma en que los conceptos de “acción pacífica” y violencia (ambos mal definidos en los documentos relevantes) evolucionan y cambian» (Eguren y Patel, 2015, p. 902; traducción propia).

Justamente debido a lo problemático que es lograr un concepto universal sobre lo que se considera pacífico o violento a lo largo del tiempo y en los distintos contextos en los que los defensores realizan su actividad, en muchos países los Estados justifican su no reconocimiento vinculando la actividad de los defensores con posiciones radicales o violentas (Nah, 2013). Para dar apariencia de legitimidad a esa postura, las decisiones legales o administrativas que obstaculizan el ejercicio de la defensa de derechos humanos es avalada a través del recurso a directrices constitucionales tales como «la protección de la soberanía nacional, la lucha contra el terrorismo y el extremismo, el desarrollo y la seguridad económica, y la afirmación de ciertas normas y prácticas culturales, religiosas o tradicionales» (Bennet et al., 2015, p. 886; traducción propia).

La aparente necesidad de proteger principios como los mencionados tiene como una consecuencia grave la habilitación que se da para aquellos funcionarios públicos o grupos de poder (que pertenecen a la sociedad civil) que buscan deslegitimar de plano a un defensor mediante el uso de estrategias como la difamación y la estigmatización (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 18). Este tipo de estrategias regularmente son utilizadas en contra de defensores que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad al momento en que desarrollan sus acciones o actividades de defensa en el espacio público. Ello debido a que el nivel de vulnerabilidad en el caso de los defensores depende, en parte, del grado de desacuerdo social existente respecto del derecho o los derechos que el defensor busca proteger o promover a través de su participación en la esfera pública (Vet y Lyytikäinen, 2015). Eso quiere decir que mientras mayor desacuerdo haya en la sociedad respecto de los temas materia de defensa, mayor será el riesgo que sufra el defensor en la obstaculización del ejercicio de su participación política<sup>15</sup>.

En muchos casos, la estigmatización o las campañas de desprestigio van acompañadas de información o datos que intentan mostrarse ante la opinión pública como «neutralmente valo-

---

15 Por ejemplo, en varios países de América Latina donde la gran mayoría de conflictos sociales están relacionados con temas de tierras, explotación de recursos naturales, industria extractiva, tala ilegal, entre otros, uno de los grupos de defensores de derechos humanos que se encuentra en situación de vulnerabilidad son los defensores de la tierra y del medio ambiente. Ver al respecto Global Witness (2019). Debido a la necesidad de que dicho grupo de defensores reciba una urgente protección especial, los Estados han empezado a suscribir el «Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe» (conocido como el «Acuerdo de Escazú»), que constituye el primer documento internacional de carácter jurídico que reconoce la protección a los defensores ambientales. En su artículo 9 señala que los Estados están obligados a proteger, prevenir, investigar y sancionar agresiones contra ellos, garantizando un «entorno seguro y propicio sin amenazas, restricciones e inseguridad; protegiendo su derecho a la vida, integridad personal, libertad de expresión y opinión, reunión y asociación pacífica, derechos de acceso; e investigando y sancionando ataques, amenazas o intimidaciones en el ejercicio de la defensa».

rativos» (Jaeggi, 2016); es decir, que no parten de posiciones cargadas de interpretaciones no-universales sobre la cultura, la economía, el género, el medio ambiente, el bien común, entre otros, llegando incluso a afirmar que la actividad de los defensores de derechos humanos constituye un «impedimento para el crecimiento económico» (Ofrias y Roecker, 2019).

En este escenario se produce una contradicción inherente a los pilares básicos de la propia democracia, dado que el mismo contexto democrático-constitucional que hace posible la aparición de los defensores de derechos humanos en la esfera pública como nuevos actores en la deliberación pública, restringe e imposibilita la influencia efectiva que ellos podrían tener en el sistema político. Sobre este punto, Eguren y Patel (2015) señalan que, por tal motivo, es necesario

contextualizar y entender las experiencias de los defensores basadas en una red densa de relaciones con particularidades políticas, sociales y culturales: los defensores son agentes de cambio y su trabajo moldea y a su vez es moldeado por otras estructuras, normas y prácticas que promueven u oprimen derechos humanos. (p. 900)

Es por esa dinamicidad y tensión del escenario en que los defensores realizan sus actividades, y por la ausencia de un reconocimiento efectivo de su propia importancia y discurso, que en no pocas ocasiones los defensores se ven compelidos a utilizar formas alternativas de protesta social que no necesariamente calzan dentro de las figuras tradicionales de la participación política. En tal sentido, un análisis crítico sobre las nuevas posibilidades de participación en una democracia en continua tensión requiere de ciertas reformulaciones a los conceptos del orden democrático liberal en su relación también con el orden capitalista<sup>16</sup>, como es, principalmente, el concepto de derechos humanos. Así, estos necesitan ser redefinidos como «procesos dinámicos de conflictos de intereses que tienen sus puntos de

---

<sup>16</sup> Ver al respecto Fraser (1990). Ver también Fraser y Jaeggi (2018).

partida en las diferentes posiciones de poder, [en tanto] sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistemas de acciones (prácticas sociales)» (Herrera, 2000, p. 52).

En consonancia con ello —y con más urgencia aún—, es necesario redefinir el propio concepto de democracia liberal, el cual, con sus canales tradicionales de participación política —como los partidos políticos, los movimientos sociales, las corporaciones y las asociaciones (Peters, citado por Habermas, 2010, p. 435)— ha reducido, en sus orígenes teóricos, el derecho a la protesta a un concepto tradicional de desobediencia civil. Autores como Celikates (2016b) han planteado esta crítica a profundidad, partiendo de la contraposición de modelos de desobediencia civil. Desde la perspectiva de la democracia liberal, la desobediencia civil solo se legitima si se realiza como un acto de conciencia pública, pacífico, civilizado, que apela al sentido de justicia de la mayoría, que es comunicado previamente, y que debe darse dentro de los límites de fidelidad al derecho (lo cual significa que el ciudadano que protesta puede romper ciertas leyes, pero sin desafiar la legitimidad del orden existente) (Bleiker, 2002; Rawls, 1993). Mientras que un concepto que se adecúe más a la variedad y realidad de los contextos en donde es necesario que, en ciertos casos, se despliegue una protesta mucho más contestaria, es aquel que entiende la desobediencia civil como «una práctica cargada de menos normatividad, más compleja y política, menos restrictiva, intencionalmente ilegal y como un acto colectivo» (Celikates, 2016a, p. 43).

La finalidad de hacer esta contraposición no tiene un objetivo solamente teórico respecto a las posibilidades de redefinir los conceptos de democracia, desobediencia civil o protesta social. El objetivo más importante tiene que ver con la difusión de un cambio de perspectiva, y con la finalidad de que los casos grises de protesta y de defensa de derechos humanos no se analicen desde la óptica de la dogmática convencional o constitucional, sino más bien de la propia práctica de la participación política. Así, lo más importante es que muchas formas de participación no

sean perseguidas, sancionadas o deslegitimadas solo por el hecho de no coincidir con el enfoque tradicional y liberal del ejercicio de la protesta social, sino que es necesario que se realice un análisis profundo sobre todos los factores relevantes para considerar por qué en las democracias actuales se utilizan formas cada vez más contestarias y confrontacionales durante las luchas que realizan los ciudadanos en el ámbito público.

## **5. APUNTES CONCLUSIVOS: EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA PROTESTA SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL**

En el primer apartado de este trabajo se presentó el análisis de la sentencia recaída en el caso Bagua. Una de las conclusiones a la que arribó dicho análisis fue que si bien la Corte que resolvió el caso absolviendo a todos los indígenas, no llegó a afirmar expresamente que los protestantes hicieron uso de ciertos actos no pacíficos, no obstante, mediante la estrategia argumentativa que utilizó la Corte transmitió un mensaje respecto a la necesidad de tener muy en cuenta los contextos socioculturales de los conflictos. La estrategia que permitió ello —aunque incorrectamente utilizada por los jueces— fue la aplicación del test de proporcionalidad para ponderar los límites entre el derecho a la protesta social y la libertad de tránsito, en medio de un escenario de tensión muy complejo.

Esta sentencia marcó solo una apertura para el inicio de la discusión sobre las formas no tradicionales de protestar y de defender derechos humanos en el Perú (dado que no desarrolla, en sustancia, los actos no pacíficos desplegados durante la protesta). Un paso mucho más contundente al respecto lo encontramos, algunos años después, en la sentencia emitida en junio de 2020 por el Tribunal Constitucional (TC) peruano en el Expediente n.º 0009-2018-PI/TC. A diferencia de la sentencia del caso Bagua, los avances en torno a las formas no liberales de protesta en la sentencia del TC no se analizan en el marco de un caso específico,

sino en el de un proceso de inconstitucionalidad. Aunque en esta decisión el Tribunal declara infundada la demanda de fondo, supuestamente marca un hito porque reconoce a la protesta social como un derecho constitucional expreso (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 77-ss.).

Este reconocimiento, sin embargo, puede verse como un avance más simbólico que sustancial, porque, en primer lugar, de la misma forma que se asume en el ámbito internacional (analizado en el segundo apartado de este trabajo), a nivel nacional este derecho se vinculaba directamente con las libertades de reunión, expresión y otras relacionadas. Si bien el Tribunal señala la necesidad de hacer distinciones pertinentes entre tales derechos y libertades (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 89-92), lo cierto es que, como también fue mencionado, el derecho a la protesta constituye un presupuesto constitutivo del propio orden democrático. Ello en la medida que sobre las bases de una sociedad democrática se encuentra el reconocimiento legítimo de la desobediencia civil, que constituye el fundamento teórico del derecho fundamental a la protesta social.

Y, en segundo lugar, la declaración que hace el Tribunal Constitucional en la sentencia en mención tiene solo un corte simbólico, porque no llega a pronunciarse sobre los problemas profundos analizados en el tercer apartado del presente trabajo. Es cierto que, en diferentes momentos, los magistrados hacen mención de las continuas afectaciones que sufren los ciudadanos cuando el Estado restringe derechos relacionados con la protesta social, debido a la ejecución de actos no pacíficos durante las manifestaciones. Así, por ejemplo, el TC señala que muchas protestas que acaban en actos violentos son en parte responsabilidad del Estado por no garantizar un «diálogo oportuno y robusto entre quienes protestan y las autoridades o los destinatarios de sus reclamos» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 27), así como por no facilitar «las vías institucionales existentes para que los ciudadanos canalicen sus demandas

legítimas ante las autoridades» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 22) mediante reclamos pacíficos.

Sin embargo, cuando desarrolla el contenido del nuevo derecho reconocido, el Tribunal no enfrenta en ningún momento el tema de los criterios bajo los que debe regirse el tratamiento de los actos no pacíficos. Así, se restringe a señalar un poco de lo mismo que encontramos a nivel convencional en todos los informes elaborados tanto a nivel del sistema internacional universal como interamericano sobre la protección a la protesta social y a los defensores de derechos humanos. El Tribunal señala que «este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 84-85), y que si bien se da el caso de que muchas protestas que inician de forma pacífica puedan, por el contexto de tensión y conflictividad, tornarse violentas, el Estado no puede por ningún motivo reprimir o sancionar a todos los protestantes, sino solo a los que pueden ser identificados como los directamente responsables. De este modo, precisa que es necesario «distinguir entre quienes protestan pacíficamente o cuya finalidad no es la violencia en sí misma y no emplean medios violentos, y aquellos que deliberada e injustificadamente incurren en actos o amenazas de violencia durante una protesta» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 94).

Como se observa, prácticamente se replican en el escenario constitucional nacional los mismos estándares y parámetros dictados en el marco de la CIDH y de la ONU. Así, nuevamente se abren los mismos problemas analizados en el tercer apartado de este trabajo sobre las implicancias no prácticas de distinguir, por un lado, el derecho a la protesta legítima restringido al ámbito de lo legal y pacífico y, por otro, los actores no pacíficos de los violentos. Como fue señalado, estas distinciones solo tienen un carácter metodológico, pero además están sostenidas sobre una base teórica de la democracia liberal y de un concepto de desobediencia civil que parten de imágenes muy idealizadas de lo que significa ser un ciudadano que protesta o, más específicamente,

un defensor de derechos humanos que quiere lograr influencias y cambios efectivos a través de medios más confrontacionales que meramente simbólicos.

Lo que propone la reflexión planteada en el presente trabajo no es que este cambio de perspectiva en relación con la democracia y el derecho a protestar se refleje a nivel de la doctrina constitucional o de la legislación. Por supuesto, existen muchas razones de corte pragmático y consecuencialista por las que sería muy difícil que un Tribunal Constitucional reconozca que la legitimidad de las protestas debe medirse a partir del parámetro ofrecido por el concepto de acción no-violenta (visto en el tercer apartado). No obstante, ello no impide que, a nivel jurisprudencial, los criterios sí puedan empezar a modificarse. No solo distinguiendo las manifestaciones estrictamente violentas de las que se encuentran en una zona gris (porque comenzaron pacíficas, pero terminaron convirtiéndose en violentas), o no solo diferenciando entre aquellos manifestantes que mantienen una intención pacífica de los que claramente utilizan medios violentos.

Como también fue señalado, tales distinciones conllevan una complejidad casi inabarcable, sobre todo porque en la gran cantidad de protestas que se desarrollan en contextos de alta conflictividad social se entrecruzan una serie de factores que dificultan ampliamente las posibilidades para distinguir intenciones, ejecuciones, órdenes, reacciones, etc. Esta complejidad puede llevar a que, como se observó en la decisión del caso Bagua, los jueces no puedan trazar una estrategia clara de argumentación, porque, por un lado, saben y son conscientes de la existencia de concertaciones y comportamientos que sí buscaban ser confrontacionales, pero, por el otro, intuyen también que sería injusto condenar a ciudadanos que estaban defendiendo sus derechos.

Por ello, quizás a nivel jurisprudencial y en el análisis del caso por caso, sea pertinente que los jueces empiecen a desarrollar criterios que, a largo plazo, les permitan justificar decisiones como la protección de un defensor de derechos humanos que protesta

a través de medios no tradicionales; otorgándole una pena proporcional al contexto sociocultural y hasta económico de la protesta, o inclusive, de manera excepcional, una absolución.

## REFERENCIAS

- Bennet, K., Igleton, D., Nah, A. M. y Savage, J. (2015). Critical perspectives on the security and protection of human rights defenders. *The International Journal of Human Rights*, 19(7), 883-895.
- Bleiker, R. (2002). Rawls and the limits of nonviolent civil disobedience. *Social Alternatives*, 21(2), 37-40.
- Brito, M. P. (2012). El Congreso de la República: una tiranía de la mayoría. Los límites en la actuación del Congreso en la derogatoria de los decretos legislativos de Bagua. *Politai. Revista de Ciencia Política*, 3(4), 147-159.
- Castillo, L. (2005). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales*, (12), 99-129.
- Cavero, O. (2011). Después del Baguazo: informes, diálogo y debates. *Cuaderno de Trabajo 13*. Facultad de Ciencias Sociales PUCP.
- Celikates, R. (2016a). Rethinking Civil Disobedience as a Practice of Contestation—Beyond the Liberal Paradigm. *Constellations*, 23(1), 37-45.
- Celikates, R. (2016b). Democratizing civil disobedience. *Philosophy & Social Criticism*, 42(10), 982-994.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Criminalización de la labor las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*. OEA.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Protesta y derechos humanos*. OEA.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*.
- Corte Superior de Justicia de Amazonas (2016). Expediente n.º 00194-2009 [0163-2013]. Bagua: 22 de septiembre de 2016.
- Defensoría del Pueblo (2009). Informe de adjuntía n.º 006-2009-DP/ADHPD.
- Eguren, L. E. y Patel, C. (2015). Towards developing a critical and ethical approach for better recognising and protecting human rights defenders. *The International Journal of Human Rights*, 19(7), 896-907. <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1075302>
- Fraser, N. (1990). Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, (25/26), 56-80.
- Fraser, N. y Jaeggi, R. (2018). *Capitalism: a conversation in critical theory*. Polity Pres.
- Global Witness (2019, 30 de julio). *¿Enemigos del Estado?* <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. Trotta.
- Habermas, J. y McCarthy, T. (1977). Hannah Arendt's communications concept of power. *Social Research*, 44(1), 3-24.

- Herrera, J. (2000). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Desclée de Brouwer.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2014). *Protesta social y derechos humanos. Estándares internacionales y nacionales*. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf>
- Jaeggi, R. (2016). What (if anything) is wrong with capitalism? Dysfunctionality, exploitation and alienation: three approaches to the critique of capitalism. *The Southern Journal of Philosophy*, 4(S1) 44-65. <https://doi.org/10.1111/sjp.12188>
- Maldonado, M. (2019). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (17), 37-78.
- Nah, A. M., Bennet, K., Igleton, D. y Savage, J. (2013). A research agenda for the protection of human rights defenders. *Journal of Human Rights Practice*, 5(3), 401-420.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). *Los defensores de los derechos humanos: protección del derecho a defender los derechos humanos*. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4799eb1e2>
- Ofrias, L. y Roecker, G. (2019). Organized criminals, human rights defenders, and oil companies. *Journal of Global and Historical Anthropology*, (85), 37-50. <https://doi.org/10.3167/fcl.2019.850104>
- Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. Columbia University Press.
- Ruiz, J. C. (2017). Aportes de la sentencia del caso «El Baguazo» al reconocimiento del derecho a la protesta. En Jugo, J. M. et al., *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural* (pp. 61-90). Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

- Sotomayor, J. E. y Ancí, N. (2019). La desobediencia civil en el Perú: cuatro casos de protesta social en el ámbito laboral (2001-2017) para re-pensar los límites del modelo liberal. En S. M. Tapia, D. L. Gómez y V. Solano (coords.), *Estudios jurídicos críticos en América Latina* (vol. 2, pp. 213-252). Diké; Universidad Santiago de Cali.
- Tribunal Constitucional (2020). Expediente n.º 0009-2018-PI/TC. Lima: 2 de junio de 2020.
- Vet, F. van der y Lyytikäinen, L. (2015). Violence and human rights in Russia: how human rights defenders develop their tactics in the face of danger, 2005-2013. *The International Journal of Human Rights*, 19(7), 979-998. <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1075306>





# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3686

## LA SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN ESPAÑA COMO CONSECUENCIA DE LA COVID-19

The suspension and interruption of administrative  
contracts in Spain as a result of COVID-19

JAVIER JUNCEDA

Universitat Internacional de Catalunya  
(Barcelona, España)

Contacto: [jjunceda@cir.uic.es](mailto:jjunceda@cir.uic.es)

### RESUMEN

La crisis de la COVID-19 ha generado el establecimiento de diversas normativas para contrarrestar las consecuencias que esta ha ocasionado en el plano social y económico. Este es el caso del Estado español, que durante la pandemia ha asistido a diferentes formulaciones y modificaciones de sus preceptos, entre ellas, las medidas adoptadas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos.

En ese sentido, el presente artículo abordará la aplicación y las consecuencias de estas nuevas normativas desde un punto de vista crítico.

**Palabras clave:** contratos públicos de servicios; suministros; suspensión e interrupción; convocatoria de licitación.

## ABSTRACT

The COVID-19 crisis has established various regulations to counteract the social and economic consequences it has caused. This is the case of the Spanish State, which during the pandemic has witnessed different formulations and modifications of its precepts, among them, the measures adopted to avoid the negative effects on employment and business viability derived from the suspension of public contracts.

In this sense, this article will address the application and consequences of these new regulations, from a critical point of view.

**Key words:** public contracts for services; supplies; suspension and interruption; call for bids.

Recibido: 22/07/2020

Aceptado: 12/08/2020

## 1. LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO TRAS LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO DE ALARMA POR REAL DECRETO-LEY 8/2020, DEL 17 DE MARZO

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020 —que, a tenor de la disposición final novena de la norma fue en el día 17 de marzo de 2020—, la suspensión de los contratos del sector público se disciplinaba en España básicamente en los artículos 208 y siguientes de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de contratos de dicho sector, con carácter general; en el artículo 245, letras a, b y c, respecto de los contratos de obras; en los artículos 308 y siguientes en relación con los contratos de servicios; y,

en fin, en los artículos 306 y siguientes sobre los contratos de suministros, entre otros.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del citado decreto-ley, es decir, a partir del 18 de marzo de 2020 y durante un mes prorrogable mediante otro decreto-ley (como contempla la Disposición final décima y así se hizo durante el estado de alarma), rigió en esta materia el artículo 34 de esta nueva norma, que fue en consecuencia la aplicable desde el 18 de marzo de 2020 hasta el 18 de abril de 2020 y desde esta última fecha hasta el último día de vigencia de la alarma, al establecerlo de este modo el cómputo de meses «de fecha a fecha» los artículos 5.1 del Código Civil, 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 133.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No fueron de aplicación durante este tiempo, en consecuencia, las previsiones normativas sobre la suspensión de la ejecución de los contratos administrativos, como de hecho recordó la nueva disposición, al establecer expresamente que

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (artículo 34. 1, 4º inciso, en adelante, DLCOVID-19)

Lo que pretendió el DLCOVID-19 con esta reforma tendente a facilitar la suspensión solo en los casos en que el contratista lo pidiera se plasma en lo que recoge su exposición de motivos, en el sentido de que

se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades que integran la

Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo.

Así lo ha interpretado también, como más adelante se detallará, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, en el informe emitido el 19 de marzo de 2020.

El citado artículo 34 DLCOVID-19, en consecuencia, estableció al respecto intensas regulaciones en materia de contratación pública y en especial de suspensión de los contratos adjudicados.

Con todo, y antes de detallar dicha ordenación, procede adelantar que en cuatro tipos de contratos no cupo suspensión alguna, por excluirlas la ley, en particular los que se refieren a servicios o suministros sanitarios, farmacéuticos vinculados a la crisis de la COVID-19; los de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos; los de servicios o suministro para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y el transporte; y, en fin, los que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Esto es: a los contratos de este tipo que tuvieran adjudicado un sujeto público no les resultó de aplicación lo dispuesto en el DLCOVID-19, sino solo a los restantes, con las salvedades que a continuación se advertirán.

## 1.1. LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE SERVICIOS Y SUMINISTROS DE PRESTACIÓN SUCESIVA

Dispuso el primer apartado del artículo 34 del DLCOVID-19 que los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley cuya ejecución deviniera imposible como consecuencia de la COVID-19 o de las medidas adoptadas por las diversas Administraciones, «quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que

dicha prestación pueda reanudarse». A renglón seguido, la norma establece que la prestación suspendida podrá reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o las medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

En este caso, cuando la ejecución de un contrato público quedara en suspenso, el poder adjudicador deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el período de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por parte del contratista. Los concretos daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán, no obstante, únicamente los siguientes:

1. Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.
2. Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
3. Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al período de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.
4. Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Ahora bien, el tercer párrafo del artículo 34 del DLCOVID-19 se encargó de supeditar la suspensión automática de los contratos —«solo procederá», dice— a que el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales desde su petición, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en

su primer párrafo, es decir, la paralización motivada por las medidas de contención de la COVID-19 durante el período en que estén vigentes.

Con esta finalidad, el contratista debería dirigir formalmente su solicitud al órgano de contratación reflejando las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y, en fin, los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pusieran de manifiesto en la solicitud serían objeto de posterior comprobación. Y, transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista solicitante de la suspensión, esta debiera entenderse desestimatoria para él.

En consecuencia, y a tenor de lo contemplado en el DLCOVID-19, procedía la suspensión de estos contratos solo y exclusivamente cuando se produjera una situación de hecho que impidiera la prestación del servicio y durante el tiempo que esta se mantuviera, pero dicha suspensión no podría ser nunca acordada de oficio por la Administración, sino que la norma únicamente contemplaba la posibilidad de suspender el contrato cuando así se instara o interesara por el contratista, y además cuando el órgano de contratación público, en el plazo de cinco días naturales desde la solicitud del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato, y se considerara por el DLCOVID-19 silencio administrativo municipal con sentido desestimatorio de la petición de suspensión del contratista, por lo que se mantendría el contrato como si no se hubiera producido suspensión.

Con esta solución legal, el DLCOVID-19 pareció limitar las causas de suspensión en exclusiva a aquellas en que se produjera al contratista algún perjuicio en las circunstancias que le impidan continuar con sus prestaciones, toda vez que sujeta a su petición expresa y motivada el surgimiento de la suspensión del contrato. Que esto es así se refuerza con la idea plasmada en el último

párrafo del artículo 34.1 del DLCOVID-19 de que «la suspensión de los contratos del sector público [...] no constituirá en ningún caso causa de resolución de los mismos».

Esta interpretación se ha mantenido por la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, en el informe emitido del 19 de marzo de 2020, al haberse planteado ante esta precisamente la duda relativa a la interpretación de los párrafos primero y séptimo del apartado 1 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020.

Como en dicho informe se sostiene:

Existe cierta contradicción entre el carácter automático de la suspensión al que alude el párrafo primero del artículo 34.1, y la necesidad de que la aplicación de dicho apartado y, consecuentemente, de la suspensión contractual automática que en el mismo se contempla, haya de tener lugar a instancia del contratista, y previa justificación de las circunstancias que el párrafo séptimo del artículo 34.1 se establecen, que serán apreciadas por el órgano de contratación.

Entendemos que la finalidad de esta disposición es la de proteger al contratista que tenga dificultades para poder ejecutar los contratos públicos que le hayan sido adjudicados, debido a la emergencia sanitaria que ha motivado la declaración del estado de alarma. En la medida en que existan contratistas que, pese a dicha situación excepcional, consideren que pueden continuar ejecutando adecuadamente el contrato, podrá no operar su suspensión. De ahí que esta tenga que ser instada por el propio contratista, previa justificación de las circunstancias que permitan acordarla, y que deberán ser apreciadas por el órgano de contratación.

En consecuencia, y pese a la literalidad del párrafo primero, la suspensión sería acordada por el órgano de contratación cuando apreciara la imposibilidad de ejecutar el contrato, siempre a instancias del propio contratista, que debería justificar las circunstancias que enumera el párrafo 7 del artículo 34.1 antes citadas. Una vez acordada la suspensión, sus efectos serían entonces automáticos y se retrotraerán al momento en el que se produjo la

situación de hecho que la originó. Con todo, y en el caso de adoptarse la suspensión, la Administración debería indemnizar al contratista, en su caso, con los gastos a los que hace mención el precepto: gastos salariales, gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, etc., gastos de pólizas de seguro previstas en el pliego, etc.

Lo que gravitó en la *mens legislatoris* en este caso es evidente: toda vez que la ejecución del contrato se debe a causas de fuerza mayor, y al producirse en este caso un detrimento al contratista por la paralización de su contrato, solamente se suspendería este cuando el propio adjudicatario lo pidiera y esgrimiendo además daños y perjuicios susceptibles de indemnizar. Nótese que suspender el contrato arrastraría en cascada regulaciones de empleo o despidos laborales que por este medio trataron acertadamente de evitarse.

## 1.2. CONTRATOS PÚBLICOS DE SERVICIOS Y SUMINISTROS DISTINTOS DE LOS ANTERIORES

Cuestión distinta a la anterior venía dada por la mención del artículo 34.2 DLCOVID-19 a aquellos contratos de servicios o suministros que no tienen carácter de prestación sucesiva, sino específicos para una determinada y concreta prestación.

En estos casos, siempre y cuando no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por la COVID-19, cuando el contratista incurriera en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia de la COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofreciera el cumplimiento de sus compromisos, si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación habría de concedérselo, dándole un plazo que sería, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro

menor. El órgano de contratación le concedería al contratista la ampliación del plazo, previo informe del director de obra del contrato, donde se determinaría que el retraso no fue por causa imputable al contratista, sino que se produjo como consecuencia de la COVID-19. En estos casos, no procedía la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Adicionalmente, en estos supuestos, los contratistas tenían derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubieran incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo de la COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Solo procediéndose a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, la efectividad y la cuantía por el contratista de dichos gastos.

Es decir: constatada que la causa de la demora no era imputable al contratista, sino que se había producido como consecuencia de la COVID 19 o de las medidas adoptadas para combatirlo, si el contratista manifestaba su voluntad de cumplir el contrato, el poder adjudicador habría de ampliar el plazo inicial en los términos señalados y, a su solicitud, indemnizarlo, sin que cupiera en estos casos, tampoco, la actuación *ex officio* de la Administración.

### 1.3. CONTRATOS DE OBRAS

El artículo 34.3 DLCOVID-19 reguló también la suspensión en relación con los contratos de obras.

En los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor del DLCOVID-19, siempre y cuando estos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por la COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación generara la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podía solicitar su suspensión desde que se produjera la situación de hecho que impidiera su prestación y hasta que esta pudiera reanudarse.

A estos efectos, se entendió durante la alarma que la prestación podía reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procedía, al igual que en los anteriores contratos, cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales desde su petición, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad, pues, el contratista debería haber dirigido su solicitud formal al órgano de contratación reflejando las razones por las que la ejecución del contrato hubiera devenido imposible: el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta debía entenderse desestimatoria, igual desenlace que en los contratos de servicios y suministros, abocando al interesado a la sede judicial.

Ahora bien, lo dispuesto en este apartado del DLCOVID-19 sería de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo de 2020, fecha de inicio del estado de alarma en España, y durante el período que duró este (hasta el 21 de junio de 2020), y como consecuencia de la situación de hecho creada por la COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, no pueda tener lugar la entrega de la obra. En estos casos, el contratista pudo solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofreciera el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le ampliaba el plazo inicial.

No quedó, sin embargo, del todo claro en el DLCOVID-19 si los únicos contratos sometidos a esta suspensión eran los referidos en ese intervalo temporal que se cita o si se quería indicar que

estos también lo serían. Consideramos de todos modos que la intención legal fue la segunda y, por consiguiente, quedaban sujetos a la suspensión todos los contratos de obra, en los términos avanzados.

Acordada en cualquier caso la suspensión o la ampliación del plazo, solo serían indemnizables los siguientes conceptos:

1. Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales que se deben abonar, siguiendo el VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción.

Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2. Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
3. Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.
4. Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Con todo, el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contemplaba en este artículo únicamente tendría lugar cuando el contratista adjudicatario principal acreditara fehacientemente que se cumplían las siguientes condiciones:

- Que el contratista principal, los subcontratistas, los proveedores y los suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.
- Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020.

En este caso, debe tenerse en cuenta, una vez más, que no se contemplaba la posibilidad de suspensión de oficio por el licitador, sino que esta solo tendría lugar a instancias del contratista, y siempre que el órgano de contratación en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato. El silencio administrativo tenía igualmente sentido desestimatorio de la petición de suspensión, y debía continuarse con la ejecución de la obra objeto del contrato. En caso de adoptarse la suspensión, serían indemnizables los conceptos a que hace mención el precepto.

## **2. INTERRUPCIÓN DE PLAZOS EN LA TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES**

El Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma por la COVID-19, estableció asimismo la interrupción de plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público.

En virtud de la Disposición adicional tercera de dicho Real Decreto, la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, cuya titular es responsable de la Plataforma de Contratación del Sector Público en nombre de la Dirección General del Patrimonio del Estado, dio instrucciones al respecto, sumamente detalladas.

Este pormenor de las pautas que deben seguirse en materia de contratación pública forma parte de la tendencia desjuridificadora que en los últimos tiempos viene siguiéndose en España en estas cuestiones, en que los procedimientos no son ya los fijados en las leyes y los reglamentos, sino también en esas nuevas y peculiares fuentes del derecho que son los manuales de aplicaciones informáticas o portales de internet que alojan a la gestión de expedientes, en este caso contractuales.

Así, la interrupción de plazos para la tramitación de los procedimientos de contratación pública en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) pudo articularse de la forma que se indica a continuación:

## 2.1. PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS ELECTRÓNICAMENTE A TRAVÉS DE LA PLACSP

Procedimientos en los que media convocatoria de licitación (por ejemplo, abiertos, abiertos simplificados, restringidos, negociados con publicidad, licitación con negociación y diálogos competitivos). Deberán realizarse los siguientes pasos:

1. Acceder a su expediente como usuario de órgano de contratación.
2. Si se encuentra en estado «Publicada» y, por tanto, en plazo de presentación de ofertas, la recomendación oficial fue que anulara el anuncio de pliegos.

A continuación, se aconsejaba «Presentación de ofertas», pestaña «Resumen», un texto informando sobre las previsiones en cuanto a la licitación de ese procedimiento o cumplimentando algo del tipo «ver documento de suspensión publicado». Debería en ese caso eliminarse también el valor

que figura en el campo «Fecha final de presentación de ofertas». A continuación, debería de procederse a publicar un documento informando a los interesados en el procedimiento en relación con la interrupción de los plazos. Para ello, debía escogerse la alternativa «Suspensión del procedimiento» en «Documentos generales» de la pestaña «Resumen». La anulación del anuncio de pliegos supondrá la imposibilidad de que el licitador pueda descargarse la «Herramienta para licitar de la PLACSP», impidiendo la presentación de su oferta.

3. Si el procedimiento se encuentra en estado de «Evaluación», la recomendación consistía en que, en caso de que se decida interrumpir la celebración de sus sesiones de órgano de asistencia, se enviara a todo interesado en el procedimiento una comunicación de tipo Otros/Solicitud de información adicional (con la casilla de que se requiere respuesta desmarcada) adjuntando el documento en el que se informe sobre la interrupción de plazos. También era recomendable que se realizara la publicación con carácter general de este documento en su perfil siguiendo los correspondientes pasos.

## 2.2. PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE LA CONVOCATORIA DE LICITACIÓN SE SUSTITUYE POR UNA INVITACIÓN A LICITAR (BASADOS EN ACUERDO MARCO, NEGOCIADOS SIN PUBLICIDAD Y CONTRATOS MENORES, EN SU CASO)

Al respecto, debía procederse como se indica a continuación:

1. Acceder a su expediente como usuario de órgano de contratación.
2. Si se encuentra aún en plazo de presentación de ofertas, deberían enviar de nuevo la invitación para licitar cumplimentando una fecha final de presentación de ofertas próxima a expirar para inhabilitar la «Herramienta de presentación de ofertas de la PLACSP». En esa invitación deberían adjuntar el documento que informa sobre la interrupción de los plazos.

3. Si la licitación se encontraba en estado de «Evaluación», el consejo consistía en que, en caso de que decidieran interrumpir la celebración de sus sesiones de órgano de asistencia, enviaran a todo interesado en el procedimiento una comunicación de tipo Otros/Solicitud de información adicional (con la casilla de que se requiere respuesta desmarcada) adjuntando el documento en el que se informe sobre la interrupción de plazos.

En los procedimientos manuales o aquellos licitados electrónicamente haciendo uso de herramientas externas a la PLACSP, en esta situación se encontrarían los procedimientos de órganos de contratación que, en todo caso, tenían alojado el perfil del contratante en la PLACSP. Existen dos modalidades, los procedimientos cuya tramitación es manual y los procedimientos electrónicos que no hacen uso de los servicios de Licitación Electrónica de la PLACSP. Las instrucciones en ambos casos son las siguientes:

### **2.3. PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE MEDIA CONVOCATORIA DE LICITACIÓN (POR EJEMPLO, ABIERTOS, ABIERTOS SIMPLIFICADOS, RESTRINGIDOS, NEGOCIADOS CON PUBLICIDAD, LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN Y DIÁLOGOS COMPETITIVOS)**

Deberán realizarse los siguientes pasos:

1. Acceder a su expediente como usuario de órgano de contratación.
2. Independientemente de cuál fuera el estado de la licitación, la recomendación era que procedieran a publicar un documento informando a los interesados en el procedimiento en relación con la interrupción de los plazos. Para ello, habría de escogerse la alternativa «Suspensión del procedimiento» en «Documentos generales» de la pestaña «Resumen».
3. Si se encontraba en estado de «Publicada», debería rectificarse el anuncio de licitación y el anuncio de pliegos e indicar en el campo «Descripción» de «Condiciones de pre-

sentación de ofertas», pestaña «Resumen», un texto que informe sobre las previsiones en cuanto a la licitación de ese procedimiento o cumplimentando algo del tipo «ver documento de suspensión publicado». Debe recordarse eliminar el valor que figura en el campo «Fecha final de presentación de ofertas». También podrían optar por la anulación del anuncio de pliegos, si así lo estiman sus servicios jurídicos.

## 2.4. PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE LA CONVOCATORIA DE LICITACIÓN SE SUSTITUYE POR UNA INVITACIÓN A LICITAR (BASADOS EN ACUERDO MARCO, NEGOCIADOS SIN PUBLICIDAD Y CONTRATOS MENORES, EN SU CASO)

Debería procederse así:

1. Acceder a su expediente como usuario de órgano de contratación.
2. Independientemente del estado en que se encontrara el expediente, deberían enviar una comunicación de tipo Otros/Solicitud de información adicional adjuntando el documento en el que se informe sobre la interrupción de plazos.

Además de lo indicado, debiera considerarse, en el caso de licitaciones sujetas a publicidad en diarios oficiales (BOE español o DOUE europeo), la necesidad de mantener la consistencia de la información en el perfil del contratante con la anunciada en los diarios oficiales. Por consiguiente, ya sea si ha rectificado el anuncio de licitación o ha procedido a su anulación, debiera hacerse lo propio en los diarios oficiales. Para llevar a cabo esta acción, podría seguirse con las instrucciones de la Guía de publicación de anuncios en diarios oficiales, del apartado «Guías de ayuda», accediendo a <https://contrataciondelestado.es> como usuario de organismo público.

Si, por cualquier circunstancia, el órgano de contratación precisara continuar con la tramitación del procedimiento o iniciar uno nuevo, la PLACSP estaría a disposición para la publicación de anuncios, envío de invitaciones, apertura y valoración de ofertas, y cualquier otro de los servicios que se presta habitualmente.

La reanudación de los procedimientos que se encontraran en plazo de presentación de ofertas supondría, en los casos en que mediara convocatoria de licitación, la publicación de nuevo de los anuncios de licitación y de pliegos. En caso contrario, requeriría del envío de la invitación a licitar.

Si, en cambio, los procedimientos se encontraran en fase de licitación, los órganos de asistencia podrán replanificar sus convocatorias y proceder a la apertura de los sobres una vez se haya restablecido la normalidad.

Respecto a la suspensión de los plazos a que se hace referencia, debe tenerse en cuenta la acertada interpretación que la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado (órgano competente en la materia durante la alarma) otorgó a la disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, mediante informe del 20 de marzo de 2020.

En este dictamen se señala que «debe realizarse partiendo de una interpretación sistemática y finalista del apartado 1 de la disposición adicional 3ª del RD 463/2020», que establece lo siguiente:

Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Se sostiene en dicho informe con entera corrección que la interpretación sistemática del precepto exige dar prioridad a la expresión que se contiene en la rúbrica de dicho precepto y considerar que se está ante un supuesto de suspensión de plazos procedimentales y no de interrupción estos. Ello viene a corroborar el segundo inciso del precepto al disponer que «El cómputo de los plazos se reanudará...», «lo que implica que volverá a contar por el tiempo que restare en el momento en que hubiera quedado suspendido, sin que de ningún modo vuelva a comenzar de nuevo desde su inicio».

Y una interpretación finalista del precepto lleva al órgano informante del Estado a adoptar idéntica conclusión. Así, señala:

desde un punto de vista técnico jurídico, los plazos procedimentales —y de igual modo los procesales— tienen la consideración de «cargas», es decir, implican conductas de realización facultativa de la norma o el juez requieren de los litigantes o de los interesados en el procedimiento, normalmente establecidas en interés de los propios sujetos, cuya omisión por parte de estos conlleva una consecuencia gravosa para ellos. Se trata, por tanto, de comportamientos que han de realizar los interesados de forma no obligatoria, puesto que no son de exigencia colectiva, pero cuyo incumplimiento les irroga un perjuicio (imposibilidad de recurrir una resolución desfavorable, imposibilidad de obtener una subvención...).

Y, en atención a todo ello, concluye que el sentido del apartado 1 de la disposición adicional 3.<sup>a</sup> del RD 463/2020 no es otro que el establecer que los plazos procedimentales a que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, y se reanudan por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se «reanudan», pero no se «reinician».

Dado que, como ha quedado dicho, se está en presencia de cargas para los interesados, estos tuvieron la facultad de cumplimentar el trámite de que se tratara antes de la declaración del estado de alarma, y esos días que dejaron pasar no se recuperan ya, sin perjuicio de que, cuando acabe dicho estado excepcional, vuelvan a tener la posibilidad de cumplimentar el trámite en el tiempo que les restare antes de la expiración del plazo.

Con todo, llama la atención la complejidad que se ha querido introducir a una cuestión en principio tan simple como la interrupción de plazos procedimentales, a la que se ha querido enmarcar con instrucciones de aplicación informática a las cuales se ha pretendido dotar de sentido jurídico, lo que es posible que haya supuesto la interposición de no pocas acciones contenciosas

por su eventual incumplimiento, aun cuando no se trataba de infracción legal o reglamentaria de clase alguna.

### 3. A MODO DE CONCLUSIONES

Desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020, nada menos que doscientas treinta y cinco normas fueron publicadas en el Boletín Oficial del Estado Español. Semejante magma regulador se ha ido enviando al boletín con un indisimulado afán coyuntural forzado por las circunstancias, pero cabría preguntarse si era enteramente necesario hacerlo así, produciendo tan elevada inflación normativa.

A diferencia de lo que otros países han hecho, difundiendo recomendaciones sanitarias o apelando a la responsabilidad personal de los ciudadanos, en España hemos optado en cambio por llevar tales sugerencias a los diarios oficiales, incluso algunas con pinta de admoniciones morales. Todo eso ha ido minando la confianza en el derecho y velando bastante poco por la sistemática de las reglas aprobadas, dando invariablemente la espalda al propio Consejo de Estado, tradicional garante de la calidad legislativa en la nación.

El Derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del Derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada.

Escribe Hans Kelsen en una de sus obras de madurez, *Teoría general del derecho y del Estado*.

Durante este tiempo de pandemia jurídica, sin embargo, hemos asistido a la promulgación de disposiciones carentes de esa sabia óptica kelseniana, y se han acumulado mandatos asistemáticos tantas veces contradictorios y fugaces que han producido en la ciudadanía un doble efecto perverso: la sensación de indeterminación de la norma aplicable y por esa vía la impresión de

lo jurídico como irrelevante o a lo sumo como algo que simplemente se teme como en épocas preliberales.

Esa penosa forma de actuar ha conducido, además, a la necesaria reformulación de venerables principios como el clásico *ignorantia iuris nocet*, porque el desconocimiento de la ley en estas singulares condiciones debería excusar de su incumplimiento, lo que ha afectado no solo a la población en general, sino a los mismos protagonistas del sector legal o a los agentes de la autoridad, incapaces de dominar el marco al que toca someterse.

La secuencia imparable de modificaciones en cuestión de horas o de días sobre lo aprobado; las antológicas correcciones de errores en varias páginas; las frecuentes antinomias entre articulados o los flagrantes olvidos que se buscaron luego incluir en decretos posteriores pensados para diferentes materias, han desafiado en estos meses la paciencia y las capacidades de los profesionales que nos dedicamos al derecho en España, componiendo una colección de preceptos sin la necesaria coherencia o armonía y que se han traducido a la postre en una notoria perplejidad social en infinidad de aspectos.

Por si fuera poco, esta normatividad fragmentaria, motorizada, incodificable y compulsiva se ha visto atravesada también por esa insufrible tendencia de ahora a la logomaquia, especialmente en las exposiciones de motivos, de una extensión habitualmente superior a las partes dispositivas, repletas de inane contenido extrajurídico y de genuino aroma propagandístico.

En lo que hace a la suspensión de los contratos, el Real Decreto-Ley 8/2020, del 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, publicado en el BOE del 18 de marzo de 2020, podría salvarse de la quema de este *status quaestionis* al que me refiero, pero no tanto así en lo tocante a la interrupción de los plazos contractuales, que tratándose de una cuestión simple, se ha complicado innecesariamente dando entrada a criterios tecnológicos vinculados a la plataforma digital creada al efecto por el Estado, aunque tengan un carácter meramente recomendatorio.

## REFERENCIAS

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. *Boletín Oficial del Estado*, (73), de 18 de marzo de 2020. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8/con>

Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado (2020). Consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. [https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/08a12475-b913-49e4-ac22-856cbcff9bd7/report\\_INFORME+ART.+34.+RDL+8-2020.+MIN+TRANSPORTES.pdf?MOD=AJPERES](https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/08a12475-b913-49e4-ac22-856cbcff9bd7/report_INFORME+ART.+34.+RDL+8-2020.+MIN+TRANSPORTES.pdf?MOD=AJPERES)





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3687

## ASPECTOS RELEVANTES DE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Relevant aspects of the intercepting of telephone  
communications in the Spanish criminal process

ALBERTO VARONA JIMÉNEZ<sup>1</sup>

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña  
(Cataluña, España)

Contacto: a.varona@poderjudicial.es

### RESUMEN

Bajo estas líneas vamos a realizar un análisis de los aspectos más relevantes de la regulación de las intervenciones telefónicas en el sistema procesal español. La normativa actual, producto de una

---

1 El autor es magistrado español con más de quince años de antigüedad en la carrera judicial y destino en la Audiencia Provincial de Barcelona, órgano colegiado de enjuiciamiento de delitos castigados con pena superior a cinco años de prisión. Profesor permanente del área penal y procesal penal de la Escuela Judicial de España desde el año 2015. Profesor del Curso de Formación Judicial Especializada dirigida a jueces, fiscales y defensores públicos iberoamericanos, años 2016-2020. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Licenciado en Derecho Económico por la Universidad de Deusto. Experto en ciberdelincuencia, ha impartido conferencias sobre esta materia en países como Bolivia, Colombia, Costa Rica y Perú. Autor de diversas publicaciones en revistas especializadas.

reforma operada en el año 2015, incorpora un copioso cuerpo jurisprudencial y responde a la necesidad de salvaguardar la calidad democrática de nuestro sistema procesal a través de un adecuado respeto del principio de legalidad. La reforma, que incorporó otras medidas de investigación tecnológica, contiene aspectos relevantes como son el alcance objetivo y subjetivo de la medida, el contenido de la resolución judicial o la definición de los principios rectores para la adopción de la medida.

**Palabras clave:** interceptación de las comunicaciones telefónicas; inviolabilidad de las comunicaciones; proceso penal; investigación tecnológica; España; principio de proporcionalidad.

### ABSTRACT

In these lines, we will analyze the most relevant aspects of the regulation of wiretapping in the Spanish procedural system. The current regulation, product of a reform operated in 2015, incorporates a copious jurisprudence and it responds to the need to safeguard the democratic quality of our procedural system through an adequate respect for the principle of legality. The reform, which incorporated other technological investigation measures, contains relevant aspects such as the objective and subjective scope, the content of the judicial resolution or the definition of the guiding principles for the adoption of the measure.

**Key words:** intercepting telephone communications; inviolability of communications; criminal process; technological research; Spain; principle of proportionality.

Recibido: 14/09/2020

Aceptado: 05/10/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

La regulación del proceso penal en España se encuentra recogida fundamentalmente en una ley que data del año 1881, la llamada Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo LECrim). Basada en un sistema acusatorio mixto, en el que la función de investigación judicial se reside en un órgano judicial unipersonal (los juzgados de instrucción), ha sufrido múltiples reformas a lo largo de sus más de cien años de vigencia.

En los últimos años han sido varios los anteproyectos de reforma que han tratado de modificar el sistema procesal vigente<sup>2</sup>. El objetivo no ha sido otro que procurar incorporarnos a la línea seguida por la mayoría de los países de nuestro entorno, que han atribuido la función de investigación al Ministerio Fiscal, por lo que el juzgado de instrucción queda con una función de juez de garantías. Lo cierto es que esta reforma, que genera tanto detractores como fervientes defensores, no ha tenido éxito por la falta de consenso político, algo convulso en los últimos años en España.

A pesar de ello, existía una realidad constatable: la normativa preexistente de la intervención de las comunicaciones telefónicas se antojaba insuficiente. La regulación se circunscribía a un solo artículo cuya simple lectura evidenciaba las costuras de nuestra regulación, pensada para un tiempo muy lejano al actual. En concreto, antes de la reforma, decía el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que

2. [...] el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones [...] telefónicas de las personas sobre las que

---

2 Actualmente, se acaba de elaborar por la comisión de expertos una propuesta. Disponible en Consejo de Ministros (2011).

existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

Las carencias habían traspasado fronteras y habían sido puestas de manifiesto por instancias internacionales desde la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras contra España<sup>3</sup>. La reforma operada por el legislador en el año 1988, a través de la Ley Orgánica 4/1988, del 25 de mayo, que introdujo el precepto transcrito, no fue suficiente, y las altas instancias judiciales nacionales, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, realizaron un arduo esfuerzo de interpretación, completando aquellas carencias.

Pero el avance de la ciberdelincuencia conllevó la necesidad de adoptar otro tipo de medidas como la colocación de micrófonos o la interceptación de comunicaciones telemáticas. Difícilmente se podían adoptar estas medidas con un alto grado de injerencia en el derecho a la intimidad sin un adecuado presupuesto legal. El simple desarrollo constitucional, por reconocible que fuese esa labor, afectaba también la calidad democrática de nuestro Estado de derecho.

Ello es lo que motiva que el legislador acometa una reforma inaplazable sin esperar a la reforma del modelo procesal. Se trata de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, del 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

---

3 Tienen la versión en español de esta sentencia en European Court of Rights (1998).

para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La reforma regula cinco medidas de investigación, que vienen precedidas de un conjunto de disposiciones comunes a todas ellas: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, seguimiento y de localización; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y registros remotos sobre equipos informáticos.

En este trabajo nos vamos a centrar en el análisis de la interceptación de las comunicaciones telefónicas. De su importancia no cabe duda. Esta afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, en el que se protege la comunicación formal, independientemente del contenido de lo comunicado. Este derecho aparece recogido en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Pero la razón de ser de este trabajo obedece al desarrollo nacional de esta regulación. La reforma disciplina todos y cada uno de los aspectos de la medida de investigación: su ámbito subjetivo, su alcance objetivo, el contenido de la resolución, los principios rectores que deben respetarse en su adopción, la ejecución de la medida, el acceso a las grabaciones o el acceso a los datos electrónicos asociados o no a una comunicación. Algunos de estos aspectos son extrapolables a otras legislaciones, siquiera como

criterios interpretativos jurisprudenciales para resolver determinadas controversias. La importancia de armonizar y modernizar nuestras legislaciones en un mundo cada vez más globalizado es otro aspecto a tener en cuenta. No son palabras gratuitas, sino que aparecen como uno de los objetivos del Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en Materia de Ciberdelincuencia, suscrito en Madrid en el año 2014 en el ámbito de la COMJIB<sup>4</sup>.

## 2. CONCEPTO DE INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

El legislador español no da una definición de qué se entiende por comunicación telefónica. *A priori*, esta carencia resulta irrelevante porque es notorio y conocido que estamos ante la escucha y la grabación de la comunicación producida a través de un teléfono. Sin embargo, actualmente todas las comunicaciones telefónicas utilizan tecnologías digitales, manejadas por sistemas informáticos, para su transmisión y gestión técnica. Y los llamados teléfonos inteligentes han pasado a convertirse en auténticos minicomputadores. La delimitación de esta forma entre las comunicaciones telefónicas y las telemáticas se difumina.

En nuestra opinión, cuando hablamos de comunicaciones telefónicas son aquellas que se producen a través del teléfono, que no generan datos de tráfico en nuestras facturas (conocidos como megas o gigas) y que no se producen a través de internet. Parece claro que una llamada a través de la red 4G es una llamada telefónica, mientras que una llamada mediante WhatsApp es más bien telemática, por más que se produzca a través del teléfono. Lo mismo ocurre con los mensajes de texto. Los SMS han pasado a ser una reliquia del pasado debido a *apps* de mensajería como la citada WhatsApp, Facebook o Telegram. Estas últimas tampoco

---

4 Convenio disponible en Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (2014).

serían propiamente comunicaciones telefónicas, así podemos operarlas a través del teléfono.

En cualquier caso, más allá de determinadas singularidades en el alcance de la medida, la previsión expresa en la ley de que se aplique a las comunicaciones telemáticas el mismo régimen previsto para las comunicaciones telefónicas, convierte la cuestión conceptual en meramente formal en España.

### **3. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA: CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y PRINCIPIOS RECTORES**

Como premisa básica es importante tener en cuenta, como hemos reseñado en la introducción, que en España la instrucción de los procedimientos judiciales corresponde a un órgano judicial unipersonal (el llamado juez de instrucción). El Ministerio Fiscal es una parte más del procedimiento, que interviene en defensa del interés público. Partiendo de esta premisa, la interceptación de las comunicaciones telefónicas es acordada por el juez de instrucción, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o la autoridad policial, a través de solicitud escrita, con un plazo máximo para resolver de veinticuatro horas<sup>5</sup>. La ejecución permanece en todo momento bajo el control de la autoridad judicial (arts. 588 bis b1 y c1 LECrim).

Es por todos sabido que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea constitucionalmente legítima, es preciso que se autorice mediante una resolución judicial motivada, que refleje la existencia de los presupuestos habilitantes de la medida —previa incoación de un proceso penal, indicios de delito y su

---

5 Como regla especial, el legislador español habilita expresamente al Gobierno para ordenar la interceptación en casos de urgencia cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas, y da cuenta a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas (art. 588 ter d, apartado tercero).

conexión con la persona afectada por la medida interesada— y que satisfaga los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Como apunta Santos (2017):

la motivación resulta fundamental. Exige un examen riguroso del contenido de la solicitud de la medida, así como la justificación exhaustiva del cumplimiento de los principios esenciales para su adopción. Constituye así elemento de garantía de constitucionalidad y validez de la medida, a la vista de los intereses en juego y de la lesión que para los derechos fundamentales del investigado implica su adopción. (p. 85)

La reforma acoge esta doctrina y da un paso más allá al enumerar los extremos que ha de contener la resolución judicial que acuerde la interceptación de las comunicaciones y que además es predicable de todas las medidas de investigación tecnológica (art. 588 bis c LECrim):

- a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
- b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
- c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el art. 588 bis a.
- d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- e) La duración de la medida.
- f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
- g) La finalidad perseguida con la medida.
- h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Conviene precisar que en España no todos los delitos legitiman la adopción de esta interceptación. El legislador exige que la investigación tenga por objeto delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter a LECrim). Esto no quiere decir que la concurrencia de algunos de estos delitos determine automáticamente la legitimidad de la medida. Será un presupuesto necesario, pero seguido del análisis de la proporcionalidad en el caso concreto. Y, en este sentido, el legislador español ha establecido una definición concreta y expresa de cada uno de estos principios en el art. 588 bis a LECrim. Por su relevancia, a efectos de derecho comparado, merece especial atención el análisis pausado de estos principios rectores:

2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.
3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.
4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:
  - a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

[...]

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

A la vista de estos cuatro principios, nos gustaría realizar dos consideraciones: por un lado, obsérvese cómo se deja constancia expresa de la imposibilidad de realizar investigaciones prospectivas, cuando el artículo dispone que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva; y, por otro lado, debemos prestar una especial atención al principio de proporcionalidad.

Como señala Delgado (2016), el principio de proporcionalidad despliega sus efectos en dos ámbitos: en la actividad del legislador, obligándolo a ponderar las necesidades del *ius puniendi* frente a las exigencias derivadas del adecuado respeto a los derechos fundamentales afectados; y frente al órgano jurisdiccional, exigiéndole una ponderación de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Este segundo es al que se refiere el legislador en este precepto (pp. 344-345). El legislador ofrece una serie de criterios para valorar el principio de proporcionalidad en sentido estricto: a) la trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción: esta segunda referencia resulta esencial para poder luchar contra el cibercrimen. Si el delincuente ha utilizado las nuevas tecnologías para facilitar la comisión de su ilícito penal, parece lógico que el Estado pueda luchar con esas mismas herramientas en la búsqueda del esclarecimiento del hecho y la determinación de los responsables; b) la gravedad del hecho, en el que habrá que tener en cuenta la pena asignada al tipo penal, pero también el bien jurídico protegido y la propia

dinámica comisiva; c) la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho; y d) la intensidad de los indicios racionales de criminalidad.

## 4. ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA MEDIDA DE INVESTIGACIÓN

### 4.1. ÁMBITO SUBJETIVO

La norma española regula con detalle el ámbito subjetivo de la medida. Para intervenir un terminal o medio de comunicación no es necesario que el investigado<sup>6</sup> tenga la titularidad. Es suficiente con que lo utilice habitual u ocasionalmente (art. 588 ter b1 LECrim).

Dos cuestiones nos podemos plantear: ¿qué ocurre cuando el investigado hace uso de celulares de terceras personas?; y ¿es posible intervenir un celular ignorando los datos concretos de la persona que vamos a investigar?

Respecto a la primera pregunta, la ley prevé la posibilidad de intervenir los pertenecientes a una tercera persona en tres supuestos alternativos: a) que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve del tercero para transmitir o recibir información; b) que el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad; o c) que sea utilizado maliciosamente vía telemática sin conocimiento de su titular. En los casos cada vez más habituales de desapariciones de jóvenes en los que existen sospechas de criminalidad, será posible intervenir el terminal o medio de comunicación de la propia víctima cuando sea previsible un grave riesgo para la vida (art. 588 ter b y c LECrim).

---

6 Conviene aclarar que el término «investigado» ha sido introducido en nuestro proceso penal con motivo de la misma reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, en sustitución del antiguo y estigmatizado término de «imputado». Con arreglo al preámbulo de esta reforma, el término investigado sirve «para identificar a la persona (física o jurídica, añadimos nosotros) sometida a investigación por su relación con un delito».

La segunda pregunta se la plantea Santos (2017) cuando reflexiona sobre el hecho de que uno de los efectos de la prohibición de acordar medidas de investigación con carácter prospectivo es la necesidad de identificar a los investigados (p. 89). No obstante, considera que esta reflexión puede plantearse en términos absolutos cuando no sea posible identificar al autor o este utilice un seudónimo, y ello porque en su opinión la norma da cobertura legal para interpretar que aquella determinación solo es exigible cuando sea conocido.

## 4.2. ÁMBITO OBJETIVO

El legislador español determina también el alcance de qué medidas puede comprender la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Así, el art. 588 ter d LECrim habilita para acordar:

- El registro y la grabación del contenido de la comunicación.
- El conocimiento de su origen o destino, en el momento en que se realiza la comunicación.
- La localización geográfica del origen o el destino de la comunicación
- El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación.

Sobre la base de este precepto podemos establecer tres consideraciones:

En primer lugar, el legislador distingue entre el acceso al contenido de la comunicación telefónica y los datos electrónicos asociados o no a un proceso de comunicación. Los datos asociados a un proceso de comunicación son los conocidos como datos de tráfico<sup>7</sup>. Como hemos expuesto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal

---

7 El art. 1 del Convenio de Budapest de 2001 define los datos sobre el tráfico como «cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente». Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los define como «todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una

cita expresamente el origen y el destino de la comunicación, o la geolocalización de los intervinientes en ella. Cuando hablamos de datos no asociados a una comunicación concreta estamos pensando en los datos del número de cuenta bancaria donde se domicilian los recibos o los datos de las antenas BTS (sin recurrir a grandes tecnicismos podemos decir que son aquellas estaciones a las que se conectan nuestros teléfonos móviles para tener cobertura 3G, 4G o 5G, en cada momento, lo que nos permite recibir o realizar llamadas, o recibir mensajes de todo tipo).

En segundo lugar, aunque no lo diga expresamente el texto legal, el legislador prevé la posibilidad de que esta interceptación se pueda producir en tiempo real («en el momento en que se realiza la comunicación») o en diferido, esto es, *a posteriori*. Comencemos por la modalidad «a tiempo real». En España el sistema utilizado para la ejecución de la interceptación se conoce con el nombre de SITEL (sistema integrado de interceptación de telecomunicaciones.) Como señalan Ruiz y Vidal (2016), quienes realizan una interesante reflexión sobre la constitucionalidad del sistema:

es un avanzado sistema informático desarrollado por la multinacional Ericsson en el año 2002, depende del Ministerio del Interior y es utilizado conjuntamente por las Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, así como por el Centro Nacional de Inteligencia. El desarrollo de este sistema informático, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2009, responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones.

El sistema SITEL, utilizado en España para ejecutar las interceptaciones, habilita para no solo escuchar y grabar el contenido de las comunicaciones telefónicas, sino para acceder también en

---

red de comunicaciones electrónicas de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga» (art. 588 ter b, apartado segundo, párrafo tercero).

tiempo real a determinados datos como son el número de origen y destino de la comunicación, así como la ubicación en el espacio (su geolocalización) de los intervinientes en la llamada.

Pero también existe la posibilidad de acceder a los datos electrónicos asociados o no a un proceso de comunicación *a posteriori*, cuando sean datos almacenados por las compañías prestadoras del servicio de las comunicaciones bien en el cumplimiento de sus obligaciones legales de retención de datos<sup>8</sup>, bien por motivos comerciales. Para ello será necesario también una resolución judicial, y pueden acordarse medidas de aseguramiento para garantizar su efectividad. En concreto, el artículo 588 ter j LECrim regula el acceso de datos de tráfico existentes en archivos automatizados. Estos datos solo podrán ser incorporados con autorización judicial siempre que su conocimiento resulte indispensable para la investigación, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos. Habrá que razonar los datos que se solicitan y las razones que justifican la cesión<sup>9</sup>. Pero, es más, la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal para que puedan ordenar a cualquier persona física o jurídica el aseguramiento y la conservación de datos almacenados con el objetivo de evitar su eliminación o manipulación y garantizar la ulterior incorporación al proceso judicial. Los datos se conservarán durante un período máximo de noventa días,

---

8 La Ley 25/2007, del 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Se trata de una transposición de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, del 15 de marzo, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Tienen esta norma a su disposición en el siguiente URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18243&p=20140510&tn=1>

9 La exigencia de autorización judicial se adecúa a la doctrina sentada por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 8 de abril de 2014 y el 21 de diciembre de 2016 sobre la Directiva 2006/24/CE, que abogaban por el control judicial de dicha cesión a fin de garantizar los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos. La sentencia del 21 de diciembre de 2016 está a su disposición en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186492&doclang=ES>

prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días (art. 588 octies LECrim). Ello no es más que una consecuencia del art. 16 del Convenio de Budapest de 2001, sobre ciberdelincuencia.

Ahora bien, cabe plantearse si cualquier delito legitima y habilita para acceder a estos datos. En este punto cobra especial importancia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, del 2 de octubre de 2018, sobre el umbral de gravedad del delito que puede legitimar el acceso<sup>10</sup>. El Tribunal determinó que cuando la injerencia en los derechos no sea especialmente grave, la diligencia de investigación puede estar justificada por el simple objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir infracciones no especialmente graves, delitos en general.

Siguiendo con los datos electrónicos, como excepción a la necesidad de resolución judicial para recabar datos electrónicos asociados o no a un proceso de comunicación, los arts. 588 ter k y l LECrim habilitan para que en el ejercicio de sus funciones la policía judicial pueda valerse de artificios técnicos para conocer los códigos de identificación de cualquier medio de comunicación, con referencia expresa al IMSI o el IMEI de un dispositivo. A estos artificios se refiere Barrio (2018), cuando expone que así sucede con los *IMSI-catchers* o *stingrays*, que funciona como una antena simulada a modo de puente entre la antena del operador de la red móvil y los dispositivos para posibilitar la captura de estos datos sin conocimiento del usuario investigado (p. 265).

Además, el art. 588 ter m LECrim habilita tanto a la Policía Judicial como al Ministerio Fiscal para dirigirse a los prestadores de servicios para que faciliten la titularidad de estos datos no asociados a un proceso de comunicación concreto. También podrán solicitar que se les provean el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación.

---

10 Sentencia disponible en el siguiente enlace: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206332&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=945817>

Esta misma posibilidad diferida de acceder al contenido de la comunicación sería también factible en el caso del propio contenido de la comunicación cuando se encontrase grabada en un dispositivo electrónico, pero en tal caso la norma que diligencia investigación aplicable sería la del registro de dispositivos informáticos.

Finalmente, en cuanto a la duración posible de la interceptación, contamos con una duración inicial máxima de tres meses, prorrogable hasta un máximo de dieciocho meses. Se prevé expresamente como *dies a quo* para realizar el cómputo la fecha en que se dictó la resolución judicial, con independencia del momento en que se hizo efectiva.

## 5. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA REFORMA

La primera pregunta que nos tenemos que plantear es si es posible intervenir una comunicación entre el investigado y su letrado. La respuesta es negativa. Como señala Boldó (2015), la reforma del año 2015 recogió una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo bien definida sobre el derecho a la confidencialidad entre las conversaciones de abogado y cliente en el proceso penal. La reforma determina que como regla general todas las conversaciones de los investigados, detenidos o no, con sus letrados tendrán carácter confidencial. Como consecuencia de ello, si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Ahora bien, esta regla general tiene una excepción legalmente prevista, cual es que se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal (arts. 118.4 y 520.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el caso de que esta conversación se produzca en un centro penitenciario, la

Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 exige que se trate de delitos de terrorismo (art. 51.2).

La segunda pregunta que nos planteamos es qué ocurre cuando en el curso de una interceptación aparecen indicios de la comisión de otro delito distinto del que justificó la adopción de la diligencia de investigación. Estamos ante los llamados hallazgos casuales (art. 588 bs i en relación con el art. 579bis LECrim). El legislador prevé que el resultado podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y las resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. Recibidas las actuaciones por el juez competente para conocer del nuevo delito, este comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Como señala Casanova (2016), esta norma regula acertadamente las exigencias que durante los últimos años había reclamado el Tribunal Supremo en la materia, al tiempo que brinda una mayor seguridad jurídica (pp. 327-338). No obstante, la autora pone de manifiesto que hubiese sido deseable que el legislador circunscribiera la posibilidad de utilizar los resultados en el segundo proceso cuando el delito objeto de investigación en el segundo proceso permitiese practicar una medida de intervención telefónica.

La tercera pregunta que queremos resolver es si es viable técnicamente y, en tal caso, si es válida la grabación de una conversación oral mantenida por el investigado con otra persona presente e interceptada a partir de una llamada efectuada al teléfono, que actuaría en este caso como micrófono ambiente. La respuesta es afirmativa. El teléfono pueda captar, también lícitamente, conversaciones ambientales, incluso antes de que el destinatario de la comunicación haya descolgado el teléfono. En este sentido, la STS n.º 373/2016, del 3 de mayo, en un supuesto similar señala que

En cuanto a la utilización del móvil de los investigados como micrófono de ambiente, que se afirma por los recurrentes como injerencia no autorizada y de la que también predicen que conculca la inviolabilidad del domicilio, primeramente hemos de despojar lo acaecido de tal naturaleza; únicamente cuando la llamada ha sido establecida y el móvil la recibe, antes de aceptarla el destinatario, el sistema comienza a grabar; es decir, la llamada, para la que existía acuerdo judicial de intervención y grabación, ya se había producido, con independencia de que si el destinatario no la acepta, no genere coste para quien la realiza. Pero el ámbito de la resolución judicial no depende del coste o gratuidad de la llamada. De otra parte, la grabación en esos instantes, no se magnifica en su captación, sino que al igual que acontece al registrar conversaciones, los ruidos próximos o de ambiente del preciso lugar donde se encuentren los móviles conectados a través de la correspondiente llamada, también restan grabados en un segundo plano con mayor o menor precisión [...].

Continúa diciendo la sentencia, con cita de la STS 592/2013, del 11 de junio (RJ 2013, 7084), que

no era comprensible la denuncia sobre la potencialidad grabadora derivada del sistema SITEL en referencia a que el terminal telefónico capte cualquier conversación que, una vez activado, se produzca, no solamente a través de la línea telefónica sino en el ambiente en que se encuentra ubicado.

La cuarta pregunta que nos planteamos es si la grabación clandestina de sus propias comunicaciones, por particulares, está sujeta a esta regulación. Y la respuesta es negativa porque no atenta contra el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTS n.º 421/2014, del 16 de mayo y 250/2017, del 5 de abril) y afecta únicamente al derecho a la intimidad cuando «la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad» (STS n.º 421/2014, del 16 de mayo). Por ello, la admisión como prueba de una de estas grabaciones no requiere autorización judicial, pero sí «un riguroso juicio de ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible

existencia de un fin legítimo, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad» (STS n.º 793/2013, del 28 de octubre).

La quinta pregunta es qué ocurre si durante una grabación salen a luz cuestiones íntimas del investigado ajeno a la investigación. Sobre esta cuestión se ocupa también la reforma. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones cuando se hayan grabado conversaciones íntimas ajenas a la investigación (art. 588 ter i LECrim). En tal supuesto, si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y la transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso. La ley concreta que una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

El legislador también habilita a los terceros afectados el acceso a las grabaciones. Ello es posible porque el juez de instrucción habrá de notificar su existencia a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas, informándoles de las concretas comunicaciones en las que haya participado. Si la persona notificada lo solicita, se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiera adoptado la medida de injerencia. No obstante, como quiera que ello puede acarrear una carga desproporcionada para los órganos judiciales o directamente no ser viable, se establece la previsión de que aquella obligación de notificación al órgano judicial no

existe cuando sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones.

Por último, merece una mención el deber de colaboración y el control de la medida. Respecto al primero, el art. 588 ter e LECrim dispone que todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, así como cualquier persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono están obligados a prestar la asistencia y la colaboración precisas para la ejecución de la medida y a guardar secreto, so pena de incurrir en un delito de desobediencia. Respecto a la segunda cuestión, el art. 588 ter f en relación con el art. 588 bis g LECrim establecen que la policía judicial, que es a quien corresponde la ejecución de la medida, darán cuenta al juez instructor con la periodicidad que determine (que lógicamente variará en función de la intensidad de los indicios), mediante la aportación de las grabaciones íntegras realizadas y la transcripción de los pasajes que considere de interés.

## 6. CONCLUSIONES

La reforma operada en el año 2015 en el proceso penal español ha supuesto un avance fundamental en la utilización de las medidas de investigación tecnológica, situando a España en la vanguardia en su reconocimiento y adopción. La nueva regulación establece una prolija normativa de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, necesaria para dar respuesta al principio de legalidad y salvaguardar el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Aspectos como el contenido exhaustivo de la resolución judicial, el ámbito subjetivo de la medida o la definición de los principios rectores de la adopción de la medida son especialmente relevantes. Si queremos luchar de forma efectiva contra la delincuencia transnacional es importante armonizar nuestras legislaciones. Este es el objetivo de los principales instrumentos en esta materia como son el Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento

y Obtención de Prueba en materia de ciberdelincuencia, hecho en Madrid el 28 de mayo de 2014, y el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

## REFERENCIAS

- Barrio, M. (2018). *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Wolters Kluwer.
- Boldó, G. (2015). La reforma operada por la L. O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en los art. 118, 52 y 520 ter de la LECrim. *Revista de Derecho vLex*, (137).
- Casanova, R. (2016). Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinta. En O. Fuentes (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (pp. 327-338). Tirant lo Blanch.
- Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (2014). Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en Materia de Ciberdelincuencia. Madrid: 28 de mayo de 2014. <https://ficp.es/wp-content/uploads/CONVENIO-CIBERDELITO-VERSION-A-LA-FIRMA.pdf>
- Consejo de Ministros (2011). Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. 22 de julio de 2011. *La Moncloa*. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/220711-enlacecriminal.aspx>
- Consejo de Europa (2011). Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Budapest: 23 de noviembre de 2011. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221)

- Delgado, J. (2016). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Wolters Kluwer.
- European Court of Rights (1998). Caso Valenzuela Contreras contra España. 30 de julio de 1998. <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163845>
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725)
- Ruiz, M. y Vidal, T. (2016). Análisis de la constitucionalidad de SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (9), 135-162.
- Santos, A. (2017). *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Wolters Kluwer.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3688

## EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA DESDE EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

The Education for citizenship and human rights: a  
view from the Spanish constitutional system

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS  
Universidad Carlos III de Madrid  
(Madrid, España)

Contacto: [jesusignacio.delgado@uc3m.es](mailto:jesusignacio.delgado@uc3m.es)

### RESUMEN

La Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos es la formación cívico-moral de un sistema educativo. Es una asignatura, con contenidos y objetivos, que ha recibido elogios y críticas que aquí trato de revisar. Su valor e importancia para la convivencia democrática es indudable. En este trabajo realizo, desde una perspectiva laica, un análisis de la materia, su encaje en el sistema constitucional de los Estados de derecho y las perspectivas y los retos que plantea al modelo educativo. Las democracias deliberativas necesitan formar ciudadanos activos y críticos para ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes. Además, la Educación para la Ciudadanía afianza el compromiso de las

personas con la vida política de su sociedad, regenera la confianza en las instituciones y garantiza la participación democrática de todos y todas en condiciones de igualdad y respeto.

**Palabras clave:** Educación para la Ciudadanía, derechos humanos; democracia; dignidad; objeción de conciencia.

## ABSTRACT

Education for Citizenship and Human Rights is the civic-moral formation of an educational system. It is a subject, with contents and objectives, that has received praise and criticism, which I will try to review here, and its value and importance for democratic coexistence is unquestionable. In this paper, from a secular perspective, I analyze the subject, its place in the constitutional system of the rule of law, both the perspectives and the challenges it poses to the educational model. The deliberative democracies must train active and critical citizens to exercise their rights, and fulfill their responsibilities. In addition, citizenship education strengthens people's commitment to the political life of their society, regenerates confidence in institutions, and guarantees democratic participation for all under conditions of equality and respect.

**Key words:** Citizenship Education, human rights, democracy, dignity, conscientious objection.

Recibido: 30/06/2020

Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Mucho me temo que estamos asistiendo a una profunda revisión no solo del sistema educativo, sino de la teoría política que lo circunda. Es precisamente una teoría política de la educación la que parece estar en juego en el panorama social que nos rodea: no solo se valora la pertinencia de un concreto currículo escolar, con o sin enseñanza confesional incluida, sino el *cómo* y por *quiénes*

deben ser educados los ciudadanos en temas de formación cívica y moral. Esta es la cuestión central que ha cobrado especial relevancia y es el objeto de estudio que aquí trato de abordar. No es solo una mera decisión legislativa, sino toda una política educativa que entronca con los pilares más básicos del Estado de derecho.

En las siguientes páginas intentaré, sin ánimo exhaustivo, ofrecer algunos comentarios en torno a la polémica a la que seguimos asistiendo sobre la formación en valores, por un lado, o la educación religiosa, por otro. Una cuestión que en España ha sido y sigue siendo objeto de ardua y enconada discusión. El último capítulo —pero que aquí no estudiaré— lo protagonizó el partido político español Vox y su propuesta de pin parental, una especie de autorización que deberían otorgar los padres para que sus hijos pudieran recibir enseñanzas —decían— adoctrinantes.

En ese contexto, el sentido común nos invita a una reflexión abierta y crítica de la cuestión, que no nos aboque a juicios apresurados y llenos de prejuicios. Mi propósito es, por ello, comprobar si las cautelas que se adoptan en torno a estas asignaturas están justificadas o no, cuáles pueden ser las consecuencias de que se materialicen los peligros y con qué instrumentos contamos para combatirlos; deberíamos preguntarnos a qué intenciones responde promover una asignatura de educación cívica y si es algo que encuentra acomodo en nuestros textos constitucionales o, más aún, si es ordenado por estos. Partiendo de una concepción optimista del ser humano, considero que plantearnos estas cuestiones tiene importancia porque creo, con Fernando Savater (1997) que «los hombres podemos mejorarnos los unos a los otros a través del conocimiento» (p. 18).

Procederé del siguiente modo en mi exposición: abordaré, con carácter meramente introductorio, el contexto en el que se encuentran estas asignaturas y algunas generalidades en torno a ellas; luego procederé a su encaje legal y armonía con los principios informadores del sistema constitucional; haré alusión a la articulación de una posible objeción de conciencia, su fundamento y

admisibilidad; y finalmente presentaré algunas de las críticas procedentes de distintos sectores sociales y formularé algunas conclusiones a partir de estas.

## 2. ENTRE EL MINIMALISMO CÍVICO Y LA EDUCACIÓN DEMOCRÁTICA

Cierto es que los fenómenos que hoy acompañan al desarrollo de la sociedad del siglo XXI hacen necesarios mecanismos y herramientas que nos sean más útiles para lograr una mejor comprensión del mundo que nos rodea y que nos capaciten para insertarnos de modo pleno y satisfactorio en nuestro ambiente. La educación es el mejor mecanismo de adaptación entre el ser humano y su hábitat de convivencia.

En España fue la Ley Orgánica de Educación 2/2006, del 3 de mayo, la que introdujo en el currículo escolar una nueva asignatura que, bajo distintas denominaciones según el curso académico en el que se impartía, se configuraba con carácter obligatorio: «Educación para la Ciudadanía y en Derechos Humanos» (en educación primaria y un curso en secundaria), «Educación Ético-Cívica» (cuarto curso de educación secundaria) o «Filosofía y Ciudadanía» (en bachillerato).

En el año 2013 la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa eliminó el carácter obligatorio de la asignatura Educación para la Ciudadanía. Se mantiene una asignatura de Ética como alternativa a Religión, que se tiene que ofrecer en todos los centros.

Mientras escribo estas páginas, en julio de 2020, se está elaborando una Ley Orgánica de educación que modifica la de 2013. En marzo se ha aprobado el texto en el Consejo de Ministros y se está tramitando en el Congreso. Entre las novedades que introduce esta nueva ley en el sistema educativo, me interesa resaltar la pérdida de importancia que la asignatura de Religión experimenta en el currículo. En bachillerato no será obligatorio ofertarla; si se oferta y se cursa, su calificación no computará para el

acceso a la universidad o la obtención de becas. En primaria y secundaria Religión será de «oferta obligatoria», pero de «asunción voluntaria». Sí es obligatorio ofertar y cursar Educación en Valores Cívicos y Éticos (este es el nombre que tendrá la asignatura, en vez de Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos, si se llega a aprobar la ley).

Con independencia de la ley, la asignatura cuenta con no pocos adeptos, pero también con otros tantos detractores, que ven en esta materia un peligroso artefacto político. Pero de esto me ocuparé más tarde. Antes presento las dos alternativas que —creo— tenemos ante nosotros: apostar por lo que se suele llamar *minimalismo cívico* o por la *educación democrática*.

La corriente del minimalismo cívico argumenta que, en la educación pública, el único límite que se debe poner a la autoridad de los padres es el que marcan los contenidos básicos de educación cívica, esenciales de una democracia liberal. Pero nada más. Se otorga así a los padres el derecho de determinar el resto de la instrucción de sus hijos. A las decisiones públicas no les corresponde más que ese mínimo cívico necesario —y solo el indispensable— para una convivencia pacífica.

Esta corriente del minimalismo cívico entiende que para garantizar de forma máxima la autoridad de los padres sobre la formación moral de sus hijos, la educación moral recibida en la escuela ha de quedar reducida al mínimo. El minimalismo cívico exige a las escuelas no enseñar nada más allá que vaya de las que dicen son las tres reglas básicas: lectura, escritura y aritmética. Todo lo que vaya más allá de ese mínimo constituye un exceso ilegítimo de la autoridad política.

Su atractivo básico podría residir en su fuerza integradora de los horizontes culturales diferentes y opuestos. En tanto que es una opción que no se pronuncia sobre la valoración del fenómeno de la multiculturalidad en la escuela, parecería que los potenciales enfrentamientos en este plano quedarían al margen de la educación (cuyos contenidos, por ser mínimos, no le permiten afrontar esos retos). El fenómeno deberá ser abordado por

otras vías político-legislativas, pero no por el sistema educativo. Sus defensores argumentarían que al minimizar el componente cívico en la escuela, se puede resolver el problema de cómo lograr el consenso acerca de la educación cívica en condiciones de pluralismo (ya que ese pluralismo acarrea visiones distintas de civismo, el derivado cada uno de su propia cultura). Desterrado el debate de la escuela, no será necesario lograr un consenso hartamente difícil en un clima de profunda heterogeneidad cultural, a riesgo de que cada grupo quisiera imponer su propia visión al respecto.

El problema que encuentro es que la noción de neutralidad que predica el minimalismo cívico impide al Estado tomar partido por una defensa de los propios valores encarnados por ese Estado. Para los defensores de una educación así concebida, cualquier atisbo de formación en valores no puede tener cabida en el sistema educativo, no ya los valores concretos de una determinada ética privada (que el principio de laicidad proscibiría), sino tampoco educar en los valores desprendidos de su ética pública, aun siendo esta democrática, liberal y laica.

Por su parte, la educación democrática sostiene que una condición necesaria para una educación cívica adecuada es promover las aptitudes y los valores propios de una ciudadanía igualmente democrática. Esto es, una educación que defienda no solo un mínimo cívico, sino que tutele las habilidades y los valores contenidos y desprendidos del entero ordenamiento jurídico sobre los que se asienta esa opción educativa. La educación democrática —señala su defensora, la profesora Guttman (2001)— concede a los ciudadanos «la posibilidad de interpretar los requisitos de la educación cívica, en coherencia con el respeto por sus derechos. Es decir, permite a los ciudadanos exigir *más* que el mínimo de educación cívica» (p. 359).

Me parece que de las dos alternativas nos inclinamos, más bien, por un tipo de educación que va más allá del mínimo. La profesora Martha C. Nussbaum (2020) mantiene una tesis similar cuando, en su última obra recientemente publicada, incluye la educación

en la lista de capacidades humanas centrales que una nación debe garantizar hasta un umbral mínimo para poder reclamarse justa:

Poder utilizar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de un modo «verdaderamente humano», un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica. (p. 258)

### 3. CONTENIDO Y OBJETIVOS

A nadie se le ocurriría desdeñar la importancia que tiene la educación de los individuos en una sociedad abierta, libre y democrática. Se trata de propiciar las condiciones para que los ciudadanos y las ciudadanas de un país realicen con autonomía, dignidad e igualdad de oportunidades su plan de vida y participen efectivamente en la vida pública.

Por no reiterar el consabido desarrollo histórico del concepto de ciudadanía, baste señalar, a los efectos que aquí interesan, que uno de los problemas actuales que acucia a nuestras sociedades es el de la convivencia entre personas procedentes de horizontes culturales distintos y los retos que plantea el pluralismo y la diversidad (afectivo-sexual, empoderamiento de la mujer, modelos familiares).

En esa tarea la educación es un elemento indispensable, porque la ciudadanía conlleva una forma en sí de entender la convivencia y la organización social, sus valores, sus principios, sus derechos y sus procedimientos. Todo un engranaje de elementos que se insertan en la sociedad en la que vivimos, y que la articulan y dan forma, cuyo conocimiento es necesario para participar efectivamente en ese marco de interrelaciones. Con meridiana claridad lo ha expresado también la profesora Nussbaum (2010):

Las instituciones educativas tienen una tarea importante y urgente: inculcar en los alumnos la capacidad de concebirse como integrantes de una nación heterogénea (como lo son todas las

naciones modernas) y de un mundo aún más heterogéneo, así como la facultad de comprender, al menos en parte, la historia y las características de los diversos grupos que habitan este planeta. (p. 114)

La Educación para la Ciudadanía persigue precisamente el fomento de esas condiciones de integración social y el cultivo de los valores democráticos. En esa línea señalaba el profesor Gregorio Peces-Barba (2007):

La Educación para la Ciudadanía debe ser conectada con la necesidad de contar con un sustrato de cultura cívica y política capaz de dar sustento a la estabilidad del sistema democrático. La cultura cívica y política puede ser entendida como el conjunto de valores y actitudes que orientan la conducta política y las evaluaciones que el ciudadano puede hacer de los agentes e instituciones políticas. La cultura cívica y política está pensada para funcionar en el marco de un sistema democrático. El ciudadano del que hablamos no es un observador pasivo de la política, sino su máximo sujeto. Por ello, la Educación para la Ciudadanía ha de pretender ayudar a lograr ciudadanos libres, críticos, responsables y comprometidos. (p. 24)

¿Cómo se materializa este objetivo? Los contenidos de tal asignatura son los que responden a esa cultura cívico-política de base democrática. Si el papel que se atribuye a los ciudadanos de ser los máximos protagonistas de la vida política es capaz de ser ejercido sin la formación que esa tarea requiere, la asignatura Educación para la Ciudadanía no sería necesaria. Si, por el contrario, nuestra respuesta fuera algo más pesimista, y cuestionamos que como ciudadanos no estamos capacitados de antemano para participar de modo tal como el sistema democrático nos requiere, quizás la asignatura sí tenga alguna misión que cumplir. La democracia necesita formar ciudadanos. Y necesita de la educación porque la ciudadanía es una actividad que no se nace sabiendo ejercer. Si vivimos en democracias deliberativas hay que enseñar a deliberar. «Todo aquello que no tenemos al nacer pero que necesitamos para vivir —le decía Rousseau a *Emilio*— nos es dado

por la educación» (2005, p. 38). Se trata de favorecer —siguiendo también en este punto a Stuart Mill— el desenvolvimiento de la individualidad.

Concretando, los contenidos se estructurarían en torno a cuatro bloques: (1) los valores comunes; (2) derecho a la diferencia y de los valores correspondientes siempre que no entren en contradicción con los primeros; (3) instituciones, instrumentos de participación y resolución de conflictos en democracia; y (4) ética pública derivada de los bloques anteriores. Solo realizaré algunas puntualizaciones que me parecen interesantes en torno a cada bloque, ya que estos contenidos no requieren más explicaciones que las que ya de sobra son conocidas por todos.

Considero que el primer bloque de contenidos está integrado por los valores comunes que desde el consenso constitucional nos hemos dado para que rijan nuestra convivencia de forma pacífica y democrática: la dignidad de la persona, los derechos humanos y, en definitiva, los principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento: la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes para la formación de la conciencia y el derecho a su libre desarrollo. Es el descubrimiento de nuestra propia *mismidad*, de lo que somos y de lo que podemos llegar a ser. De ahí que el objetivo nuclear de la educación no sea otro que aportar al educando todos los elementos que le permitan descubrirse a sí mismo, sus posibilidades y sus límites para estar en condiciones de elegir el plan de vida que desee en desarrollo de su personalidad. Y la conciencia del alumno o de la alumna, como ha señalado acertadamente el profesor Dionisio Llamazares (2009):

no es propiedad ni del Estado, ni de la sociedad, ni de la escuela; ni siquiera de los padres. Las obligaciones de los padres, de la sociedad, de la escuela y del Estado son instrumentales al servicio de la libre formación de la conciencia, quedando radicalmente excluida cualquier forma de clonación intelectual o espiritual. La conciencia como percepción de sí mismo y de su entorno es el punto de referencia de toda educación, no para formarla y

modelarla desde fuera (familia o escuela), sino para poner a disposición de la persona todos los saberes, todos los datos y todos los instrumentos que le permitan descubrirse a sí misma. (p. 98)

El segundo bloque de contenidos, relativo al respeto a la diferencia, requerirá nuestros mayores esfuerzos para afianzar el reconocimiento, no ya hacia el culturalmente cercano, sino hacia el diametralmente opuesto. Y aquí la mayor fuente de diferencia (a veces insalvable), generadora de conflictos, suele ser la religión. Cuestión distinta es si esa diferencia puede encontrar acomodo en nuestro marco democrático o no, por no ser respetuosa con los valores que este consagra y debemos ser intolerantes con lo intolerable por atentar contra los valores más intrínsecos de la dignidad humana. Pues como apostilla el profesor Llamazares (2009), el respeto a los valores diferenciales está supeditado a que «no sean contradictorios con los comunes» (p. 91).

Con los principios democráticos de convivencia y las instituciones que conforman el tercer bloque de contenidos, me refiero no únicamente a que los alumnos y las alumnas conozcan las instituciones (las Jornadas de Puertas Abiertas y visitas a las sedes de organismos oficiales pueden ayudar), sino también a que aprendan las normas y las instituciones inspiradas en los principios y los valores superiores del ordenamiento.

Derivado de todo lo anterior, el cuarto bloque coincide con la ética pública que, entendida en la definición que de la misma da el Tribunal Constitucional español, es el «común ético de una sociedad acogido por el Derecho» (Sentencia del Tribunal Constitucional de España núm. 62/1982). Así configurada, en esa moral pública tienen cabida tanto los valores y los principios constitucionales que nos hemos comprometido a respetar y las normas morales comunes a todo código particular, religioso o no, siempre que no entren en contradicción con aquel consenso democrático.

## 4. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

### 4.1. ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL

Ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos se fijó la importancia capital de la educación en el desarrollo de la persona. En su preámbulo se cita el «desconocimiento» como causa de ofensa a la dignidad humana. La propia declaración afirma:

como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales.

En su art. 26.2 podemos leer:

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Tras la Declaración Universal de Derechos Humanos se sucedieron múltiples documentos y recomendaciones de organismos internacionales dirigidos de forma unánime al fomento de la educación en derechos humanos<sup>1</sup>. Lógicamente tales textos

---

1 Desde la Unesco se elaboraron dos importantes textos: por un lado, la «Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales, así como la educación relativa a los derechos humanos y las libertades internacionales», de 1974 (a partir del cual surgió el «Plan de Acción Mundial para la Educación en los Derechos Humanos y en la Democracia», en 1993 en Montreal, y el «Plan de Acción Integrado» de la Conferencia Internacional de Ministros de Educación de 1994); por otro lado, el texto «Educación para la paz, los Derechos Humanos, la democracia, el entendimiento internacional y la tolerancia», en 1995. Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos

despliegan un valor hermenéutico de vital importancia para inspirar cualquier medida que se deba adoptar en estos ámbitos, aunque muchos de ellos carecen del valor vinculante deseable.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.1), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 29.1) y el Protocolo Adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 2) mantienen un denominador común: todos ellos reconocen que el objetivo de la educación es la dignidad de la persona y el máximo desarrollo de la personalidad hasta el máximo de sus posibilidades, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la comprensión, la tolerancia y la amistad entre los pueblos y los grupos étnicos o religiosos, la paz, el respeto al diferente, de uno mismo y de la propia identidad y de la identidad de los otros, la participación responsable en una sociedad libre y el respeto del medio ambiente natural.

Centrándonos en el caso español, la clave nos la aporta el art. 27 de la Constitución (en adelante, CE), cuya regulación legal y la abundante jurisprudencia constitucional sobre la materia nos ofrecen la configuración de este derecho fundamental. En el citado precepto se consagra, en su apartado primero, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza como consecuencias ineludibles del derecho de libertad de conciencia (art. 16.1 CE) en relación con el art. 10.1 CE; y en su apartado segundo se enuncia como objeto que debe perseguir la educación «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

Nuestro supremo intérprete de la Constitución se ha encargado de perfilar los límites y los contenidos de este derecho a la educación, y ya desde la temprana STC 5/1981 postuló que «la

---

(1993) adoptó la «Declaración y el Programa de Acción de Viena» considerando «la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos indispensables para establecer y promover relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz». La ONU declaró el decenio 1995-2004 «para la educación en la esfera de los derechos humanos».

enseñanza ha de servir a determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva». Sería erróneo pensar que se cumple con el mandato constitucional impartiendo esta enseñanza con carácter disperso y transversal, ya que la experiencia ha demostrado que esta solución era manifiestamente insuficiente. Se hace necesaria la creación de una materia autónoma y obligatoria para todos los alumnos, lo que no impide que ambas fórmulas (transversalidad y asignatura autónoma) sean complementarias y necesiten la una de la otra. Por tanto, la Educación para la Ciudadanía no solo no es inconstitucional, sino que responde a un mandato constitucional. Esto es, la educación en los valores democráticos no solo tendría cabida en nuestro texto constitucional, sino que es ordenada por este su impartición<sup>2</sup>.

## 4.2. LAICIDAD, SISTEMA EDUCATIVO Y EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

Como principio por el que se deben regir las relaciones entre el Estado y las confesiones, la consagración de la laicidad es la opción por un modelo religiosamente neutral, que no emite juicio alguno sobre las creencias de sus ciudadanos. Pero que sí valora positivamente la libertad religiosa como derecho fundamental (rechazo del laicismo), a través del cual los ciudadanos puedan optar por abrazar cualquier creencia o ninguna.

La laicidad es un principio insoslayable, *conditio sine qua non*, de la libertad de conciencia. No es posible el ejercicio pleno de la libertad de conciencia si no existe una condición previa de laicidad. En la Constitución española la laicidad aparece recogida en

2 En los últimos años ha proliferado la bibliografía en torno a las posibilidades de la formación cívica así como el análisis de las experiencias ensayadas en la comunidad internacional: Cotino (2000), Llamazares (1995, 2005), Cámara (1988), Lucas (1995), Ruiz (2007), Martín (2006). Sobre la experiencia internacional ver: Cimbalo (2005), Celador (2003).

el art. 16.3 bajo la confusa afirmación de que «ninguna confesión tendrá carácter estatal»<sup>3</sup>.

Este modelo por el que opta la Constitución española acoge los dos principios definidores de la laicidad: la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, consecuencia de su no identificación con las creencias religiosas de sus ciudadanos, y la neutralidad con respecto a ellas. Y cabe añadir un tercer principio informador de la laicidad, algo contradictorio —pero no voy a entrar en ello—, que es el de cooperación con las diferentes confesiones religiosas que «es compatible con una consideración favorable de ciertas confesiones que se debe traducir en formas de ayudas promocionales y prestacionales» (Ruiz, 2020, p. 179). De estas notas caracterizadoras interesa destacar lo siguiente.

Esa separación conlleva la garantía de independencia entre los poderes del Estado y los poderes de la confesión religiosa (mutua independencia): (I) el Estado no puede tomar decisión alguna dentro de sus competencias motivada o fundada en creencias religiosas; (II) el Estado ha de asegurar la autonomía interna de las confesiones religiosas y no se ha de inmiscuir en los asuntos internos de estas, salvo que así lo exija la protección y el aseguramiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos; y (III) las confesiones religiosas no pueden ser ni equiparadas ni constituidas como instituciones públicas; es decir, no forman parte del aparato estatal.

De esta laicidad, entendida como separación y neutralidad, se desprenden los principios inspiradores que deben regir la tarea

---

3 El término «laicidad» tardó en generalizarse y en usarse tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente porque se temía su confusión con el laicismo. De hecho, se prefería la apostilla de «estado no confesional» y la de «estado aconfesional». La primera vez que el Tribunal Constitucional utilizó el término «laicidad» fue en la STC 46/2001, de 15 de febrero, en la cual habla del Estado español y de la laicidad positiva de este. El objetivo del empleo de este adjetivo («positiva») se desprende de la sentencia para no confundir la laicidad con el laicismo; y también poner de relieve que la laicidad consagrada en España es compatible con la cooperación (es decir: que no es la laicidad francesa).

formativa en Educación para la Ciudadanía y que, a su vez, inhiben el riesgo de su sectarismo y adoctrinamiento. La laicidad imprime en esta asignatura —como diría Bobbio (2005)— más un método o forma de trabajar que un contenido exacto (pp. 147-149). El espíritu laico no sería tanto como un nuevo contenido a enseñar, sino la condición para poder enseñar todos los contenidos culturales posibles. Pero no caigamos en el equívoco de considerar esta separación y neutralidad como ausencia de toda moral que el Estado deba defender o la imposibilidad de mostrarse beligerante contra aquello que la perturbe. Ni la separación ni la neutralidad convierten al Estado en un ente axiológicamente vacío. El Estado no es solo sujeto pasivo sometido a la moral pública y está obligado a respetarla, sino que es también por mandato constitucional el encargado de hacerla respetar.

Ante la aseveración de que el Estado no puede o no debe tener moral alguna<sup>4</sup>, consecuencia derivada de su laicidad, el parecer contrario se dirigiría a mantener que, lejos de carecer de toda moral, tiene la proveniente de los principios y valores constitucionales supremos en los que se expresa y concreta el mínimo común ético de una sociedad determinada. Su moral *pública* no puede ser otra que la consecuentemente derivada de la defensa del sistema democrático de derecho.

Junto a esta caracterización de la laicidad, aparecen otros presupuestos que configuran y forman parte del sistema educativo. Como manifestación de la libertad de enseñanza, aquella actividad sistemática encaminada a la transmisión de un cuerpo de

---

4 El derecho y el Estado «no encarnan valores morales —dice Ferrajoli (2010)—, ni tienen la tarea de afirmar, de sostener o de reforzar la (o bien una determinada) moral o una determinada cultura, religión o ideología, ni siquiera de tipo laico o civil [...] porque la adhesión a dichos valores —incluso a los valores políticos de la democracia— no pueden imponerse a la conciencia moral de manera coactiva» (pp. 135 y 139). También esta postura la comparte el profesor Prieto Sanchís (2010) cuando afirma que «la laicidad supone que las instituciones públicas no hacen suya ninguna concreta opción de las muchas que concurren al debate de una sociedad pluralista y, sobre todo, supone también que el Derecho y el Estado, irremediabilmente coactivos, no son generadores de ninguna ética particular» (p. 255).

conocimientos y valores, encontramos tres derechos que se desgajan de aquella: (1) derecho de creación de centros docentes; (2) libertad de cátedra; y (3) derecho de los padres para elegir aquella formación religiosa y moral para sus hijos más conforme a sus propias convicciones. En cualquiera de esta triple manifestación, nos encontramos ante derechos que son proyección del derecho de libertad de conciencia de los distintos titulares que lo ostentan: libertad de conciencia del director del centro; libertad de conciencia del docente; y libertad de conciencia de los progenitores, respectivamente.

En relación con la libertad de creación de centros docentes (art. 27.2 CE), nuestro foco de atención debe situarse en la articulación de la relación entre el *ideario* de aquel y la impartición de la asignatura Educación para la Ciudadanía. Huelga decir que aquel documento rector, que informa a la entera acción educativa, debe respetar y tener como límites los principios y los valores constitucionales. De ahí que, en lugar de acomodar el currículo de dicha asignatura al ideario propio, es precisamente este el que ha de acomodarse a los contenidos de Educación para la Ciudadanía, en tanto que valedora de los principios constitucionales en los que también debe estar inspirado aquel ideario. O, dicho de otro modo, si la exposición de los contenidos de la asignatura Educación para la Ciudadanía han de ser expuestos de forma objetiva, neutral y científica, esos mismos principios han de ser respetados en la acomodación del ideario del colegio.

La libertad de cátedra<sup>5</sup>, reconocida en el art. 20.1.c CE, siguiendo la concepción francesa, se configura como una prolongación de la libertad de conciencia del profesor o de la profesora en el ejercicio de su función docente. El ejercicio de este derecho exige de su titular el denominado *deber de reserva*: la contención de la propia conciencia con el objeto de no lesionar el derecho de libertad de conciencia del alumnado. Con relación a los centros docentes privados, ya afirmó el Tribunal Constitucional español que lo

---

5 Un estudio en profundidad se puede encontrar en Oscar Celador Angón (2007).

que se impide a sus profesores es atacar, con ataques directos o solapados, el ideario del centro, pero no se les impone su obligación de compartir su inspiración<sup>6</sup>. Con respecto a los centros públicos, encontramos un doble contenido de la libertad de cátedra: desde un punto de vista negativo, al docente no se le va poder imponer que adecúe su enseñanza a una doctrina o a una ideología oficial. Este aspecto negativo impide, en definitiva, el adoctrinamiento. Desde un punto de vista positivo, la libertad de cátedra en centros públicos faculta al profesor a orientar su enseñanza de acuerdo con sus propias convicciones, pero teniendo en cuenta que esta libertad de cátedra (por el *deber de reserva* que la limita) deberá graduarse en función del nivel educativo en que se imparta la docencia. El objetivo de esta graduación de la libertad de cátedra del docente es asegurar el respeto al derecho a la libre formación de conciencia de sus alumnos, además de la neutralidad religiosa e ideológica de la educación.

Motivo de fuertes disputas ha sido la posibilidad de armonizar la existencia de esta asignatura que, al ser de impartición obligatoria, podría encontrar fricciones con el derecho de los titulares de la patria potestad a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral conforme a sus convicciones, que consagra el art. 27.3 CE<sup>7</sup>. Este derecho, recogido por primera vez en el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, consagra dos derechos diferentes: de un lado, el derecho de los padres de elegir para sus hijos escuelas diferentes de las escuelas públicas<sup>8</sup>; de otro, el derecho de los padres de elegir

6 Sentencia del Tribunal Constitucional de España núm. 5/1981.

7 «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

8 De ello no se puede derivar la obligación del Estado de satisfacer todas las aspiraciones de acomodación de la enseñanza a las convicciones concretas de todos los padres, cualquiera que sea su ideología, porque sencillamente sería una pretensión imposible: «sería tanto como exigir la existencia de cientos, miles o millones de colegios, tantos cuantos progenitores con ideas religiosas o morales distintas existan en una localidad determinada» (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 24 de junio de 1994).

la formación religiosa y moral para sus hijos que consideren conveniente<sup>9</sup>. Ambos derechos no pueden ser confundidos, son independientes y autónomos, aunque íntimamente relacionados.

Tras un largo recorrido de pronunciamientos jurisprudenciales en el panorama internacional<sup>10</sup>, que han sido asimilados y confirmados por los Tribunales nacionales, la doctrina que ha servido para moldear y configurar estos derechos podría sintetizarse así:

(a) La elaboración de los planes de estudio es competencia del Estado.

(b) En los planes de estudio el Estado puede incluir como materia curricular la Ética o la Religión.

(c) Si se incluye alguna de ellas, caben dos posibilidades cruzadas: que se configure dicha asignatura (Ética o Religión) como optativa u obligatoria o que sea una asignatura de contenidos científicos o confesionales.

(d) Si la asignatura es confesional, debe ser configurada como optativa o permitirse la objeción de conciencia a cursarla, liberando a aquellos alumnos que tengan convicciones que choquen con las doctrinas que se imparten en ella.

---

9 Lo que supone que «la actitud positiva del Estado social de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas y a remover los obstáculos que dificulten su plenitud (art. 9.2 CE), lo único que abre, como mucho, es la legitimidad, que no la obligatoriedad, de la presencia de la enseñanza confesional de una determinada religión o creencia» (Llamazares, 2009, p. 144). En definitiva, no es exigible de los poderes públicos «una plena acomodación de los sistemas educativos —de cuya elaboración son competencia las autoridades nacionales— a las creencias de los padres, sino que únicamente se prohíbe al Estado perseguir un fin de adoctrinamiento en la organización del sistema educativo» (Valerio, 2004, p. 53).

10 La importante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia fue apuntada desde su sentencia *Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen v. Denmark*, de 7 de diciembre de 1976, en la que ya se reconocía la competencia del Estado para incluir en las materias curriculares contenidos morales si lo considera necesario para la formación de buenos ciudadanos en el pluralismo y la democracia. Parecer que fue corroborado, en el caso español, por la STEDH en el caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, de 25 de mayo de 2000.

(e) Si se configura como obligatoria, en atención al principio de neutralidad, la materia debe ser impartida de forma neutral, objetiva y científica; en cuyo caso no tiene cabida la objeción de conciencia, pues es inexistente la contradicción entre convicciones del alumno y el sistema educativo.

En definitiva, es competencia del Estado la formulación de los planes de estudio, en la que se incluye la potestad de regular una asignatura curricular obligatoria para el estudio de contenidos relacionados con la ética o la religión. Ahora bien, con la exclusión, claro está, de cualquier atisbo de adoctrinamiento o sectarismo. Solo la enseñanza objetiva, crítica y neutral tiene cabida en la enseñanza pública; de lo contrario, deberemos servirnos de las herramientas que nos ofrece el Estado democrático para articular y preservar de modo respetuoso todos los derechos en juego.

Como corolario de lo anterior, y seguramente en defensa de esa neutralidad de la enseñanza, el principio de participación educativa supone el filtro y el control que impide el adoctrinamiento. Así, la participación contenida en el art. 27.5 CE<sup>11</sup> configura una actividad de asesoramiento que se despliega a través de los Consejos Escolares estatal y autonómicos. La participación recogida en el art 27.7 CE<sup>12</sup> es una intervención de carácter ejecutivo y de supervisión. Se consigue a través de la adopción de decisiones por parte de padres, alumnos y profesores y su impronta en la acción del centro escolar (Laturia, 2006). Junto a ellos, se sitúan los órganos de control (Dirección, Inspección Educativa y Alta Inspección), dependientes de las administraciones públicas, y a los que se les encomienda la tarea de velar por el cumplimiento de la legalidad vigente por parte de los agentes educativos, pudiendo los padres poner en conocimiento de la Inspección cualquier

---

11 «Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes».

12 «Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos».

anomalía que observen en relación con la observancia de la neutralidad por los profesores y por los centros.

## 5. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Seguramente uno de los derechos más primarios del ser humano, ligado indisolublemente a su condición de ser racional, sea aquel que corresponde a toda persona para escoger o elaborar por sí misma la respuesta que le parezca más convincente ante los interrogantes que le plantea su vida personal para su autorrealización, a comportarse sobre la base de esas respuestas y manifestarlas en su entorno. En eso consiste la libertad de conciencia<sup>13</sup>. Una libertad que alcanza su verdadera virtualidad cuando no permanece únicamente en el foro interno del individuo, sino que adquiere una dimensión plenamente social en la que goza de una garantía frente a las coacciones e interferencias externas que alguien pudiera sufrir por manifestar o comportarse en función de esas creencias<sup>14</sup>.

Resultaría imposible ensayar un catálogo completo de la infinidad de conductas que se podrían adscribir como contenido de tal derecho fundamental (art. 16.1 CE). Pues infinitas son las modalidades de ejercicio de la libertad de conciencia, las potenciales conductas que se pueden amparar en el legítimo ejercicio de la conciencia, como ilimitadas pueden ser las creencias mantenidas por los individuos. El contenido del derecho termina siendo configurado por las veces en que se le hace primar sobre otro, por las situaciones de conflicto que pueda originar con otro derecho con el que rivaliza. En tanto que no surgiera el conflicto

---

13 Es común encontrar, junto a la libertad de conciencia, la consagración de las libertades de pensamiento y religión. Tal y como observamos en la DUDH, en el PDCP (art. 18) y en el Convenio Europeo de 1950 (art. 9).

14 El Tribunal Constitucional español ha aseverado con rotundidad que «la libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma» (Sentencia del Tribunal Constitucional de España núm. 15/1982).

entre la libertad de conciencia y otro derecho o bien constitucional, la cuestión reviste tintes bastante pacíficos. Es cuando encontramos razones en contra de su justificación o a favor de su limitación, cuando la libertad de conciencia empieza a plantear mayores problemas de interpretación. Son estas situaciones las que constituyen el marco de la objeción de conciencia. En el derecho de un Estado democrático, donde deben abundar las normas permisivas, toda limitación de la libertad debe tener fundamento suficiente que justifique su legítimo sacrificio en pro de otro derecho que, dado el caso, se estima de mayor interés. En el establecimiento de esas normas imperativas que afectan a la esfera de la libertad de conciencia, se debe

dejar abierta la posibilidad de que la propia ley exima al destinatario de esa obligación o prohibición en los supuestos en los que genere una auténtica contradicción con la norma en conciencia; la ley y en su caso la moral pública ceden ante la norma moral en conciencia. (Llamazares, 2009, p. 159)

La objeción de conciencia se produce en el caso de que la norma jurídica obligue a hacer algo que la conciencia considera como prohibido o si la norma jurídica prohíbe algo que la norma de conciencia impone como obligatorio. Así las cosas, resultaría no poco paradójico encontrar una contradicción entre moral pública y moral privada cuando a la primera se le supone ser el común denominador de los códigos morales privados. Es decir, si las normas imperativas contenidas en la moral pública son las procedentes del pacto constitucional y son comunes a los códigos morales privados, ¿cómo las normas que estos nos dicten en conciencia van a ser contrarias a la moral pública que tiene su origen en ellos?

En estos casos la contradicción parece impensable, pues las normas imperativas de la moral pública son las mínimas y, las que son, lo son comunes a las morales privadas; ni es pensable, pues, que entre en contradicción la conciencia con la enseñanza de esa moralidad pública, contenida en el consenso constitucional. La contradicción solo puede originarse cuando de cada código

(moral y público) se imponen imperativamente dos mandatos respectivos de orden opuesta. Solo entonces el conflicto se salda en el sentido de que la moral privada cede ante la moral pública que está contenida en el pacto constitucional y es fruto del consenso como condición para la convivencia pacífica y mutuamente enriquecedora.

Ante el interrogante de si es posible la objeción de conciencia en relación con las normas morales derivadas de los valores supremos constitucionales o, en otras palabras, si es constitucionalmente admisible una moral privada, religiosa o no, que entre en contradicción con tales valores, la respuesta debe ser decididamente negativa, pues las normas morales privadas no incluidas en ese mínimo común ético que es la moral pública, si contradicen a los valores supremos constitucionales, deben ser expulsadas del ordenamiento como contenido de la enseñanza pública.

Debemos advertir que los supuestos que pudiéramos imaginar se inscriben tanto en relaciones de derecho público como de derecho privado: en ocasiones, el deber jurídico frente al que se objeta procede de una ley del Estado que impone obligaciones de carácter general; otras veces, el deber se origina en una relación singular, contractual o estatutaria. Aun cuando el enfoque al abordar ambas categorías no puede ser el mismo, por las peculiaridades que reviste cada realidad, sí cabe señalar que el reconocimiento (expreso o no) de la posibilidad misma de objetar en todas las modalidades que se nos planteen se puede reconducir, en definitiva, a la concepción que se mantenga a propósito de la libertad de conciencia: la cuestión a dilucidar es si el derecho fundamental a la libertad de conciencia ofrece por sí solo cobertura suficiente y bastante para amparar el derecho del objetor sin necesidad de reconocérselo expresamente; o si, por el contrario, la posibilidad de enervar la objeción reclama en todo caso un reconocimiento expreso y particular en la ley.

Es verdad que el Tribunal Constitucional español ha afirmado que la objeción de conciencia forma parte integrante del

contenido de libertad de conciencia<sup>15</sup>, pero también se ha referido a la inexistencia de un reconocimiento general de la objeción de conciencia que opere con eficacia liberadora de la obligación impuesta por la ley. De lo que no cabe duda es de que ambos derechos (libertad y objeción de conciencia) mantienen nexos de conexión indisolubles que los mantienen estrechamente conectados<sup>16</sup>. Desde esta perspectiva, hay que distinguir entre conexión lógica y conexión jurídica. De acuerdo con la primera es sostenible la afirmación de que la objeción de conciencia está contenida en el concepto del derecho de libertad de conciencia<sup>17</sup>, pero la conexión desde el punto de vista jurídico no es de inclusión sino de fundamentación. La objeción de conciencia, como liberación excepcional del cumplimiento de una obligación general, no como derecho a comportarse de acuerdo con la propia conciencia y a no ser obligado a comportarse en contra, tiene su fundamento jurídico en el derecho de libertad de conciencia, pero no forma parte de su contenido. De ahí la necesidad de su reconocimiento expreso por la propia Constitución o por la ley.

La posibilidad de un derecho general a la objeción de conciencia<sup>18</sup> la inaugura en España la STC 15/1982, que sugirió que «puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica [...] puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española». Ello implicaría la no necesidad de la *interpositio legislatoris* para el reconocimiento de tal derecho. Ahora bien, el Tribunal Constitucional español se

---

15 Sentencia del Tribunal Constitucional de España núm. 53/1985.

16 Sentencia del Tribunal Constitucional de España núm. 12/1985.

17 El Prof. Prieto Sanchís (2013) se muestra rotundo al afirmar que «la objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia en caso de conflicto, más exactamente, como la situación en que se halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio encuentran frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa» (p. 279).

18 Sobre un derecho general a la objeción de conciencia, se puede leer una defensa rigurosa en Marina Gascón Abellán (1990, pp. 255-ss.). También tesis similares se encuentran en Luis Prieto Sanchís (2003, pp. 217-ss.).

pronunció con ocasión de una determinada objeción como es la reconocida en el art. 30 CE, la objeción al cumplimiento del servicio militar. Único supuesto al que expresamente alude el art. 53 CE, es decir, que el Tribunal Constitucional se está refiriendo a un supuesto de objeción que ya está expresamente reconocido en la Constitución, por lo que no es necesaria la norma de desarrollo. Lo que sí se cuestiona para el goce efectivo en el resto de supuestos.

La manifiesta disparidad interpretativa en el Tribunal Constitucional parece haberse saldado, finalmente, con el sacrificio del derecho genérico a la objeción. Las últimas sentencias parecen optar por negar que exista un derecho general a objetar siempre y en todos los casos en que el sujeto invoque su libertad de conciencia. No procede, pues, ningún reconocimiento en tanto el legislador no dicte una regla clara y concluyente. Disquisiciones que también se hicieron patentes en el Tribunal Supremo. Pese a las divagaciones y cambios de criterios jurisprudenciales, la sentencia dictada por su Sala III el 11 de febrero de 2009, relativa a la objeción contra la asignatura de Educación para la Ciudadanía, fue clara al respecto: «la Constitución española no proclama un derecho a la objeción de conciencia de alcance general [...]. Nada impide al legislador ordinario reconocer la posibilidad de dispensar por razones de conciencia a determinados deberes jurídicos». Si la Ley educativa carece de fórmula alguna a través de la cual se reconozca un derecho a la objeción de conciencia a recibir la enseñanza de la asignatura en cuestión, esta resulta ser obligatoria sin excepción alguna.

El debate doctrinal es mucho más extenso e interesante, pero si lo aquí reseñado lo aplicamos a la objeción a cursar la asignatura Educación para la Ciudadanía, la conclusión que resulta del análisis legal y jurisprudencial —no exenta de duda y lecturas discrepantes— parecería evidenciar que estamos ante una obligación de carácter general que tiene por destinatarios directos a los titulares del derecho a la educación e indirectamente, como representantes suyos, a los titulares de la patria potestad. Lo que en

definitiva supone que los escolares y en su representación quienes ostentan la patria potestad no son titulares del derecho a la objeción de conciencia a la asignatura Educación para la Ciudadanía, salvo que la ley lo reconociera expresamente.

## 6. VOCES CRÍTICAS

La puesta en marcha de esta asignatura contó, desde los debates parlamentarios sobre la viabilidad de su implementación, con el claro apoyo de un sector de la ciudadanía y con la animadversión y beligerante oposición de otro sector, entre los que destacaron la Conferencia Episcopal Española y el Partido Popular que, en muchas ocasiones, se mostró poco original y fiel seguidor de las presiones ejercidas por la Iglesia católica. Aludiré sumariamente a las razones que distintos sectores esgrimieron a favor o en contra de la nueva asignatura.

### 6.1. LA POSTURA DE LA IGLESIA CATÓLICA (Y OTRAS TESIS SIMILARES)

La Iglesia católica expresó con contundencia su negativa a la asignatura Educación para la Ciudadanía con argumentos que bien se podrían calificar de antidemocráticos y conservaduristas partiendo de la idea de la confesionalidad del Estado (que sencillamente ya no existe). Su postura así queda testimoniada por una evolución histórica larga, compleja e incluso tediosa, en la que la Iglesia ha mostrado su aspiración ilegítima —señala Rodríguez Uribes, profesor de Filosofía del Derecho y hoy ministro de Cultura— de convertir su ética privada en la única ética pública. Y, desde esa posición de dominio, pretende *contaminar* el derecho y la educación (Rodríguez, 2018, p. 195; 2017, pp. 35 y 197).

La Conferencia Episcopal Española criticó el adoctrinamiento y sectarismo impuesto por los impulsores de la asignatura, ya que intentarían hacer calar en la personalidad de los alumnos los objetivos ideológicos más afines a sus posturas políticas. Frente

a este tipo de críticas se ha de contestar, como ya hemos venido aludiendo, que un Estado de derecho democrático tiene ante sus tareas y deberes la de (pre)ocuparse, desde la escuela, por formar ciudadanos democráticos, en un sentido abierto y plural, de la misma manera en que debe velar por una formación científica que prepare para el desempeño de las distintas profesiones. Que el Estado vele por la formación en los valores de una educación democrática para la ciudadanía no significa, en ningún caso, que tenga ningún monopolio al respecto. El Estado comparte con otros agentes sociales esa tarea formativa, sin que sea la escuela la única a la que se le encomiende tan capital misión. Es una formación continua que no se la puede arrogar en exclusiva nadie. Y menos

quienes tienen por profesión justamente adoctrinar —crítica duramente el Prof. Llamazares (2009)—, ahí está la historia para demostrar esto hasta la saciedad o la educación en la doctrina católica a quienes todavía no tienen madurez crítica alguna poniendo en grave riesgo el derecho a la libertad en la formación de la propia conciencia. (p. 33)

Otro aspecto que está mal introducido en el debate por parte de los sectores críticos es el que tiene que ver con la oportunidad de esta materia, cuando la presentan como una ocurrencia de las autoridades educativas españolas actuales con finalidades de carácter político. Esta crítica no se sostiene, porque parte del hecho de que se está ignorando, u ocultando, que la propuesta del Ministerio de Educación ni es enteramente nueva ni, desde luego, original. No es novedosa en nuestro sistema educativo, pues la educación en valores siempre se ha concebido, aunque fuera de modo transversal (quizás su configuración como asignatura autónoma sí haya sido su aspecto más novedoso), ni tampoco es una preocupación ajena a los documentos y los textos internacionales. También interesa mencionar que no es la primera vez que en una reforma educativa en España se introducen estos asuntos en el currículo escolar. Hay quien, de manera precipitada y malintencionada, ha recordado como precedente la asignatura

franquista Formación del Espíritu Nacional. Creo que la mera descontextualización temporal e ideológica de uno y otro caso están lejos de permitirnos realizar una comparativa fiable entre un régimen dictatorial y una asignatura como Educación para la Ciudadanía impartida en un sistema democrático.

## 6.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y TEÓRICAS

Más sólidas y mejor fundamentadas se encuentran las posturas de algunos intelectuales y académicos que en diferentes ocasiones han mostrado su desconfianza por la asignatura Educación para la Ciudadanía. Más que mantener una actitud abiertamente combativa lo que hacen es priorizar el riesgo potencial que entraña la materia. No expresan un profundo rechazo sobre ella, sino que alzan la voz de alerta tratando de avisar de los peligros y las vicisitudes que puede acarrear una asignatura así.

De «exuberancia axiológica» habla el catedrático de Filosofía del Derecho Luis Prieto cuando intenta caracterizar esta asignatura por su decidido empeño ético. Según él:

valores, principios, fines y orientaciones de formación moral aparecen de manera reiterada desde el mismo Preámbulo de la norma y, aunque formulados con un inevitable grado de abstracción y generalidad, revelan que el propósito del sistema educativo que se diseña es, tanto o más que la humilde transmisión de conocimientos, asegurar que los ciudadanos del futuro sean *buenos ciudadanos*.

Es precisamente ese empeño por formar buenos ciudadanos en los valores constitucionales que llega a oscurecer «el que siempre ha sido objetivo prioritario de la enseñanza, que es pura y llanamente la transmisión de los conocimientos».

La preocupación que nos plantea el Prof. Prieto Sanchís no es ya tanto —o no de modo principal— el contenido programático de la asignatura, sino el ánimo con que tal enseñanza se imparte. No se trata solo de que los niños y los jóvenes conozcan el marco

constitucional y legal en el que han de vivir, sino más bien de que asuman, interioricen o hagan propia una amplia constelación de valores, de que ajusten su comportamiento y sus parámetros de enjuiciamiento moral a estos. Los propósitos de Educación para la Ciudadanía «son en este sentido ideológicos: no se trata tanto de conocer como de compartir». En definitiva, esta asignatura «se presenta expresamente como una disciplina transmisora de valores y en la medida en que tales valores no son solo los constitucionales, incurre en un género de adoctrinamiento reprochable» (Prieto, 2009, pp. 214 y 217).

Participa en parte de esta preocupación el Prof. Fernández García, para quien la inclusión de contenidos ético-cívicos no supondría problema alguno si se garantiza su enseñanza con cautela, rigor y prudencia. Puesto que

no se puede evitar optar, entre las distintas opciones éticas o políticas posibles, a favor de los valores propios de una Constitución y sociedad pluralista y democrática [...]. No hay nada de incorrecto, ni reprochable en que los valores que se transmitan en la formación de los alumnos sean estos y no otros, puesto que esos son los asumidos en la Constitución.

En cambio, sí considera como un aspecto discutible y problemático el «intento de abarcar demasiadas cosas, confiriendo a la educación objetivos omnicomprensivos que van mucho más lejos de la transmisión de conocimientos» (Fernández, 2010, pp. 45-46). Pero ese peligro de extralimitación, de querer abarcarlo todo, se mantendrá alejado mientras la educación se limite a los valores constitucionales.

Otra lectura de la asignatura la obtienen académicos como el Prof. Llamazares, quien entiende que el propósito de la asignatura Educación para la Ciudadanía es claramente informativo —no formativo—, pues pone a disposición de los alumnos

tanto los conocimientos necesarios como el método que les ayude a elegir de entre las distintas alternativas posibles aquella que perciban como la más adecuada para acercar su realización

personal a su máximo posible, no imponiéndoles una solución previamente determinada heterónomamente.

Y en esta misión los profesores —para evitar convertirse en adoctrinadores— no son más que quienes «despiertan, sugieren, guían, pero el verdadero protagonista, tanto en la búsqueda de conocimientos como en asumirlos y en tomar las decisiones correspondientes, es el menor» (Llamazares, 2009, pp. 110 y 113).

Por otro lado, algunos puntos de desencuentro provienen de lo que unos cotejan como cumplimiento de un mandato constitucional y otros en clara discrepancia con el modelo neutral que rige como principio rector de la convivencia democrática. Con la fundamentación legal antes expuesta parecería que la inexistencia de esta asignatura constituiría directa y frontalmente un desacato a la Constitución, que obliga a su impartición en las aulas. El Prof. Llamazares considera esta opción no solo constitucionalmente posible, y fuera de duda de toda inconstitucionalidad, sino que responde a un mandato constitucional ya explicitado en los textos internacionales. Pero partiendo de las mismas premisas, el Prof. Prieto Sanchís (2009) llega a la tesis contraria subrayando que «ninguna formación moral, laica o religiosa, representa un imperativo constitucional» (p. 210). Advierte este catedrático de Filosofía del Derecho del riesgo de intentar encuadrar en la Constitución un determinado modelo, contrario a la neutralidad que esta parece consagrar, y por medio de un juego de palabras evitar hablar de adoctrinamiento. Cuando en realidad la asignatura es lo que persigue, pero la sociedad liberal que postulamos se aquieta ante ello, pues se llega al peligroso convencimiento de que «no hay riesgo de adoctrinamiento cuando la doctrina que se adoctrina es nuestra propia doctrina» (Prieto, 2009, p. 218).

Alertan otros profesores de la dificultad que supone evaluar y calificar una asignatura así, ya que lo que habrá que examinar no es tanto unos conocimientos adquiridos, sino que el alumno haya asumido esos valores. Lo que hay que calificar no es solo lo que el alumno sabe, sino también lo que el alumno es. Lo que conduce

inexorablemente a una especie de «democracia militante», a una especie de apego hacia el modelo que se desprende de la Constitución. Y solo si se acredita que los valores se han asumido y que el comportamiento práctico se ajusta a estos se podrá aprobar la asignatura.

## 7. CONCLUSIÓN

En los medios de comunicación abundan desgraciadamente los casos de corrupción que causan ese distanciamiento (la indignación) entre los ciudadanos y sus instituciones. Baste solo echar un vistazo a la clase política y los desoladores episodios de corrupción que inundan las noticias de actualidad. Frente a ello, es precisamente la educación una de las vías de reconstrucción de esa cultura cívica y política. Es posible que una materia como Educación para la Ciudadanía sirva, además de para que los estudiantes conozcan los principios constitucionales, sus derechos y sus deberes, para debatir críticamente y regenerar la confianza perdida en nuestras instituciones democráticas. Creo que la democracia, para alcanzar todo su potencial, que es enorme, necesita de una educación que instruya en lo que ella misma es y requiere.

El chileno Abraham Magendzo, que ha estudiado bien la educación en derechos humanos en América Latina, ha ensalzado el papel que en Perú desarrolla tanto la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos como el Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y La Paz

en el campo de la educación tanto de la Escuela —por constituir esta un espacio privilegiado de interacción personal y social y de construcción de conocimientos, en el que el maestro juega un papel fundamental— como de líderes sociales para capacitarlos como promotores de derechos humanos, democracia y participación ciudadana. (Magendzo, 2006, p. 151; ver también Magendzo, 2000, 2005)

Un sistema democrático sano y fuerte necesita de ciudadanos activos y comprometidos con sus principios participativos e institucionales. La ética de una sociedad libre no puede ser más que la ética del pluralismo, de la comunicación y discusión y, sobre todo, de la tolerancia. Pluralismo y tolerancia como no equivalentes con el todo vale o el todo vale igual. No afirmamos que las diversas creencias e ideologías puedan tener todas el mismo valor. No parte la Educación para la Ciudadanía de algún tipo de relativismo. La tolerancia presupone la creencia firme en ciertos valores. Y precisamente porque presupone la creencia en ciertos valores, la tolerancia no puede ser ilimitada, pues tales valores están ya acotando el campo de lo intolerable.

Me parece un argumento caduco, por recordar a un pasado reciente nada agradable, el sugerir que el Estado pretenda arrogarse la exclusividad de la educación moral de sus ciudadanos. Mucho me temo que algunos han intentado sucumbir ante el torticero argumento de paternalismo y perfeccionismo que se intenta inculcar a través de esta educación. Lejos de ello, es precisamente en el seno del Estado constitucional, que reconoce la libertad ideológica y religiosa y que garantiza la igualdad jurídica y el principio de no discriminación, donde es posible una educación integradora, holística y basada en el respeto a las distintas identidades. No se trata de seleccionar u orientar de antemano las elecciones de los niños y las niñas, sino que conozcan el rango más amplio posible de opciones de vida que tienen ante sí.

Los alardeados riesgos de adoctrinamiento quedarían desactivados siempre que dicha educación se circunscriba a los valores constitucionalmente consagrados y que por consenso decidimos que rigieran nuestra convivencia. La educación democrática deberá recoger todos aquellos valores y principios cuyo alcance se desprende pacíficamente de nuestras constituciones, pero solo esos. Y debe eludir todas aquellas cuestiones que en una Constitución abierta no dejan de ser opciones políticas del legislador, pero que por su carácter contingente, el Estado no debería tratar

de transmitir las en la educación, sino que al ser opciones personales de vida, como tales, deben vivirse desde el foro de la ética privada.

La Educación para la Ciudadanía debe promover la ética de los derechos humanos y facilitar aquella amistad cívica aristotélica, desterrar la polarización, la dialéctica amigo-enemigo, promover y divulgar las reglas de juego limpio, incompatibles con la corrupción. Enseñar a reflexionar, en definitiva, a ser críticos, a vivir sin ataduras impuestas, a pensar sin muletas. Aunque sea una educación moral no es ella misma moralizante. Se trata de ayudar a que los ciudadanos se acostumbren a reflexionar por sí mismos, es el *sapere aude!* tan ilustrado de Kant, que nos invita a salir de la minoría de edad. Seguramente, la Educación para la Ciudadanía —por su inspiración laica— no enseñe la fórmula de la felicidad (ni falta que hace), pero al menos nos puede hacer más aptos para perseguirla a nuestra manera. Que no es poco.

## REFERENCIAS

- Bobbio, N. (2005). Cultura laica y laicismo. *Iglesia Viva: Revista de Pensamiento Cristiano*, (222), 147-149.
- Cámara, G. (1988). *Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española*. Ministerio de Justicia.
- Celador, O. (2003). *Tolerancia y sistema educativo en Irlanda del Norte*. Universidad Carlos III de Madrid-BOE.
- Celador, O. (2007). *El derecho de libertad de cátedra. Estudio legal y jurisprudencial*. Dykinson.
- Cimbalo, G. (2005). *Derecho a la educación, educación en valores y enseñanza religiosa en países laicos*. Tirant lo Blanch.
- Cotino, L. (coord.). (2000). *Derechos y deberes y responsabilidades en la enseñanza*. Generalitat Valenciana.

- Fernández, E. (2010). Algunas aporías de la Educación para la ciudadanía. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (12), 45-46.
- Ferrajoli, L. (2010). *Laicidad del derecho y laicidad de la moral*. Trotta.
- Gascón, M. (1990). *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Guttman, A. (2001). *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Paidós.
- Laturia Navarrea, A. (2006). *El derecho a la participación educativa*. Universidad del País Vasco.
- Llamazares, D. (1995). Principios informadores del sistema educativo español. En M. A. Castro (coord.), *Educación como transmisión de valores* (pp. 29-78). The International Institute for the Sociology of Law.
- Llamazares, D. (2005). *Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español*. Tirant lo Blanch.
- Llamazares, D. (2009). *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Dykinson.
- Lucas, J. de (1995). La educación como transmisión de valores. En M. A. Castro (coord.), *Educación como transmisión de valores* (pp. 13-28). The International Institute for the Sociology of Law.
- Magendzo, A. (2000). La educación en derechos humanos en América Latina: una mirada de fin de siglo. En R. Cuellar (ed.), *Experiencias de educación en derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Magendzo, A. (2005). *Educación en derechos humanos: un desafío y una misión irrenunciable para los maestros*. Cooperativa Editorial Magisterio.
- Magendzo, A. (2006). *Educación en derechos humanos: un desafío para los docentes de hoy*. Lom Ediciones.

- Martín, I. (2006). *Una propuesta para la enseñanza de la ciudadanía democrática en España*. Fundación Alternativas.
- Nussbaum, M. C. (2010). *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Katz.
- Nussbaum, M. C. (2020). *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Paidós.
- Peces-Barba, G. (coord.). (2007). *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*. Espasa.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Prieto, L. (2009). Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia. *Persona y Derecho*, (60), 214 y 217.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta.
- Rodríguez, J. M. (2017). *Elogio de la laicidad. Hacia el estado laico: la modernidad pendiente*. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, J. M. (2018). Hacia el Estado laico. En J. de Lucas y J. M. Rodríguez Uribes (coords.), *Derechos humanos y Constitución* (pp. 191-213). Tirant lo Blanch.
- Rousseau, J.-J. (2005). *Emilio, o De la educación*. Alianza Editorial.
- Ruiz, A. (2007). Educación, escuela y ciudadanía. En A. López (coord.), *Educación en valores: ideología y religión en la escuela pública* (pp. 27-49). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz, A. (2020). *Cuestiones de principios: entre política y derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Savater, F. (1997). *El valor de educar*. Ariel.
- Valerio, A. (2004). *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*. Universitat de Valencia.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3689

## PANORAMA HISTÓRICO DE LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE PÚBLICO EN LIMA

Historical overview of public transit regulation in  
Lima

ESTEBAN POOLE FULLER

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: a20070842@pucp.edu.pe

### RESUMEN

El marco jurídico del transporte público de Lima ha experimentado, en el transcurso de su historia, una compleja evolución, al compás de los cambios en las condiciones tecnológicas, sociales y urbanas en que se ha desenvuelto. A su vez, tanto el contexto social como el marco jurídico de esta actividad han venido atravesando profundos cambios en años recientes. En tal sentido, tras varias décadas de intensa desregulación y liberalización de los servicios de transporte público, se ha adoptado un conjunto de medidas orientadas a su reorganización bajo un Sistema Integrado de Transporte (SIT), en el que se reintroduce un régimen jurídico de servicio público para la actividad. Dichos cambios, no obstante, exhiben tensiones con la persistencia de altos niveles de informalidad en los servicios de transporte público.

Dada la importancia de los cambios que se están produciendo actualmente en la regulación del transporte y la movilidad urbana de Lima, y la urgencia por ordenarlas más racionalmente, surge la necesidad de analizar el trasfondo histórico de estas dinámicas y de su marco jurídico. En vista de ello, el presente artículo pretende aportar un panorama histórico de la evolución de la regulación del transporte público en Lima desde la emisión del Reglamento Municipal de Carruajes de 1874, primer instrumento normativo de alcance general referente al transporte público en Lima, hasta la actualidad. El artículo busca contribuir a la comprensión de los factores que han llevado a la situación que presentan actualmente el transporte público y la movilidad urbana y en qué medida los factores jurídicos han incidido sobre ella.

**Palabras clave:** transporte público; regulación; marco jurídico; servicio público; historia; Lima.

## ABSTRACT

The legal framework of public transit in Lima has undergone, over the course of its history, a complex evolution, along with the changing technological, social and urban conditions in which it has developed. In turn, both the social context and the legal framework of this activity have been undergoing profound changes in recent years. In this sense, after several decades of intense deregulation and liberalization of public transit services, a set of measures has been adopted to reorganize it under the framework of an Integrated Transit System (SIT), in which a public service legal regime is being reintroduced for the activity. These changes, however, exhibit tensions with the persistence of high levels of informality in public transit services.

Given the importance of the changes that are currently taking place in the regulation of public transit and mobility in Lima, and the urgency to order them more rationally, arises the need to analyze the historical background of these dynamics and their legal framework. In view of this, this article aims to provide a

historical overview of the evolution of public transit regulation in Lima from the issuance of the Municipal Carriage Regulation of 1874, the first general scope legal instrument regarding public transit in Lima, up to date. The article seeks to contribute to the understanding of the factors that have led to the current situation of public transit and urban mobility and to what extent legal factors have influenced it.

**Key words:** public transit; regulation; legal framework; public service; history; Lima.

Recibido: 30/06/2020    Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

La situación de la movilidad urbana es percibida como uno de los aspectos más críticos de la problemática urbana de Lima<sup>1</sup>. Entre los aspectos gravitantes de dicha problemática destacan los bajos estándares de calidad del transporte público y el predominio de actores informales en su operación; un servicio de taxis sobredimensionado e igualmente altamente informal; y una elevada accidentalidad vial a causa de una deficiente gestión del tránsito y a la frecuente inobservancia de las normas que lo regulan por los conductores, así como por un diseño urbano centrado en facilitar el flujo de automóviles que resulta generalmente muy hostil a los peatones. A dicho escenario se han ido sumando, más recientemente, la creciente congestión vehicular generada por el crecimiento del parque automotor; y la nueva problemática que supone la proliferación de motocicletas, servicios de *delivery* y patines eléctricos. Finalmente, la pandemia de la COVID-19, producida en el 2020, ha tornado especialmente urgente la reducción

---

1 La baja calidad del transporte público fue percibida en 2019 como el segundo problema más grave de Lima por el 46.2 % de las personas encuestadas por el Observatorio Lima Cómo Vamos (2019, p. 10).

del hacinamiento en el transporte público y ha evidenciado la necesidad de ordenarlo más racionalmente.

Frente a esta realidad social, resulta pertinente analizar el marco normativo que regula la movilidad urbana limeña y, más concretamente, el transporte público, a fin de inquirir de qué forma incide sobre aquella. El análisis, a su vez, puede enriquecerse si se asume una perspectiva histórica que permita aportar luces sobre los factores que han llevado a la situación actual del transporte público y respecto a en qué medida el derecho ha incidido sobre esta.

Desde el Reglamento Municipal de Carruajes de 1874, primer instrumento normativo de alcance general referente a la movilidad urbana en Lima, y al transporte público en particular, el marco jurídico de dicha actividad ha experimentado una compleja evolución, a la par que las condiciones tecnológicas, sociales y urbanas en que esta se ha desenvuelto.

Tras varias décadas de intensa desregulación y liberalización de los servicios de transporte público<sup>2</sup>, se ha adoptado un conjunto de medidas orientadas a su reorganización bajo un Sistema Integrado de Transporte (SIT), en el que se reintroduce un régimen jurídico de servicio público para la actividad (Poole, 2016). Ello supone la limitación de la libre competencia en los servicios de transporte; una mayor intervención del Estado en la regulación de las condiciones en que se presta el servicio; y la entrega de subsidios a las empresas prestadoras destinados a cofinanciar los costos de operación. Dichos cambios en el marco regulatorio derivan de la constatación de la ineficacia de los mecanismos de mercado por sí solos para garantizar la prestación de un servicio adecuado (Poole, 2017) y de la necesidad, en consecuencia, de una mayor intervención estatal orientada a elevar los estándares de calidad del transporte público.

---

2 En particular, desde la emisión en 1991 del Decreto Legislativo n.º 651, que suprimió la regulación tarifaria y virtualmente cualquier forma de reglamentación de los servicios de transporte público.

Los cambios descritos en la regulación del transporte público se enmarcan, de forma más amplia, en un incipiente cambio de paradigma en la regulación y la gestión de la movilidad urbana limeña en su conjunto (Poole, 2017). Tras cerca de un siglo de predominio de políticas urbanas centradas en el tránsito, es decir, en la maximización de flujos de vehículos particulares, se observa, durante los últimos años, una progresiva adopción del enfoque de movilidad urbana sostenible, el cual atiende a todas las formas de desplazamiento, y privilegia aquellas con menor impacto social y ambiental (caminata, bicicleta, transporte público) (Alegre, 2010, 2016; Dextre y Avellaneda, 2014; Poole, 2017). Dicho cambio de paradigma responde a la constatación de los impactos negativos de la motorización (creciente empleo e impacto socioambiental del automóvil) sobre el medio ambiente y el entorno urbano, y a la ineficacia de las medidas centradas en la construcción de infraestructura vial para hacer frente a los problemas de movilidad; así como a la creciente acogida del discurso del desarrollo sostenible entre la sociedad civil y los tomadores de decisiones. No obstante, los esfuerzos de reorganización del transporte público han chocado con la subsistencia de una significativa presencia de transportistas informales. Esta se ha expresado, en años recientes, en la proliferación de taxis, motocicletas y colectivos, que operan sin autorización inclusive en vías que han sido concesionadas a un número limitado de operadores. Estos actores informales del transporte ejercen, a su vez, presiones políticas para limitar los alcances de la nueva regulación a fin de seguir operando.

Dada la importancia de los cambios que se están produciendo actualmente en la regulación del transporte y la movilidad urbana de Lima, así como los desafíos y las tensiones a los que hacen frente, surge la necesidad de analizar el trasfondo histórico de esta dinámica. Dicha perspectiva de análisis ha de contribuir a la comprensión de los factores que han llevado a la situación que presentan actualmente el transporte público y la movilidad urbana y en qué medida los factores jurídicos han incidido sobre ella.

Al respecto, ha de anotarse que existe un vacío en la investigación historiográfica sobre la regulación del transporte público. En tal sentido, si bien se observa, a partir de la década de 1970, el desarrollo de un corpus relativamente amplio de investigaciones con respecto al transporte urbano de Lima en general, en el plano historiográfico no se encuentran, a la fecha, estudios sistemáticos y actualizados.

Al respecto, el trabajo de Glave (1977) representó el primer esfuerzo por trazar un estudio histórico sobre el transporte público en Lima, abordando el período que va de la década de 1920 a la de 1970<sup>3</sup>. Posteriormente, Burga et al. (1990)<sup>4</sup>, Soto et al. (1986), Arroyo (1990)<sup>5</sup>, Bielich (2009), Vega et al. (2011) y Poole Fuller (2016) dedican pasajes de sus trabajos a la historia del transporte público limeño y, más específicamente, a su regulación. Si bien los trabajos de dichos autores suponen un punto de partida, no alcanzan a profundizar en los aspectos jurídicos e historiográficos del transporte urbano limeño. Del mismo modo, se constata que dicho cuerpo de trabajos se encuentra relativamente desactualizado, dado que, con la excepción del estudio de Poole Fuller (2016), no se han abordado los cambios en el marco normativo producidos a partir de 2011, pese a su relevancia.

Teniendo en cuenta lo señalado, se observa la necesidad de contar con trabajos de investigación que aborden, de forma específica, la historia del marco jurídico del transporte público en Lima. Estos trabajos han de enmarcarse, en forma más amplia, en

---

3 Si bien Glave, desde una óptica de análisis preeminentemente marxista, se centra en los aspectos vinculados a la economía política del transporte urbano, prestando escasa atención a los aspectos jurídicos.

4 Burga et al. (1990) profundizan particularmente en los aspectos historiográficos y jurídicos, trazando una cronología de las normas jurídicas emitidas para el transporte público de Lima entre 1941 y 1986. No obstante, el análisis historiográfico adolece de superficialidad, en tanto que el trabajo de dichos autores, centrado en abogar por la liberalización del transporte público de Lima, no posee un carácter estrictamente académico.

5 El trabajo de Arroyo posee interés por ser el único estudio en abordar los antecedentes de la regulación del transporte urbano de Lima durante la época virreinal.

investigaciones historiográficas sobre la evolución de la movilidad urbana en Lima, así como de su marco normativo y de las políticas públicas que inciden sobre este ámbito de la vida urbana.

Dentro del mencionado ámbito, este artículo pretende contribuir al desarrollo de una línea de investigación de carácter específico, sistemática y actualizada sobre el desarrollo histórico del marco jurídico del transporte urbano colectivo de Lima, y el análisis de cómo ha reflejado la evolución de los paradigmas de intervención estatal en la esfera social y las políticas urbanas.

Sobre la base de estos antecedentes y objetivos de investigación, el presente artículo plantea como hipótesis que el marco jurídico del transporte urbano en Lima ha variado en respuesta a cambios de paradigmas en las políticas urbanas y en las formas de concebir la intervención estatal sobre la esfera social y económica; así como a las transformaciones sociales y urbanas producidas como consecuencia del crecimiento acelerado y predominantemente informal de Lima a lo largo del último siglo. En tal sentido, se plantea que la regulación del transporte urbano en Lima ha oscilado entre dos polos: los intentos de establecer un régimen de servicio público para el transporte colectivo, reflejado en la normativa vigente durante la mayor parte del siglo XX; y una escasa regulación e intervención del Estado sobre la actividad, cuya mayor expresión ha sido la profunda liberalización y desregulación emprendida durante la década de 1990.

Los intentos recientes de reordenar el transporte reflejarían una tendencia a acotar los alcances de las reformas de mercado de la década de 1990 al constatarse los límites de la iniciativa privada y la necesidad de fortalecer las instituciones públicas a fin de garantizar el desarrollo y hacer frente a un conjunto de problemáticas sociales, ambientales y sanitarias. Dichos esfuerzos se enmarcarían, a su vez, dentro de un cambio de paradigma en las políticas urbanas caracterizado por el paso de un enfoque centrado en el tránsito a uno de movilidad urbana sostenible que conlleva un cambio de prioridades en las políticas públicas, en tanto que implica dejar de privilegiar al automóvil frente a otras

formas de desplazamiento. No obstante, las variaciones en la regulación enfrentan el desafío de la subsistencia de persistentes niveles de informalidad en la prestación de los servicios de transporte público, que resisten las reformas y ejercen presiones para la reproducción de una lógica desreguladora en el marco normativo del transporte público.

El artículo presenta la siguiente estructura. En primer lugar, se reseñarán los antecedentes más remotos de la regulación de la movilidad urbana en Lima durante el período colonial, llegando hasta la reglamentación de los servicios de carruajes y las concesiones de los tranvías a finales del siglo XIX. Más adelante, se abordará la aparición y el desarrollo de la movilidad motorizada y de los buses durante la década de 1920 y las formas que fue asumiendo su marco jurídico durante las décadas subsiguientes. Posteriormente, se reseñarán dos fenómenos paralelos, se abordará el período comprendido entre las décadas de 1960 y 1980: la intervención directa del Estado sobre la prestación del servicio de transporte público a través de empresas públicas y la proliferación de transportistas informales, que fue de la mano del incipiente reconocimiento jurídico de estos últimos. A continuación, se expondrá la intensa liberalización y desregulación que presentó el transporte urbano durante la década de 1990, en un contexto de reformas económicas neoliberales y mayor permisividad hacia los actores socioeconómicos informales. Por último, se tratarán los cambios regulatorios que vienen produciéndose durante la última década, signados por intentos de reorganización del transporte público bajo un régimen de servicio público con mayor intervención estatal; la aparición de modalidades de transporte público masivo (Metro, Metropolitano o BRT); y la incipiente acogida del paradigma de la movilidad sostenible en las políticas urbanas.

El panorama histórico desarrollado en este artículo ha de permitir trazar e interpretar la evolución, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad, de la intervención del Estado sobre los servicios de transporte público y las premisas que han orientado sus

actuaciones sobre la movilidad urbana. El conocimiento de dicho trasfondo histórico redundará, a su vez, en una mejor comprensión del contexto contemporáneo, orientando las investigaciones referentes a la movilidad y el transporte urbano en Lima, al tiempo que permitirá extraer lecciones prácticas a ser tenidas en cuenta en el ámbito de las políticas públicas.

## 2. ANTECEDENTES (1535-1874)

Hasta finales del siglo XIX no se contó con un marco jurídico que regulase, de forma integral, el transporte urbano de Lima o alguna de sus modalidades. El escaso desarrollo de los instrumentos normativos puede atribuirse al hecho de que, hasta fines del siglo XIX, Lima y la mayoría de las ciudades poseían dimensiones reducidas y, por tanto, la mayoría de desplazamientos intraurbanos se realizaban a pie (Carbonell y Cano, 2006). En tal sentido, la expansión de las ciudades a partir de dicha época se ha debido, en gran medida, a la aparición y al desarrollo de la movilidad motorizada.

Sin perjuicio de dicha constatación, cabe anotar que durante el período de la colonización española se introdujeron algunas normas en relación con aspectos específicos de la movilidad urbana limeña, con énfasis en el transporte de carga (Arroyo, 1990). La más antigua de dichas normas se remonta a 1556, cuando el Cabildo de Lima emitió una ordenanza que prohibía a las carretas transitar al interior de las acequias, con el fin de evitar que sus aguas turbias se rebalsasen a las calles, posiblemente, a fin de prevenir la propagación de epidemias.

A partir del siglo XVII irán desarrollándose como medio de transporte en la Lima colonial los vehículos a tracción animal, que tenían como modalidades los coches, las calesas y los balancines (Arroyo, 1990). Mientras que los coches fueron mayoritariamente empleados como vehículos particulares, cuyo uso estaba limitado a un grupo muy reducido de altos funcionarios civiles, militares, eclesiásticos y aristócratas; las calesas y los balancines

fueron utilizados crecientemente como vehículos de alquiler, precursores de los taxis<sup>6</sup>. Pese a su paulatina expansión, no se hicieron mayores esfuerzos por regular el servicio de transporte de pasajeros en la Lima virreinal.

### **3. APARICIÓN DE LAS PRIMERAS MODALIDADES DE TRANSPORTE PÚBLICO Y DESARROLLO INICIAL DEL MARCO REGULATORIO (1874-1921)**

Durante la segunda mitad del siglo XIX se iniciaron cambios en la configuración urbana de Lima, que empezó su expansión tras la demolición de las murallas que la rodeaban en 1872 (Sánchez et al., 1978; Vega et al., 2011). Ello supuso, a su vez, cambios en las condiciones de prestación del transporte urbano de pasajeros, que condujeron a la necesidad de establecer un marco jurídico para una realidad social crecientemente compleja (Sánchez et al., 1978; Poole, 2016).

El primer ámbito en el que se hizo un esfuerzo por regular el transporte urbano de pasajeros fue el de los coches particulares a tracción animal. Para mediados del siglo XIX ya habían proliferado servicios de coches de alquiler, los cuales comenzaron a circular por rutas relativamente definidas. Frente a este fenómeno, en 1874 la Municipalidad de Lima emitió la Reglamentación Municipal de Carruajes. Se trató del primer instrumento normativo que reguló, de forma integral, una modalidad de transporte urbano. La norma reglamentaba tanto a los carruajes particulares como a los de alquiler. Entre las innovaciones que supuso, se contó el establecer que los vehículos llevaran placas indicando una numeración, que los conductores contasen con una libreta de registro (precursora de la licencia de conducir), y la inspección anual obligatoria de los vehículos (medida precursora de las actuales revisiones técnicas).

---

6 En 1815, las autoridades virreinales estimaban que circulaban en Lima 230 coches particulares, 1500 calesas y 150 balancines.

Al mismo tiempo, se inició el desarrollo de los modos de transporte masivo de pasajeros, con la aparición de los ferrocarriles y los tranvías (Sánchez et al., 1978; Vega et al., 2011). En 1851 se inauguró el primer ferrocarril del Perú, de Lima a Callao, al que se sumó, en 1858, el ferrocarril de Lima a Callao. El territorio atravesado por dichas líneas ferroviarias constituyó los primeros ejes de expansión de Lima más allá de su casco histórico.

Mientras que los trenes consistían en un modo de transporte interurbano, los tranvías representaron el primer modo de transporte colectivo intraurbano (Sánchez et al., 1978). La primera línea de tranvía se inauguró en 1878, operando a tracción animal. Los tranvías eléctricos fueron introducidos en 1906. Hacia 1920, cuando el tranvía alcanzó su mayor desarrollo, operaban 7 líneas, con cerca de 40 km de vías y una flota de 250 vagones.

El servicio de tranvías fue prestado inicialmente por la Empresa del Tranvía de Lima y posteriormente por el consorcio Empresas Eléctricas Asociadas<sup>7</sup>. El título habilitante para la prestación de dicho servicio era un contrato celebrado entre los operadores y la Municipalidad de Lima, que puede ser considerado como un antecedente lejano de los contratos de concesión de servicios públicos (Poole, 2016). En dicho contrato se determinaban las condiciones de prestación del servicio y los procedimientos para fijar la tarifa. En 1934 la empresa del tranvía fue transferida al Estado y se constituyó la Compañía Nacional de Tranvías<sup>8</sup>.

Tras un período de auge durante las primeras décadas del siglo XX, y de forma análoga a otras urbes en el mundo, el tranvía decayó progresivamente frente a la competencia de los buses como modo de transporte y la expansión metropolitana de Lima (Glave, 1977; Sánchez et al., 1978). Finalmente, en 1965 se disolvió la Compañía Nacional de Tranvías y dejaron de circular sus vagones.

---

7 Consorcio que era, a un tiempo, empresa de generación eléctrica y de transporte urbano (Sánchez et al., 1978).

8 La cual fue una de las primeras empresas estatales creadas en el Perú.

## 4. ESTABLECIMIENTO DEL MARCO REGULATORIO PARA LA MOVILIDAD MOTORIZADA (1921-1965)

Con la introducción del automóvil y del transporte basado en el motor a combustión en la década de 1920 se inició una nueva etapa en el desarrollo de la movilidad urbana de Lima y en su marco regulatorio. Por una parte, la construcción de avenidas amplias y de autopistas destinadas a los automóviles supuso cambios significativos en la trama urbana y estimuló la expansión acelerada de Lima (Vega et al., 2011). Por otra parte, los nuevos modos de transporte reemplazaron a los preexistentes (en primer término, a los carruajes y posteriormente al tranvía), e introdujeron una nueva dinámica en la movilidad urbana. Por último, el transporte de pasajeros en vehículos motorizados se evidenciaría mucho más difícil de regular que el ferroviario, por sus menores costos y la flexibilidad de la operación, lo que, aunado al crecimiento acelerado y predominantemente informal de Lima desde mediados del siglo XX, propició el predominio de actores informales en la prestación del servicio (Soto et al., 1986).

En 1921 se otorgó la primera autorización para prestar el servicio de buses en Lima. A diferencia del caso del tranvía, nunca existió un monopolio sobre la prestación del servicio de transporte público en autobuses de Lima. Solamente hubo un intento frustrado por establecer un monopolio sobre la actividad en 1930, cuando el gobierno central otorgó una concesión para prestar el servicio en toda Lima a un consorcio conformado por Empresas Eléctricas Asociadas, entonces concesionaria del tranvía, y a inversionistas norteamericanos. No obstante, dicha concesión fue anulada en 1931 a raíz de las protestas de los incipientes empresarios de transporte de autobuses (Soto et al., 1986).

El marco legal para la prestación del servicio formal de buses en Lima fue perfilándose a lo largo de las décadas de 1920 y 1930, y se cristalizó en 1941 con la emisión del Reglamento para el Transporte Colectivo de Pasajeros en Ómnibus (Burga et al., 1990). Emergió un modelo regulatorio que fue calificado como de servicio público en virtud del cual el servicio de transporte era

prestado por un conjunto de empresas privadas (Poole, 2016). Las empresas titulares del derecho a explotar dichas rutas estaban sujetas a regulaciones de servicio público, tales como someterse al control tarifario, ser propietarias de su flota vehicular e incluir a todos sus trabajadores en la planilla. Por otra parte, en 1942 se inició la intervención directa del Estado en el servicio de autobuses con la creación de la Comisión Fiscal del Transporte, primera empresa pública de dicho sector (Glave, 1977).

Paralelamente a este modelo formal de prestación de los servicios de transporte público, ya desde la década de 1920 comenzaron a operar transportistas informales en Lima, los cuales emplearon inicialmente taxis colectivos. Posteriormente, a partir de la década de 1950, empezaron a aparecer microbuses informales (Sánchez et al., 1978).

El modelo de prestación formal de los servicios de transporte público entró en crisis a fines de la década de 1950, cuando las empresas del sector experimentaron dificultades financieras (Glave, 1977; Sánchez et al., 1978; Soto et al., 1986). Contribuyó a dicha crisis la creciente competencia de los transportistas informales, que tenían menores costos al no cumplir con exigencias de la regulación como ser propietarios de la flota o emplear a sus conductores mediante contratos formales. La ausencia de subsidios por parte del Estado a las empresas formales de transporte público que permitiesen cofinanciar los mayores costos en los que incurrían en el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público las dejaron en desventaja frente a los operadores informales (Poole, 2016). Las dificultades financieras descritas condujeron a una oleada de quiebras, entre 1959 y 1960, que involucró a 32 de las 42 empresas formales del sector que habían operado hasta entonces en Lima (Glave, 1977; Sánchez et al., 1978; Soto et al., 1986). La mayoría de las compañías quebradas se transformaron en cooperativas de propiedad de sus trabajadores. Inicialmente, el gobierno otorgó permisos provisionales para que siguiesen operando las rutas, pero en 1965 sus concesiones fueron canceladas.

## 5. INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y EXPANSIÓN DE LA INFORMALIDAD EN EL TRANSPORTE URBANO (1965-1991)

Tras la quiebra de la primera generación de empresas formales de buses se abrió una nueva etapa en la evolución del transporte urbano de Lima y de su regulación, entre las décadas de 1960 y 1980, que tendrá como correlato el crecimiento explosivo y predominantemente informal de Lima, por un lado; y una fase de intervención más intensa del Estado sobre la esfera socioeconómica (Poole, 2016, 2017).

En el plano del transporte urbano dicha dinámica suscitó dos fenómenos contrapuestos: una intervención más decidida del Estado en la prestación del servicio de transporte urbano con la creación, sucesivamente, de la Administradora Paramunicipal de Transporte de Lima (APTL) y de la Empresa Nacional de Transporte Urbano (ENATRU) y la expansión de los servicios de transporte público informales a través de microbuses, los cuales empezaron a contar con reconocimiento jurídico (Poole, 2016; Sánchez et al., 1978; Soto et al. 1986).

La APTL fue creada en 1965 por la Municipalidad de Lima a fin de responder al déficit de los servicios de transporte público suscitado por la quiebra de la mayoría de empresas formales durante los años precedentes (Glave, 1977; Sánchez et al., 1978). Los alcances de sus operaciones fueron mayores a los de la Comisión Fiscal del Transporte, creada durante la década de 1940. La APTL fue sustituida en 1976 por la Empresa Nacional de Transporte Urbano (ENATRU), controlada por el gobierno central, que debía operar tanto en Lima como en las principales ciudades del resto del país.

La creación de la APTL y posteriormente de la ENATRU fue más bien una respuesta a una crisis en la prestación de la actividad por privados que una apuesta por la gestión pública de esta (Glave, 1977; Sánchez et al., 1978). En tal sentido, nunca se produjo nada cercano a un monopolio estatal sobre el transporte

público<sup>9</sup>. Más bien, conjuntamente con la presencia de la ENATRU y algunas empresas formales de transporte, a partir de la década de 1960 se aceleró la expansión de la informalidad en dicha actividad, caracterizada por la proliferación de microbuses que «invadían» rutas sobre las que no tenían concesiones (Burga et al., 1990; Soto et al., 1986).

El principal factor que contribuyó a dicho fenómeno fue el explosivo crecimiento demográfico y espacial de Lima, la cual, entre las décadas de 1960 y 1990 pasó de contar con 2 a tener 6 millones de habitantes, debido a la inmigración masiva del campo a la ciudad. La población inmigrante se estableció mayoritariamente en asentamientos urbanos informales en la periferia de Lima, áreas que contaron con escasa cobertura de las empresas de transporte formales (Soto et al., 1986). En respuesta a esta demanda insatisfecha, desde inicios de los 60 los propietarios de taxis colectivos empezaron a «potenciar» sus flotas y las reemplazaron por microbuses de doce asientos (originalmente diseñados para el transporte de bienes) e «invadieron» rutas pre-existentes o crearon nuevas, sobre las que no tenían concesión (Soto et al., 1986). Los transportistas informales se organizaron en comités, que eran asociaciones flexibles de propietarios de vehículos formados con el propósito de regular la competencia y de ejercer presión política sobre las autoridades competentes sobre el transporte urbano. En 1965 fue promulgado el Reglamento de Transporte Colectivo de Pasajeros por microbuses, que permitió a los comités de micros operar en tanto les fuese otorgada una concesión (Burga et al., 1990).

Los comités informales se volvieron cada vez más dominantes en el servicio de transporte y ascendieron al 91 % en 1984, al tiempo que cubrían 80 % de la demanda de viajes. Para 1990 se estimaba que el 95 % de las concesiones de rutas se habían iniciado como invasiones de vías por microbuseros informales (Bielich, 2009; Soto et al., 1986). Entretanto la ENATRU y las

---

9 Se estima que la ENATRU apenas llegó a cubrir un 10 % de la demanda de viajes en transporte público en Lima (Bielich, 2009; Soto et al., 1986).

empresas formales no tenían capacidad para expandir la oferta de transporte público debido a las dificultades que atravesó la economía peruana desde la segunda mitad de la década de 1970 y que alcanzaron niveles críticos a fines de los 80.

## 6. DESREGULACIÓN DEL TRANSPORTE URBANO (1991-2011)

A fines de la década de 1980, pese a la proliferación de microbuses informales, Lima enfrentaba un severo déficit de transporte público, del cual dependía entonces cerca del 90 % de la población para moverse. Enfrentado a un contexto de severa crisis económica, el Estado peruano carecía de recursos tanto para prohibir el transporte informal como para brindar de forma monopólica un servicio universal de calidad razonable.

Frente a esta situación crítica, con la llegada al poder de Alberto Fujimori en 1990 se inició un programa de profundas reformas económicas neoliberales. En el marco de estas, se optó por una desregulación y liberalización completa de los servicios de transporte público. Ello se tradujo, en el plano jurídico, en la emisión del Decreto Legislativo n.º 651, en 1991, en virtud del cual se suprimieron todos los controles tarifarios para la prestación del servicio de transporte público. Se dispuso, asimismo, que toda persona natural preste dicho servicio en cualquier vehículo motorizado que no fuese una motocicleta o camión, y se suprimió, inclusive, el requisito de contar con autorización para prestar el servicio<sup>10</sup>. Simultáneamente se emitió el Decreto Supremo 080-91 EF, en virtud del cual se eliminaron los aranceles y las restricciones técnicas a la importación de vehículos usados. Finalmente, en 1992 se liquidó la ENATRU y se remataron los buses como chatarra a sus conductores. Las medidas desreguladoras condujeron a que la flota de transporte público y de taxis experimentase una expansión dramática durante la década de

---

10 Si bien la Municipalidad de Lima reintrodujo en 1997 el requisito de contar con autorización a través de la Ordenanza n.º 104-MML.

1990 (Bielich, 2009). Dado que casi cualquier automóvil podía brindar este servicio, un tipo de unidad aún más reducida que el microbús se generalizó: la combi, vehículo de segunda mano, originalmente usado para el transporte de bienes y rudimentariamente adaptado para transportar doce o menos pasajeros.

La apuesta desreguladora de la década de 1990 obtuvo plena consagración jurídica con la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, promulgada en 1999, que suprimió formalmente la calificación de servicio público para el transporte colectivo y dispuso, en su art. 4, el principio de libre competencia en el desenvolvimiento de la actividad. Ello sin perjuicio de que, en 2005, el Tribunal Constitucional (2005) sostuvo que cabía seguir considerando al transporte colectivo como un servicio público, a través de la Sentencia n.º 00034-2004-PI-TC, donde sostuvo la constitucionalidad de la tarifa rebajada para escolares y universitarios.

Como consecuencia de las medidas desreguladoras, la problemática del transporte público limeño pasó de ser una de déficit a una de sobreoferta (Bielich, 2009; Poole, 2016, 2017). Como no había límite a la cantidad de empresas que podían ser autorizadas para recorrer las mismas rutas, se produjo una intensa congestión vehicular y una agresiva competencia por los pasajeros, que incidió sobre el aumento de los accidentes de tránsito. Las empresas que prestaban el servicio eran completamente informales, en tanto que no eran propietarias de su flota de vehículos ni tenían relación laboral formal con sus operarios, a quienes hacían trabajar a destajo (Bielich, 2009).

Si bien el transporte público limeño alcanzó altos niveles de cobertura, debido a los bajos costos de los transportistas informales el aumento de las tarifas y la libre iniciativa en la prestación del servicio (Avellaneda, 2011), los estándares de calidad se redujeron al mínimo, con vehículos antiguos, en mal estado de mantenimiento y frecuentemente inadecuados para el transporte público, malos tratos a los usuarios, explotación laboral a los operarios, prácticas de manejo temerarias que suscitaban congestión

y accidentes de tránsito y emisiones altamente contaminantes (Defensoría del Pueblo, 2008; Bielich, 2009; Dextre et al., 2011). Adicionalmente, durante las décadas del 2000 y 2010 un nuevo ciclo de expansión de la economía peruana sumado a la persistente baja calidad del transporte público condujo a un significativo incremento del parque automotor particular, lo que agravó los problemas vinculados a la congestión vehicular y la contaminación atmosférica (Poole, 2017).

## **7. INTENTOS DE REFORMA DEL TRANSPORTE Y DE INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE EN LAS POLÍTICAS URBANAS (2011-2020)**

Durante la última década han vuelto a apreciarse cambios en el marco jurídico y las políticas referentes al transporte urbano de Lima que conllevan la relativización de las medidas desreguladoras adoptadas durante la década de 1990. Dichas medidas reflejarían, a su vez, la incipiente acogida de enfoques de movilidad urbana sostenible que ponen en entredicho la priorización del automóvil que han tendido a exhibir las políticas urbanas por cerca de un siglo (Poole, 2018).

Por un lado, se aprecia el desarrollo incipiente de infraestructuras de transporte público masivo. Así, en el 2010 se inauguró la primera línea del sistema de *Bus Rapid Transit* (BRT) denominado Metropolitano, y en el 2012 la primera línea del Metro de Lima. Estos modos de transporte responden a una lógica distinta a la que predomina en el transporte público mediante buses, en tanto que si bien la operación es realizada por empresas privadas, hay una mayor intervención del Estado en las condiciones de prestación del servicio y no rige una lógica de libre competencia (Poole, 2016). No obstante, la incidencia de dichas modalidades de transporte público masivo resulta limitada, ya que a la fecha cubren solamente en torno al 10 % de los viajes en transporte público.

Por otra parte, desde 2011<sup>11</sup> se han ido introduciendo, paulatinamente, reformas importantes en la regulación de los servicios de transporte público de buses de Lima (Poole, 2016). En tanto que se trata de la modalidad de transporte público que sigue concentrando la mayor proporción de viajes, las reformas resultan especialmente significativas. Estas apuntan a la reorganización de la actividad bajo un esquema de Sistema Integrado de Transporte (SIT), en el cual se reintroduce un régimen jurídico de servicio público para la actividad (Poole, 2016, 2017).

El proceso de reforma del transporte público en buses de Lima ha presentado dos fases. La primera tuvo lugar entre el 2011 y el 2014, período en el cual la Municipalidad de Lima promulgó un paquete de ordenanzas que transformaron el marco jurídico de la actividad (Poole, 2016, 2017). Entre las normas aprobadas en dicho período destacan las siguientes:

- La Ordenanza n.º 1538, que congeló el incremento de la flota de transporte público y dispuso que todo nuevo vehículo que fuese autorizado para prestar el servicio debía adoptar un modelo de bus patrón con características específicas.
- La Ordenanza n.º 1599, en virtud de la cual se aprobó el nuevo Reglamento para el servicio de transporte público, que obligaba a las compañías prestadoras a ser propietarias de toda su flota, contar con un capital mínimo, solo emplear vehículos fabricados para brindar el servicio de transporte público e incluir a todos sus trabajadores en planilla.
- La Ordenanza n.º 1613, que estableció el Sistema Integrado de Transporte (SIT), el cual debe articular todas las modalidades de transporte público, y que supone la reorganización del servicio de buses en un esquema de corredores y rutas alimentadoras planificado por los entes competentes.

---

11 Al iniciarse la alcaldía metropolitana de Susana Villarán (2011-2015), durante la cual se empezó a impulsar el reordenamiento del transporte público de Lima.

El marco legal establecido en dichas ordenanzas suponía limitar la libre competencia en los servicios de transporte público, pasándose a un esquema de otorgamiento ilimitado de autorizaciones de ruta a contar con un número limitado de empresas concesionarias sujetas a mayor intervención por parte del Estado sobre las condiciones de prestación del servicio y la fijación de las tarifas (Poole, 2016). Con base en este marco normativo, en el 2014 se inició la licitación de los servicios de transporte público a un número limitado de consorcios que tendrían el monopolio de los corredores y las rutas del SIT, y que reemplazarían a la miríada de operadores informales preexistentes (Poole, 2016).

El proceso de reordenamiento se vio interrumpido en el 2015, tras un cambio de gobierno municipal<sup>12</sup> que llevó a una gestión que carecía de voluntad política para modificar el *statu quo* informal de los servicios de transporte público (Poole, 2016, 2017).

No obstante, a partir del 2018 se produjo un relanzamiento de las reformas en la regulación del transporte urbano a raíz la promulgación de la Ley 30900, en virtud de la cual se establece la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU). Dicha ley dispone que la misión de la ATU ha de ser la implementación del Sistema Integrado de Transporte y que esta entidad concentrará las competencias sobre el conjunto de transporte público del área metropolitana de Lima, anteriormente fragmentadas entre las municipalidades de Lima y Callao y el gobierno central (Poole, 2018).

La ley de creación de la ATU reintroduce, de forma expresa, la calificación de servicio público para el transporte público y contempla un esquema de subsidios para cofinanciar sus costos de operación<sup>13</sup>. En el 2019 se estableció el marco regulador para

---

12 Al asumir la alcaldía de Lima Luis Castañeda Lossio (2015-2019), quien ya había sido alcalde metropolitano previamente a la gestión de Susana Villarán (2003-2015).

13 El Metro de Lima, desde el inicio de sus operaciones en 2011, cuenta con un esquema de subsidios que cubre en torno a la mitad de sus costos operativos (Poole, 2018).

la política de subsidios para el transporte público, en virtud del Decreto Supremo n.º 022-2019-MTC. Si bien, a la fecha, aún no se ha iniciado la entrega de subsidios a las empresas concesionarias de servicio de transporte público, actualmente se encuentra en debate la emisión de un decreto supremo que concrete la entrega de subvenciones<sup>14</sup>, a la cual el Estado peruano se encuentra, formalmente, obligado conforme con la Ley 30900.

Los cambios descritos en la regulación del transporte público se enmarcan, de forma más amplia, dentro de un incipiente cambio de paradigma en la regulación y la gestión de la movilidad urbana limeña en su conjunto. Estos derivan de la asunción del enfoque de movilidad urbana sostenible, que cuestiona la prevalencia del automóvil en la planificación urbana, debido a los impactos negativos generados por el creciente empleo del automóvil, y atiende todas las formas de desplazamiento, motorizadas o no (incluyendo la caminata y la bicicleta), privilegiando aquellas con menor impacto social y ambiental (Alegre, 2016; Dextre y Avellaneda, 2014; Poole, 2017).

Este nuevo paradigma, que ha empezado a manifestarse jurídicamente en la introducción de ciertas restricciones al uso del automóvil, entre las que ha destacado el lanzamiento del Plan Pico y Placa para las principales vías de Lima en 2019<sup>15</sup>, incentiva la adopción de medidas tendientes a la mejora del transporte

---

14 Las exigencias de los transportistas formales al Estado para la entrega de subsidios han cobrado particular relevancia en el contexto de la crisis sanitaria generada en el Perú por la pandemia del coronavirus (COVID-19). Ello en tanto que el Estado ha dispuesto protocolos de aforo limitado para los servicios de transporte público formales, a fin de disminuir el riesgo de propagación de la COVID-19 entre los usuarios. Los operadores han alegado la urgencia de subsidios para sostener los mayores costos de operación que supone el cumplimiento de los protocolos.

15 En virtud de la Ordenanza n.º 2164. La política de Pico y Placa, adoptada originalmente en Bogotá en 1998, consiste en restringir la circulación de vehículos privados en áreas urbanas durante los horarios «pico» (aquellos con mayor congestión vehicular) determinados días de la semana, dependiendo del último número de placa el automóvil. Mientras que, en el caso de la capital colombiana, la restricción rige en todas las vías de la ciudad, en el de Lima solamente se ha dispuesto, a la fecha, para cinco ejes viales que presentan mayores niveles de congestión vehicular.

público, en tanto que se trata de una forma de movilidad socialmente más equitativa y con menor impacto ambiental que el automóvil particular. Asimismo, esta nueva orientación se observa en la adopción de medidas de promoción del uso de la bicicleta y de los desplazamientos a pie, dado su menor impacto ambiental en relación con el automóvil.

No obstante, los cambios en la regulación expuestos han enfrentado resistencias por parte de los operadores del transporte público informal. Al respecto, durante los últimos años se observan cambios en la configuración de dichos actores informales. Estos han pasado de consistir, básicamente, de combis y microbuses, que contaban con autorización para operar, pero a los que el marco normativo exigía condiciones mínimas (que los operadores frecuentemente incumplían); a exhibir una proliferación de taxis colectivos que prestan el servicio en condiciones de completa ilegalidad<sup>16</sup>. El Estado ha evidenciado escasa capacidad para impedir la prestación de este servicio de transporte informal<sup>17</sup>, y los operadores de taxi colectivo han conformado un grupo de presión que ha buscado influir sobre el marco normativo a fin de legalizar sus actividades<sup>18</sup>.

Se observa, por tanto, que subsisten tensiones entre las iniciativas para implantar un régimen de servicio público para el transporte público de Lima, y las presiones de transportistas informales para mantener el *statu quo* de regulación mínima de la actividad implantado en la década de 1990.

---

16 Según un estudio de la Fundación Transitemos, en 2018 el 13.76 % de los viajes en Lima y Callao eran realizados en taxis colectivos no autorizados. Se estima que habría 100 mil taxis colectivos operando en Lima y Callao.

17 Si bien la Ley 28972, promulgada en 2007, y reglamentada a través del D. S. 029-2007-MTC, contempla la formalización de los taxis colectivos, la mayoría de operadores de este servicio lo realizan sin autorización.

18 Reflejo de ello ha sido la aprobación, en mayo de 2020, de una ley que legaliza los servicios de taxi colectivo en todo el Perú, a excepción de Lima y Callao (se planteó en la versión inicial del Proyecto de Ley legalizar también dichos servicios en la capital peruana). Dicha ley no ha sido promulgada en tanto que ha sido observada por el Poder Ejecutivo. En cualquier caso, su aprobación por parte del Congreso ha evidenciado la capacidad de presión política de los transportistas informales.

Cabe notar, asimismo, que la crisis sanitaria ocasionada en el 2020 en el Perú por la pandemia de la COVID-19 ha llevado a que la problemática del transporte público cobre mayor urgencia, en tanto que 65 % de la población limeña se desplaza regularmente en él (Lima Cómo Vamos, 2019) y las condiciones de hacinamiento existentes contribuyen a la propagación de enfermedades infecciosas. Esta situación ha conducido a enfatizar la necesidad de adoptar un régimen de servicio público para el transporte público que supone, por un lado, la exigencia de una normativa que demande estándares más altos a los operadores del servicio; y, de otro, que el Estado asuma la entrega de subsidios que garanticen la sostenibilidad financiera del cumplimiento de dichas obligaciones.

## 8. CONCLUSIONES

Habiendo trazado un panorama de los cambios más recientes en la regulación del transporte público en Lima, se plantearán las conclusiones que surgen del análisis del devenir de dicho marco jurídico.

Actualmente puede sostenerse que nos encontramos ante una nueva fase de cambios en las condiciones de desenvolvimiento de la movilidad urbana y del transporte público en Lima y de su regulación jurídica. Enmarcando esta dinámica dentro de una perspectiva histórica más amplia, cabría sostener que el marco jurídico del transporte urbano en Lima ha variado en el tiempo en respuesta a cambios de paradigmas en las políticas urbanas y en las formas de concebir la intervención estatal sobre la esfera social y económica; así como a las transformaciones sociales y urbanas producidas como consecuencia del crecimiento acelerado y predominantemente informal de Lima a lo largo del último siglo.

En tal sentido, puede sostenerse que la regulación del transporte público en Lima ha oscilado entre dos polos: los intentos de establecer un régimen de servicio público para el transporte colectivo, reflejados en la normativa vigente durante la mayor

parte del siglo XX; y una escasa regulación e intervención del Estado sobre la actividad, cuya mayor expresión ha sido la profunda liberalización y desregulación emprendida durante la década de 1990.

Los intentos recientes de reordenar el transporte serían reflejo de una tendencia a acotar los alcances de las reformas de mercado de la década de 1990 al constatarse los límites de la iniciativa privada y la necesidad de fortalecer las instituciones públicas a fin de garantizar el desarrollo y hacer frente a un conjunto de problemáticas sociales y ambientales.

El creciente interés del Estado por la mejora de la calidad del transporte público de Lima se enmarcaría, asimismo, dentro de un cambio de un paradigma en las políticas urbanas caracterizado por el paso de un enfoque centrado en el tránsito a uno de movilidad urbana sostenible que conlleva un cambio de prioridades en las políticas públicas, en tanto que implica dejar de privilegiar al automóvil frente a otras formas de desplazamiento. Finalmente, la crisis sanitaria generada en el 2020 por la COVID-19 ha puesto en evidencia la urgencia de que el transporte colectivo opere como un servicio público adecuadamente regulado y subsidiado.

Pese a lo señalado, los actores informales continúan siendo dominantes en la prestación de los servicios de transporte público. Los transportistas informales siguen constituyendo un grupo de presión relevante, que pretende influir en la legislación y las políticas públicas. Subsiste, por tanto, la tensión entre las tendencias reguladoras del transporte, que buscan implantar un régimen de servicio público para la actividad, y las tendencias desreguladoras que pretenden preservar un *statu quo* de escasa intervención estatal.

Finalizando, solo resta anotar que este artículo, desde la perspectiva de la historiografía jurídica, ha de enmarcarse en una línea de investigación de carácter historiográfico sobre el transporte público y la movilidad urbana en Lima, en sus diversas dimensiones (jurídicas, sociales, urbanísticas) que, de profundizarse,

podría contribuir a una mejor comprensión de los factores subyacentes a esta problemática.

## REFERENCIAS

- Alegre, M. (2010). *Todos somos peatones: un enfoque de derechos para el tratamiento de la movilidad urbana en Lima* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alegre, M. (2016). *Transporte urbano: ¿cómo resolver la movilidad en Lima y Callao?* Consorcio de Investigación Económica y Social.
- Arroyo, J. C. (1990). *Babel: antecedentes, interrogantes y alternativas para el transporte público en Lima*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Avellaneda, P. (2011). *Ciudad popular, organización funcional y movilidad*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bielich, C. (2009). *La guerra del centavo*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Burga, C., Butler, S. y Carrasco, V. (1990). *El transporte urbano de pasajeros en Lima*. Instituto Libertad y Democracia.
- Carbonell, E. y Cano, T. (2006). *Los transportes urbanos*. Iustel.
- Defensoría del Pueblo (2008). *Informe Defensorial n.º 137. El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida*.
- Dextre, J. C. y Avellaneda, P. (2014). *Movilidad en zonas urbanas*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fundación Transitemos (2018). *Informe de observancia: situación del transporte público urbano de Lima y Callao-2018*.
- Glave, L. M. (1977). *El transporte urbano en Lima Metropolitana 1920-1976* [Tesis de bachillerato]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Lima Cómo Vamos (2019). *Décimo Informe Urbano de Percepción sobre Calidad de Vida en la Ciudad*. [https://www.limacomovamos.org/wp-content/uploads/2019/11/Encuesta-2019\\_.pdf](https://www.limacomovamos.org/wp-content/uploads/2019/11/Encuesta-2019_.pdf)
- Poole, E. (2016). *Rectificando las fallas del mercado: balance del proceso de implementación en Lima del sistema integrado de transporte (SIT) y propuestas para su perfeccionamiento bajo un régimen de servicio público* [Tesis de licenciatura]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Poole, E. (2017). ¿Hacia una movilidad sustentable? Desafíos de las políticas de reordenamiento del transporte público en Latinoamérica. El caso de Lima. *Letras Verdes*, (21), 4-31.
- Poole, E. (2018). La Autoridad de Transporte Urbano (ATU) para Lima y Callao: análisis comparativo de su diseño institucional con las autoridades de transporte público de Madrid y Santiago de Chile desde la perspectiva de la gobernanza. *Territorios en Formación*, (14), 95-116.
- Sánchez, A., Calderón, J. y Guerrero, R. (1978). *Paradero final: el transporte público en Lima Metropolitana*. DESCO.
- Soto, H. de, Ghersi, E. y Ghibellini, M. (1986). *El otro sendero: la revolución informal*. Instituto Libertad y Democracia.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente n.º 034-2004-PI/TC. Lima: 15 de febrero de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>
- Vega, P., Dextre, J. C. y Alegre, M. (2011). Inequidad y fragmentación: movilidad y sistemas de transporte en Lima Metropolitana. En Mattos de, C. y Ludeña, W., *Lima-Santiago: reestructuración y cambio metropolitano* (pp. 289-328). Pontificia Universidad Católica del Perú; Pontificia Universidad de Chile.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3690

## LA REFORMA DE CAPACIDAD JURÍDICA: ALGUNOS APUNTES TEÓRICOS SOBRE SU JUSTIFICACIÓN

The reform of legal capacity: some theoretical  
notes on its justification

PAMELA SMITH

Sociedad y Discapacidad (SODIS)  
(Lima, Perú)

Contacto: psmith@sodisperu.org

MARIANA BURGOS

Sociedad y Discapacidad (SODIS)  
(Lima, Perú)

Contacto: mburgos@sodisperu.org

### RESUMEN

La última reforma peruana en materia de capacidad jurídica, plasmada en el Código Civil peruano, abrió paso al reconocimiento de este derecho en condiciones de igualdad para el colectivo de personas con discapacidad. Este reconocimiento formal tiene un particular impacto en aquellas personas con discapacidad intelectual y psicosocial que habían sido tratadas históricamente como objetos y no como sujetos de este derecho. Este cambio normativo trae consigo un cambio profundo de los conceptos

teórico-políticos en torno a la capacidad jurídica que deben ser abordados por la dogmática civil y las disciplinas comprometidas.

Al encontrarnos en el proceso de aplicación de esta nueva legislación, consideramos de trascendental importancia observar con detenimiento el cambio teórico detrás de la reforma en aras de facilitar la comprensión de su real magnitud y reconocer los puntos de inflexión en nuestra teoría jurídica, pues de lo contrario se corre el riesgo de que este cambio genere en nuestra realidad jurídica un efecto no coherente ni uniforme en el que no sea posible alcanzar materialmente los nuevos reconocimientos y libertades.

**Palabras clave:** capacidad jurídica; derechos fundamentales; discernimiento; autonomía.

## ABSTRACT

The last Peruvian reform on legal capacity, established in the Peruvian Civil Code, opened the way to the recognition of this right under equal conditions for the group of people with disabilities. This formal recognition has a particular impact on those persons with intellectual and psychosocial disabilities who had historically been considered as objects and not as subjects of this right. This normative modification generates a profound change in the theoretical-political concepts regarding legal capacity that must be addressed by civil dogmatic and the disciplines compromised.

We consider it of transcendental importance to carefully observe the theoretical change behind the reform, in order to facilitate the understanding of its real magnitude and to recognize the turning points in our legal theory. Moreover, because we are in the process of implementing this new legislation. If such special care is not taken, there is a risk that this change will generate in our legal reality a non-coherent and non-uniform effect in which it will not be possible to concretely achieve the new recognitions and freedoms.

**Key words:** legal capacity; fundamental rights; discernment; autonomy.

Recibido: 22/07/2020      Aceptado: 12/08/2020

## 1. BREVE MARCO LEGAL E INTRODUCCIÓN

A partir del 4 de septiembre de 2018, con la publicación del Decreto Legislativo n.º 1384, se suprimió la interdicción y la presunción de incapacidad civil por motivos de discapacidad<sup>1</sup>. Para ello se derogaron aquellas disposiciones del Código Civil y Procesal Civil que regularon: (i) la remoción judicial de la capacidad jurídica de personas con discapacidad intelectual y psicosocial a través de la interdicción, y (ii) la presunción de incapacidad también por motivos de discapacidad. En su lugar, el derecho a la capacidad jurídica le fue reconocido plenamente a esta población y se incorporaron las figuras de los apoyos y las salvaguardias en coherencia con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>2</sup>.

Esta reforma, en opinión de la comunidad internacional, significó un importante paso en la garantía de derechos de las personas con discapacidad<sup>3</sup>; no obstante, significó también un cambio sustancial en la concepción tradicional —y casi incuestionable— del derecho civil sobre la institución de la capacidad jurídica. Desde la doctrina del derecho civil se ha concebido que el ejercicio de la

---

1 Decreto Legislativo publicado en el *Diario Oficial El Peruano* que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

2 Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: «1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. (2) [...] reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. (3) [...] adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. (4) [...] asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. [...]».

3 Por este motivo, la reforma fue saludada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, y fue calificada como un ejemplo a seguir por todos los Estados (Organización de los Estados Americanos, 2018).

capacidad jurídica demanda estar dotado de «suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer por sí mismo sin necesidad de asistencia los derechos» (Fernández, 2016, p. 289)<sup>4</sup>.

En virtud de ese abordaje, nuestro Código Civil estableció causales de incapacidad civil, absoluta y relativa, asociadas a la falta de discernimiento y al deterioro mental que impidiera expresar voluntad<sup>5</sup>. Cabe mencionar que hasta la promulgación de la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, en el año 2012, los «sordomudos, ciegosordos y ciegomudos» también eran considerados «incapaces absolutos». En ese sentido, identificamos que no solo el cumplimiento de determinado nivel de racionalidad era exigido para el ejercicio del derecho, sino también la posibilidad de manifestar voluntad de forma estándar. A la declaración de incapacidad venía añadido el nombramiento de un representante, cuyo orden de prelación también se encontraba regulado por el Código Civil. En ese sentido, la única forma permitida a este grupo para relacionarse en un plano jurídico era a través de los representantes designados tras un proceso de interdicción.

Parte de los análisis críticos sobre esta reforma —próxima a cumplir dos años de aprobada— se han centrado en su supuesta ligereza para atender la situación de personas con «discapacidades severas» o carentes de «discernimiento» y han alertado sobre la desprotección a la que se estaría sometiendo a este colectivo; otras ponen en cuestión si el decreto legislativo ha cumplido a cabalidad el mandato que exige la Convención sobre los Derechos

---

4 «la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer».

5 Nuestro Código Civil incluía entre aquellos «absolutamente incapaces» (art. 43), a los «privados de discernimiento» (inc. 2), hasta su derogación por el D. Leg. 1384; como también a los «sordomudos, ciegosordos y a los ciegomudos» (inc. 3), hasta su derogación por la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad. Adicionalmente, entre los «relativamente incapaces» (art. 44) a aquellos que adolezcan de deterioro mental que les impida expresar libremente su voluntad.

de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, y los retos que enfrenta el derecho civil tras su aprobación (Castillo y Chipana, 2018).

Este cambio normativo además de ser un fuerte punto de transformación en el derecho civil, invita a redefinir y analizar esta institución desde una nueva perspectiva y promover una revisión en torno a algunos postulados de la teoría de los derechos fundamentales. Analizaremos estos puntos en cuestión, partiendo de una observación sobre la relación entre la regulación de la capacidad jurídica y la titularidad de determinado tipo de derechos fundamentales.

## 2. CAPACIDAD JURÍDICA Y TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La mayoría de fundamentaciones en el constitucionalismo contemporáneo sostienen que la dignidad es el principal argumento moral para sustentar la existencia de derechos atribuibles a todos los seres humanos. Sin embargo, al momento de dotar de significado a esta categoría surge entre sus diferentes conceptos una tensión entre el que la identifica como «autonomía personal», solo predicable de los seres racionales y moralmente autónomos que reconocen los imperativos categóricos morales y actúan conforme a ellos (Kant, 1939, p. 44), por lo que atribuyen a sus titulares el término de «persona» y no «humano»<sup>6</sup>; versus aquel concepto de dignidad como atributo humano inherente (Sosa, 2017, p. 91). Desde esta noción tan elemental en los derechos humanos, encontramos una disputa básica que radica en que el entendimiento de la dignidad desde la primera postura además de pretender la extensión de derechos a seres no humanos con las mencionadas características, implica el retiro de su titularidad a seres humanos

---

6 Así también, Robert Alexy especifica: «el titular de derechos humanos es aquel que es una persona, siempre que la personalidad no esté vinculada al concepto de ser humano». «Data y los derechos humanos», en *Star Trek y los derechos humanos* (2017, p. 244).

sin aquellas, como las personas en coma, o de quienes no sería concebida tal racionalidad o autonomía moral de manera suficiente<sup>7</sup>.

Por otro lado, Luigi Ferrajoli (2001), alejándose de este ámbito de fundamentación, que en su consideración respondería al deber ser de los derechos, se acerca a definir qué son los derechos fundamentales, reconociéndolos como «derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento atribuyen *universalmente* a todos en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*» (pp. 291-292)<sup>8</sup>; para comprender esta noción establece una tipología basada en la titularidad de estos, y la desarrolla con apoyo de la tabla 1 (Ferrajoli, 2001, pp. 295 y 291-300).

Según el autor, las clases de sujetos identificados como posibles titulares de los derechos fundamentales han variado históricamente hasta llegar a la actualidad a asumirse tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar. La relación entre estos es principalmente que el estatus de «persona» incluye a los «ciudadanos» y «capaces de obrar». Los tipos o clases de derechos presentados son distinguibles a partir de las cuatro

---

7 Algunos teóricos de la discapacidad han rescatado la noción de dignidad en el contexto de la discapacidad para explicar que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derecho, asimismo para contrarrestar la visión que valora a las personas en función de su aporte a la sociedad (véase Quinn y Degener, 2002).

8 El autor presenta esta definición frente a la interrogante: *qué son* los derechos fundamentales, diferencia su respuesta de la definición positiva (*cuáles son* reconocidos en un determinado ordenamiento) y axiológica (*cuáles deben ser* por materializar valores ético-políticos asumidos como «fundamentales»). En torno a la universalidad con la cual describe a los derechos fundamentales, indica que alude a una *forma universal en sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares*; lo cual se presenta en coherencia con el carácter *indisponible e inalienable* en tanto incumben *de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que pertenecen a cada uno con exclusión de los demás*; y que por tanto se regulan por normas téticas (y no hipotéticas) que los enuncian y disponen inmediatamente, en forma general y abstracta.

combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del estatus de ciudadano o de su capacidad de obrar<sup>9</sup>.

Tabla 1

Derechos fundamentales	«De la persona»	«Del ciudadano»
«Primarios» Solo expectativas	D. humanos (de expec. neg.) p. ej. a la libertad personal, libertad de asociación, vida.	D. públicos (de expec. positiva) p. ej. a la seguridad social, educación.
«Secundarios» o de los capaces de obrar Expectativas y poderes	D. civiles (de autonomía privada) p. ej. a contratar libremente	D. políticos (de autonomía política) p. ej. al voto

Asimismo, establece que la distinción entre los derechos «primarios» y «secundarios» es la *más importante para el análisis de la fenomenología del poder en el Estado de derecho y de la teoría de la democracia*, pues se basa en la posesión o no del elemento de la *capacidad jurídica de obrar* —en nuestro medio: capacidad de ejercicio— de sus titulares para reconocer en los mismos derechos *de autonomía o de poder* (Ferrajoli, 2001, p. 294)<sup>10</sup>.

Esto se explica porque *la capacidad de obrar es precisamente la capacidad de realizar actos jurídicos potestativos*. Por eso los derechos civiles y políticos que se adquieren con ella —independientemente del hecho de que la ausencia de los primeros, a diferencia de la de los segundos, puede ser suplida por la representación legal de los incapaces— son en realidad poderes; entendido el término «poder», no como la simple facultas agendi en que consisten los derechos activos de libertad (o «libertad

9 Además, como definiciones de partida indica que derecho subjetivo es cualquier expectativa de prestación o de no lesión; capaz de obrar es cualquier persona dotada de la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos; *poder jurídico* es la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos.

10 Asimismo, el autor resalta que la distinción entre derechos primarios y secundarios sería *insuperable* (aun cuando «los presupuestos de la capacidad de obrar pueden variar según los diversos ordenamientos»). Mientras aquella entre derechos de la persona y del ciudadano, en cambio, sería *superable* («bien mediante la extensión de la ciudadanía a todas las personas, bien a través de su supresión como presupuesto de los derechos fundamentales») (Ferrajoli, 2001, p. 297).

para»), sino como potestas agendi, es decir, como *la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones contrato, testamento y otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás* [énfasis añadido]. (Ferrajoli, 2001, p. 296)

Es decir, el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de una persona genera para ella la posibilidad de realizar derechos propiamente de autonomía y potestad que en su ejercicio o realización involucran directamente una alteración del estado de cosas jurídico de otra persona, y no implican como otros derechos solo una «expectativa de no interferencia» o una «expectativa positiva»<sup>11</sup>. La clasificación propuesta por el autor donde la restricción de la *capacidad de obrar* de algunos sujetos se asume como una consecuencia obvia de una condición invariable (la discapacidad) nos da un panorama inicial sobre los supuestos que justifican el recorte de estos derechos y sobre qué atributos recae la titularidad de estos<sup>12</sup>.

La capacidad jurídica, desde una visión contemporánea, involucra la posibilidad de establecer relaciones jurídicas de diversos tipos y que estas sean oponibles a terceros; de esta forma, se convierte en un antecedente necesario para ejercer derechos en todas las esferas de la vida: salud, laboral, contractual, judicial, política<sup>13</sup>; e incluso en el desenvolvimiento en actos cotidianos.

---

11 Si bien el derecho a la educación, que da el autor de ejemplo, cuenta con ámbitos de autonomía de decisión, este parece no primar en forma de potestad frente a los obligados del derecho o terceros. Es decir, si bien una persona puede elegir aquello que quiere estudiar, este ámbito de libertad generaría frente a terceros «no derechos» de interferencia, en lugar de una sujeción, propia contraparte de una potestad.

12 Consideramos oportuno especificar que si bien la titularidad de los derechos de autonomía se condiciona a la capacidad jurídica; mientras los derechos de *expectativa negativa y positiva*, «no»; en el escenario *práctico* tanto libertades como derechos sociales son realizables a partir de *contratos* con entidades privadas y públicas.

13 Respecto de los derechos políticos sujetos a la capacidad jurídica, la Constitución en el artículo 31 establece: «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 sistema de sustitución recogido en la legislación anterior privó del ejercicio de estos derechos a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial sobre la supuesta imposibilidad de estos sujetos de establecer relaciones válidas en los ámbitos señalados.

En función de ello, deducimos que la restricción sobre la titularidad de la capacidad jurídica representa en efecto una limitación para el ejercicio de la libertad de contratación y de derechos políticos. Como se observa, esta denegación por motivos de discapacidad ha aparecido como legítima en la teoría; por lo que este cambio normativo nos lleva justificadamente a preguntarnos: ¿cómo deben interpretarse los principios que sostenían la validez del ejercicio de tales derechos basándose en los sujetos contratantes?

Como se adelantó, la crítica a la reforma del Código Civil en capacidad jurídica encuentra un peligro en el retiro de la categoría «discernimiento» bajo la presunción de que su ausencia implica también la ausencia de autonomía y, con ello, la imposibilidad de tomar decisiones o perseguir un proyecto de vida (Vega, 2018). Esto nos lleva a abordar las siguientes cuestiones: i) una condición mental estándar no puede ser una categoría válida para asignar derechos en función de ella, y ii) el fortalecimiento de la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial como una obligación subyacente a la reforma.

---

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», y en el artículo 33 señala: «El ejercicio de la ciudadanía se suspende: 1. Por resolución judicial de interdicción». Sin embargo, a través de la reforma del D. Leg. 1384, las personas con discapacidad cuentan con *plena capacidad de ejercicio* (art. 42 del Código Civil); y han dejado de ser sujetos pasibles de ser demandados por interdicción (art. 581 del Código Procesal Civil), por lo que actualmente se eximen de las limitaciones de estas cláusulas constitucionales.

## 2.1. UNA CONDICIÓN MENTAL ESTÁNDAR NO PUEDE SER UNA CATEGORÍA VÁLIDA PARA ASIGNAR DERECHOS EN FUNCIÓN DE ELLA

Sobre este punto es importante mencionar que el concepto *discernimiento* tal como ha sido desarrollado en la doctrina civil se vincula al aspecto cognitivo de la persona, a

la capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en que el ser humano deja su ego y mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no solo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro. (Rubio, 1992, p. 156)

A pesar de ello, no existe uniformidad ni desarrollo sobre la noción de discernimiento en la doctrina civil. De la forma en que se ha descrito podría abarcar la capacidad de razonar en un amplio rango de actos de diferente complejidad. Poder distinguir el bien del mal no es lo mismo que formular un proyecto de vida o comprender a cabalidad las consecuencias de los actos jurídicos. Se deduce, por el contrario, que se trata de una categoría instrumental a los fines de una supuesta «seguridad jurídica» desvinculada de las características propias de los sujetos participantes en el negocio jurídico, que ha permitido sostener un sistema discriminatorio, posibilitando en la práctica la muerte civil de los individuos que no lo alcanzaban.

La medición del discernimiento representa una problemática adicional: ¿cómo se evalúa externamente si una persona ya conoce la diferencia entre «el bien» y «el mal»? Esta noción nos enfrentaba a un problema al someter a las personas con discapacidad a una evaluación de tal capacidad mental bajo un referente médico del *estándar del hombre razonable*; aun cuando tal determinismo, como sostiene Gerard Quinn (2010), no es aceptable en cuanto a condición de los derechos humanos, dado que incluso tal aspecto «identificable» por la medicina no está exento de determinantes sociales (pp. 36-37).

Si bien una evaluación sobre el diagnóstico o el desarrollo intelectual de una persona recae en los profesionales de la salud, estas evaluaciones deben valorarse como un indicador que permita conocer la capacidad cognitiva de una persona mas no como documentos concluyentes que permitan definir si un individuo reúne las características esenciales para ejercer o no un elenco de derechos. Al respecto debe precisarse que estas evaluaciones tampoco son infalibles; algunos estudios sugieren que la medición de la capacidad es un proceso complejo, incluso para los especialistas en la materia; y pese a que existe un uso de herramientas estandarizadas, no es posible arribar a un resultado dicotómico sobre si un paciente está o no capacitado para tomar una decisión (Robert et al., 2016)<sup>14</sup>.

En este extremo, cabe hacer mención del proceso de amparo contenido en el Expediente 25158-2013 interpuesto por José Antonio Segovia Soto en contra de la sentencia de primera instancia y la sentencia de vista que declaran su interdicción y el sucesivo nombramiento de su hermana como curadora. El demandante sostuvo que este proceso se inició con la finalidad de internarlo en un establecimiento psiquiátrico y disponer de los bienes que tienen en copropiedad. Pese a que manifiesta ser una persona independiente, haber realizado estudios y desempeñarse laboralmente, esta situación no habría sido valorada por los jueces<sup>15</sup>.

---

14 Asimismo, véase Castro (2013): «Por otro lado, es pertinente mencionar aquí lo que algunos autores han llamado el “mito de la ateoricidad”, para referirse a la pretensión de objetividad científica, supuestamente libre de valores, de los manuales de clasificación de las enfermedades, tales como el DSM V. (Matusevich y Pieczanski, 2009)» (p. 86).

15 La sentencia del juez de familia del Cusco establece en el cuarto considerando de su motivación: «quedando demostrado así verosímilmente que el demandado padece de un diagnóstico psiquiátrico de esquizofrenia paranoide, por lo que es incapaz y por ende no puede expresar su voluntad de manera indubitable, estando privado de discernimiento y razonamiento». La sentencia de vista emplea un razonamiento parecido: «TERCERO: La esquizofrenia paranoide es aquella enfermedad que se caracteriza por los siguientes síntomas [...] Por tanto se concluye que en caso de presentarse este mal, en caso de presentarse en el demandado resulta ser un impedimento mental que le impide ejercer por sí sus derechos».

De hecho, se observa en la fundamentación de la decisión que la mera existencia de un diagnóstico de salud mental fue asociada con la falta de «discernimiento» y, por ende, implicó la remoción total del derecho a la capacidad jurídica, con consecuencias nefastas para el demandante, quien tuvo que iniciar otro proceso para que se declare su rehabilitación. Si bien puede aducirse que es un problema de interpretación aislado, este caso grafica una práctica generalizada que era recurrente en el procesamiento de este tipo de casos.

Retornando a las implicancias de este cambio de paradigmas en la teoría de los derechos fundamentales, encontramos cómo Nino, al evaluar la premisa sobre la cual la única circunstancia fáctica relevante para fundamentar nuestro título a los derechos fundamentales es pertenecer a la especie humana, considera que existen dificultades en la caracterización de un individuo humano, y controversias si se asume que tal es gradual. Nos presenta dos alternativas: caracterizar a los humanos a partir de propiedades *moralmente relevantes* (de *racionalidad* y la *capacidad de proponer fines*, como estipula Kant), o en torno a *rasgos biológicos muy elementales* (como la *estructura cromosómica* de las células). Sin embargo, establece el autor, la primera forma de calcular una graduación de la «humanidad» nos llevaría a encontrar que habría humanos «en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual»; y, respecto de vincular rasgos biológicos claramente desvinculados del contenido de los derechos humanos, como único fundamento para concederlos, «parece involucrar un burdo especismo análogo a posiciones racistas» (Nino, 1989, pp. 43-45).

Asimismo, Nussbaum, en la crítica que formula a la teoría de Rawls en el extremo en que los principios políticos básicos son el resultado de un contrato social o un acuerdo entre humanos libres, iguales e independientes que renuncian al uso de la fuerza y al arrebato de propiedades, a cambio de paz, seguridad y beneficio mutuo. Si bien reconoce que esta es una de las grandes contribuciones de la filosofía política liberal a la teoría de la justicia del

mundo occidental, nos enfrenta al problema de la exclusión de la *posición negociadora* a las mujeres (consideradas *no productivas*), niños, personas mayores y personas con deficiencias; y aunque las doctrinas contemporáneas han rectificado *en cierta medida estas omisiones*, ninguna doctrina del contrato social «incluye a las personas con graves y raras deficiencias físicas y mentales en el grupo de los que deben escoger los principios políticos básicos»; aun cuando no existen razones de principio para no incluirlas en una situación de elección que supuestamente no prejuzga ningún diseño particular para las instituciones sociales, sino básicamente razones de carácter social (Nussbaum, 2012, pp. 35-36).

Por estas consideraciones, mantener a la racionalidad hegemónica como atributo necesario para asignar derechos nos enfrenta a problemas éticos y prácticos, tal como lo habían sostenido los autores citados, la exigencia en el cumplimiento de este requisito para ser considerado un agente moral autónomo o un participante en la formulación de los principios de la sociedad, deja fuera a un colectivo de personas que no cumple con este requisito tanto en la teoría de los derechos fundamentales como en la teoría política. Una de las instituciones donde esta asignación de derechos se había mantenido de forma residual fue la institución de la capacidad jurídica, cuya formulación puede ser percibida como una combinación de la prevalencia de la razón para la asignación del derecho y de medidas paternalistas diseñadas con el fin de proteger a las personas.

Solo hasta la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) —que introduce un paradigma de derechos humanos para abordar el fenómeno de la discapacidad y el reconocimiento igualitario de la capacidad jurídica al margen de la condición de discapacidad— es que la institución fue desafiada a gran escala y rediseñada a la luz de las obligaciones convencionales, bajo la perspectiva de que la capacidad jurídica se ubica también como un derecho humano.

A partir del tratado, la discapacidad es conceptualizada como una categoría social resultante de la interacción entre una persona

con deficiencias (físicas, sensoriales, intelectuales y mentales) y barreras sociales que limitan su participación (incluidas las barreras en el entorno y las barreras actitudinales); no una característica inherente de las personas que requiere un abordaje asistencial y rehabilitador.

Es bajo este marco que debe leerse el derecho a la capacidad jurídica, como un atributo personal mediante el cual los sistemas jurídicos reconocen a titulares de derechos y obligaciones ante la ley, esto es, a personas responsables por sus actos y habilitados en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2014, p. 7). Esta categoría individual, indispensable para participar en la sociedad, le ha sido negada históricamente a una serie de minorías para pasar a ser reconocida progresivamente a mujeres, esclavos liberados, indígenas, personas sin educación formal de lectoescritura, etc. En la actualidad, la capacidad jurídica ha mantenido principalmente restricciones por motivos de edad y cualidades relacionadas con el aspecto cognitivo o psicosocial.

La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una verdadera participación en la sociedad (ONU, 2014, fundamento 13). En ese sentido, la Observación General n.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad destacó la diferenciación tajante sobre la capacidad mental y la capacidad jurídica:

La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. [...] El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el «desequilibrio mental» y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del

artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica. (ONU, 2014)

De esta forma, el Comité no solo ha sostenido que la capacidad mental no puede asimilarse a la capacidad legal, y que un desmedro en la primera no significará la remoción de la segunda; sino que adicionalmente establece que apelar a categorías de negación de la capacidad jurídica tales como las que había establecido nuestro Código Civil, es discriminatorio e ilegítimo. Esto se suma a la idea de que la capacidad no es una categoría dicotómica (se tiene absolutamente o no se tiene); sino que en realidad pueden existir variables en la capacidad de tomar distintos tipos de decisiones.

El artículo 12 de la CDPD no admite valoraciones que midan el funcionamiento mental basadas en las destrezas y las habilidades individuales en tanto se corresponden con un paradigma biomédico que este tratado rechaza (Bach, 2011, p. 63). La innovación que trae consigo el artículo 12 es una lectura de esta institución de conformidad con un paradigma de derechos humanos, radica en que la respuesta no significa la remoción del derecho ante una situación de capacidad mental disminuida, sino que presenta la alternativa de los apoyos en variadas formas e intensidades para viabilizar el ejercicio de derechos.

Se aprecia también que mientras que a cualquier ciudadano se le permite elegir entre diversas opciones en cada momento de su vida, con altas posibilidades de error, las personas con discapacidad se han visto obligadas a probar que su voluntad es calificada y que los riesgos de tomar una decisión errada serán bajos para que se les permita elegir por sí mismos (Bach, 2011, pp. 9-10). No haberlo logrado ha tenido como consecuencia la imposición de un régimen de representación o sustitución en la toma de decisiones a través de instituciones como la interdicción o la curatela.

Los postulados del artículo 12 y el modelo de apoyos ofrecen una respuesta legal en estricto respecto de los derechos fundamentales incluso en aquellas situaciones que pueden ser catalogadas como las más complejas en el ejercicio de la capacidad jurídica. En principio, se reconoce que todas las personas —al margen de su diagnóstico— tienen agencia; un gran porcentaje de personas con discapacidad puede ejercer su autonomía y tomar decisiones de manera interdependiente valiéndose de apoyos específicos en determinados casos. Algunos de estos casos reclamarán que se dispongan una serie de medidas de accesibilidad o ajustes para obtener la voluntad de la persona; en ese contexto, la dificultad para descifrar la voluntad no es motivo razonable<sup>16</sup> ni suficiente para prescindir de ella o invalidarla.

## 2.2. EL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL COMO UNA OBLIGACIÓN SUBYACENTE A LA REFORMA

Bajo el principio liberal de autonomía de la persona se admite como valiosa la elección de planes de vida sin la imposición de ideales de excelencia humana; por tanto, al Estado le corresponde un rol negativo de no interferencia, donde solo deberá propiciar el funcionamiento de instituciones que faciliten la persecución de esos planes de vida (Nino, 1989, p. 204). Poder elegir, establecer planes de vida y llevarlos a cabo requerirá estar dotado de capacidades para razonar, sentir o comunicarse (De Asís, 2007, p. 44). Dado que algunas personas con discapacidades profundas podrían no reunir estos requisitos, se ha afirmado típicamente que no son sujetos autónomos.

En el contexto de la discapacidad, la inhibición del Estado no ha sido necesariamente la regla; por el contrario, la respuesta

---

16 Entendiendo la razonabilidad como un criterio para reconocer medidas que se justifiquen en la necesidad de preservar, proteger o promover fines constitucionalmente legítimos. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia n.º 2235-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6.

legal ha consistido en poner a disposición una serie de medidas de protección para evitar vulneraciones a sus derechos (la curatela puede ser catalogada como una medida diseñada para cumplir tal objetivo). Se evidencia, entonces, que las tensiones entre medidas paternalistas y el respeto de la autonomía, se han inclinado por las primeras cuando el fenómeno de discapacidad entra en la ecuación<sup>17</sup>. Si bien esta parece una respuesta plausible, algunas autoras como Patricia Cuenca (2012) han apuntado que la comprensión de la discapacidad como un asunto de derechos humanos exige una revisión de la noción de autonomía y rebalancear este conflicto entre protección y autonomía (p. 129).

En principio, sostener que el ejercicio de la autonomía está sujeto a características enteramente racionales, podría devolvernos a los problemas anteriormente analizados. Cuenca (2012) señala que no solo debe extenderse la visión de la autonomía a las personas con discapacidad, sino que es necesario reconstruir esa visión, apostando por un concepto complejo de autonomía integrado por dos dimensiones: en sentido negativo, para evitar la intervención del Estado en la esfera de elección de las personas; y, en un sentido positivo, exigir la intervención del Estado y la sociedad en la promoción y el favorecimiento del poder de elección de forma autónoma.

Desde esa perspectiva, se reconoce que las personas con discapacidad no deben ser víctimas de recortes en su autonomía por el simple hecho de tener una discapacidad<sup>18</sup>. El asunto se complejiza en el caso de personas con discapacidades intelectuales y

---

17 El Código Penal, art. 172: «El que, conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años».

18 Así lo estableció Indecopi, en el caso del Exp. 213-2009/CPC-INDECOPI-LAM, en el que el Banco Saga Falabella Perú S. A. fue sancionado por discriminación al negar a una cliente renovar su tarjeta de crédito después de haber tenido un derrame cerebral alegando no identificarla pese a que acudió personalmente a efectuar dicha operación.

psicosociales; en este extremo, será necesario adoptar medidas que permitan remover barreras que impiden la formulación de sus proyectos de vida, así como poner en marcha medidas tendientes a potenciar y promover esta autonomía (Cuenca, 2012, p. 129).

La construcción y la potenciación de la autonomía se convierten en otras obligaciones inmersas en esta reforma, partiendo de la premisa que postula su comprensión no como un punto de partida sino como un punto de llegada (Añon citado por Cuenca, 2012, p. 129). En esa misma línea, conviene apuntar que ha sido precisamente la constante privación de oportunidades a las personas con discapacidad para ejercer la autonomía lo que ha imposibilitado el ejercicio de sus derechos y la consecución de sus planes de vida (De Asís y Barranco, 2011, pp. 110-111). Estas ideas se suman a las expresadas por Nino al considerar que resulta imprescindible desarrollar facultades del individuo a través de la educación para la materialización de planes de vida (Nino, 1989, p. 224).

Un proyecto ejecutado por la ONG Sociedad y Discapacidad (SODIS) en alianza con la Sociedad Peruana de Síndrome de Down, que tuvo el objetivo de formar redes de apoyo para la toma de decisiones de personas con discapacidad intelectual y psicosocial puede abonar en el entendimiento de la autonomía como parte de un proceso interdependiente<sup>19</sup>, donde la exploración constante de las preferencias de las personas y su exposición a actividades de índole educativa, social y cultural son un eje importante de este proceso.

Entre los objetivos específicos del proyecto se pretendió fortalecer la autonomía para la toma de decisiones o el uso de redes de apoyo de las personas con discapacidad participantes en su vida diaria. Para ello se emplearon distintas metodologías que apuntaron a profundizar en el autoconocimiento de los deseos y las

---

19 Sobre autonomía relacional véase Silver y Francis (2009).

preferencias<sup>20</sup> para luego identificar apoyos y recursos comunitarios que les permitan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

Como resultado de este ejercicio, se identificó aquellas áreas que fueron parte de la intervención, mientras que con el grupo de personas con discapacidad intelectual se evidenciaron mejoras en cuanto al desarrollo de actividades autónomas; así, por ejemplo, en el cuidado personal, colaboración en tareas del hogar, comunicación y expresión de opiniones, defensa de su privacidad y otros derechos, y movilización a pie y en transporte público. Además, se observó un reconocimiento de la importancia del uso de documentos y un uso efectivo de estos —como el DNI— y en algunos casos puntuales el uso de la firma. A esto se suma el que un pequeño grupo empezó a trabajar —firmando sus propios contratos y sacando tarjetas bancarias— y que uno mayor se muestra interesado en hacerlo y ha empezado a buscarlo activamente. En cuanto al manejo del dinero, las cuidadoras participantes reportan mejoras; sin embargo, la escasa exposición a este tipo de situaciones hizo que se reportaran algunas dificultades en cuanto al manejo de dinero y la participación en actos como firma de contratos.

De esta forma, mientras más información fuera dispuesta de manera accesible por su entorno y el equipo, esta era recolectada por los participantes, quienes se permitían identificar y proponer entre las diversas opciones aquella que fuera de su interés, y de equivocarse, rectificarse y cambiar su elección<sup>21</sup>.

---

20 Entre la metodología utilizada encontramos: en la esfera individual, el Plan Centrado en la Persona (PCP), acompañamiento individual; a nivel interpersonal, talleres grupales, grupo de reflexión entre pares, reuniones de familiares; y a nivel comunitario: el mapeo de actores y el fortalecimiento de organizaciones de base comunitaria.

21 Informe Final de Evaluación al Proyecto SODIS VMT, 44. «Sí ha cambiado [mi meta] porque estaba pensando trabajar, pero ya no pienso trabajar ya, me he matriculado en el Salón de Reino y yo estoy predicando y eso también me ha dicho mi mamá que es como un trabajo para Jehová Dios [...] Me siento mejor, me siento bien conmigo misma y siento que me han ayudado a lograr mis pequeñas metas porque yo no pensaba predicar de casa en casa porque soy demasiado tímida [...]

Por otro lado, en la evaluación de la experiencia se encontró que los participantes con discapacidad psicosocial, debido a los síntomas asociados a su condición de salud, encontraban algunas dificultades para tomar decisiones e involucrarse en actividades de la vida cotidiana que no representarían un inconveniente para cualquier otra persona. Después de la intervención se evidencian cambios en el desarrollo de estas actividades e incluso en aspectos que involucran su derecho a la salud<sup>22</sup>.

Como se observa de esta experiencia, las personas con discapacidad intelectual y psicosocial participantes de este proyecto, por diversas circunstancias, estuvieron expuestas en menor o mayor medida a diferentes estímulos (de salud o educativos) y en distintos entornos (familiares, sociales, laborales). Esto, en buena cuenta, condicionó la adquisición de algunas destrezas y capacidades. De igual forma, la percepción que tuvieron sobre ellas en estos espacios aportó en la construcción de su subjetividad. En suma, dotar de contenido a esta obligación requiere de profundos cambios que deben darse en los entornos familiares, educativos y sociales para construir la autonomía desde temprana edad.

La exposición a actividades de diversa índole y, con ello, el fortalecimiento de sus capacidades en todas estas esferas constituye un aditivo importante en su proceso de identificación de metas

---

Yo tenía esa pequeña meta, le dije a Brenda [facilitadora del proyecto] que tenía esa pequeña meta y me dijo “te vamos a ayudar a lograrlo”, pero mi mamá me apoyó, me dio ánimos y las hermanas de la congregación también me dieron ánimos para que yo dé el siguiente paso, y es mi propia decisión que yo tomé» (participante con discapacidad intelectual).

«Yo la veo a ella con que quiere trabajar. Ella quiere trabajar, es su sueño mayor de ella, que quiere trabajar en otro sitio, esa es su inquietud de ella. Y, como le digo, yo voy a ir, voy a sacar la interdicción y después la voy a arriesgar. ¿Por qué? Porque quiero, digamos, que ella logre su sueño ¿no?» (cuidadora).

22 «(Entrevistador: ¿Tú aceptarías un internamiento?) Si estoy mal, sí pues, pero que no sea por mucho tiempo. Sí y también que no me golpeen allá [...] Sí, sí, yo también dije que... si me internan de que sea en el [Hospital] Valdizán [...] De que no me golpeen, de que no me metan... de que no me pongan... muchas ampollas así porque a cada rato ponían ya lo que son las ampollas, a cada rato» (participante con discapacidad psicosocial).

y su formación como sujetos autónomos. El rol de los apoyos es fundamental en este proceso en línea con una concepción relacional o interdependiente de la autonomía; enfrentando la posición clásica de que los sujetos toman decisiones enteramente independientes, ignorando de esta forma que la construcción individual está influenciada por diferentes y complejas relaciones sociales. En ese sentido, no existe propiamente una línea divisoria entre sujetos que pueden o no tomar decisiones autónomas, sino que la intensidad de los estímulos externos (apoyos u otro tipo de asistencia) será gradual y en ocasiones más pertinente para algunos individuos.

### 3. ¿UNA REFORMA QUE DESPROTEGE?

El modelo propuesto por el decreto legislativo no solo se ajusta a las obligaciones asumidas por el Estado peruano, sino que ofrecen una respuesta más acorde con un sistema que respeta los derechos de las personas con discapacidad. A diferencia de lo sostenido, el modelo no desprotege a esta población ni vacía de contenido el resto de instituciones del derecho civil. Se regulan dos tipos de situaciones macro: i) aquellas en las que la persona con discapacidad puede manifestar su voluntad, y ii) aquellas en las que no puede manifestar su voluntad, pese a que se han puesto en práctica medidas de accesibilidad, ajustes y otras pertinentes.

En el primer caso, la persona con discapacidad puede acudir a la vía notarial o judicial si desea nombrar apoyo o apoyos y decidirá si estos ejecutan su rol con o sin representación. Conforme a lo establecido en el decreto legislativo materia de análisis, los apoyos prestan asistencia en la comunicación, la comprensión de los actos y sus consecuencias, así como en la manifestación y la interpretación de la voluntad de quien los requiere<sup>23</sup>. Los apoyos son voluntarios y las personas con discapacidad pueden rechazarlos.

---

23 Decreto Legislativo n.º 1384. Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Artículo 659-B. Definición de apoyos.

El segundo caso involucra a personas cuya voluntad no ha sido posible obtener, pese a haberse empleado medidas de accesibilidad y ajustes razonables para lograr tal fin; en este caso interviene únicamente el juez cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y la protección de los derechos de la persona con discapacidad. El procedimiento y los criterios en esta designación han sufrido un cambio radical, se suprime la lista taxativa de potenciales curadores y los apoyos serán designados basándose en la cercanía, la confianza, la relación de convivencia o la amistad que sostengan con la persona que será asistida<sup>24</sup>.

Adicionalmente, el juez podría nombrarlos y asignarles funciones de representación<sup>25</sup>. Muchos críticos encontraban una inconsistencia en nombrar apoyos para personas que no pudieran manifestar voluntad; no obstante, la normativa habilita que estos puedan actuar con representación cuando así lo determine el juez, evitando, de esta forma, poner en una situación de desprotección a quienes necesiten ser parte de actos jurídicos que involucren sus propios derechos o la garantía de sus intereses.

Entre las particularidades de este nuevo esquema, la figura de las salvaguardias también es introducida en el ordenamiento jurídico, su finalidad está orientada al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben apoyo, para así evitar situaciones de abuso e influencia indebida en que puedan incurrir los apoyos designados<sup>26</sup>. En suma, se propone un sistema donde las figuras de apoyos y salvaguardias funcionan de forma articulada, su nombramiento responde a criterios

---

24 Decreto Legislativo n.º 1384. Cabe mencionar que además, conforme con el artículo 659-E, el juez no podrá designar como apoyos a personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

25 Decreto supremo que aprueba el reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP, artículo 11, de la facultad de representación.

26 Decreto Legislativo n.º 1384, artículo 659-G: salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos.

de proporcionalidad, y la finalidad de ambos está inscrita en el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona.

Adicionalmente, se incluye el criterio de la mejor interpretación de la voluntad de la persona asistida, que deberá ser puesto en práctica en los casos de designación judicial excepcional de apoyos. El régimen anterior habilitó que los curadores ejecuten su rol en función del *mejor interés* de la persona con discapacidad, o lo que sus representantes consideraron como el mejor interés. Actualmente, se exige que los apoyos desarrollen su rol bajo la mejor interpretación posible de la voluntad, las preferencias y la historia de vida de la persona a la que apoyan.

Se ha cuestionado también que es imposible hacer una reconstrucción de este tipo en los casos que comprometen a personas con profundas discapacidades intelectuales o psicosociales; sin embargo, suelen ser las personas más cercanas a las personas con discapacidad quienes mejor conocen sus intereses y sus preferencias, incluso en aquellos casos donde estas no se pueden expresar verbalmente con claridad. Esta tarea involucra un ejercicio interpretativo, pero resulta más garantista a la contemplada anteriormente; diversas herramientas que puedan dar luces sobre estas preferencias e intereses; y podrán valorarse oportunamente, por ejemplo, los testamentos<sup>27</sup>, la designación anticipada de apoyos, las directivas anticipadas<sup>28</sup>, el documento de reconocimiento de apoyo, entre otros.

Tal como sostiene Michael Bach (2011), es necesario abogar por una noción de la agencia humana donde se atribuya intención a nuestras acciones y se apele a la capacidad autobiográfica que puede ser expresada por la persona o reconstruida por terceros (p. 83). Así, menciona:

---

27 Cabe destacar el trabajo desplegado por la notaria Rosalía Mejía (2019), quien ha incorporado algunas herramientas para dar cuenta de la voluntad y la preferencia de las personas.

28 El reglamento de la ley de salud mental en su cuarta disposición complementaria final introduce la planificación anticipada de decisiones.

Podemos construir un reconocimiento más sólido e inclusivo de lo que significa tener capacidad mental y tomar decisiones sobre la base de los siguientes criterios: i) capacidad para expresar voluntad e intención al menos a otros que conocen bien y pueden conferir o atribuir agencia a mis actos cuando nos describen a terceros; y ii) Ser capaz de contar personalmente «quién soy, la historia de mi vida con valores, objetivos, necesidades y desafíos, o disponer de una comunidad de personas que me conocen y valoran para que ellos lo hagan por mí, al mismo tiempo, usar esa coherencia narrativa para ayudar a guiar las decisiones que ponen en marcha mis intenciones. (Bach, 2011)

Finalmente, es importante observar que existe una prelación en la utilización de mecanismos reconocidos por la reforma. En principio, garantizar medidas de accesibilidad, acceso a apoyos y ajustes para la obtención de la voluntad y solo ante la imposibilidad de esta obtención, emplear la técnica de la mejor interpretación de la voluntad de las personas. A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso recaído en el Expediente 02413-2019-0-1001-JR-FC-03 (de designación de apoyos), el cual sirve como un ejemplo del agotamiento de estas medidas que condujeron a obtener una manifestación de voluntad de una persona que bajo un análisis «estándar» habría sido ubicada en la segunda situación. De haberse dado, que ante el agotamiento de estas medidas no se hubiera logrado obtener una declaración de voluntad, habría operado la interpretación de las preferencias de la persona en función de su historia.

El proceso de designación de apoyos del caso en cuestión fue solicitado por los padres de una mujer de treinta y seis años, en atención de que esta no podía expresar tal voluntad, pues a partir de un traumatismo encéfalo craneano grave y una posterior operación no pudo volver a hablar ni moverse significativamente, permanecía en cama y era asistida por sus padres, sus hermanas y una enfermera. El juez, conforme con lo sugerido por el equipo multidisciplinario, tomó los ajustes razonables de realizar la audiencia en su domicilio, utilizar un lenguaje sencillo y apoyarse, para la comunicación, en una facilitadora (psicóloga en esta

oportunidad). Al interactuar con la joven, con los ajustes mencionados, pudo establecer que podía entender lo que le decían y emitir respuestas a preguntas concretas con gestos y algunos sonidos para que se entienda lo que quería decir. A través de una serie de preguntas en lenguaje sencillo se recabó que deseaba apoyos, que su hermana tramite lo que corresponde a sus seguros; que sus padres mantuvieran su cuidado y atención; y que su padre la represente de surgir algún proceso judicial, dándole todas las facultades de representación. Así fue tomada la declaración en audiencia y registrada en video, y fue posible establecer apoyos para los actos correspondientes con la voluntad de la persona, y las salvaguardias correspondientes para el efectivo y correcto funcionamiento de estos<sup>29</sup>.

Como se observa, la reforma ofrece múltiples escenarios y una variedad de medidas que podrán aplicarse para resguardar los derechos y la voluntad de las personas con discapacidad, incluyendo a aquellas cuya condición es más severa e inclusive en los casos límite como los supuestos de coma. Si bien parte de las críticas a la reforma han insistido en que riesgosamente «se crearía» o «inventaría» una voluntad de quien «no la posee»<sup>30</sup>; el punto central es, entonces, rescatar y asumir como valiosa la voluntad de las personas con discapacidad; en los casos en que esta no pueda ser identificada, se evaluarán otros criterios como la historia de vida, las manifestaciones previas, o el acudir a personas que puedan reconstruir estos deseos. Pese a los retos inmersos en la puesta en práctica de la reforma, esta se perfila

---

29 Caso resuelto por el juez Edwin Bejar del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, con sentencia del 21 de agosto de 2019.

30 «¿Será viable la existencia de un apoyo para una persona que —como en el caso referido— es absolutamente incapaz?; ¿no será mejor nombrar a un representante para esa persona absolutamente incapaz? Para entender estas interrogantes pongámonos en la situación de las personas que carecen de discernimiento y, por ende, que no pueden manifestar de manera alguna su voluntad; ¿si una persona carece de discernimiento, tiene algún sentido que se le nombre un “apoyo” o será mejor que dicha persona tenga un representante? Lo lógico es lo segundo, porque justamente para casos como estos es para los que existe la figura de la curatela» (Castillo y Chipana, 2018, p. 48).

como un esquema más garantista en contraposición con la figura previa de sustitución en la toma de decisiones.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el Perú este cambio de paradigma a pesar de haberse generado legislativamente hace casi dos años, se encuentra aún en una etapa de reconocimiento y asimilación, y es que, a diferencia de cualquier otro cambio legal de índole formal, el presente involucra el replanteamiento de varios conceptos teóricos previos en torno a la titularidad de derechos y algunos postulados vinculados particularmente al derecho de capacidad jurídica de personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

En lugar de remover un derecho a sus potenciales portadores por no alcanzar estándares médicos, la reforma apuesta por reconocer la titularidad de este derecho al margen de la discapacidad; la diferencia sustancial radica en las medidas que se disponen para hacer posible la toma de decisiones y la participación en actos jurídicos de diferente complejidad consistentes en un sistema de apoyos y salvaguardias que actuarán conforme a la voluntad y las preferencias de las personas. Para su plena materialización se requiere aún de un trabajo proactivo por parte de diversos actores, para trabajar desde la percepción del anteriormente «débil» y hoy «autónomo», hasta la capacitación de los actores a quienes el sistema jurídico asigna como aplicadores: jueces, abogados, fiscales y sociedad civil involucrada.

Como hemos expresado, esta reforma significa un gravitante paso hacia la garantía de los derechos fundamentales de este grupo social, que como todo cambio de tal magnitud exige posteriores acomodaciones y recompreensiones. Finalmente, la consolidación de esta regulación se sumará como un antecedente para la consecución de sociedades más igualitarias, remediando la discriminación histórica que el ordenamiento jurídico peruano conservaba para con las personas con discapacidad.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. y García, A. (coords.). (2017). *Star Trek y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Bach, M. (2011). El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa. En F. Bariffi y A. Palacios (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediar.
- Castillo, M. y Chipana, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (65), 45-50.
- Castro, X. (2013, enero). Salud mental sin sujeto. Sobre la expulsión de la subjetividad de las prácticas actuales en salud mental. *Revista CS Ciencias Sociales*, (11), 73-114.
- Cuenca, P. (2012, octubre-diciembre). Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, (158), 103-137.
- De Asís, R. F. (2007). Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. En I. Campoy Cervera y A. Palacios (coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina* (pp. 17-50). Dykinson.
- De Asís, R. y Barranco, M. del C. (2011). El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En M. del C. Barranco (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*. Dykinson.
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Código Civil peruano de 1984*. Instituto Pacífico.

- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Kant, I. (1939). *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Excelsior 146. Ercilla.
- Mejía, R. (2019). *La implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la función notarial*. Colegio de Notarios de Lima.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.
- Nussbaum, M. C. (2012). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2014). Observación General n.º 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (2018, 2 de octubre). CIDH saluda las medidas adoptadas para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Perú [Comunicado de prensa].
- Quinn, G. (2010). Personalidad y capacidad jurídica: perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD. [Conferencia impartida en el Seminario «CDPD Disability and Legal Capacity Under the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities», en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard].
- Quinn, G. y Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Robert, S., Reculé, J. y Prato, J. (2016). Evaluación de la capacidad del paciente para emitir un consentimiento válido: ¿es posible la estandarización? *Revista Médica de Chile*, 144(10), 1336-1342.

- Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Silvers A. y Francis, L. P. (2009, diciembre). Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency. *Social Theory and Practice*, 33(2), 311-334.
- Sosa, J. M. (2017). *Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos*. Editorial Académica Española.
- Vega, Y. (2018, octubre). La reforma del régimen legal de los sujetos débiles *made by* Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (64), 27-45, 43-45.





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3691

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ¿CIVIL? UN ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE EDUARDO DA FONSECA<sup>1</sup> Y J. HARVIE WILKINSON III<sup>2</sup>**

Presumption of innocence in the civil sphere? An  
analysis of the proposals of Eduardo da Fonseca  
and J. Harvie Wilkinson III

DIEGO ALARCÓN DONAYRE  
Instituto Nacional Penitenciario  
(Lima, Perú)

Contacto: [diego.alarcon@inpe.gob.pe](mailto:diego.alarcon@inpe.gob.pe)

### **RESUMEN**

El presente trabajo examina las propuestas de presunción de inocencia civil desarrolladas por Eduardo da Fonseca y J. Harvie Wilkinson III. Para ello, se analizan los presupuestos de ambas propuestas con relación a la concepción de la pena y los criterios morales y políticos asociados a la determinación de estándares de prueba. En ese sentido, se presentan dos aspectos problemáticos comunes a ambas propuestas consistentes en, primero, la

---

1 Juez federal en Ribeirao Preto/SP. Pós-Doutor por la Unisinos.

2 Juez de la Corte de Apelaciones para el Cuarto Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica.

adopción implícita de una perspectiva nominalista sobre la pena y, segundo, la ausencia de una problematización sobre los criterios morales y políticos que justifican tanto la exclusividad de la presunción de inocencia penal como su expansión al ámbito civil. Se concluye que para dar respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de una presunción de inocencia civil se requiere de nociones metaéticas y de filosofía política que ambas propuestas no desarrollan.

**Palabras clave:** presunción de inocencia; estándares de prueba; carga de la prueba; teoría de la pena; presunción de inocencia civil.

## ABSTRACT

This paper examines the presumption of innocence idea in the civil sphere developed by Eduardo da Fonseca and J. Harvie Wilkinson III. For this objective, it analyzes the assumptions of both proposals. They are elaborated on the basis of the relationship between the conception of punishment and the moral and political criteria associated with the determination of standards of proof. In this sense, it reveals two problematic aspects common to both conceptions consisting of: first, the implicit adoption of a nominalist perspective on punishment, and second, the absence of a discussion of the moral and political criteria that justify both the exclusivity of the presumption of criminal innocence and its expansion to the civil sphere. It is concluded that the answer to the question of the possibility of a presumption of civil innocence requires metaethical and political philosophy notions that both proposals fail to develop.

**Key words:** presumption of innocence; standards of proof; burden of proof; penalty theory; presumption of civil innocence.

Recibido: 30/06/2020      Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de presunción de inocencia, por defecto nos solemos ubicar en el ámbito del proceso penal. En la mayor parte de ordenamientos jurídicos, se la erige como un principio básico y orientador de ese tipo de proceso (Stumer, 2018). Con independencia de la concepción que tengamos sobre ella, que no es tan uniforme como se suele asumir (Laudan, 2013), una premisa de pacífica aceptación es que su ámbito de desarrollo natural es el proceso penal.

Pero ¿a qué se debe esa asociación inmediata?, ¿qué razones justifican ese tratamiento exclusivamente penal de la presunción de inocencia? Los trabajos de Costa (2017) y Wilkinson (2018) justifican formular estas preguntas. En ambos trabajos se propugna la posibilidad de expandir el horizonte de la presunción de inocencia más allá del ámbito penal. Ambos proponen, ciertamente desde diferentes perspectivas, una presunción de inocencia *civil*.

El propósito de este trabajo es analizar ambas propuestas. Me enfocaré en dos ideas que ambos planteamientos, pese a sus diferencias, parecen compartir: en primer lugar, la intercambiabilidad de las consecuencias jurídicas y, en segundo lugar, el problema de la indeterminación axiológica.

La intercambiabilidad de las consecuencias jurídicas hace referencia al presupuesto según el cual la pena y los demás tipos de consecuencias jurídicas (especialmente las civiles, desde luego) resultarían intercambiables, esto es, que podría hablarse de ellas (en este caso, con relación a la presunción de inocencia) de forma invariable, sin compromisos conceptuales ulteriores. Esta idea, sostengo, resulta en cierto modo un atajo argumentativo que impide la formulación del problema de indeterminación axiológica.

Como veremos, los fundamentos que se suelen emplear para justificar la exclusividad de la presunción de inocencia en el ámbito penal tienden a ser argumentos de naturaleza moral o política (Bystranowski, 2017). Ambas propuestas, al no determinar

qué caracterizaría a la pena, impiden establecer cuáles serían las razones que eventualmente deberían sopesarse en la discusión moral o política antes referida.

El trabajo se ha estructurado de la siguiente forma: en el §2, presentaré resumidamente, con todo el riesgo de sobresimplificación que ello implica, ambas propuestas. A continuación, en el §3, me abocaré a precisar algunas nociones que suelen aparecer conexas al tratamiento de la presunción de inocencia, a saber: la carga de la prueba y los estándares probatorios. Asegurado ello, finalmente, en los §4 y §5, abordaré cada uno de los problemas antes apuntados.

Este trabajo, debo dejar sentado, no busca ofrecer una respuesta a la pregunta sobre la viabilidad de la presunción de inocencia en ámbitos distintos al proceso penal, en general, y en el ámbito civil, en particular. Esa empresa requeriría de un desarrollo mucho más amplio. Considero, sin embargo, que los dos aspectos problemáticos de las propuestas que presentaré pueden resultar útiles para ese propósito.

## 2. LAS PROPUESTAS

Los planteamientos de Costa y Wilkinson difieren en muchos aspectos. No solo por las tradiciones jurídicas desde las que parten, sino también por el marco teórico y la perspectiva desde las que se construyen. Costa toma como marco de referencia el ordenamiento brasileño y su propuesta descansa, en buena medida, en una justificación constitucional; mientras que Wilkinson parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y desarrolla su propuesta, esencialmente, analizando las consecuencias prácticas de la inexistencia de la presunción de inocencia en el ámbito civil.

Costa distingue, de una parte, los principios *procesales*, y de otra, en un nivel inferior, los principios *procedimentales*. Los primeros tendrían carácter constitucional y abarcarían los distintos ámbitos procedimentales (penal, civil, arbitral, electoral, etc.),

mientras que los segundos serían infraconstitucionales y se ceñirían a un determinado ámbito procedimental. Establecida esa premisa, Costa sostiene que la presunción de inocencia se trataría de un principio procesal, de modo que limitarlo a la justicia penal sería injustificado.

A continuación, Costa (2017) propone la siguiente operación:

De acordo com a CF-1988, «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória» (art. 5º, LVII). *As expressões «culpado» e «sentença penal condenatória», tomadas ipsis litteris, podem sugerir o procedimento penal como o exclusivo âmbito de incidência do princípio.* Entretanto, o dispositivo sofre de uma privação expressiva. Culpado é a situação do acusado que tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. *O problema é encontrar uma palavra que exprima a situação do demandado que tem contra si uma sentença civil de procedência transitada em julgado.* Poder-se-ia dizer, por exemplo, que «ninguém será considerado devedor até o trânsito em julgado de sentença condenatória obrigacional». Todavia, o civil ou extrapenal transcende os limites do obrigacional. (p. 131)

A propósito de este extremo del planteamiento de Costa, cabe mencionar que Cavani (2018) formuló una operación similar tomando como referencia el ordenamiento peruano:

En efecto, el artículo 139 inciso 10 de la Constitución, al consagrar que «no hay pena sin proceso judicial», en realidad no se refiere solo al proceso penal sino también al proceso extrapenal, siempre que se entienda que allí donde dice «pena» se habla de una sanción o consecuencia desfavorable para la libertad, patrimonio o la esfera jurídica en general del demandado. (p. 23)

Wilkinson, a diferencia de Costa, no parte de categorías procesales, sino de una realidad problemática: la expansión, a su juicio perniciosa, del *discovery*<sup>3</sup>. Desde su perspectiva, la posibilidad de

3 El *discovery* en el proceso civil norteamericano es una etapa en la que las partes se informan unas a otras acerca de los testigos y la evidencia que van a presentar en el juicio. Esta etapa comprende, a su vez, la toma de declaraciones previas o requerimientos de documentación y registros. Al respecto, véase Beisner (2010).

activar el sistema de justicia, cuyos costos en buena medida terminarían corriendo por cuenta de los demandados, es bastante alta, pese a que el mérito probatorio de las demandas suele no ser el adecuado.

Wilkinson (2018) entiende que, visto desde el prisma de las consecuencias, la posibilidad de la pena privativa de libertad o la pena capital en principio justificarían estándares de protección mucho más altos en la justicia penal; sin embargo, afirma que no deberíamos poner el foco únicamente en las consecuencias, sino en el proceso entendido como un todo, y que este (así entendido) debería ser el que ayude a «calibrar las protecciones» (p. 591).

Dentro de la extensa justificación de la propuesta de Wilkinson, se sostiene que no habría nada *sui generis* en el ámbito del proceso penal que justifique la exclusividad de la presunción de inocencia en ese ámbito, poniendo como ejemplo el caso de las personas jurídicas, que, en el ordenamiento estadounidense, pueden responder tanto civil como penalmente<sup>4</sup>.

Aunque, en principio, Wilkinson parece adherirse a una justificación retributivista<sup>5</sup> de la presunción de inocencia, también es posible encontrar ribetes consecuencialistas<sup>6</sup> en su planteamiento. En efecto, sostiene que si bien, por lo general, las consecuencias jurídicas devenidas de un ilícito penal son más serias que las civiles, ello no es del todo absoluto, pues existen ciertos supuestos, especialmente los que, dentro de la tradición romano-germánica, se corresponderían con los de la responsabilidad civil extracontractual, que suponen costos financieros y reputacionales que pueden llegar a ser igualmente serios.

Para finalizar con lo referido a la propuesta de Wilkinson, debo anotar que este expresamente reconoce que no busca, mediante su propuesta, sustentar el abandono del estándar de probabilidad preponderante en favor del estándar «más allá de toda duda

---

4 Al respecto, véase Laufer (2006).

5 Al respecto, véase Walen (2015).

6 Al respecto, véase Laudan y Saunders (2009).

razonable», sino, como se desprende sobre todo de la parte final de su trabajo, su objetivo se limita a establecer un mayor grado de protección al demandado en las etapas anteriores al juicio civil. Aquí cabe precisar que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, la presunción de inocencia cobra realmente relevancia en el ámbito del juicio, no así en las etapas anteriores (Laudan, 2013). En ese orden de ideas, lo que Wilkinson discute es el grado de suficiencia probatoria en las decisiones anteriores a la decisión final del proceso civil, postulando que estas sean más altas. De esta forma, la presunción de inocencia civil por la que apuesta Wilkinson tendría como mayor aporte reconocer la idea, mayormente indiscutida en el ámbito penal, de la «gradualidad» probatoria que debe existir en las diferentes decisiones del proceso. De este modo, el *discovery* no podría activarse si la solicitud no contara con *suficiente* soporte probatorio.

Como se dijo, dos son los aspectos de ambas propuestas sobre los que me voy a enfocar: el primero, relativo a la concepción de la pena que ambos autores asumen para la construcción de sus planteamientos, y el segundo, relativo a la dimensión axiológica de sus propuestas. Si bien Costa no desarrolla explícitamente este último aspecto, tuve la oportunidad de comentar su trabajo en un evento académico reciente<sup>7</sup>, en el que, con ciertos ejemplos, cuestionó por qué indiscutidamente consideramos que las consecuencias penales son necesariamente siempre más graves que las civiles.

### 3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO

Antes de pasar al desarrollo de los aspectos problemáticos de las propuestas de Costa y Wilkinson, considero imprescindible establecer algunas precisiones conceptuales en torno a la presunción

<sup>7</sup> I Coloquio Internacional de Derecho Procesal, desarrollado en septiembre de 2019, en Arequipa, Perú.

de inocencia. La primera, sin duda, que técnicamente no estamos ante una presunción (Nieva Fenoll, 2013).

Cuando hablamos de presunción de inocencia solemos asumir tácitamente que compartimos una noción común sobre su sentido, pese a tener en mente muy distintas concepciones (Laudan, 2013). Ello en buena cuenta viene favorecido por la gran cantidad de facetas que la literatura y la jurisprudencia le han reconocido.

Así, Ferrer Beltrán (2010) distingue dos dimensiones de la presunción de inocencia: una extraprocesal, y otra estrictamente procesal. Dentro de esta última, la presunción de inocencia se concebiría (i) como principio informador del proceso penal, (ii) como regla de trato procesal, (iii) como regla probatoria y (iv) como regla de juicio. Esta clasificación es útil para determinar cuál es el sentido de presunción de inocencia que adoptan las posturas analizadas.

En lo tocante a la presunción de inocencia como principio informador, Ferrer Beltrán sostiene que actuaría de forma bidireccional: por una parte, como límite de la potestad legislativa; y, por otro, como orientador de la actividad judicial. A partir de este principio, se extraerían diversos derechos subjetivos que se desenvolverían como específicas garantías procesales. En una versión más delimitada, Nieva Fenoll (2016) sugiere que la presunción de inocencia sería un principio «orientador de la mente judicial para conseguir preservar la imparcialidad del juzgador» (p. 16) y mitigar, así, la influencia del prejuicio social de culpabilidad. En la perspectiva de este autor, este sería el fundamento de la presunción de inocencia, que se erigiría sobre una base epistémica, consistente en la usual y generalizada desconfianza respecto al imputado. «El simple hecho de señalar a una persona como sospechosa», apunta Nieva Fenoll (2016), «genera automáticamente un recelo social ante este individuo» (p. 5). Habría, de este modo, un prejuicio social que condicionaría las expectativas del imputado a un juicio y una sentencia justos.

Ahora bien, incluso si acogiéramos como válida la existencia de este prejuicio, no considero que este sea el fundamento de la

presunción de inocencia. La atención que merece este prejuicio no se explicaría si no partiésemos de una convicción moral previa que juzga inaceptable la condena errónea de un inocente. El fundamento de la presunción de inocencia, así, no sería epistémico, sino moral y político. Esto no niega que, en efecto, pueda resultar, en cierto sentido, una garantía epistémica contra el error, sino que su fundamento no puede ser en sí mismo la mitigación de este, sin un juicio (moral y político) que explique por qué deberíamos evitarlo. La razón de mitigar los efectos del referido *prejuicio* solo se explica por lo indeseable del *perjuicio* asociado en caso de error.

La conceptualización de la presunción de inocencia como principio orientador resulta excesivamente amplia, al punto de carecer de utilidad. Como bien apunta Ferrer Beltrán (2010), teniendo en cuenta que jurisprudencial y legislativamente el contenido de la presunción de inocencia ha sido ampliamente desarrollado, su faceta como principio orientador se reduciría a la aplicación de ese contenido, expresado en garantías procesales y, por tanto, «no sería independiente de ellos» (p. 157). De ahí también la acertada observación de Ulväng (2013), según la cual si asumimos todos los valores que la presunción de inocencia buscaría optimizar, difícilmente hablaríamos de esta como *un* único principio.

Otra categoría que aparece usualmente asociada a la presunción de inocencia, no sin cuestionamiento (Nieva Fenoll, 2013), es la de carga de la prueba. Aquí es necesario distinguir entre los dos sentidos o facetas de esta. Tenemos así, como señala Ferrer Beltrán (2019) por un lado, una carga en sentido objetivo, que «responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente?» (pp. 51-87), y otra en sentido subjetivo, «que responde a la pregunta sobre qué parte *debe* aportar prueba al procedimiento» (Ferrer, 2019, p. 59). En el primer sentido, la presunción de inocencia opera como una regla de juicio asociada a un estándar de suficiencia probatoria. Cabe precisar que si bien la presunción de inocencia entendida como regla de juicio presupone un estándar probatorio, esta *per se* no implica su contenido (Ferrer, 2010).

Los estándares de prueba son aquellos criterios que indican cuándo se encuentra justificado aceptar como verdadera una hipótesis (Gascón, 2019), o más específicamente, «permiten determinar que hay pruebas *epistémicamente suficientes*» (Cumiz y Dei Vecchi, 2019, p. 13) para tener por probado un determinado enunciado fáctico. Ingresar al problema en torno a la ontología de estos estándares o su contenido procesal desbordaría el objeto de este trabajo. Basta para nuestro propósito señalar que se tiene establecido en buena parte de los ordenamientos que, en el caso del proceso penal, el estándar aplicable resulta ser el «*más allá de toda duda razonable*», y para el proceso civil, el equilibrio de probabilidades o posibilidad preponderante (Stumer, 2018). Asimismo, es mayormente aceptado en la literatura y la jurisprudencia que el estándar probatorio del proceso penal es más exigente que el aplicable al proceso civil (Stumer, 2018).

Las propuestas analizadas en este trabajo adoptan distintas concepciones de la presunción de inocencia. En ello, sin duda, cobra importancia que, en el sistema norteamericano, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ceñido los alcances de esta esencialmente al juicio y no a las etapas anteriores. De ahí que la propuesta de Wilkinson consista, en buena medida, en ampliar el horizonte (especialmente al *discovery*). Esta propuesta parece asumir la necesidad de exigencias probatorias graduadas según el estadio procesal, de modo que pueda limitarse la activación de la maquinaria estatal-procesal, protegiendo a los demandados de lo que, a juicio de Wilkinson, es una expansión de demandas carentes de mérito. En sus términos:

This structure of litigation — using the coercive tools of statesanctioned procedure to inflict punishing costs on a party that may have done nothing more than be sued— ignores a fundamental tenet of the AngloAmerican system of justice: presuming a party innocent until adjudicated otherwise. (Wilkinson, 2018, p. 589)

La propuesta de Costa, en cambio, abarca muchos más aspectos, por lo que es válido considerar que su concepción de la

presunción de inocencia es, naturalmente, más amplia. En efecto, el planteamiento de Costa llega a comprender ámbitos relativos a la ejecución civil, la prisión preventiva, la tutela anticipada e incluso las cargas dinámicas de la prueba.

Ahora bien, independientemente de los alcances a los que arriban ambos autores, el propósito de este trabajo no consiste en dictaminar sobre los resultados de sus propuestas, sino examinar los presupuestos de estas.

En lo tocante a este trabajo, considero que la presunción de inocencia en su faceta de regla de juicio resulta útil para mostrar el contraste existente entre el proceso penal y el proceso civil. El siguiente caso puede resultar particularmente ilustrativo: en Arequipa se siguió un caso contra dos imputados por el delito de homicidio en el que, pese a ser absueltos por duda razonable, se les impuso el pago de una reparación civil por el hecho dañoso (Reynaldi, 2016). El juez, pues, aplicó dos estándares distintos: la duda razonable para la responsabilidad penal, y la probabilidad prevaleciente para la responsabilidad civil. Debe recordarse que, en buena parte de los ordenamientos, incluyendo el peruano, el proceso penal, por economía procesal, comprende distintos tipos de pretensiones (civiles y administrativas) aunque estas no se despojan de su naturaleza (Río, 2010). Es posible, por tanto, afirmar que los estándares de prueba no se encuentran asociados a los procesos en sí, sino a las consecuencias jurídicas eventualmente aplicables.

Desde esta perspectiva, y aunque los resultados de las propuestas difieran en las nociones de presunción de inocencia que adoptan, en este trabajo asumiré principalmente a esta en su faceta de regla juicio. Considero que es esta faceta la que mejor permite problematizar la actual exclusividad de la presunción de inocencia penal, y examinar las bases de las propuestas que sugieren su expansión al ámbito de las consecuencias jurídico-civiles.

## 4. LA PENA COMO CONSECUENCIA JURÍDICA INTERCAMBIABLE

Si, como apunté anteriormente, los estándares de prueba se encuentran determinados no por el tipo de proceso sino por las consecuencias jurídicas cuya aplicabilidad se discute, no parece especialmente perspicaz preguntarnos, de entrada, si acaso la naturaleza de los diferentes tipos de consecuencias jurídicas podrían ser el fundamento de la diferenciación de estándares. Dicho de otro modo, si requerir un estándar probatorio más exigente para la imposición de consecuencias jurídico penales se justificaría por la propia naturaleza penal de ellas. Esta hipótesis, bastante intuitiva por lo demás, no es explorada en ninguna de las dos propuestas que analizamos en este trabajo. Ello explica, en buena medida, por qué ninguna incluye dentro de su justificación un desarrollo en torno a lo que se entiende por pena y qué la distinguiría de otros tipos de consecuencias. Sin ello, como veremos más adelante, la pregunta (fundamental, a mi juicio) acerca de cómo diferenciamos el cobro de un impuesto o el pago de una obligación civil de una pena de multa es difícilmente contestable (Mañalich, 2011).

Las propuestas analizadas, sobre todo la de Costa, adoptan en cambio una postura en la que las consecuencias jurídico penales pueden ser intercambiables, al punto que si variásemos el término penal e introdujésemos la denominación civil en específicas disposiciones normativas, el sentido de tales disposiciones sería igualmente funcional. Costa, como referimos anteriormente, considera que cuando la Constitución brasileña emplea los términos «acusado» o «sentencia penal condenatoria», tales denominaciones pueden ser fácilmente extrapolables a otros ámbitos del ordenamiento. Wilkinson, por su parte, estima que no habría algo *sui generis* dentro del proceso penal que justifique la exclusividad de la presunción de inocencia en ese ámbito. Al asumir estos planteamientos, considero que ambas propuestas adoptan implícitamente una posición nominalista en torno a la noción de pena, lo que, como veremos a continuación, supone la adopción de una

serie de compromisos teóricos de los que las propuestas bajo análisis no dan cuenta.

Una posición pacífica en la literatura penal consiste en que la pregunta general acerca del concepto de «derecho penal» puede responderse a través de la definición más específica del concepto de pena (Mañalich, 2011). Para ello, como sugiere Mañalich, siguiendo a Moore, debemos partir considerando que para diferenciar las denominadas áreas del derecho (en este caso, aquella denominada «derecho penal»), es necesario formularnos dos preguntas: la primera, «qué clase de cosa es un área del derecho» (Moore, 1997, p. 29), que cifra un problema ontológico; y la segunda, «cuáles son los criterios bajo los cuales es posible identificar un área del derecho frente a otras» (Moore, 1997, pp. 29-30), que constituye un problema de individuación. Estas preguntas, sostiene Moore, se encuentran en una relación de dependencia: los criterios que permiten identificar un área del derecho son dependientes de aquellos que definen qué cuenta como un área del derecho. El problema de individuación, así, sería dependiente del problema ontológico (Mañalich, 2011).

Para resolver el problema ontológico debemos atender a los siguientes tipos de clases de cosas: clases naturales, clases nominales y clases funcionales (Mañalich, 2011). Al respecto, Mañalich apunta que la primera se caracteriza por reunir a un conjunto de miembros a partir de una característica común en su naturaleza, que a su vez puede identificarse con una cierta composición estructural compartida por sus miembros. Piénsese, por ejemplo, en la composición química del oro. Por su parte, las clases nominales agrupan a sus miembros a partir de una denominación determinada convencionalmente. Por último, las clases funcionales agrupan a sus miembros a partir de una función común que cada uno de ellos desempeña.

La clase derecho penal presenta dificultades para identificarla como una clase nominal o una estructural. Dar cuenta de ellas desbordaría el objeto de este trabajo. Basta decir que el reparo a la conceptualización del derecho penal como una categoría nominal

queda objetada fundamentalmente por aquello que Hart (2008) denominó *definitional stop* (p. 5), consistente en que «partir de una definición de *pena*, tal que necesariamente resulten excluidas por ella una o más teorías que pretenden ser teorías de la pena, no constituiría más que una gran petición de principio» (Mañalich, 2011, p. 34). En lo tocante a la concepción del derecho penal como clase estructural, pese a que intuitivamente podríamos asumir que el elemento común sería la pena como la irrogación de un mal (Kindhäuser, 2001), esta resultaría poco explicativa, pues la pena, *per se*, con independencia de la función que cumple, puede resultar indistinguible de otras consecuencias jurídicas (pp. 3-28). Retomando lo dicho líneas arriba, la pregunta acerca de cómo diferenciamos el cobro de un impuesto o el pago de una obligación civil de una pena de multa es difícilmente contestable sin recurrir a las funciones a las que cada una de ellas responde.

Considerando que el derecho penal y, por tanto, la pena, pueden concebirse como una clase funcional, ingresamos a la conocida disputa teórica acerca de las teorías de la pena, en los términos establecidos por las teorías retributivas, preventivo generales y preventivo especiales. Para efectos de este trabajo, considero posible asumir que estas teorías no resultan incompatibles entre sí si tomamos como elemento funcional común «la expresión de reproche» como signo (Puppe, 2014, pp. 101-136), con independencia de los efectos perseguidos por tal función, donde las referidas teorías si se empiezan a bifurcar.

La expresión de reproche antes referida, siguiendo a Kindhäuser (2011), se ejecutaría mediante la irrogación de un mal. Esa función sería lo que distinguiría la pena de otras consecuencias jurídicas.

Pero, considerando que las otras consecuencias dentro de un ordenamiento determinado tienen características funcionales propias, ¿por qué esa característica definitoria de la pena haría que esta fuera merecedora de un estándar de prueba más alto? Dicho de otro modo, ¿por qué determinar la aplicación de la pena, caracterizada por su función expresiva de reproche, justificaría

tomar previsiones mucho más altas (en este caso, un estándar probatorio más exigente) que para la aplicación de otras consecuencias jurídicas?, ¿por qué la función expresiva de reproche (penal) se juzga más grave, por ejemplo, que la función resarcitoria (civil)?

Estas preguntas sugieren que, como apunta Bystranowski (2017), existe un juicio moral y político que juzga a la pena como la consecuencia más «grave» de todas las que comprende el ordenamiento. Esta afirmación se deja entender fácilmente si recurrimos al usual (y mayormente indiscutido) principio penal de intervención mínima o *ultima ratio* (Mañalich, 2018), según el cual únicamente se debería recurrir al derecho penal ante la inexistencia de otros medios «menos lesivos». A partir de esta observación, y recurriendo a la idea antes apuntada, relativa a que los estándares probatorios se encontrarían asociados a las consecuencias jurídicas cuya aplicación se discute, se podría esbozar la hipótesis consistente en que mientras más «graves» las consecuencias, más altas las previsiones en torno a la mitigación del error. Los estándares probatorios, vistos desde esa perspectiva, se modularían en atención a la gravedad de las consecuencias.

Dejando de lado la viabilidad teórica y práctica de la «modulación» de estándares, el problema que nos interesa es el siguiente: ¿con arreglo a qué criterios y mediante qué operaciones es posible fundamentar el juicio según el cual la pena es la consecuencia jurídica más «grave»? A partir de aquí ingresamos a la segunda observación que recojo en este trabajo: la indeterminación axiológica.

Considero que las propuestas bajo análisis, al no desarrollar las particularidades de la pena, en cierta forma se encuentran con un atajo argumentativo. Si la pena, y muchos conceptos derivados o relacionados con ella, son extrapolables a los ámbitos de otras clases de derecho, no hay necesidad de atender a sus distinciones, pues resultarían igualmente operativas. Así, al no considerar dichas distinciones, el problema axiológico que entraña la propuesta de expandir los contornos de la presunción de inocencia como regla de juicio es difícil de reconocer.

## 5. EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN AXIOLÓGICA

Había señalado que, intuitivamente, se acepta que la pena sería la «más importante» o «más grave» de las consecuencias jurídicas. Y había afirmado también que tal intuición reclama preguntarse por la forma en que tal juicio se justifica, esto es, cómo y con arreglo a qué criterios podemos emitir tal juicio. Tal interrogación, que busca comparar o sopesar la importancia o la gravedad entre las consecuencias jurídicas de diferentes áreas del derecho, se sitúa en un nivel superior de discusión al desarrollado dentro del derecho penal mismo, consistente en la disputa en torno al lugar común según la cual es preferible que un culpable sea absuelto por error a que un inocente sea condenado de la misma forma. Como veremos, este debate encuentra no menores dificultades que el anterior.

En el proceso penal se asume un juicio moral consistente en que es más grave o indeseable que un inocente sea declarado culpable a que un culpable sea absuelto. Este juicio ha tenido múltiples formulaciones, pero las más importantes, en el plano de la tradición romano-germánica y anglosajona, fueron las realizadas por Ulpiano y William Blackstone, respectivamente. El primero señalaba que «es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente» (citado por Nieva, 2013, p. 49), mientras que el segundo apuntaba que «es preferible que diez personas escaparan a que un inocente sufra» (Blackstone, 1979, p. 352).

Estas expresiones adquieren su real dimensión cuando entendemos que las decisiones en torno a la culpabilidad o la inocencia de un procesado se emiten no en contextos de certeza, sino de incertidumbre. La falta de certeza justifica la preocupación por el error, que, en el proceso penal, consiste en la posibilidad de falsos positivos (*false convictions*) y falsos negativos (*false acquittals*). En este contexto, las formulaciones antes señaladas se traducen en las bases de una regla sobre cómo la justicia penal debe distribuir el riesgo de error (Epps, 2016).

La discusión relativa a qué riesgo de error debería priorizarse en su mitigación usualmente se ha desarrollado en los términos establecidos, de una parte, por las posiciones deontologistas, de las cuales el retributivismo es su expresión más gravitante y, de otra, por las posiciones consecuencialistas (Picinali, 2018).

Usualmente, y la mayor parte de ordenamientos así lo consideran, la preocupación por el riesgo de una condena equivocada se prioriza sobre el riesgo de una absolución errónea. Y la forma mediante la cual se busca mitigar ese riesgo de error es la imposición de un estándar de prueba alto, que se suele identificar con el «más allá de toda duda razonable» (Stumer, 2018). En su noción más fundamental, el retributivismo justifica la priorización del riesgo de condena equivocada mediante la imposición de un estándar de prueba alto, por la vía de una posición absoluta: el Estado únicamente puede castigar al culpable, y un estándar de prueba alto facilitaría evitar que los inocentes sean castigados erróneamente (Bystranowski, 2017). Cualquier opción contraria se traduciría en la instrumentalización de los procesados. Por su parte, las posiciones consecuencialistas se inclinan por una justificación *relativa* de los estándares de prueba, a partir de la cual no aceptan la imposición de un único estándar, sino que estos deberían diversificarse en atención a la gravedad de los delitos y a las circunstancias particulares del caso (Kaplow, 2012). Los límites de este trabajo no nos permiten profundizar en este debate, pero un panorama bastante ilustrativo de él se puede encontrar en un reciente trabajo del profesor Federico Picinali (2018).

La discusión en torno a la fijación del estándar de prueba para la determinación del resultado final del proceso penal no es la única en la que advertimos la necesidad de ingresar a una discusión metaética. Como bien ha dado cuenta recientemente Cumiz y Dei Vecchi (2019), tal discusión puede encontrarse incluso en la fijación de los «estándares» de acreditación anteriores a la emisión del resultado final del proceso. De acuerdo con este lugar común dentro de la literatura procesal penal, cada una de las

decisiones que se van tomando en el curso del proceso (por ejemplo, las que disponen el inicio de una investigación, las que limitan derechos para realizar actos de investigación o las que permiten la coerción procesal) suponen afectaciones distintas. La intensidad de la afectación supone a su vez una escala de riesgos de error que, para mitigarlos, viene aparejada de distintos niveles de suficiencia acreditativa. Esta necesidad de graduar o modular las exigencias probatorias se sustenta, en buena medida, por la intuitiva idea de que cada una de estas decisiones supone, en caso de error, una afectación distinta (o gradual, vista desde la secuencia procesal) a ciertos valores. No es lo mismo ser citado a una declaración que ser arrestado provisionalmente. Esto es lo que Cumiz y Dei Vecchi (2019) han denominado «tesis de la asimetría», haciendo referencia a la «asimetría de los valores que se ponen en juego en cada decisión» (p. 8).

Tanto la discusión relativa a los criterios según los cuales es posible afirmar que es preferible la absolución errónea de un culpable a la condena igualmente equívoca de un inocente, como la referida a los criterios según los cuales es posible jerarquizar la intensidad de afectación a los valores de posible vulneración por las decisiones tomadas a lo largo del proceso penal requieren de medicaciones objetivas de los respectivos riesgos de error como de «parámetros de corrección para los juicios morales o políticos» (Cumiz y Dei Vecchi, 2019, p. 17) que permitan sopesar y justificar las respuestas a la discusiones antes mencionadas.

Considero que para dictaminar que las consecuencias jurídico penales merecen mayor exigencia de corroboración frente a las otras, requeriríamos del andamiaje teórico antes mencionado. Solo con dichos instrumentos conceptuales podríamos resolver aquel argumento relativo a que, dentro de las consecuencias jurídico civiles, podrían existir riesgos más graves que los impuestos por ciertas penas.

Como señalé, el objetivo de este trabajo no consiste en responder a la viabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito civil. Considero que, para ello, requeriríamos de un andamiaje metaético

y de filosofía política que es imposible desarrollar aquí. Sin embargo, considero que si es posible dar cuenta de algunos apuntes que, salvo mejor consideración, podrían servir para un ulterior desarrollo.

Una primera observación es que, en el ámbito civil, existe una mayor variedad de riesgos. En el proceso penal, con independencia de las pretensiones de carácter civil o administrativo que pudieran acumularse por economía procesal y de las medidas de seguridad, que responden más a la peligrosidad del agente que al castigo por un comportamiento así calificado como delito, el riesgo generalmente se estructura de forma binaria: se es o no culpable. El proceso civil comprende un abanico de consecuencias en los diferentes ámbitos que abarca, por lo que los riesgos de error resultan igualmente diversos, lo cual dificulta aún más el establecimiento de medidas objetivas para ellos.

Otra observación fundamental es que, en el derecho penal contemporáneo, las penas tienen diversas formas de ejecución. El juicio de que las penas son las consecuencias más graves del ordenamiento probablemente proviene de que por pena se asume, estereotípicamente, el encarcelamiento o incluso la pena capital. En ese escenario, al menos desde una intuición axiológica básica, la vida y la libertad se juzgan como los bienes más preciados y, por tanto, su afectación como lo más grave. Lo cierto es que el panorama de la ejecución de las penas resulta mucho más amplio. Piénsese, por ejemplo, en las penas cuya ejecución se suspende. Vistas así las cosas, la idea de que existen riesgos en el ámbito civil que pueden ser igual o más graves que los provenientes del ámbito penal cobra cierto sentido. ¿Perder una casa es menos grave que una pena de dos años de ejecución suspensiva? Es una pregunta que, de entrada, resulta inconmensurable y que requeriría de todo el desarrollo teórico antes mencionado, pero que, desde un cierto sentido práctico, deja no pocas dudas en torno al juicio absoluto según el cual, frente a las penas, ninguna consecuencia puede siquiera compararse. Este último punto parece apuntar a que la idea de los estándares probatorios relativos, defendida

por el consecuencialismo, podría ser un buen punto de partida para posteriores trabajos sobre la materia.

## 6. CONCLUSIÓN

En este trabajo, creo haber dado cuenta de dos aspectos problemáticos que subyacen a las propuestas de presunción de inocencia civil presentadas por Costa y Wilkinson. El primero consiste en que ambas no desarrollan una noción de pena que pueda, ulteriormente, ser operativa para problematizar por qué la presunción de inocencia no debería ser un principio exclusivo de las consecuencias penales. Por el contrario, ambas propuestas optan por una suerte de pena como consecuencia intercambiable que, tácitamente, supone compromisos teóricos con una concepción nominalista de la pena. En este trabajo he arribado a que el elemento característico de esta, y que permite distinguirla de las demás consecuencias, es su función expresiva de reproche, con independencia de los fines que ella persiga, pues tal discusión corresponde a un problema más profundo relativo a la justificación de la pena. Considerando la función expresiva de reproche como elemento diferenciador, he apuntado que, en la mayor parte de ordenamientos, esta aparece como la consecuencia más grave debido a los valores puestos en juego. El riesgo de una condena equívoca se juzga intuitivamente como el más indeseable, dentro del proceso penal y respecto de las demás áreas del derecho. Sin embargo, estos juicios requieren de un soporte teórico de índole metaético y de filosofía política que permitan hacer operativa la comparación de riesgos de error dentro y fuera del proceso penal.

Como anuncié al inicio, el alcance de este trabajo, sin duda alguna, se hubiese visto desbordado si intentaba ofrecer una respuesta a la viabilidad de la presunción de inocencia civil. Su valor, si tuviera alguno, en todo caso, estriba en dar cuenta de dos escollos que dificultan desarrollar esa respuesta y que, espero, puedan resultar útiles para quienes busquen dar respuesta a este problema.

## REFERENCIAS

- Beisner, J. (2010). Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform. *Duke Law Journal*, 60(3), 547-596.
- Blackstone, W. (1979) [1769]. *Commentaries on the Laws of England* (vol. 4). The University of Chicago Press.
- Bystranowski, P. (2017). Retributivism, Consequentialism, and the Risk of Punishing the Innocent: The Troublesome Case of Proxy Crimes. *Diametros*, (53), 26-49.
- Cavani, R. (2018). Prueba de oficio y prohibición de reemplazar cargas probatorias. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (65), 19-30.
- Costa, E. J. (2017). Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 25(100), 129-144.
- Cumiz, J. y Dei Vecchi, D. (2019). Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).
- Epps, D. (2016). One Last Word on the Blackstone Principle. *Virginia Law Review Online*, 102, 34-47.
- Ferrer, J. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>
- Ferrer, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. J. Giannini (ed.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 53-87). Marcial Pons.
- Gascón, M. (2019). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. En C. Vázquez (ed.), *Hechos y razonamiento probatorio* (pp. 67-80). Zela.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press.

- Kaplow, L. (2012). Burden of Proof. *The Yale Law Journal*, 121(4), 738-859.
- Kindhäuser, U. (2011). Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. En Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (pp. 3-28). B de F.
- Laudan, L. (2013). Convergence or Divergence in the Evolution of (Criminal) Rights? A Case Study of the Multiple Incoherencies of the Presumption of Innocence. *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, (400).
- Laudan, L. y Saunders, H. (2009). Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes. *International Commentary on Evidence*, 7(2). <https://doi.org/10.2202/1554-4567.1099>
- Laufer, W. (2006). *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*. The University of Chicago Press.
- Mañalich, J. P. (2011). Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena. En Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (pp. 29-65). B de F.
- Mañalich, J. P. (2018). El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*, (29), 59-71.
- Moore, M. S. (1997). *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford University Press.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).
- Picinali, F. (2018). Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31(2), 365-402.

- Puppe, I. (2014). *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. BdeF.
- Reynaldi, R. C. (2016, 25 de diciembre). Estándar de prueba o convicción judicial. Una crítica a la teoría de la probabilidad preponderante. *LP. Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/estandar-prueba-conviccion-judicial-una-critica-la-teoria-la-probabilidad-preponderante/>
- Río Labarthe, G. del (2010). La acción civil en el Nuevo Proceso Penal. *Derecho PUCP*, (65), 221-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.010>
- Stumer, A. (2018). *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el derecho probatorio y los derechos humanos*. Marcial Pons.
- Ulväng, M. (2013). Presumption of Innocence Versus a Principle of Fairness. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42(3), 205-224.
- Walén, A. (2015). Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account. *Louisiana Law Review*, 76(2), 355-446.
- Wilkinson, H. (2018). The Presumption of Civil Innocence. *Virginia Law Review*, 104(4), 589-655.





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3692

## ALCANCES DEL PRINCIPIO DE LA DILIGENCIA JUDICIAL

The scope of the principle of judicial diligence

MARÍA ESTHER FELICES MENDOZA  
Universidad Ricardo Palma  
(Lima, Perú)

Contacto: maria.felices@urp.edu.pe

### RESUMEN

El presente artículo pretende brindar alcances del principio de diligencia judicial desde la perspectiva desarrollada, principalmente, por el Código Iberoamericano de Ética Judicial y el Código de Bangalore, dos instrumentos que constituyen la guía y el sustento de las normas deontológicas de la función judicial. Así como también de su reconocimiento y aplicación en la Ley de la Carrera Judicial, y las implicancias en la tramitación de los procesos judiciales.

**Palabras clave:** principio de diligencia judicial; ética judicial; Código de Ética Judicial.

## ABSTRACT

This article aims to provide the scope of the principle of judicial diligence from the perspective developed, mainly, by the Ibero-American Code of Judicial Ethics and the Bangalore Code, two instruments that constitute the guide and support of the deontological standards of the judicial function. As well as its recognition and application in the Judicial Career Law, and the consequences for the conduct of judicial trials.

**Key words:** principle of judicial diligence; judicial ethics; Code of Judicial Ethics.

Recibido: 5/08/2020      Aceptado: 26/08/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

En un Estado constitucional democrático de derecho, las condiciones de libertad e igualdad de los individuos deben sean reales y efectivas, promoviendo la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social. Una eficiente administración de justicia contribuye a la realización de una justicia justa, celeridad, transparente.

Los principios son valores, normas que sirven de guía, pautas o atributos a los actores de un proceso, para garantizar una correcta administración de justicia.

El principio de diligencia judicial encuentra su concepción ética en los principios de Bangalore, así como en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, y en otros estamentos internacionales, como guía para sus destinatarios a fin de prestar un eficiente servicio de justicia, como un instrumento de autorregulación, en búsqueda de la excelencia judicial, el cual no tiene fuerza coercitiva porque emana del colectivo profesional (Felices, 2019).

La Ley de la Carrera Judicial no es ajena en considerar al principio de diligencia judicial como uno de los deberes más importantes que debe salvaguardar el juez: su incumplimiento genera

consecuencias administrativas disciplinarias, desde la imposición de una amonestación hasta la destitución en el cargo.

Una simple intuición conceptual nos lleva a señalar que el principio de diligencia judicial tiene relación intrínseca con la desidia, la falta de celeridad en el impulso de la tramitación de los procesos de cualquier naturaleza por parte de los servidores y los funcionarios de la administración de justicia; sin embargo, desde una concepción ético judicial tiene un alcance mayor (Felices, 2020).

Así también, el principio de diligencia judicial se encuentra asociado al derecho fundamental que tiene todo justiciable a que se respete el plazo razonable en la tramitación de los procesos, en el que también confluye el principio de celeridad procesal.

En este artículo, pretendo desarrollar los alcances del principio de diligencia judicial desde la perspectiva que desarrolla el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el Código de Bangalore, su aplicación en la Ley de la Carrera Judicial y sus implicancias en el desarrollo de un proceso judicial.

## 2. EL PRINCIPIO DE DILIGENCIA JUDICIAL

### 2.1. DEFINICIÓN

Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, *diligencia* es el «cuidado y actividad en ejecutar algo», «prontitud, agilidad, prisa». En el *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, de Joan Corominas (1987, citado por Socorro, 2020, p. 12), la palabra diligente procede del latín *diligentis*, que significa «lleno de celo, atento, escrupuloso», que a su vez procede del participio activo de *diligere*, «amar».

El principio de diligencia judicial, según definición de la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013) comprende las capacidades de análisis sobrio, de decidir imparcialmente y de actuar en forma expedita (p. 17). La diligencia también comprende el empeño por aplicar la ley en forma imparcial

y pareja, y prevenir todo abuso procesal. La capacidad de actuar con diligencia en el desempeño de las obligaciones judiciales puede depender de la carga de trabajo, la suficiencia de los recursos (incluida la disponibilidad de personal de apoyo y de asistencia técnica) y el tiempo para la investigación, la deliberación, la redacción y otras obligaciones judiciales que no sean la participación en las audiencias del tribunal.

## 2.2. EL PRINCIPIO DE DILIGENCIA JUDICIAL EN LOS CÓDIGOS DE ÉTICA JUDICIAL

### 2.2.1. LA ÉTICA JUDICIAL

Para Torres Dulce Lifante, la ética es el conjunto de principios y normas más razonables para lograr el bien de los actos libres, es decir, de los actos justos, éticos; la justicia es una parte de la ética, pero no todo lo justo está regulado en las leyes. Los legisladores señalan los límites que no deben traspasarse para que la convivencia social no se imposibilite o se dificulte gravemente. Son susceptibles de calificarse como éticas las acciones humanas que son libres (dependen de la voluntad de la persona), y desde el punto de vista de su objeto formal, las acciones son calificadas como buenas o malas y se basan en valores y normas (Torres, 2004, pp. 330-333). Para Perfecto Andrés Ibañez (2013), desde el plano ético, el rango del deber es de conciencia; por tanto, jurídicamente incoercible.

Joseph Aguiló Regla (2009) apunta que la irrupción de la ética judicial tiene que ver con el hecho de que el orden jurídico del Estado constitucional al incorporar principios sustantivos de justicia habría hecho entrar en crisis la vieja tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Se sugiere que si en el Estado constitucional hay principios de justicia sustantivos que deben ser aplicados y cuya aplicación exige necesariamente llevar a cabo una deliberación de tipo moral, entonces la tesis positivista de la separación habría devenido simplemente insostenible y se habría abierto un espacio para la ética judicial

que antes no existía. Gran parte del positivismo teórico no incorpora un ideal de regulación jurídica ni tampoco un ideal de juez y, en consecuencia, no deja espacio alguno para hablar de ética judicial; distinta es la situación de lo que se ha convenido en llamar positivismo axiológico o ético porque sí incorpora un ideal de regulación jurídica y un ideal de juez, dando lugar a hablar de ética judicial, de excelencia en la práctica judicial. La comprensión formalista del derecho aparecerá conectada con una concepción de la ética judicial que la ve como una ética diferenciada de la ética general (tesis de la dualidad); y la comprensión no formalista del derecho, con una concepción de la ética judicial que la ve como una ética aplicada, como una aplicación de la ética general (tesis de la unidad).

La ética judicial en el Estado constitucional de derecho puede ser considerada como fruto de cuatro evoluciones. En primer lugar, de la transformación de una ética de deberes en una ética de virtudes. En segundo lugar, de la incorporación de virtudes judiciales que operan en una pluralidad de direcciones, y a veces en sentido opuesto. En tercer lugar, del reforzamiento de las virtudes judiciales de naturaleza procesal. Finalmente, en cuarto lugar, por la agregación al elenco de virtudes judiciales del servicio público (Gómez, 2013, p. 90).

El rol del juez en un Estado constitucional de derecho es el de ser un juez activo, velar por la efectividad de los derechos de los ciudadanos, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de aquellos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial. La ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta

propios de un «mal» juez, como los de un juez simplemente «mediocre» que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014).

La ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014).

### 2.2.2. Los principios de la ética judicial

Los principios de la ética judicial aspiran a recoger los valores y las reglas de conducta compartidos por la judicatura, pretenden servir de guía en el desempeño de la jurisdicción y promover el diálogo colectivo y la reflexión personal sobre los retos a los que se enfrentan quienes la ejercen, en un marco legal y social complejo y cambiante. Se proponen, además, fortalecer la confianza de la ciudadanía en la justicia al hacer explícitos los modelos de comportamiento con arreglo a los cuales jueces y juezas se comprometen a cumplir sus funciones. La ética solo es concebible en términos de estricta voluntariedad y ausencia de responsabilidad legal, opera como estímulo positivo en cuanto dirigida a la excelencia, por ello, la efectividad de estos «Principios de Ética Judicial» provendrá del grado en que cada juez y jueza los asuma como propios y los traduzca a modelos de conducta<sup>1</sup>. Los principios de la ética judicial constituyen patrones morales que por su contenido y su generalidad son el sustento de las normas deontológicas de la función judicial (García, s. a.).

---

1 Texto final acordado en la sesión celebrada el 16 diciembre de 2016 por el grupo de trabajo para la elaboración de un código ético para la carrera judicial del Consejo General del Poder Judicial Español en el preámbulo de los principios de ética judicial.

### 2.2.3. El Código de Ética Judicial

El Código de Ética Judicial es un instrumento que promueve pautas de conducta ejemplar que contribuyen a prestar un eficiente servicio de justicia, pero no tiene efecto sancionador. Se ha establecido que los estándares de conducta profesional para jueces han de servir a estos de instrumentos de autorregulación y no han de funcionar como una regulación normativa externa, como por ejemplo la que surge de la ley que gobierna su comportamiento desde afuera. De allí que estos estándares de conducta de los jueces deben «ser elaborados por los mismos jueces, y ser completamente independientes de su sistema disciplinario» (Felices, 2019, p. 16).

Para Stefanie Ricarda Roos, los Códigos de Ética Judicial elaborados por quienes han de ser sus propios destinatarios están asimismo en mejores condiciones de cumplir más acabadamente su fin, a saber: fortalecer la confianza de la población en la justicia, confianza que resulta necesaria para el funcionamiento de un Estado democrático de derecho (Roos y Woischnik, 2005, pp. 7-35).

La «responsabilidad» en la ética judicial no está predicada en la existencia de una tipología previamente establecida. El reproche ético constituye la única expresión formal del foro con facultad de custodiar el contenido del código de ética. El efecto del reproche está determinado por la conciencia ética de la persona a quien va dirigido, pues no afecta su patrimonio o libertad, aun cuando podría plantearse razonablemente que el mero reproche, si se publica, afecta la reputación de la persona a quien va dirigido, lo que podría concebirse *per se* como una sanción. Los códigos de ética, distintos a los códigos disciplinarios y a la generalidad de las leyes, penales y civiles, carecen del elemento de coercibilidad propio del mundo jurídico. La ética no «obliga» como las normas jurídicas. La ética «invita» a las personas a comportarse de determinada manera (Steidel, 2008).

Así, cuando una conducta se aparta de lo esperado, según lo dispuesto en un código de ética, dicho foro expresa un reproche

moral, sin mayores pretensiones sancionadoras, que aspira a que el juez a quien va dirigido el pronunciamiento reciba «todo el peso» del reproche (Steidel, 2008).

En otras palabras, es tarea de los jueces del Poder Judicial internalizar los principios que integran los Códigos de Ética Judicial para el logro de la excelencia judicial, como parte de nuestra propia formación, sin esperar que estos puedan acarrear sanción disciplinaria.

El Código de Ética Judicial busca la adhesión voluntaria de los distintos jueces iberoamericanos atentos a la conciencia profesional que exigen los tiempos actuales y trata por ello de presentarse como el fruto de un «diálogo racional» en el que se ha otorgado un considerable peso a las razones procedentes de los códigos ya existentes. El Código de Ética es un instrumento que posee valor trascendental, que ya promueve pautas de conducta ejemplar que contribuyen tanto a combatir la corrupción como a prestar un eficiente servicio de justicia (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014).

Así, cuando una conducta se aparta de la conducta esperada, según lo dispuesto en un código de ética, dicho foro expresa un reproche moral, sin mayores pretensiones sancionadoras, que aspira a que el juez a quien va dirigido el pronunciamiento reciba «todo el peso» del reproche (Steidel, 2008).

En otras palabras, es tarea de los jueces del Poder Judicial internalizar los principios que integran los Códigos de Ética Judicial para el logro de la excelencia judicial, como parte de nuestra propia formación, sin esperar que estos puedan acarrear sanción disciplinaria.

#### 2.2.4. El Código Iberoamericano de Ética Judicial y el principio de diligencia judicial

El Código Iberoamericano de Ética Judicial condensa un conjunto de derechos y deberes de los jueces, así como las garantías que deben rodear la actividad jurisdiccional, para salvaguardar el derecho a un proceso justo.

En el Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014) se ha señalado que la adopción de un Código de Ética implica un mensaje que los mismos Poderes Judiciales envían a la sociedad reconociendo la inquietud que provoca esa débil legitimidad y el empeño en asumir voluntariamente un compromiso fuerte por la excelencia en la prestación del servicio de justicia. La formulación de un Código de Ética Judicial puede ser una fuente muy importante de clarificación de conductas, porque un Código de Ética Judicial, como cualquier ordenamiento, supone una división de la conducta que pretende regular en lícita e ilícita y, de esta manera, sirve de guía para sus destinatarios. El código debe ser una permanente y dinámica interpelación a la conciencia de sus destinatarios para que, desde el compromiso de la excelencia, logre encarnarse históricamente en aquellos que han aceptado prestar un servicio demandado por la sociedad.

Estos principios ordenan genérica y concentradamente la excelencia judicial, y posibilitan que otras normas vayan concretando ese ideal, a tenor de cambiantes y variadas circunstancias de tiempo y lugar.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial reconoce principios relacionados con la actuación del juez en el desempeño de sus funciones, como son la independencia, la imparcialidad, la motivación, la transparencia, el secreto profesional, la prudencia, la diligencia, la justicia y la equidad; los principios vinculados con la formación profesional del juez, como son el conocimiento y la capacitación; con el compromiso con la institución, como la responsabilidad institucional; y principios relacionados con su comportamiento personal en el desempeño del cargo como la cortesía, la integridad, la honestidad profesional.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial, en cuanto al principio de diligencia judicial<sup>2</sup>, establece cuatro aspectos importantes:

---

2 Capítulo XII: Diligencia: «Art.73.- La exigencia de diligencia está encaminada a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía. Art. 74.- El juez debe procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable. Art.75.- El juez debe evitar o, en todo caso, sancionar las actividades dilatorias

1. Evitar las decisiones tardías, respetando el plazo razonable al momento de resolver los procesos judiciales, procurando que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad.
2. Evitar o sancionar las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes.
3. Evitar la aceptación de obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas.
4. Tener una actitud positiva hacia los sistemas de evaluación de su desempeño.

El principio de diligencia judicial en el Código Iberoamericano de Ética Judicial pareciera decantarse en que el juez diligente es aquel que trabaja y resuelve asuntos que tiene a su cargo con prontitud, agilidad y celeridad; desde luego, todo esto vinculado con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, pero observamos que contiene términos más amplios vinculados a las nociones de profesionalismo, laboriosidad, competencia o capacitación.

### 2.2.5. Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial y el principio de diligencia judicial

Las Naciones Unidas, quince años después de la sanción de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, instituyó un grupo de trabajo conformado por presidentes de tribunales provenientes de distintos países del *common law*: el denominado Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial. A este grupo se le encomendó la confección de un proyecto de código con estándares de ética judicial, a partir del cual pudiera medirse la conducta de los funcionarios judiciales. Así surgió el Proyecto de Bangalore en el año 2001, el cual elaboró

---

o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes. Art. 76.- El juez debe procurar que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad. Art. 77.- El juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas. Art. 78.- El juez debe tener una actitud positiva hacia los sistemas de evaluación de su desempeño».

los denominados Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, que constituyen un código de ética judicial.

Los principios de Bangalore enumeran seis valores éticos fundamentales: independencia, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad, competencia/diligencia. Estos principios detallan una serie de reglas de conducta que afectan, entre otras cosas, la vida privada de los jueces, incluido el comportamiento de los miembros de sus familias. Para estos principios, las restricciones a los derechos individuales de los jueces no solo son admisibles, sino, en vista de las especiales características de la función judicial, también necesarias.

Los principios de Bangalore tienen por objeto ayudar a los miembros de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como a los abogados, los litigantes y a las personas del público a comprender mejor la naturaleza de las funciones jurisdiccionales, los elevados estándares de conducta que los jueces deben mantener tanto dentro como fuera del tribunal y las limitaciones bajo las cuales necesariamente cumplen sus funciones.

En los principios de Bangalore sobre la conducta judicial, respecto de la existencia de un Código de Ética se establece que la comprensión del papel de la judicatura en los Estados democráticos, especialmente la comprensión de que el juez tiene el deber de aplicar la ley en forma justa y pareja sin atender a las presiones sociales o políticas contingentes, varía considerablemente de un país a otro. En consecuencia, el grado de confianza en las actividades de los tribunales no es uniforme. Una información adecuada sobre las funciones de la judicatura y su papel puede por lo tanto contribuir eficazmente a un mejoramiento de la comprensión del papel de los tribunales como piedra angular de los sistemas constitucionales democráticos, así como de los límites de su actividad.

Los principios de Bangalore tuvieron diferente resonancia, especialmente en Europa, las asociaciones y los consejos de la magistratura se mostraron más bien escépticos. Así, por ejemplo, la Neue Richtervereinigung, una asociación de magistrados

alemana, rechaza los principios de Bangalore con el argumento de que estos, dadas «su considerable restricción a los derechos civiles y su tan estricta reglamentación de la vida privada» de los jueces, resultan incompatibles con la concepción de la magistratura sostenida por la asociación. Esta crítica fue compartida por la Asociación de Magistrados austríaca, fueron objeto de crítica también porque se dijo que conectan la violación de normas éticas con consecuencias disciplinarias (Ricarda y Woischnik, 2005, pp. 7-35).

En los principios de Bangalore sobre la conducta judicial también se reconoce el principio de diligencia judicial<sup>3</sup>, pero acompañado del principio de competencia: ambos son considerados como requisitos previos para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales. El principio de diligencia en el Código de Bangalore tiene las siguientes vertientes:

1. La obligación judicial de un juez prima sobre todas sus demás actividades, las cuales no solo incluyen el desempeño

---

3 Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002): «Valor 6. Competencia y diligencia. La competencia y la diligencia son requisitos previos para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales. Aplicación: 6.1. Las obligaciones judiciales de un juez primarán sobre todas sus demás actividades. 6.2. Un juez dedicará su actividad profesional a las obligaciones judiciales, que no solo incluyen el desempeño de obligaciones judiciales en el tribunal y la pronunciación de resoluciones, sino también otras tareas relevantes para las funciones jurisdiccionales o las operaciones de los tribunales. 6.3. Un juez dará los pasos razonables para mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de las obligaciones judiciales, aprovechando para ese fin los cursos y facilidades que puedan estar a disposición de los jueces, bajo control judicial. 6.4. Un juez se mantendrá informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos. 6.5. Un juez desempeñará todas sus obligaciones judiciales, incluida la emisión de decisiones reservadas, de forma eficaz, justa y con una rapidez razonable. 6.6. Un juez mantendrá el orden y el decoro en todos los procesos en que participe y será paciente, digno y cortés con los litigantes, los jurados, los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su capacidad oficial. El juez exigirá una conducta similar de los representantes legales, del personal del tribunal y de las otras personas sujetas a la influencia, la dirección o el control del juez. 6.7. Un juez no exhibirá conductas incompatibles con el desempeño diligente de las obligaciones judiciales».

judicial en el tribunal y la pronunciación de resoluciones, sino también otras tareas relevantes para las funciones jurisdiccionales.

2. Mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de las obligaciones judiciales, aprovechando los cursos y las facilidades que puedan estar a disposición de los jueces, bajo control judicial. También se mantendrá informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos.
3. Desempeñar todas sus obligaciones judiciales, incluida la emisión de decisiones reservadas, de forma eficaz, justa y con una rapidez razonable.
4. Mantener el orden y el decoro en todos los procesos en que participe y ser paciente, digno y cortés con los litigantes, los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su capacidad oficial. Asimismo, exigirá una conducta similar del personal del tribunal y de las otras personas sujetas a la dirección o control del juez.

En este punto, el principio de diligencia judicial en el Código de Bangalore no solo puntualiza la actividad diligente del juez en trabajar y resolver con prontitud, agilidad y celeridad, sino también está vinculado al profesionalismo, al conocimiento, la capacitación y la evaluación, la dedicación, la cortesía hacia los litigantes y a las personas que laboran con él, respeto recíproco.

### 2.2.6. Los principios de ética judicial de España y la diligencia judicial

En el caso de España, el Consejo General del Poder Judicial creó un grupo de trabajo para la elaboración de un Código Ético para la Carrera Judicial, texto final acordado en la sesión celebrada el 16 de diciembre de 2016, el cual contiene un preámbulo con principios de ética judicial, la primera parte desarrolla los principios que debe observar el juez en su actuación judicial, como son

independencia, imparcialidad, integridad, también modelos de comportamiento relativos a la justicia como prestación de un servicio, tales como la cortesía, la diligencia y la transparencia.

En los principios de ética judicial de España se señala que nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial. Esta última solo es concebible en términos de estricta voluntariedad y ausencia de responsabilidad legal, al contrario de la disciplina, que es un conjunto de normas de obligado cumplimiento cuya vulneración arrastra consecuencias jurídicas. La ética judicial opera como estímulo positivo en cuanto dirigida a la excelencia, mientras que la disciplina funciona con base en el estímulo negativo, cual es la sanción. Por ello, la efectividad de estos «Principios de Ética Judicial» provendrá del grado en que cada juez y jueza los asuma como propios y los traduzca a modelos de conducta.

Los principios de ética judicial de España son meramente orientativos y ello no solo se refleja en su preámbulo, sino en todo el contenido del texto, por cuanto solo se remite a reconocer principios de orientación de modos de conducta en el desempeño del cargo —independencia, imparcialidad e integridad—, y modos de comportamiento hacia los justiciables —cortesía, diligencia, transparencia—.

El Consejo General del Poder Judicial de España en el texto final principios de ética judicial señala respecto al principio de diligencia judicial<sup>4</sup> que los jueces deben procurar que el proceso se desarrolle oportunamente y se resuelva dentro de un plazo razonable, velando porque los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad. También se refiere a este principio, el derecho y la obligación de los jueces de formarse y actualizarse y

---

4 Principios de ética judicial. Consejo General del Poder Judicial de España. Texto final acordado en la sesión celebrada el 16 diciembre de 2016. Capítulo IV Diligencia judicial. Artículo 33. El juez y la jueza deben procurar que el proceso se desarrolle tempestivamente y se resuelva dentro de un plazo razonable, velando por que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad. 34. El juez y la jueza tienen el derecho y la obligación de formarse y actualizarse y de exigir los medios formativos adecuados para poder desempeñar sus funciones en niveles óptimos de profesionalidad.

de exigir los medios formativos adecuados para poder desempeñar sus funciones en niveles óptimos de profesionalidad.

### 2.2.7. El Código de Ética Judicial peruano

El Código de Ética del Poder Judicial peruano, aprobado en sesión de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República en marzo de 2004, reformado el 6 de diciembre de 2018 por Acuerdo de Sala Plena n.º 61-2018 de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, tiene como finalidad servir de guía ética para mejorar el servicio de justicia, asistir a los jueces ante las dificultades de índole ética y profesional que enfrentan y ayudar a comprender mejor el rol que corresponde a la judicatura (art. 1).

El modelo reformado contiene trece artículos, señala que el juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado en valores de justicia, como son la autonomía y la independencia, la imparcialidad, la diligencia, la transparencia, la prudencia, el comportamiento con decoro y respetabilidad que corresponden a su alta investidura (arts. 2 al 9).

El Código de Ética Judicial peruano persigue dotar de un conjunto de reglas que orienten el comportamiento ético de los jueces tanto en el ejercicio de sus funciones públicas como privadas, por cuanto la sociedad espera de estos un comportamiento de excelencia en todos los ámbitos de su vida, por lo que es posible exigirles altos estándares de buena conducta con la finalidad de que contribuyan a crear, mantener y acrecentar la confianza ciudadana<sup>5</sup>.

El Código de Ética del Poder Judicial del Perú establece que las normas contenidas son de naturaleza ética, sus prescripciones y sus acciones de corrección son independientes de las medidas disciplinarias y de cualquier sanción legal, la norma ética en el Poder Judicial solo tiene legitimidad en la medida en que constituye un medio de autorregulación creado y hecho suyo por los

5 Fundamentación del Código de Ética aprobado en sesión de Sala Plena de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República el 14 de octubre de 2003.

propios jueces. Las normas éticas no son sancionatorias ni punitivas, solo son pautas que orientan a los magistrados, los servidores y los colaboradores de la justicia respecto de hechos que pueden ser objeto de reproche moral.

El Código de Ética Judicial peruano reconoce el principio de diligencia<sup>6</sup>, el cual al igual que el Código Iberoamericano de Ética Judicial y los principios de Bangalore sobre la conducta judicial, comprende aspectos que no solo corresponden al respeto de la celeridad procesal y del plazo razonable:

- a) La diligencia y la laboriosidad del juez de atender las actividades propias del cargo, evitando dilaciones injustificadas o molestias inútiles a los usuarios y a sus abogados.
- b) El deber de actualizar y profundizar permanentemente sus conocimientos.
- c) El deber de desempeñarse con cortesía, prudencia, reserva.

---

6 Código de Ética Judicial peruano aprobado por Acuerdo de Sala Plena n.º 61-2018 del 6 de diciembre de 2018. «Artículo 7: la diligencia judicial: Los deberes judiciales del juez tienen precedencia sobre toda otra actividad. El juez debe ser diligente y laborioso. También debe actualizar y profundizar permanentemente sus conocimientos. En el ejercicio de sus funciones, el juez —consciente del servicio que brinda a la colectividad— debe atender las actividades propias del cargo, evitando dilaciones injustificadas y/o molestias inútiles a los usuarios y a sus abogados. El juez debe desempeñar su rol con pleno respeto a los demás; en tal sentido, actúa reconociendo la dignidad de los protagonistas del proceso y buscando desempeñarse con el máximo cuidado para lograr una decisión justa. El juez debe comportarse siempre con reserva y prudencia, garantizando el secreto de las deliberaciones judiciales, así como el ordenado y mesurado desenvolvimiento del proceso. Al redactar la fundamentación de las resoluciones, el juez debe emplear un lenguaje claro, coherente y ordenado. Al exponer las razones de la decisión —evaluando adecuadamente los hechos y los argumentos presentados por las partes— debe respetar los principios que gobiernan el proceso. Al fundamentar las resoluciones y durante la realización de las audiencias, el juez debe evitar pronunciarse sobre hechos ajenos a la causa y emitir juicios de valor sobre la capacidad profesional o la conducta de otros magistrados, defensores, partes del proceso y los auxiliares de justicia; salvo, en los casos permitidos por la ley. El juez debe cuidar que los medios, las dotaciones y los recursos del despacho judicial sean empleados en razón de su objetivo institucional, evitando cualquier forma de despido o utilización indebida».

- d) Asimismo, agrega, el deber de la motivación de las resoluciones con redacción de lenguaje, claro, coherente y ordenado, valorar los hechos y los argumentos presentados por las partes.
- e) El deber de emplear los recursos del Estado en razón de su objetivo institucional evitando cualquier forma de dispendio o utilización indebida.

En otras palabras, el principio de *diligencia judicial*, contenido en los Códigos antes citados, no solo comprende el desarrollo de una actuación procesal célere por parte del juez, sino también la exclusividad de los jueces en el desempeño de la función jurisdiccional, salvo las excepciones contempladas en la Constitución y la ley —ejercer la docencia fuera de la jornada laboral—, la capacitación continua, la aceptación de la evaluación de desempeño, la promoción del respeto mutuo, la cortesía con el personal a su cargo y los litigantes, respeto mutuo.

La UNODC (2013) señala que el juez antes de aceptar un cargo que lo apartaría de la labor regular del tribunal, no debe aceptar ese nombramiento sin consultar al juez que presida el tribunal y a otros colegas de la judicatura para tener la seguridad de que la aceptación del nombramiento ajeno a sus funciones no interferirá indebidamente en el eficaz funcionamiento del tribunal ni cargará de trabajo a sus demás miembros. Esta situación irregular también se percibe cuando algunos jueces —aquellos que tienen condición de supernumerarios— son cambiados intempestivamente a otros órganos jurisdiccionales, sin prever o tomar precauciones de no generar perjuicios a las partes de un proceso o aumentar la carga a otro juez, como son quebrar juicios orales, dejar de resolver procesos que estaban expeditos para emitir resolución final, entre otros, o solicitan licencia por salud coincidentemente justo cuando van a resolver un caso complejo o mediático bajo su jurisdicción.

Asimismo, la UNODC, a propósito del reconocimiento del principio de diligencia judicial, destaca la importancia de las responsabilidades familiares de un juez, quien debe disponer de tiempo

suficiente para el mantenimiento de su bienestar físico y mental y de oportunidades razonables para perfeccionar las aptitudes y los conocimientos necesarios para el cumplimiento eficaz de sus obligaciones judiciales. De ser necesario, a un juez que padezca de estrés se le debe ofrecer ayuda profesional y terapia. Todo esto según investigaciones empíricas y algunos casos destacados de colapso judicial, en el que se ha despertado la atención general hacia esos temas.

También comenta que el juez mantendrá el orden y el decoro en todos los procesos en que participe y será paciente, digno y cortés con los litigantes, los jurados, los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su capacidad oficial. El juez exigirá una conducta similar de los representantes legales, del personal del tribunal y de las otras personas sujetas a la influencia, la dirección o el control del juez.

### **3. EL PRINCIPIO DE DILIGENCIA EN LA LEY DE LA CARRERA JUDICIAL**

La responsabilidad disciplinaria se presenta como el deber de responder por una conducta que lesiona normas de disciplina que regulan una profesión, un oficio o un cargo, se enmarca en la existencia de disposiciones más o menos específicas que tipifican como faltas disciplinarias cierto tipo de conducta y prescriben sanciones.

El principio de diligencia judicial también se encuentra reconocido en la Ley de la Carrera Judicial, el cual sirve de base para establecer deberes y responsabilidades del juez, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad administrativa disciplinaria.

Así, el artículo 34 de la Ley n.º 29277, Ley de la Carrera Judicial<sup>7</sup>, establece un catálogo de deberes de obligatorio cumplimiento

---

7 27 «Son deberes de los jueces:

1. Impartir justicia con independencia, prontitud, imparcialidad, razonabilidad y respeto al debido proceso;

que debe observar el juez en el desempeño de sus funciones, entre ellos los vinculados al principio ético de diligencia judicial, como es mantener un alto nivel profesional y preocupación por su permanente capacitación y actualización (numeral 3); someterse a la evaluación del desempeño (numeral 4); observar los plazos legales para la expedición de resoluciones y sentencias, así como vigilar el cumplimiento de la debida celeridad procesal (numeral 6); atender diligentemente el juzgado o sala a su cargo (numeral 8); guardar la reserva debida en aquellos casos que, por

- 
2. No dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley;
  3. Mantener un alto nivel profesional y preocupación por su permanente capacitación y actualización;
  4. Someterse a la evaluación del desempeño;
  5. Observar estrictamente el horario de trabajo establecido, así como el fijado para las sesiones de audiencias, informes orales y otras diligencias. El incumplimiento injustificado constituye conducta funcional;
  6. Observar los plazos legales para la expedición de resoluciones y sentencias, así como vigilar el cumplimiento de la debida celeridad procesal;
  7. Respetar estrictamente y exigir a los auxiliares el cumplimiento del horario de trabajo para la atención del despacho, informes orales y otras diligencias;
  8. Atender diligentemente el juzgado o sala a su cargo;
  9. Guardar la reserva debida en aquellos casos que, por su naturaleza o en virtud de leyes o reglamentos, así lo requieran;
  10. Denegar pedidos maliciosos;
  11. Sancionar a las partes cuando practiquen maniobras dilatorias;
  12. Denunciar los casos de ejercicio ilegal de la abogacía, conductas que contravengan la ética profesional y otros comportamientos delictivos de los que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones;
  13. Dedicarse exclusivamente a la función jurisdiccional. No obstante, pueden ejercer la docencia universitaria en materia jurídica, a tiempo parcial, hasta por ocho (8) horas semanales de dictado de clases y en horas distintas de las que corresponden al despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, pueden realizar labores de investigación e intervenir, a título personal, en congresos y conferencias;
  14. Presentar una declaración jurada de bienes y rentas al inicio del cargo, anualmente, al dejar el cargo y cada vez que sus bienes y/o rentas varíen en más de un veinte por ciento (20 %);
  15. Residir en el distrito judicial donde ejerce el cargo;
  16. Seguir los cursos de capacitación programados por la Academia de la Magistratura y los cursos considerados obligatorios como consecuencia del resultado de la evaluación parcial;
  17. Guardar en todo momento conducta intachable; y
  18. Cumplir con las demás obligaciones señaladas por ley».

su naturaleza o en virtud de leyes o reglamentos, así lo requieran (numeral 9); denegar pedidos maliciosos (numeral 10); sancionar a las partes cuando practiquen maniobras dilatorias (numeral 11); dedicarse exclusivamente a la función jurisdiccional (numeral 13); seguir los cursos de capacitación programados por la Academia de la Magistratura y los cursos considerados obligatorios como consecuencia del resultado de la evaluación parcial (numeral 16).

Estos deberes y responsabilidades constituyen la base generadora de la tipicidad prevista en los artículos 46, 47 y 48, que regulan las faltas leves, graves y muy graves, cuya inobservancia constituye conducta disfuncional pasible de sanción administrativa disciplinaria.

De este modo, inobservar el principio de diligencia previsto en el artículo 34 de la Ley de la Carrera Judicial constituye la comisión de una falta leve<sup>8</sup> prevista en el artículo 46 del mismo texto legal, el cual acarrea sanción de amonestación. Estas infracciones administrativas disciplinarias están vinculadas a la lentitud procesal, como es el proveído de escritos y la emisión de resoluciones

---

8 «Artículo 46.- Faltas leves

1. Incurrir en tardanza injustificada al despacho judicial hasta por dos (2) veces.
2. Proveer escritos o resoluciones fuera de los plazos legales injustificadamente.
3. Emitir los informes administrativos solicitados fuera de los plazos fijados injustificadamente.
4. No ejercitar control permanente sobre los auxiliares y subalternos o no imponerles las sanciones pertinentes cuando el caso lo justifique.
5. Abusar de las facultades que la ley otorga respecto a sus subalternos o sobre las personas que intervienen en cualquier forma en un proceso.
6. Incurrir injustificadamente en retraso, omisión o descuido en la tramitación de procesos.
7. Faltar el respeto debido al público, compañeros y subalternos, funcionarios judiciales, representantes de órganos auxiliares de la justicia, miembros del Ministerio Público, de la defensa de oficio y abogados, en el desempeño del cargo.
8. Desacatar las disposiciones administrativas internas del órgano de gobierno judicial, siempre que no implique una falta de mayor gravedad.
9. No llevar los cursos impartidos por la Academia de la Magistratura dentro del programa de capacitación regular.
10. Incurrir en negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo, establecidos en esta ley, cuando no constituyan falta grave o muy grave.
11. Ausentarse injustificadamente de sus labores por un (1) día».

fuera de los plazos legales injustificadamente (art. 462), incurrir injustificadamente en retraso, omisión o descuido en la tramitación de procesos (art. 46.6), incurrir en abuso de la autoridad, como es abusar de las facultades que la ley otorga respecto a sus subalternos o sobre las personas que intervienen en cualquier forma en un proceso (art. 46.5); faltar el respeto debido al público, compañeros y subalternos, funcionarios judiciales, representantes de órganos auxiliares de la justicia, miembros del Ministerio Público, de la defensa de oficio y abogados, en el desempeño del cargo (art. 46.7).

También, la infracción al principio de diligencia judicial puede constituir falta grave prevista en el artículo 47 de la Ley de la Carrera Judicial, que acarrea sanción de multa o suspensión, cuando se relaciona con desatender las actividades propias del cargo, como es [1] abandonar total o parcialmente las tareas propias del desempeño del cargo judicial; [3] ejercer injustificadamente labores relacionadas con su función fuera del despacho judicial; [14] incumplir el deber de dedicarse exclusivamente a la labor jurisdiccional o dedicar más de las horas previstas a otras funciones permitidas por disposición constitucional, legal o autorizadas por el órgano de gobierno competente, *o relacionadas con el grave perjuicio causado con la lentitud procesal*; [2] causar grave perjuicio al desarrollo de las incidencias y las diligencias del proceso, frustrando o retrasando injustificadamente la realización de los actos procesales, o por incurrir en trato discriminatorio; [7] incurrir en conducta y trato manifiestamente discriminatorios en el ejercicio del cargo. También las vinculadas a la falta de capacitación; [12] no llevar injustificadamente los cursos que la Academia de la Magistratura imparte y que le hayan sido asignados como resultado de la evaluación parcial del desempeño del juez.

Asimismo, se sanciona como falta muy grave, con medida de suspensión o destitución, previstas en el artículo 48 de la Ley de la Carrera Judicial, las infracciones vinculadas al principio de *diligencia judicial*, como son [1] desempeñar simultáneamente a

la función jurisdiccional empleos o cargos públicos remunerados o prestar cualquier clase de servicios profesionales remunerados; [6] no justificar documentalmente, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, los signos exteriores de riqueza que evidencien, previo requerimiento del órgano de control; [13] no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales; [14] incumplir, injustificada o inmotivadamente, los plazos legalmente establecidos para dictar resolución.

De otro lado, es el caso precisar que la capacidad de actuar con diligencia en el desempeño de las obligaciones judiciales depende de la carga de trabajo, la suficiencia de los recursos (incluida la disponibilidad de personal de apoyo y de asistencia técnica) y el tiempo para la investigación, la deliberación, la redacción y otras obligaciones judiciales.

Todos estos factores que son ajenos a la voluntad e idoneidad del juez deben ser tomados en cuenta por el órgano de control al momento de calificar o imponer una sanción disciplinaria, pues no basta el mero reproche por la subsunción típica del hecho cometido a la norma administrativa transgredida, debe verificarse además si el juez del órgano jurisdiccional investigado registra sobrecarga laboral debidamente comprobada, cuenta con poco personal, han existido cambios continuos de los jueces. Asimismo, se debe verificar el tiempo de dilación procesal, a fin de ponderar si amerita imponerle una sanción administrativa disciplinaria o eximirlo de esta, tal como señala el artículo 236-A, numeral 1, del Decreto Legislativo 1272, que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sobre las eximentes de responsabilidad disciplinaria<sup>9</sup> que es aplicación supletoria.

---

9 «Art. 236-A.

1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
  - a) caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada
  - b) obrar en cumplimiento de un deber legal o del ejercicio legítimo del derecho de defensa
  - c) la incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción

Así como las facultades que otorga la propia Ley de la Carrera Judicial en el artículo 51 para graduar la sanción e imponer una de menor entidad, en aplicación del principio de proporcionalidad, entre tipos de faltas y sanciones, en el que se toma en cuenta la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable, el nivel del juez en la carrera judicial, el grado de participación en la infracción, el concurso de otras personas, el grado de perturbación del servicio judicial, la trascendencia social de la infracción o el perjuicio causado, el grado de culpabilidad del autor al motivo determinante del comportamiento, al cuidado empleado en la preparación de la infracción o, entre otros, la presencia de situaciones personales excepcionales que aminoran la capacidad de autodeterminación.

Así también, debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 246 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444, que establece la potestad sancionadora:

4. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación: a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; b) El perjuicio económico causado; c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; d) Las circunstancias de la comisión de la infracción; e) El beneficio ilegalmente obtenido; y f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

- 
- d) la orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones
  - e) el error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal
  - f) la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235».

## 4. LA DILIGENCIA JUDICIAL Y EL PLAZO RAZONABLE

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia STC 2141-2012-HC ha señalado que el plazo razonable es una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la carta fundamental artículo 2.24.f de la Constitución y del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3 (Tribunal Constitucional, 2009, f. j. 19; 2012a, f. j. 3), y se funda en el respeto a la dignidad de la persona. Se encuentra reconocido en el artículo 14.3.c<sup>10</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8.1<sup>11</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable solo si es que aquel comprende el lapso que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo con sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos o las obligaciones de las partes.

Si bien el plazo razonable se entiende comúnmente como una garantía ante las dilaciones indebidas, también garantiza que las controversias no sean resueltas en plazos excesivamente breves que tornen ilusorias las etapas procesales y el derecho de defensa de las partes (Tribunal Constitucional, 2012b, f. j. 7). Para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenderse a las específicas circunstancias de cada caso concreto.

El Tribunal Constitucional, para determinar las violaciones del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ha establecido que son tres los criterios:

---

10 «Toda persona detenida [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en Libertad».

11 Reconoce el derecho de «toda persona detenida o retenida [...] a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso».

- i) Complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y la gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil (Tribunal Constitucional, 2012a, f. j. 13; 2015a, f. j. 4).
- ii) La actividad o conducta procesal del interesado, en la que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado (Tribunal Constitucional, 2013).
- iii) La conducta de las autoridades judiciales donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión o la actuación de una prueba manifiestamente impertinente; la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias; la demora en la tramitación y la resolución de

los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo<sup>12</sup>. Estos criterios permiten apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y han de ser analizadas caso por caso: es decir, según las circunstancias de cada caso concreto (Tribunal Constitucional, 2015a, f. j. 4).

Como se puede observar, el respeto al plazo razonable tiene vinculación intrínseca con el principio de diligencia judicial, en el cumplimiento de los plazos estrictamente necesarios, lo cual involucra un compromiso de los operadores de justicia de velar por el desarrollo de un proceso célere, eficaz. No obstante ello, en el quehacer judicial se verifica que la lentitud procesal no solo es un problema que lo genera el juez, sino también el propio sistema judicial, pues se tiene normas procedimentales ineficaces, sistemas de despacho judicial obsoletos, carga procesal en los despachos judiciales que superan el estándar fijado por el órgano de gestión del Poder Judicial (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial<sup>13</sup>), todo lo cual ha impulsado a que los Poderes Judiciales enmarquen su derrotero hacia cambios normativos, como es el caso del cambio al modelo acusatorio en el proceso penal; mejoras tecnológicas, como la creación del expediente electrónico, la notificación electrónica; la premiación a las buenas prácticas en los jueces, otorgando premios a las innovaciones de la celeridad procesal, que conlleven a la excelencia judicial, y a brindar un mejor servicio de justicia.

## 5. CONCLUSIONES

1. El principio de diligencia judicial, en el plano ético, busca internalizar en el intelecto del juez, un compromiso para actuar y resolver los procesos dentro los marcos legales, contribuir a la celeridad procesal, aceptar la evaluación permanente, y la

---

12 STC n.º 03360-2011-PA/TC, f. j. 7.

13 Resolución Administrativa n.º 287-2014-CE-PJ, que aprobó el estándar anual de carga procesal por especialidad de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, en la que se fija una carga mínima y una carga máxima de procesos.

capacitación continua, desarrollar la cortesía y el respeto a las demás personas que participan en el proceso, a fin de brindar una justicia de calidad.

2. El concepto de diligencia judicial no solo se enmarca en el respeto de la diligencia debida o respeto al plazo razonable, sino también comprende la capacitación del juez, para adquirir conocimientos que afiancen los casos a resolver, la dedicación exclusiva en el ejercicio de las funciones, salvo los casos del ejercicio de la docencia fuera de la jornada laboral, la cortesía, la evaluación de desempeño.
3. El principio de diligencia judicial se encuentra reconocido legalmente en la Ley de la Carrera Judicial, dentro de los deberes y la responsabilidad de todos los jueces, cuyo incumplimiento según la gravedad, el perjuicio y las situaciones sin causas de justificación puede acarrear sanciones disciplinarias que abarcan desde una amonestación hasta la destitución en el cargo.
4. La Ley de la Carrera Judicial en el marco de las faltas disciplinarias sanciona el incumplimiento de la diligencia judicial, configurándolas tanto como faltas leves, graves y muy graves.
5. Al momento de aplicar una sanción disciplinaria, no solo debe tomarse en cuenta la mera subsunción del presunto hecho infractor a la infracción de la norma descrita en la Ley de la Carrera Judicial, sino realizar un juicio de ponderación entre la infracción del plazo razonable y las circunstancias que originaron la dilación procesal.
6. Aplicar eficientemente la diligencia judicial constituye una preocupación del Estado peruano, para dotar de mecanismos de celeridad procesal, de combatir la corrupción, afianzar una sólida formación ética de los jueces en el desempeño del cargo.

## REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2009). Concepciones de la ética judicial. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), 525-540.
- Andrés, P. (2013). Ética de la independencia judicial. En C. García (coord.), *El buen jurista: deontología del derecho* (pp. 35-38). Tirant lo Blanch.
- Aparisi Miralles, A. (2008). Presupuestos de la ética y la deontología jurídica. En *Ensayos sobre el derecho y la justicia. Libro homenaje a Ana Cebeira Moro*. Seminario de Filosofía del Derecho.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014). Reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago de Chile.
- De Zan, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Felices, M. E. (2019). La ética judicial como instrumento de autorregulación. *Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur*, 1(1), 11-23.
- Felices, M. E. (2020). El principio de diligencia judicial. *Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur*, 2(1), 7-23.
- García, J. (s. a.). Principios éticos y virtudes del juzgador imprescindibles para realizar su labor judicial. [https://repo.utel.edu.mx/recursos/files/r161r/w24081w/Principios\\_eticos\\_virtudes\\_juzgador.pdf](https://repo.utel.edu.mx/recursos/files/r161r/w24081w/Principios_eticos_virtudes_juzgador.pdf)
- Gómez, C. (2013). La ética judicial en el Estado constitucional de derecho. En P. García (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho*. Tirant lo Blanch.
- Ricarda, S. y Woischnik, J. (2005). *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*. Konrad Adenauer Stiftung.

- Socorro, J. C. (2020). El principio de diligencia en el Código Iberoamericano de Ética Judicial. *Ética Judicial*, 9(1), 8-47.
- Steidel, S. (2008). Disciplina judicial y ética de los jueces. Algunas controversias y propuestas. *Criterio Jurídico*, 8(2), 127-145.
- Torres, M. A. (2004). *El trabajo de la justicia. Ética y deontología jurídica*. COLEX.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente n.º 3509-2009-PHC/TC Lima. Lima: 19 de octubre de 2009.
- Tribunal Constitucional (2012a). Expediente n.º 04144-2011-PHC/TC Lima. Lima: 17 de enero de 2012.
- Tribunal Constitucional (2012b). Expediente n.º 02141-2012-PHC/TC Lima. Lima: 23 de octubre de 2012.
- Tribunal Constitucional (2013). Expediente n.º 00929-2012-PHC/TC Junín. Lima: 5 de septiembre de 2013.
- Tribunal Constitucional (2015a). Expediente n.º 00295-2012-PHC/TC Lima. Lima: 14 de mayo de 2015.
- Tribunal Constitucional (2015b). Expediente n.º 03776-2012-PHC/TC Callao. Lima: 9 de diciembre de 2015.
- UNODC (2013). *Comentario relativo a los principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. Naciones Unidas.





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3693

## ¿RESPONSABILIDAD PENAL O ADMINISTRATIVA DE LA PERSONA JURÍDICA?: ALGUNOS ALCANCES A PARTIR DE LA LEY N.º 30424<sup>1</sup>

Criminal or administrative liability of the legal  
entity?: Some scopes based on Law N.º. 30424

JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ  
Universidad Ricardo Palma  
(Lima, Perú)

Contacto: [juan.carrion@urp.edu.pe](mailto:juan.carrion@urp.edu.pe)

### RESUMEN

La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal tiene un tratamiento de reciente data en el Perú. En este estudio el autor analiza la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas, teniendo en consideración el Decreto Legislativo n.º 30424. En la efectuada se plantea por qué las personas jurídicas no cumplen con algunos elementos que configuran la estructura del delito.

---

1 **Nota:** por razones editoriales este artículo se vuelve a publicar corrigiendo algunas omisiones de la anterior publicación del número 7.

**Palabras clave:** derecho penal; responsabilidad administrativa; responsabilidad penal; persona jurídica.

## ABSTRACT

The liability of legal persons in criminal law has a recent treatment in Peru. In this study, the author analyzes the criminal and administrative liability of legal persons, according to Legislative Decree No. 30424. In the paper, it is proposed why legal entities do not comply with some of the elements that make up the structure of the crime.

**Key words:** criminal law; administrative liability; criminal liability; legal person.

Recibido: 14/09/2020 Aceptado: 05/10/2020

## 1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

### 1.1. EL PAPEL DE LA DOCTRINA

No hace mucho tiempo la doctrina era unánime en afirmar la vigencia del principio «*societas delinquere non potest*»<sup>2</sup>, desde

---

2 García Rada (2015, pp. 76 y 91); Montoya Manfredi (s. a., pp. 152 y 155); Peña Cabrera (1977, p. 143; 1994, pp. 12-13); Villavicencio Terreros (1990, p. 115; 2006, p. 268); Hurtado Pozo (1996, pp. 149, 155, 157 y 158), quien pese a reconocer que las personas jurídicas quedan al margen del derecho penal, destaca la posibilidad de su imputación penal, no debiendo adoptar los mismos elementos para la imputación individual; Hurtado Pozo (2005, pp. 698-699); Bramont-Arias Torres (2008, p. 163); Mazuelos Coello (1996, pp. 37-43); Villa Stein (2014, pp. 269-271); Reátegui Sánchez (2014, pp. 1245-1246). Del mismo modo en la jurisprudencia, véase, Sala Penal Cons. n.º 3963-96-Áncash, en Rojas Vargas (1999): «La persona jurídica no posee capacidad de conducta de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest*, recayendo en todo caso dicho atributo solo en las personas naturales, no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado de ella» (p. 84).

los códigos penales de 1863, 1924, hasta el vigente de 1991. En la actualidad este panorama viene cambiando porque cada vez son más quienes apoyan la posibilidad de imputar penalmente a la persona jurídica (véase García, 2018, p. 181; Zúñiga, 2013, p. 358). Sin embargo, la dogmática peruana no ha tenido ninguna influencia sobre la implantación del marco actual de imputación a través de la Ley n.º 30424.

## 1.2. TENDENCIA POLÍTICA CRIMINAL

A pesar de que todavía prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico penal los delitos comunes —homicidio, robo, hurto, etc.—, con el Código Penal de 1991 se trazó la orientación hacia los delitos cometidos a través de personas jurídicas. Así se introduce la figura de las «consecuencias accesorias» —art. 105 del CP— y el «actuar en lugar de otro» —art. 27 del CP—. Con estos lineamientos normativos lo que se buscaba era algo similar al proceso de equiparación entre delitos de los pobres con los delitos de los ricos, proceso que hasta la fecha no viene dando frutos.

### 1.2.1. Código Penal de 1991

Antes de la entrada en vigor de este código, en la doctrina y jurisprudencia no existían desarrollos de las figuras del «actuar en lugar de otro» —art. 27— (véase García, 2003, p. 78) y «consecuencias accesorias» —art. 105— (Villavicencio, 1990, p. 115). De ahí que, por primera vez, se introducen en el CP de 1991. El «actuar en lugar de otro» fue regulado dentro de las normas referidas a la autoría y la participación, bajo una clara influencia española —art. 15 bis del Código Penal español y el Anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983—. Aquellas se presentaban como una solución intermedia entre sancionar penalmente a la persona jurídica y la impunidad.

Luego se plantearon los Anteproyectos del CP de 2004 y 2009, donde la responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ)

pasó desapercibida. Es importante el reconocimiento de la capacidad de la persona jurídica como sujeto pasivo dentro del proceso penal en el Código Procesal Penal de 2004 (arts. 90 al 93), además del Acuerdo Plenario n.º 7-2009, que otorga a las consecuencias accesorias la calidad de penas especiales.

### 1.2.2. Proyectos de ley

No es necesario retroceder muchos años para darse cuenta de que en nuestro país no existía debate alguno sobre este modo de imputación. Los trabajos dogmáticos eran, y todavía son, muy escasos; por lo que su adopción a la legislación actual fue impulsada por la intención del Perú de formar parte de la Convención Anticorrupción de la OCDE. Por ello, en junio de 2001, nuestro país solicitó formalmente pertenecer al Grupo de Trabajo sobre Corrupción en el Marco de las Transacciones Comerciales Internacionales, pedido que es requisito para la posterior adhesión a esta Convención. En 2008 el Perú se convirtió en miembro observador del Comité de Inversiones de la OCDE, y finalmente en marzo de 2009, mediante Oficio n.º 572-2009-PCMDM, nuestro país renovó la voluntad de pertenecer a la OCDE<sup>3</sup>.

Después de evaluar dicha solicitud, la OCDE informó algunas recomendaciones legales que el Perú debía tener en cuenta para cumplir con las directrices de la Convención: 1) establecer el decomiso del valor del producto del soborno; 2) contemplar las sanciones pecuniarias (multas) para las personas naturales en el delito de cohecho internacional; y 3) regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas.

En la mira de este objetivo es que la política criminal peruana mediante el artículo 1 de la Ley n.º 29316, del 14 de enero de 2009, incorpora al CP el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A), que luego fue modificado por el artículo Único de la Ley n.º 30111, del 26 de noviembre de 2013. En esta última ley también se incorporan las penas de multas a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Existen modificaciones mediante

---

3 Para más detalles: Noria Freyre (2011, pp. 338-239).

el art. 2 del Decreto Legislativo n.º 1243, del 22 de octubre de 2016, y el art. 11 del Decreto Legislativo n.º 1264, del 11 de diciembre de 2016. Luego, mediante la Ley n.º 30076, del 19 agosto de 2013, se modifica el art. 102 del CP referido al decomiso de bienes provenientes del delito. Actualmente opera bajo la modificación de la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo n.º 1373, del 4 de agosto de 2018. Estas modificaciones en el CP buscaban superar las observaciones planteadas por la OCDE, ahora la principal barrera es la implantación de una responsabilidad de la persona jurídica para el delito de cohecho activo transnacional, sanciones que debían ser autónomas, sin que importe si su naturaleza fuera civil, administrativa o penal.

Es en esta línea político criminal que se presentan los principales proyectos de ley que, de manera resumida, se desarrollan a continuación:

#### **a) Proyecto de Ley n.º 1627- 2012-PJ**

Este proyecto de ley, planteado por la Corte Suprema de Justicia, buscaba modificar varios artículos del CP, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento, entre los cuales se encuentra la RPPJ, y recibe influencia directa de la reforma española de 2010. Este es el primer proyecto que trata de introducir el *societas delinquere potest*, de ahí su importancia también histórica. La búsqueda de esta imputación penal la hace a partir de las consecuencias accesorias del art. 105 del CP, a la que le agrega la pena de multa de entre diez y quinientas unidades impositivas tributarias (UIT). También propone la incorporación del art. 105-A al CP, que contiene criterios para la determinación de las medidas aplicables a las personas jurídicas, esto debido a que el art. 105 no suplía tal deficiencia.

En este proyecto se observa que la RPPJ se mantiene en el campo de las «consecuencias accesorias», a diferencia de la reforma española de 2010 y su última modificación en 2015, que la ubica en el ámbito del «actuar en lugar de otro» (art. 31 bis CP español).

## **b) Proyecto de Ley n.º 2225/2012-CR**

Este proyecto planteaba la modificación de los arts. 27, 104 y 105 del CP y, a diferencia del Proyecto n.º 1627-2012-PJ, ubica la imputación penal de la persona jurídica en la figura del «actuar en lugar de otro» (art. 27 CP).

En la exposición de motivos se destaca la adopción del sistema de imputación mixto, es decir, aquel que conjuga el sistema de imputación vicarial o de transferencia con el sistema de imputación directa o de autorresponsabilidad. No obstante, la propuesta parece quedar corta en la adopción del sistema que propone (Hurtado, 2015, p. 199).

## **c) Proyecto de Ley n.º 3491/2013-CR**

Este proyecto buscaba implementar un nuevo CP, entre los principales cambios se encontraba la RPPJ en los siguientes artículos: art. 35 (responsabilidad de personas jurídicas), art. 36 (responsabilidad de persona jurídica y persona natural) y el art. 37 (inaplicabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

En este proyecto se reconoce de manera expresa la responsabilidad penal directa y autónoma de la persona jurídica. La imputación radica en la acción delictiva ejercida por sus administradores de hecho o de derecho que actúan no solo en su nombre o por cuenta de ellas, sino también en su provecho —art. 35, inc. 1, lit. a—. Además, la imputación se extiende a las personas mencionadas en el lit. a, cuando en el ejercicio de sus funciones no ejerzan un control y vigilancia debida sobre sus subordinados para evitar la comisión de un delito —art. 35, inc. 1, lit. b—. De manera consecuente, reconoce que la imputación de la persona jurídica es independiente a la responsabilidad penal de la persona natural —art. 36—, y excluye de responsabilidad penal a las personas jurídicas pertenecientes al Estado —art. 37—. Otra característica relevante es que no regula la exclusión de responsabilidad penal cuando la persona jurídica haya implementado medidas de prevención del delito, es decir, programas

de cumplimiento; únicamente regula supuestos de atenuación y agravación de la multa —arts. 75 y 76—.

En el último dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley del nuevo Código Penal, la RPPJ fue regulada en el art. 130 solo para el delito de cohecho activo transnacional. Un aspecto importante es que en el art. 130, inc. 4, se establece la exclusión de la RPPJ cuando aquella haya implementado modelos de prevención de delitos —programas de cumplimiento— en la organización empresarial. Estos modelos de prevención también son regulados en el art. 141.

### **d) Proyecto de Ley n.º 4054/2014-PE**

Este proyecto de ley fue a iniciativa del Poder Ejecutivo, específicamente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), y buscaba regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción.

El proyecto inicial, del 3 de diciembre de 2014, reconocía la necesidad de incluir una responsabilidad penal autónoma para las personas jurídicas como requisito para pertenecer a la OCDE. En ella se criticaba que la regulación de las consecuencias accesorias —art. 105 CP— no incluía ninguna medida de carácter pecuniario como la multa.

Establecía de manera expresa, en el art. 1, que su objeto de imputación abarcaba a las personas jurídicas de derecho privado, haciéndose extensivo hacia las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta. Viéndose sujeto a la comisión de algunos delitos de corrupción: art. 384, art. 387, art. 397, art. 397-A, art. 398, art. 400. Mientras que en el art. 2, inc. 1, regía el modelo imputación por medio de la comisión delictiva de sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales, y también para los órganos colegiados. Y continuando la imputación *hacia abajo*, en el art. 2, inc. 2, del

mismo modo abarcaba a las personas naturales que cometen el delito por orden de las personas naturales a que se refiriere el inc. 1. El art. 2, inc. 3, hace referencia a que la imputación estará presente cuando no se ejerza la actividad de control y vigilancia que debe existir sobre los trabajadores. En su art. 3 se reconoce la autonomía de la imputación penal de la persona jurídica respecto a la imputación penal de la persona natural. Una de las características más relevantes se encuentra en el art. 11 cuando se refiere a la exigencia previa de un modelo de prevención como único medio para excluir de responsabilidad penal a una persona jurídica.

Posteriormente, el Congreso de la República aprobó en el Pleno el Proyecto de Ley n.º 4054/2014-PE, «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional», y más tarde se promulgó la Ley n.º 30424 impulsada por el Poder Ejecutivo para la incorporación del Perú como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Los puntos relevantes del proyecto son los siguientes:

- El objeto de la ley es regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el art. 397-A del CP (art. 1).
- Para efectos de esta ley, se entiende por persona jurídica a las entidades de derecho privado, las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta. Asimismo, no impide la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que afecte la personalidad jurídica de la entidad (art. 2).
- Las personas jurídicas son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A

- del CP), cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por los siguientes supuestos: a) administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo; b) personas naturales, cuando estas actúan por orden o autorización de las personas responsables de control; c) personas naturales, siempre que no se ejerza control o vigilancia sobre ellas por parte de los administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica (art. 3).
- Este proyecto señala expresamente que las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP), exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica (último párrafo del art. 3).
  - La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Por otro lado, la acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia (art. 4).
  - Las medidas administrativas aplicables a las personas jurídicas son multa, inhabilitación, clausura, cancelación de licencias, concesiones, derechos y disolución. Es de señalar que la clausura e inhabilitación pueden ser temporales o definitivas. En el supuesto de ser temporal, esta no excederá de los cinco años (art. 5).
  - También se prevén circunstancias que atenúan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas; de los cinco supuestos de atenuación, a nuestro entender el más importante es la adopción e implementación por parte de la

persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención (art. 12, inc. e).

- Los modelos de prevención son regulados en el art. 17, inc. 2, donde se identifican las características con las que debe contar. Este artículo permite excluir a la persona jurídica de toda imputación administrativa por el delito de cohecho activo transnacional cuando el programa de cumplimiento del que dispone es adecuado y eficiente, y principalmente elaborado antes de la comisión del delito.
- Se determina que el Poder Judicial implementará un registro informático de carácter público para la inscripción de las medidas impuestas a las personas jurídicas, en donde se detallará de manera expresa el nombre de la empresa, la clase de sanción y duración de esta, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia condenatoria firme (Quinta Disposición Complementaria Final).
- Por último, propone incorporar los siguientes artículos al CP: el art. 401-C (multas aplicables a las personas jurídicas), que establece la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas; y el artículo 313-A, medidas cautelares en casos de responsabilidad administrativa autónoma de personas jurídicas (primera y segunda Disposición Complementaria Modificatoria).

### 1.3. LA LEY N.º 30424

Con fecha 21 de abril de 2016 se publicó, mediante la Ley n.º 30424, «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional», cuya entrada en vigor estaba prevista para el 1 de julio de 2017. No compartimos la opinión de algunos autores que, más allá de la terminología «administrativa», señalan que esta ley regula un marco de imputación penal contra la persona jurídica<sup>4</sup>, por el contrario, «*societas delinquere non potest*».

---

4 De esta opinión, Caro Coria (2016, p. 800); Proyecto de Ley n.º 175/2016-CR.

Esta ley recoge el Proyecto de Ley n.º 4054-2014/PE (Proyecto del CAN), en su última versión, pues recordemos que en sus inicios abordaba la «responsabilidad penal» de la persona jurídica para varios delitos de corrupción, luego varió hacia una «responsabilidad administrativa»; para después adoptarse el modelo del que sería la Ley n.º 30424, es decir, «la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por el delito de cohecho activo transnacional», situación que al parecer se encontró limitada por presión de las empresas privadas manifestadas por medio de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep), quien no apoyó el proyecto original del CAN.

Entre los puntos más relevantes de esta ley tenemos que el art. 1 (objeto de la ley) señala expresamente que se regula «la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal». Hasta donde observamos parecía ser que el Perú era el único país que responsabilizaba «administrativamente» a las personas jurídicas solo cuando las personas naturales cometían este delito, con lo que se reducía el ámbito de imputación a su mínima expresión. Situación que se explica en la necesidad que tenía el Perú para formar parte de la OCDE<sup>5</sup>, porque aquella organización exige una sanción (civil, penal o administrativa) vinculada al delito de cohecho activo transnacional.

En el art. 2 (ámbito subjetivo de aplicación) se define a las personas jurídicas que serán objeto de imputación penal: «Son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta».

---

5 La OCDE había anunciado que el Perú se convertiría en el 44 miembro de la Convención Anti-Cohecho el 27 de julio de 2018. Esto luego de que nuestro país iba cumpliendo todas las exigencias de este organismo internacional, como el Proyecto de Reglamento y recientemente el Reglamento de la Ley n.º 30424.

En el art. 3, referido al marco de imputación, se señala que las personas jurídicas responderán administrativamente cuando las personas naturales que actúan «en su nombre o por cuenta de ellas» y «en su beneficio, directo o indirecto» hayan cometido el delito de cohecho activo transnacional.

#### 1.4. PROYECTO DE LEY N.º 175/2016-CR

Este proyecto, presentado el 31 de agosto de 2016, tenía como objeto modificar la Ley n.º 30424, por la ley que regule la «responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en los delitos de corrupción y lavado de activos». En este sentido, planteó una extensión del marco de imputación para las personas jurídicas a algunos delitos de corrupción: colusión (art. 384 CP), peculado (art. 387 CP), cohecho activo genérico (art. 397 CP), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), tráfico de influencias (art. 400 CP); y también al lavado de activos, según el D. Leg. n.º 1106: actos de conversión y transferencia (art. 1), actos de ocultamiento y tenencia (art. 2), transporte o traslado de dinero o títulos valores de origen ilícito (art. 3), tipo penal agravado (art. 4), omisión de comunicación de operaciones sospechosas (art. 5), y rehusamiento o retardo en el suministro de información (art. 6). Todo ello obligaba la modificación de los artículos 1, 3, 5, 17 y 18, de la Ley n.º 30424.

Más allá de que uno comparta o no esta propuesta, no se puede negar que hace un desarrollo estadístico interesante al señalar en porcentajes los delitos de corrupción más comunes en nuestro país (Proyecto, pp. 6 y 7), ante los cuales se estaría generando un manto de impunidad, así como también la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Perú, específicamente el art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de la ONU.

## 1.5. LA LEY N.º 30424 MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1352 Y LEY N.º 30835

A pesar de que la entrada en vigencia de la Ley n.º 30424 estaba prevista para el 1 de julio de 2017, con fecha 7 de enero del mismo año, mediante D. Leg. n.º 1352 se amplió el ámbito de aplicación a los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, con lo cual se interrumpió su entrada en vigor, extendiéndose la *vacatio legis* hasta el 1 de enero de 2018.

La primera versión de la Ley n.º 30424 regulaba la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas solo por el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A CP)<sup>6</sup>. Sin embargo, con esta modificación<sup>7</sup> mediante D. Leg. n.º 1352<sup>8</sup>, el objeto de regulación (art. 1) fue ampliado a los delitos de cohecho activo genérico (art. 397); cohecho activo específico (art. 398); lavado de activos (D. Leg. n.º 1106), actos de conversión y transferencia (art. 1), actos de ocultamiento y tenencia (art. 2), transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (art. 3), circunstancias agravante y atenuante (art. 4); y financiamiento del terrorismo (art. 4-A del D. L. n.º 25475).

Este marco de delitos siguió ampliándose. Es así que mediante Ley n.º 30835, del 2 de agosto de 2018, se incluyó los delitos de colusión (art. 384) y tráfico de influencias (art. 400), así como también se modificó la denominación de la Ley n.º 30424 a «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas».

Al parecer estas modificaciones guardan sentido porque implican un paso más allá de la simple búsqueda inicial de cumplir con las recomendaciones de la OCDE. El cambio que parece apuntar

6 Crítico, Prado Saldarriaga (2016, p. 299).

7 A nuestro modo de ver tuvo alguna influencia el Proyecto de Ley n.º 175/2016-CR.

8 Exactamente modificó los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 16, 17 y 18 de la Ley n.º 30424.

a cumplir con este organismo internacional es el Reglamento de la Ley n.º 30424. Todo esto demuestra una nueva intención, dando posibilidad a que este nuevo marco de imputación contra las personas jurídicas pueda ser aplicado en la práctica, y no corra la misma suerte de las consecuencias accesorias. No es sorpresa la ampliación a los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, etc., porque, como se observa en los estudios estadísticos, por lo menos en los dos primeros, vienen teniendo presencia delictiva:

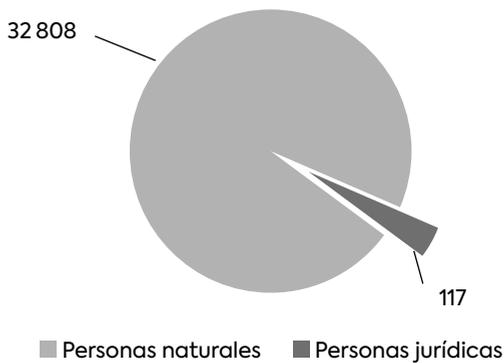
**Tabla 1**

**Casos de delitos de corrupción donde están involucradas personas jurídicas**

Número de procesos en curso y concluidos en los cuales se encuentran involucradas personas jurídicas		
Tipos	Cantidad	%
Personas naturales	32 808	99.64 %
Personas jurídicas	117	0.36 %
Total de casos	32 925	100.00 %

**Gráfico 1**

**Procesos en curso y concluidos en los cuales se encuentran involucradas personas jurídicas**



El delito específico al cual estas se encuentran relacionadas	Colusión
	Tráfico de influencias
	Cohecho activo genérico
	Negociación incompatible
	Peculado
	Peculado doloso
	Cohecho pasivo propio

Los sectores a los cuales estas pertenecen (minería, pesquería, etc.), así como si se tratan de micro, pequeña, mediana o gran empresa	
Sectores de las personas jurídicas	Construcción
	Minería
	Telecomunicaciones
	Transporte
	Alimentos
	Consultoría
	Salud
Según el tamaño de la empresa hay	Micro
	Pequeña
	Mediana
	Gran empresa

Número de procesos en los que se han dado medidas aplicables a las personas jurídicas (consecuencias accesorias) y de qué tipo	
<b>Se tiene cuatro casos con medidas accesorias. Entre las medidas accesorias que se han realizado son</b>	No puede contratar con el Estado
	Incorporación de tercero civilmente responsable

Cabe indicar que estas cantidades ha sido reportadas por 28 de las 37 sedes de la procuraduría a nivel nacional, con información actualizada a la fecha

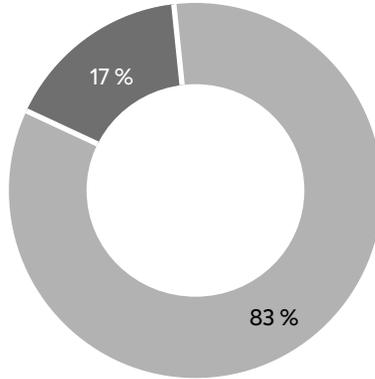
*Fuente:* Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

## Tabla y gráfico 2

### Casos de lavado de activos donde están involucradas personas jurídicas

Casos de lavado de activos	Cantidad	%
Personas naturales	1859	83.03 %
Personas jurídicas	380	16.97 %
Total	2239	100.00 %

■ Personas naturales ■ Personas jurídicas



*Fuente:* Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio.

### 1.5.1. Naturaleza jurídica

Al respecto podemos identificar dos interpretaciones:

- a) Una que podríamos denominar «interpretación literal», amparada de forma fiel en el art. 3, señala que las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos cometidos por las personas naturales que actúan en su nombre o por cuenta de ellas. Para este primer grupo estamos ante una naturaleza «administrativa» (véase Balmaceda, 2017, pp. 29-30), porque no es la persona jurídica a quien se le imputa la comisión de un delito, sino a la persona natural que actúa en su representación. La persona jurídica responde únicamente de manera «objetiva» por medio del «hecho de conexión», por no haber evitado mediante los controles respectivos que las personas naturales, que actúan en su nombre o por cuenta de ellas, cometieran delitos de corrupción, lavado de activos o financiamiento del terrorismo. La ventaja de esta postura es que no atenta contra el «principio de culpabilidad», y esto es claro porque si la persona jurídica no comete delito alguno, sino una infracción administrativa, entonces no se le tendría que exigir el ejercicio de una acción, un injusto, y menos de una

culpabilidad propia del derecho penal. Bajo esta interpretación sigue vigente el principio «*societas delinquere non potest*».

- b) Por otro lado, están quienes le otorgan naturaleza «penal» (véase Caro Coria, 2017, p. 1; cercano a esta opinión, Reyna Alfaro, 2018, p. 211), y se encontraría amparada en los artículos 3 (sistema de imputación penal) y 4 (autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica). El término «administrativo» no sería suficiente para negar que estamos ante una imputación penal. Debemos recordar que la investigación y el proceso son llevados a cabo por un fiscal y un juez penal respectivamente y, por ende, rigen las garantías de todo proceso penal, así como la exigencia del principio de culpabilidad. No cabe duda de que a esta interpretación se le suma la tarea de identificar el contenido del delito propio de la persona jurídica.

### 1.5.2. Sistemas de imputación

En la doctrina existen varios planteamientos que buscan fundamentar las sanciones penales contra las personas jurídicas, así por ejemplo dentro del derecho penal accesorio: i) imputación sin culpabilidad (Schünemann, 2014, p. 507); ii) derecho penal accesorio en sentido estricto (Bajo, 2006, pp. 60-61); iii) tercera vía (Mir Puig, 2004, pp. 4 y 7); y dentro de una imputación penal encontramos: i) modelo de transferencia; ii) modelo de autorresponsabilidad; y iii) modelo mixto (Díez, 2016, p. 262). A continuación, por ser los más usuales, nos ocuparemos brevemente de los modelos de transferencia y autorresponsabilidad.

#### a) Modelo de transferencia

Este modelo es denominado por algunos autores como «imputación moderada» (Morales, 2008, p. 596), por cuanto se queda a medio camino entre la imputación penal directa y la actuación impune de las personas jurídicas. Este punto de solución intermedia se mantiene al evitar discutir o no encontrar base material para fundamentar la capacidad de acción y culpabilidad de la persona jurídica; no es necesaria, toda vez que es la persona natural

que actúa en su representación quien debe cometer el delito, para luego transferir el hecho delictivo a la persona jurídica a través del «hecho de conexión». Es exigencia esencial para que esta última pueda ser imputada penalmente.

### **b) Modelo de autorresponsabilidad**

Este modelo entiende que la imputación penal de la persona jurídica debe ser directa, debiendo aquella responder por su hecho propio y no por uno ajeno, requiriendo para ello criterios propios que la acerquen a una especie de teoría del delito para las personas jurídicas.

En esa línea de identificar criterios propios para una imputación de la persona jurídica están quienes sostienen que la figura de la acción, injusto y culpabilidad tienen que ser aplicados de manera análoga-funcional al de las personas naturales (claramente, Heine, 2001, p. 68). También están quienes, adoptando la misma metodología, la fundamentan desde la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos (véase, Gómez-Jara, 2005, p. 202). En ese sentido, la «capacidad de acción» de las personas naturales será, en términos similares, «capacidad de organización» de las personas jurídicas (Gómez-Jara, 2012, p. 182). Siguiendo con este planteamiento, el «defecto de organización» de la persona jurídica constituiría el «injusto» (Bajo, 2006, p. 77), mientras que su culpabilidad se determinaría a partir de la «falta de una cultura empresarial de fidelidad al derecho».

Una de las principales características de este modelo, que incluso comparte con el modelo de transferencia, son los «programas de cumplimiento», que de aplicarse de manera previa y eficiente excluyen la imputación penal de la persona jurídica. Otra característica sería la sujeción a la persona natural que actúa en su representación<sup>9</sup>, es decir, tanto el modelo de transferencia como el de autorresponsabilidad dependen de la actuación de la persona natural para su imputación penal, por lo que incluso esta última nunca termina de ser autónoma.

---

9 En el mismo sentido, véase Frisch (2017, pp. 406 y 410).

### 1.5.3. El sistema peruano como modelo de imputación administrativa

Antes de entrar a determinar el modelo de imputación adoptado por el legislador, es necesario resaltar la gran influencia del modelo italiano, que en el año 2001, mediante el Decreto Legislativo n.º 231, «Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica», introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas<sup>10</sup>, influencia que abarcó la reforma española de 2015 (Díez, 2016, p. 261), donde se incluyeron los programas de cumplimiento como causal de exclusión y atenuación de responsabilidad penal de la persona jurídica. Recordemos que originalmente la ley peruana reconocía los programas de cumplimiento. Esto hace que, si bien la ley peruana tiene influencia de la legislación española, también la tenga de la legislación italiana.

La ley peruana no altera de ningún modo el «*societas delinquere non potest*», este mantiene vigencia en el sentido que tiene naturaleza administrativa<sup>11</sup>. Aquello parte de la interpretación expresa de la ley, que no afecta los principios del derecho penal, como lo es el principio de culpabilidad (art. VII del Título Preliminar del CP)<sup>12</sup>. Asimismo, no transgrede el art. 11 CP, por el cual un delito requiere como base una acción u omisión, lo que se circunscribe siempre en una voluntad humana.

La búsqueda de imputar a la persona jurídica es otra de las soluciones de expansión del derecho penal que resulta peligrosa. Y en todo caso, para pretender este tipo de responsabilidad, el primer paso es identificar la «necesidad político criminal» amparada en una contundente base empírica-social<sup>13</sup>, más allá de cualquier síndrome de moda; el segundo punto será superar

---

10 Aquí no es el lugar para discutir si la ley italiana es un modelo de imputación penal o únicamente administrativa, para ello véase Paliero (2003, pp. 17-ss.).

11 De igual opinión, Gómez-Jara Díez (2018, pp. 23-24).

12 Para más detalles de este principio, véase Villavicencio Terreros (2006, pp. 110-ss.).

13 Una teoría de la legislación penal puede verse en Díez Ripollés (2013, pp. 17-ss.).

cualquier afectación a los principios penales, el art. 11 del CP, y finalmente establecer un marco de imputación reflejado en la estructura de un delito propio para personas jurídicas.

A continuación, pasamos a explicar, a modo de conclusión, por qué es que las personas jurídicas no pueden ser imputadas penalmente, además de no cumplir con los elementos que conforman la estructura del delito:

a) Lo ideal es que el Estado, como director de la política criminal, basándose en estudios empírico-sociales, así como en criterios valorativos, ha de escoger el mecanismo que los estudios previos determinen, o por lo menos den indicios de que será eficiente y eficaz, además de coherente con las referencias valorativas. Si tal objetivo se lograra con el derecho civil o administrativo, en buena hora. Lo mismo que si ha de hacerse con el derecho penal. El Estado puede utilizar todos los mecanismos —individual o conjuntamente— de los que dispone para hacer frente a los daños sociales que afectan nuestra convivencia. Por eso, el mecanismo parte de una identificación del daño social que debe ser plasmado en un estudio empírico-social, para luego verse reflejado en su necesidad de sanción penal. La Ley n.º 30424, más allá de su naturaleza, siguió un planteamiento inverso, es decir, mediante presión internacional, principalmente de la OCDE (aunque es de recordar que este instrumento internacional no especifica una especial naturaleza de la sanción), donde no existen estudios empíricos que den razón no solo del daño social y su necesidad, sino también de la posible eficacia de este nuevo marco de imputación. Esto, como ya es costumbre en nuestro país, obliga a la doctrina y jurisprudencia a ir contracorriente buscando fundamentar figuras impuestas por el legislador, que busca nacionalizar aquellas leyes importadas<sup>14</sup>.

b) Pretender imputar penalmente a una persona jurídica implica reformular los principios penales, principalmente los de

---

14 Al parecer sigue manteniéndose en vigencia este tipo de leyes. Para un estudio detallado véase Hurtado Pozo (1979, p. 128).

culpabilidad, lesividad y fragmentariedad, y reorientarlos desde y hacia un objetivo en la actualidad poco conocido.

c) En el ordenamiento jurídico penal, solo las personas naturales pueden estar inmersas en un «proceso de comunicación con el otro»<sup>15</sup>. No es posible que la persona jurídica pueda encontrarse dentro de un proceso de comunicación con el otro, porque obviamente no es una persona natural. Ese proceso de comunicación tiene que verse inmerso en un contexto social que se logra a través de la internalización de datos empíricos, normas sociales y jurídicas. De ahí la importancia de una vinculación normativa-empírica, contrario a cualquier posibilidad de normativizar el «todo». El problema de normativizar el «todo» es que muchas veces se llega a «nada». Nadie niega que normativizando el «todo» una persona jurídica puede tener conducta, injusto e incluso culpabilidad, pero a cambio perderíamos la realidad empírica que tiene que estar sujeta a toda imputación penal y el respeto a los principios penales que son cimientos para su existencia. Por tanto, una construcción puramente normativa no es adecuada.

d) Vemos que con esa normativización se busca fundamentar el actuar doloso de la persona jurídica. El dolo está construido a imagen de las personas naturales, como aspecto interno que, complementado al aspecto objetivo, permite su imputación. Este dolo identificado como la voluntad individual no es igual a la supuesta voluntad colectiva de la persona jurídica, que no es otra sino una resolución puramente normativa que proviene de las decisiones colegiadas de los directivos, que al final terminan siendo decisiones de personas naturales, es decir, plena manifestación de un «dolo trasladado». El dolo siempre requiere de la voluntad, por tanto, no se puede permitir una normativización a costa de eliminarlo. La voluntad determina la existencia de la persona natural, sin ello no tendría existencia. «Si no se me reconoce la voluntad, entonces no existo».

---

15 Habermas (2002, p. 23; 1987, p. 24); haciendo referencia a los criterios de autoría, véase Carrión Díaz (2012, pp. 201-ss.).

e) La culpabilidad es otro gran inconveniente en la persona jurídica. No es posible que la persona jurídica sea considerada imputable o inimputable por condiciones empíricas y normativas, porque aquella es quien tendría que formar un juicio sobre su capacidad de saber que el hecho es un delito y de conducirse de acuerdo con ese conocimiento.

f) De la ley peruana se desprende una responsabilidad administrativa de la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas naturales que actúan en su nombre o por cuenta de ellas. Quien comete el delito no es la persona jurídica, sino la persona natural que actúa en su representación. En principio la persona jurídica responde únicamente de manera «objetiva» por medio del hecho de conexión, por no haber evitado mediante los controles respectivos que las personas naturales, que actúan en su nombre o por cuenta de ellas, cometieran delitos de corrupción, lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Pero además necesitamos ir desarrollando elementos configurados de una infracción administrativa, similar al derecho penal, que nos otorgue las garantías para su imputación, no olvidemos que el derecho administrativo recoge muchos de los principios del derecho penal. En ese sentido, la infracción administrativa exigiría una conducta, un injusto y una culpabilidad. Obviamente en este punto las exigencias son menores que en el derecho penal.

## REFERENCIAS

Bajo, M. (2006). La responsabilidad penal colectiva. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (7), 33-92.

Balmaceda, J. (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad «administrativa» autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo n.º 1352. *Actualidad Penal*, (33), 15-36.

Bramont-Arias, L. M. (2008). *Manual de derecho penal. Parte general*. EDDILI.

- Caro, C. (2016). Sobre la Ley n.º 30424 que regula la responsabilidad «administrativa» de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. En C. Caro y L. Reyna (dirs.), *Derecho penal económico. Parte general* (t. I, pp. 799-806). Jurista Editores.
- Caro, C. (2017, 10 de enero). Sobre la llamada responsabilidad «administrativa» de las personas jurídicas. *La Ley*. <http://laley.pe/not/3730/sobre-la-llamada-responsabilidad-administrativa-de-las-personas-juridicas/>
- Carrión, J. E. (2012). La acción comunicativa como parámetro orientador de un concepto de autor en el derecho penal peruano. En *20 años de vigencia del Código Penal peruano* (pp. 201-216). Grijley.
- Díez, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta.
- Díez, J. L. (2016). *Derecho penal español. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- Frisch, W. (2017). Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación. *Cuadernos de Política Criminal*, (121), 385-412.
- García Cavero, P. (2003). *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*. Ara.
- García Cavero, P. (2018). *Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa*. En L. M. Reyna (dir.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ideas.
- García Rada, D. (2015). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Temas de derecho penal económico* (t. V, pp. 51-95). Asociación Civil Mercurio Peruano.
- Gómez-Jara, C. (2012). El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ara.

- Gómez-Jara, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*. Instituto Pacífico.
- Gómez-Jara, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons.
- Habermas, J. (2002). *Acción comunicativa y razón sin trascendencia* (P. Fabra, trad.). Paidós.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa* (t. I). Taurus.
- Heine, G. (2001). La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. En J. Hurtado Pozo, B. Bernardo del Rosal y R. Simons (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (pp. 49-72). Tirant lo Blanch.
- Hurtado Pozo, J. (1979). *La ley importada*. CEDYS.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Hurtado Pozo, J. (2015). *Compendio de derecho penal económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hurtado Pozo, J. (coord.) (1997). *Anuario de Derecho Penal*. Grijley.
- Mazuelos, J. (1996). Derecho penal económico y de la empresa. Concepto, sistema y política criminal. En *Derecho Penal económico y de la empresa*. San Marcos.
- Mir, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (06-01). <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>
- Morales, F. (2008). La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal. En F. Muñoz (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (pp. 595-622). Tirant lo Blanch.

- Montoya, U. (s. a.). *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas* (2.<sup>a</sup> ed.). Talleres Gráficos.
- Noria, E. (2011). La importancia para el Perú de adherirse a la Convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE. *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, (1), 229-241.
- Paliero, E. (2003). La responsabilità penale della persona giuridica nell' ordinamento italiano: Profili sistematici. En F. Palazzo (ed.), *Societas puniri potest*. CEDAM.
- Peña, R. (1977). *Derecho penal peruano. Parte general*. Sesator.
- Peña, R. (1994). *Tratado de derecho penal. Parte especial* (t. III). Ediciones Jurídicas.
- Reyna, L. (dir.). (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ideas.
- Reátegui, J. (2014). *Manual de derecho penal. Parte general* (vol. II). Instituto Pacífico.
- Schünemann, B. (2014). La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal. En M. Ontiveros (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (pp. 497-522). Tirant lo Blanch.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Ara.
- Villavicencio, F. (1990). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Cultural Cuzco.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Zúñiga, L. (2013). *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada: dos modelos para armar en el derecho penal*. Jurista Editores.





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3694

## ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PELÍCULA *LA VOZ DE LA IGUALDAD*. UN CASO DE LAGUNA AXIOLÓGICA EN DERECHO TRIBUTARIO LEGAL

The legal analysis of the film *The Voice of Equality*.  
A case of an axiological gap in tax law

JAIME LARA MÁRQUEZ

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: [jlara@pucp.pe](mailto:jlara@pucp.pe)

### RESUMEN

El autor analiza la película *La voz de la igualdad*, basada en la vida de la jueza de la Suprema Corte de los Estados Unidos Ruth Bader Ginsburg. El trabajo pone especial atención en el caso Charles Moritz vs. la Oficina de Impuestos, defendido por Ginsburg al inicio de su carrera. En el referido caso se discutía la procedencia de la deducción de gastos de tutela efectuada por el Sr. Moritz en la determinación de su impuesto a la renta. Conforme a la ley americana, las hijas solteras que tuvieran empleo fuera de casa estaban facultadas a deducir los gastos de tutela. El Sr. Moritz era soltero, cuidaba de su madre y tenía un empleo fuera de casa,

pero no era una hija, sino un hijo, razón por la cual la oficina de impuestos le negó la deducción.

La estrategia de la abogada fue alegar discriminación de género en contra de su cliente, pues la ley injustamente presumía que quienes se encargaban del cuidado de los padres eran las hijas. Su objetivo era conseguir la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 214 del Código Tributario americano, por violación del principio de igualdad ante la ley; para luego demandar, caso por caso, la inconstitucionalidad de ciento setenta y ocho leyes americanas que discriminaban a las mujeres.

**Palabras clave:** cine y derecho tributario; análisis de película; derecho a la igualdad; discriminación de género; igualdad ante la ley.

## ABSTRACT

The author analyzes the film *The Voice of Equality*, based on the life of U.S. Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg. The work focuses on the case of Charles Moritz vs. the Internal Revenue Service, defended by Ginsburg at the beginning of her career. It was disputed whether the income tax assessment made on Mr. Moritz's expense deduction was allowable. Under U.S. law, unmarried daughters who were employed outside the home were entitled to deduct guardianship expenses. Mr. Moritz was unmarried, cared for his mother, and was employed outside the home, but he was not a daughter, but a son, which is why the tax office denied the deduction.

The lawyer's strategy was to allege gender discrimination against her client, since the law unfairly presumed that it was the daughters who were responsible for the care of the parents. Her objective was to obtain a declaration of unconstitutionality of Article 214 of the U.S. Tax Code, for violation of the principle of equal protection before the law; and then to sue, case by case, for the unconstitutionality of one hundred and seventy-eight U.S. laws that discriminated against women.

**Key words:** film and tax law; film analysis; right to equality; gender discrimination; equal protection under the law.

Recibido: 30/06/2020 Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la película *On the basis of sex*, Estados Unidos 2018<sup>1</sup>, (discriminación basada en el sexo), traducida como *La voz de la igualdad*, dirigida por Mimi Leder y que cuenta con las actuaciones de Felicity Jones, como Ruth Bader Ginsburg; Armie Hammer, como Martin Ginsburg; Cailee Spaeny, como Jane Ginsburg (hija); Kathy Bates como Dorothy Kenyon; Justin Theroux como Mel Wulf, jefe de la ONG ACLU, dedicada a la defensa de los derechos civiles; Jack Reynor como el fiscal Jim Bozarth, entre otros.

La película analizada está basada en la vida de Ruth Bader Ginsburg, recreando sus facetas de estudiante de derecho, activista de los derechos civiles, abogada, profesora universitaria y finalmente la segunda mujer designada jueza de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

El trabajo pone especial énfasis sobre los aspectos jurídicos más resaltantes de la película, en especial en las implicancias del caso *Charles Moritz vs. la Oficina de Impuestos de Denver Colorado Estados Unidos*, que versa sobre la deducción de tutela en la determinación del impuesto a la renta efectuada por el Sr. Charles Moritz. El referido caso fue el primero que defendió Ruth Ginsburg ante la Corte de Apelaciones, al inicio de su brillante carrera profesional con un resultado verdaderamente sorprendente.

---

1 La película fue estrenada en Lima en mayo de 2019.

## 2. LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

La película se inicia con imágenes registradas fuera de foco, que en un primer momento no permiten apreciar nada definido, hasta que poco a poco y al cabo de unos segundos, el panorama se va aclarando, dejándonos ver a un numeroso grupo de estudiantes que presurosos hacen su ingreso a las instalaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, teniendo en frente su imponente fachada, guarnecida por portentosas columnas de estilo griego. Aquel era el primer día de clases del año 1956<sup>2</sup>.

La cámara en un primer momento omite registrar los rostros de las personas, y nos deja ver únicamente una multitud indiferenciada e inexpresiva, que en cámara lenta se aproxima decididamente a su destino, para seguidamente enfocarse en los pasos con los que avanzan, mientras se deja oír en el ambiente notas cada vez más intensas y motivadoras de una hermosa marcha triunfal que acompaña el ingreso de esta nueva generación de futuros abogados a esta prestigiosa universidad.

Todos los estudiantes van formalmente ataviados con ternos oscuros, camisas blancas y corbatas, llevando sus portafolios en una mano, mientras que, varios de ellos a usanzas de la época, en la otra sostienen cigarrillos encendidos.

De pronto, en medio de esa homogénea multitud masculina, aparece una hermosa prenda femenina, llevada con elegancia, atrayendo la atención sobre la agradable figura de una mujer, una joven estudiante, la única mujer de todo aquel grupo que, con cartera y cartapacio en mano, también inicia clases en su primer año de estudios en la referida Facultad de Derecho.

Pero aquella mujer no solo destaca por su hermoso atuendo de color celeste que se distingue claramente del resto, a pesar de su sobriedad, ni por su hermosa figura femenina que agradablemente contrasta en la fotografía, sino por el brillo de su inteligente

---

2 Como señala Marcel Martin (2002): «Todo lo que se muestra en la pantalla tiene sentido y, la mayor parte de las veces, un segundo significado que solo puede aflorar con la reflexión» (p. 101).

mirada, su curiosidad, su perspicacia, su tenacidad, su firmeza y su franca sonrisa de logro y felicidad al adentrarse por primera vez en tan prestigioso claustro, que ya entonces tenía 139 años de ser fundado.

La transición de las imágenes desenfocadas e indiferenciadas del inicio hacia un registro nítido y preciso después, son una metáfora<sup>3</sup> de la discriminación de género, tema que atraviesa la integridad de la película, y que se manifiesta por ejemplo con la invisibilización del género femenino mediante el uso aparentemente neutro del «masculino genérico»<sup>4</sup>. Nos referimos al uso inadecuado del pronombre masculino en expresiones como «el hombre de Harvard», «el estudiante de Derecho», «el abogado de la defensa», haciendo pasar por neutro el pronombre masculino e invisibilizando y discriminando a las mujeres.

La imagen de una mujer en medio de una multitud masculina, objetivamente muestra una clara diferencia entre los sexos masculino y femenino, cuya diferencia biológica es innegable, pero luego el significado de las imágenes muta hacia una discriminación (diferenciación no razonable) basada en el sexo, mostrando, por ejemplo, las limitaciones de acceso a la educación superior para las mujeres, donde tan solo seis años antes a las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, les estaba vedado el acceso a tan prestigiosa Facultad de Derecho, discriminación que se hace patente, mostrando a una mujer, que simboliza a todas las mujeres, en medio de una población masculina que la siente extraña<sup>5</sup>.

3 Al efecto, Marcel Martin (2002) respecto de la metáfora en el cine señala: «Llamo “metáfora” a la yuxtaposición mediante el montaje de dos imágenes cuya confrontación debe producir en la mente del espectador un golpe psicológico cuyo fin es facilitar la percepción y la asimilación de una idea que el realizador quiere expresar a través de la película» (p. 102).

4 En ese sentido, «el masculino genérico no puede servir para hacer visibles a las mujeres en aquellos contextos en los que tal exposición resulta oportuna y conveniente para contrarrestar el discurso androcéntrico» (Moreno, 2014, p. 216).

5 La discriminación no es una mera diferenciación de características objetivas, ni tan solo una diferencia injustificada; sino de una diferencia en el trato fundada en

En la película en comentario, se da cuenta de la formación académica de Ruth Ginsburg, primero en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y luego en la Universidad de Columbia, su papel de madre, esposa, compañera, joven abogada buscando infructuosamente empleo en prestigiosos estudios de abogados de Nueva York, profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Rutgers y luego abogada defensora de uno de los casos más emblemáticos de la historia judicial de los Estados Unidos.

Precisamente, el interés de Ruth por aquel caso se inicia cuando llega a sus manos el Boletín de Jurisprudencia que le entrega su marido, Martin Ginsburg, que al efecto es un joven abogado especializado en derecho tributario.

Aquel Boletín de Jurisprudencia, en su página 21, contenía una Resolución del Tribunal Fiscal (*Tax Court*), que, en apreciación de Martin, sería de interés para su esposa Ruth. En la referida resolución se daba cuenta de un caso en el que se negaba a un ciudadano americano de nombre Charles Moritz la deducción de los gastos de tutela en la determinación de su impuesto a la renta.

El artículo 214 del Código Tributario Americano regulaba la deducción de gastos de tutela en la determinación del impuesto a la renta, y establecía que ciertos contribuyentes, entre ellos las hijas solteras que contaban con empleo fuera de casa, estaban facultados a deducir de sus ingresos el monto que gastaran en enfermeras para el cuidado de sus padres a su cargo.

Charles Moritz era un hijo soltero que trabajaba fuera de casa y se encargaba del cuidado de su anciana madre, pues la tenía como dependiente bajo su cargo. Sin embargo, la ley tributaria hacía referencia expresa a las hijas solteras, no así a los hijos solteros; no obstante, Charles consideró que razonablemente le

---

una justificación no razonable, o peor aún, de una diferencia en el trato justificada en una devaluación de características objetivas consideradas subjetivamente. Véase Letizia Gianformaggio (2011, p. 25).

correspondía la mencionada deducción, dado que, en su caso, la deducción cumplía con la finalidad de la norma.

Sin embargo, el Tribunal de Impuestos confirmó el criterio de la Administración Tributaria Federal Americana (IRS) que reparó y dejó sin efecto la deducción de tutela efectuada por Charles Moritz, por considerar basándose en una interpretación literal, que dicha deducción no le correspondía, pues él era un hijo y no una hija.

En opinión de la abogada Ruth Ginsburg, el referido artículo 214 del Código Tributario Americano contenía una discriminación en razón del sexo, incurriendo en consecuencia en causal de inconstitucionalidad<sup>6</sup>, pues contrariaba el principio de igualdad ante la ley<sup>7</sup>, contenido en la Enmienda 14 de la Constitución americana, al dar irrazonablemente un tratamiento diferenciado entre los hijos solteros y las hijas solteras, con la particularidad de que en el referido caso el discriminado era un hombre y no una mujer.

En consecuencia, se trataba de un caso muy particular que, aunque solo representaba una pequeñísima ranura en la monumental estructura legal de los Estados Unidos, no dejaba de ser por ello un punto vulnerable de la cultura de la discriminación, un pequeño resquicio en procura de igualdad, máxime cuando dicha rendija estaba situada en una zona particularmente crítica de dicha estructura legal. De manera que, asestando un golpe en aquel punto neurálgico, con la precisión e intensidad exactas,

---

6 Como señala Hans Kelsen, una ley puede ser inconstitucional no solo por vicio incurrido en su proceso de creación, sino también por inconsistencia de su contenido respecto de lo establecido en la Constitución. En ese sentido, una ley es inconstitucional «en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala» (Kelsen, 2011, p. 260).

7 «Mas precisamente, haría referencia a “La igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que este no podrá —como pauta general— aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas» (Eguiguren, 1997, p. 64).

Ruth Ginsburg avizoraba poder empezar a desmontar la arcaica estructura de discriminación basada en el género, en contra de las mujeres, que se remontaba a más de diez mil años de antigüedad.

### 3. MARTIN: AMIGO, COLEGA Y ESPOSO

Sin duda, entre Ruth y Marty había una notable complementariedad. Marty era para Ruth un gran apoyo, como Ruth indudablemente lo era para él; tal como quedó acreditado cuando Marty, durante sus años de estudiante, fue aquejado gravemente por un agresivo cáncer, del que afortunadamente fue rescatado gracias al cuidado y la tenacidad de Ruth.

A lo largo de la película se aprecia a Marty apoyando a Ruth, motivándola, sosteniéndola, siempre animándola afectuosamente, asumiendo como suyas las labores domésticas y la educación de los hijos; de manera que la esclavitud de la cocina, que por siglos ha sojuzgado a las mujeres, constriñéndolas al mero ejercicio de labores domésticas, no estuvo en la agenda libertaria de Ruth, pues para ella lo doméstico no fue una limitación por superar. Las diversas escenas de Martin preparando los alimentos en la cocina, con el delantal puesto e interactuando con los niños, son bastante gráficas al respecto.

En particular podemos traer a colación aquellas escenas en las que Ruth se hallaba desmoralizada por el enorme peso de la discriminación de género de la que fue víctima cuando buscaba empleo. Entonces Marty le hizo reparar en lo importante que sería su trabajo en la universidad, formando a la nueva generación de abogados del país, así como las ventajas adicionales que dicho empleo podía conllevar, como por ejemplo no tener un jefe que siempre estuviese supervisando y escudriñando sus labores, así como la posibilidad adicional de poder llevar casos independientes, que podían ser los casos que ella eligiese, a diferencia de un abogado de bufete, que debe defender necesariamente los casos que se le asignan o los casos que los clientes tengan.

Adicionalmente, cabe hacer mención del trabajo en equipo de la pareja, pues frente a la experiencia en litigios de Marty y su carácter siempre comprensivo, estuvieron las agudas e inteligentes preguntas de Ruth, así como su seguridad, su fortaleza y su perseverancia, que ya se habían puesto de manifiesto cuando en la época de estudiantes tuvo que asistir, además de las suyas, a las clases a las que Marty no podía ir a causa de su enfermedad.

Una mención aparte merece el hecho de que fue Marty, entre todos los lectores de jurisprudencia del país, quien encontró en el Boletín de Jurisprudencia el caso de Charles Moritz, que es precisamente el que a la postre encumbró a Ruth, y fue precisamente Ruth, quien, a pesar del tecnicismo tributario del caso, percibió la arista constitucional de este y lo desarrolló hasta sus últimas consecuencias.

Al efecto, cabe recordar aquella escena en la que se aprecia a Ruth preparando sus clases en el estudio de su casa, mientras Marty, se supone, hacía lo propio en otro ambiente del mismo inmueble. En esas circunstancias, Marty presuroso ingresa al estudio llevando el Boletín de Jurisprudencia en su mano. Inmediatamente se lo entrega a Ruth y le pide que revise la página 21. Ruth absorta en su lectura responde que ella no lee jurisprudencia del Tribunal Fiscal. Marty insiste y resume de manera general el caso:

—La Administración Tributaria de Estados Unidos (IRS) negó a un demandante la deducción como gasto en la determinación de su impuesto a la renta, del monto que pagó a una enfermera para que cuide a su anciana madre, mientras él salía a trabajar.

Ruth comprende que es un caso más, de los muchos de naturaleza tributaria que Marty analiza a menudo, por lo que sigue sin interesarse en lo más mínimo en la referida sentencia. Marty, tras un breve silencio, se marcha de la habitación, pero justo antes de salir, volteándose de cara a Ruth, parado en el umbral de la puerta y dirigiéndose a ella, menciona las palabras claves que revelan la pista del verdadero problema que hacían de aquel un caso especial.

—El demandante era un hombre.

Seguidamente, cierra la puerta, dejando a Ruth a solas con su curiosidad y sus pensamientos.

En las siguientes escenas se aprecia a una entusiasmadísima Ruth que va en busca de Marty, invadida completamente por la emoción y la alegría, tal como si hubiese hallado la fórmula secreta para un problema irresoluble, o la piedra filosofal que por siglos infructuosamente buscaron los medievales, o los misterios más arcanos del origen del universo. Se trataba de un caso único, uno entre un millón, una aguja en un pajar, un caso donde el discriminado era un hombre; de manera que, a partir de dicho caso se podría desmontar la descomunal estructura de discriminación legal basada en el sexo en contra de la mujer, tal como si se tratara de una escultura hecha con piezas de lego o de terrones de azúcar.

Ruth reconstruye rápidamente el caso, según el cual la sección 214 del Código Tributario presumía tácitamente que el cuidado de los padres correspondía a las mujeres, razón por la cual a ellas se les permitía la deducción de los gastos de tutela en la determinación de su impuesto a la renta; sin reparar en que los hijos hombres también podían asumir esa responsabilidad, como de hecho la había asumido Charles Moritz, incurriendo con ello en discriminación de género. Por lo tanto, Charles Moritz, que asumió dicha responsabilidad, tenía derecho a la referida deducción, aun cuando la letra de la ley no lo señalara expresamente.

En consecuencia, la particular norma incurría en discriminación basada en el sexo contra los hombres. De manera que si el caso fuera llevado ante la Corte de Apelaciones, y fuera resuelto en el sentido de que la referida ley es inconstitucional por violar el principio de igualdad, ello constituiría un precedente de extraordinario valor para muchísimas mujeres, quienes podrían usarlo en la construcción de nuevas soluciones de equidad.

Finalmente, Ruth abrazó afectuosamente a Marty, para, muy decidida y en voz alta, señalar:

—Tenemos que tomar este caso.

La alegría de Ruth era desbordante, tenían el caso preciso y el equipo perfecto para emprender la referida batalla. Marty el tributarista y Ruth la constitucionalista defensora de los derechos civiles.

Sin embargo, cabe precisar que Marty no solo fue quien encontró el caso de *Charles Moritz vs. la Oficina de Impuestos*, tampoco solo fue quien inmediatamente se lo comunicó a Ruth; sino, y sobre todo, fue quien se lo comunicó de la forma magistral como lo hizo, con la destreza y la elegancia de un viejo y diestro profesor de jurisprudencia, dándole poco a poco los elementos suficientes para que fuera ella misma quien descubriera la materia controvertida y la *ratio decidendi*, comprendiera sus alcances más significativos, le asignara sentido desde las categorías del derecho constitucional, que ella conocía con solvencia; para luego avizorar todas las posibles consecuencias que de un fallo favorable se podrían desprender, tanto para los derechos de las mujeres, para la igualdad de género, para la organización de las familias, como para las relaciones humanas en general.

Pero Marty también era un destacado y reconocido abogado, especializado en derecho tributario, virtudes que se aprecian con detalle en aquella escena en la que, en medio de una reunión social, es reconocido y celebrado por sus colegas, al explicar por qué a causa de los tributos en Suecia los jóvenes ya no se casan.

En aquel pasaje, Marty relata que después de la Segunda Guerra Mundial, el Gobierno sueco aprobó una ley mediante la cual se estableció la obligación de las parejas casadas de presentar su declaración jurada de impuestos de manera conjunta y sin concederles ningún beneficio tributario por ello; de manera que, sumando los ingresos de ambos cónyuges, la renta total accedía a un tramo más alto en la escala progresiva acumulativa del impuesto a la renta<sup>8</sup>, tributando en consecuencia dicho impuesto con una tasa más alta.

8 En el Perú, el artículo 53 de la Ley del Impuesto a la Renta, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 179-2004-EF, establece la escala

La consecuencia de la referida medida impositiva fue que las parejas casadas se divorciaban para pagar menos impuesto a la renta, pero seguían viviendo juntas.

En respuesta a ello, el Estado aprobó una nueva ley, estableciendo esta vez que las parejas que se habían divorciado legalmente, pero seguían viviendo juntas, se considerarán aun casadas, para propósitos fiscales, debiendo en consecuencia sumar sus ingresos, como si estuviesen casadas, para determinar conjuntamente su impuesto a la renta.

¿Qué hicieron las parejas? Después de divorciarse abrían una segunda puerta de ingreso a la casa y construían una pared en medio de la vivienda; de manera que el inmueble estuviese subdividido, dando mayores visos de realidad al aparente divorcio, aun cuando también tenían una pequeña puerta de acceso fácil en medio.

Nuevamente, el Estado aprobó otra ley, estableciendo ahora que las parejas divorciadas que vivían en casas con accesos independientes, pero subdivididas con propósitos fiscales, se considerarán que aún vivían juntas y en consecuencia se consideran casadas para propósitos fiscales, debiendo determinar su impuesto conjuntamente.

Como la referida norma era aplicable a las parejas divorciadas, ¿qué hicieron? Las nuevas generaciones de parejas simplemente ya no se casaban.

Con lo cual Marty demostraba la importancia y la trascendencia del derecho tributario; debido a que el modo como el Estado

---

progresiva acumulativa aplicable en la determinación del impuesto a la renta de cargo de las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, domiciliadas en el país, respecto de su renta neta del trabajo y renta de fuente extranjera. La escala progresiva acumulativa establece para mayores tramos de renta, mayores tasas del impuesto, con la consecuencia de un mayor gravamen; con lo cual, para los matrimonios es más gravoso declarar conjuntamente, por cuanto al sumar sus rentas acceden a tasas más altas. En cambio, si declararan individualmente, les serían aplicables menores tasas.

establece los tributos no solo incide sobre la presión tributaria, la recaudación de los impuestos y el financiamiento del presupuesto Estatal, sino que también afecta, y de manera directa, la posibilidad de sus jóvenes de ser felices.

En ese mismo sentido, el caso Charles Moritz, referido a la deducción de gastos en la determinación del impuesto a la renta, podía tener consecuencias imprevisibles en la lucha contra la discriminación de género.

#### **4. UNA HIJA: UN ESPEJO PARA VERSE Y UNA RAZÓN PARA NO DETENERSE**

La sola existencia de Jane Ginsburg, la hija de Ruth y Martin, fue una gran motivación para sus padres, pero en particular para su ya decidida y tenaz madre, y le dio un sentido particular a su existencia, quien la trajo al mundo, justo antes de iniciar sus estudios universitarios, incrementando notablemente sus responsabilidades, como joven madre estudiante universitaria, que además por varios meses tuvo a su marido al borde de la muerte, aquejado de un extraño cáncer; situación particular que le permitió ver el mundo de una manera diferente a como lo hacen el resto de personas y sobre sus colegas de aula.

Pasó el tiempo y la pequeña Jane se convirtió en una intrépida estudiante de quince años, que poco a poco se fue involucrando con grupos de apoyo y movimientos en defensa de los derechos civiles, a pesar de las objeciones de su madre, debido a que los mítines en los que ella participaba podrían derivar en motines peligrosos. Sin embargo, la hija, que tenía el mismo carácter obstinado que su madre, la confrontaba con frecuencia, haciéndole reparar en que era necesario tener una participación más activa en la defensa de los derechos civiles, y la instaba tácitamente a trascender las meras discusiones académicas.

Una de esas situaciones se aprecia en la escena donde la madre y la hija salen raudamente de la accidentada entrevista que sostuvieron con Dorothy Kenyan, una experimentada abogada,

defensora de los derechos civiles, a quien solicitaron consejo, respecto del caso que Ruth tenía entre manos. Allí se las ve caminando por la calle, en medio de una fuerte lluvia, guarecidas bajo un mismo paraguas, en busca de un taxi que las lleve de regreso a casa. En tales circunstancias, Ruth y su hija son acosadas por unos trabajadores de construcción civil que realizaban labores en esa vía. Inmediatamente la joven Jane, con una actitud firme y decidida, con sólidos argumentos y con una voz empoderada, separándose de su madre los confronta y los hace retroceder, de manera que hace valer sus derechos y se hace respetar.

Seguidamente, autosuficiente y plenamente decidida, Jane detiene un taxi en medio de la calle e invita a su madre a subir al vehículo, mientras que Ruth la contempla parada en medio de la calle, con una enorme sonrisa de logro y satisfacción que invade la totalidad de su rostro, a pesar de que la lluvia le sigue cayendo, dejando ver una imagen de limpieza, pureza, renovación y esperanza, con una lluvia que lava y limpia el pasado, a la vez que riega un promisorio futuro, comprobando en ese instante, de una manera palmaria, que los tiempos habían cambiado.

—Hace veinte años una chica no hubiera sido capaz de hacer eso —se dijo a sí misma.

Hoy su joven hija se halla totalmente empoderada, convencida de sus derechos y conocedora de los límites de los derechos de los demás, capaz no solo de reclamar los suyos, sino de hacerlos respetar. De manera que, en ese preciso instante, Ruth comprobó que, como consecuencia de los cambios producidos en la sociedad, existían mayores posibilidades de obtener una sentencia favorable en la Corte en el caso de Charles Moritz.

## 5. DESPLEGANDO LAS REDES DE CONTACTO

Ruth, al ser una joven abogada sin mayor experiencia en litigios, pero que tenía decidido asumir la defensa de Charles Moritz, empieza a realizar visitas a quienes sí la tenían y la podían ayudar.

En primer lugar, visitó a un viejo amigo de campamentos y excursiones escolares, el abogado Melvin Wulf, jefe de la ONG American Civil Liberties Union (ACLU), dedicada a la defensa de los derechos civiles y libertades individuales de minorías y poblaciones vulnerables.

El paneo de la cámara en las oficinas de Melvin permite apreciar las grandes diferencias entre las instalaciones, las comodidades y las condiciones en que prestan sus servicios los grandes estudios de Wall Street, en los que Ruth pretendió ejercer la abogacía y la ONG ACLU, con muchas carencias y limitaciones.

Ruth, muy entusiasmada le narra el caso a Melvin y le pide apoyo en su patrocinio, así como en la firma del recurso impugnativo a presentar ante la Corte de Apelaciones, dado el prestigio que tenía la referida asociación.

Melvin, por su parte, se da cuenta de que el caso que le presenta Ruth se halla muy en ciernes, tanto que ni siquiera constituye un auténtico caso. En su opinión, era muy difícil alegar ante la Corte discriminación contra las mujeres, debido a que la población femenina alcanzaba al 50 % de la población total; no calificaba, en consecuencia, como una minoría merecedora de protección, por lo que no estaba dispuesto a ayudar, máxime cuando se entera de que Ruth ni siquiera tiene la representación del apelante para poder llevar el caso ante la Corte de Apelaciones.

En opinión de Melvin, ese no era un caso, sino una mera elucubración teórica de gabinete, o mejor dicho la propuesta teórica de una joven profesora universitaria.

En segundo lugar, tal como antes se señaló, Ruth acompañada de su hija visita a Dorothy Kenyon, una prestigiosa abogada de edad avanzada, especializada en la defensa de derechos civiles, donde se aprecia a la madre y a la hija limando asperezas y sumando esfuerzos en favor de una misma causa. Precisamente llegan cuando Dorothy abandonaba su oficina para atender un compromiso, por lo que son atendidas en el pasillo del edificio.

Dorothy, de primera impresión, se muestra esquiva y cortante frente al planteamiento de Ruth, al punto que ni siquiera le deja

explicar los detalles del caso. En su opinión el tema de la defensa de los derechos civiles no es jurídico sino político, por lo que habría que salir a las calles para cambiar la mentalidad de la gente, en lugar de ir a los tribunales, dado que los jueces son reacios a propiciar el cambio social usando como instrumento la ley. En su opinión, los jueces solo legalizan los cambios que en los hechos ya se han producido. Así, en opinión de Dorothy, más hacen los jóvenes en procura del cambio, protestando en las calles, que los abogados litigando en los tribunales.

No obstante, Ruth brevemente logra expresar los datos centrales del caso, mientras que la experiencia de Dorothy y sus profundos conocimientos del tema le permiten rápidamente captar la particularidad del caso que Ruth tiene entre manos, así como las posibles consecuencias de aquel. Sin duda, se trataba de un caso original que, a la propia Dorothy, con toda su experiencia, en toda su vida profesional, no se le había ocurrido, al punto que sus ojos se iluminaron, cambia la expresión de su rostro, el tono de su voz y su trato.

Posteriormente, Dorothy visita a Melvin Wulf y le pide que asuma la defensa del caso Reed vs. Reed, un caso del cual se daba cuenta en el periódico que al efecto lleva y le entrega a Melvin. El referido caso versaba sobre dos padres de familia divorciados, Sally y Cecil Reed, quienes pretendían administrar conjuntamente los bienes de su único hijo fallecido, víctima de suicidio.

La ley de Idaho, que era aplicable al caso, establecía que en dicho supuesto la administración de los bienes del causante correspondía al padre; debido a que el legislador presumía tácitamente que los hombres tenían mayores destrezas matemáticas necesarias para la administración que las mujeres.

Como se puede apreciar, Reed vs. Reed era un nítido caso de discriminación de género en contra de la mujer; el cual se hallaba pendiente de resolver en la Corte Suprema, debido a que en la instancia anterior los jueces de la Corte de Apelaciones habían declarado que la discriminación en contra de la mujer era legal.

De manera que, en esas circunstancias, obtener previamente un fallo favorable en el caso de Charles Moritz, que se vería en la Corte de Apelaciones, era de vital importancia, debido a que en este caso el discriminado era un hombre, circunstancia particular que elevaba las posibilidades de obtener un fallo favorable, razón por la cual Dorothy pide y conmina a Melvin que apoye a Ruth en el referido caso, pedido que Melvin acepta.

Finalmente, Ruth comprende que lo primero que debe hacer es convencer al supuesto discriminado de la conveniencia de interponer apelación y en segundo lugar conseguir la representación del caso. Para ello llamó por teléfono y concertó una entrevista con Charles Moritz. Luego viajó a su encuentro hasta Denver Colorado, donde vivía Charles, junto con su anciana madre, es despedida por su familia en pleno (Marty y sus dos hijos, la joven Jane y el pequeño James), quienes la alientan y la respaldan con entusiasmo, mientras ella sube al taxi que la ha de conducir a su destino.

## 6. UN CLIENTE PARA UN SUEÑO

Ruth, pretendiendo obtener la representación de Charles Moritz lo visita en su casa, tal como habían concertado la entrevista por teléfono, pero llega un poco antes de la hora convenida; sin embargo, Charles la recibe y la hace pasar a su sala, donde su madre anciana se aprestaba a iniciar su pasatiempo consistente en el llenado del crucigrama.

Ruth empieza la conversación haciéndole preguntas a Charles sobre lo acontecido, refiriéndose con la expresión «su caso»; no obstante, Charles rechaza tajantemente la referida expresión, señalando que él no tenía un caso, puesto que cuatro abogados habían opinado en ese sentido<sup>9</sup>, y no existían posibilidades de

---

9 Repárese que en materia tributaria rige el principio de legalidad y de reserva de ley, conforme al cual solo por ley se puede crear, modificar, establecer tributos o exoneraciones.

obtener una sentencia favorable. Al extremo que el juez lo había llamado tramposo. Por lo que Ruth inmediatamente le pregunta:

—¿Y usted es tramposo?

—Nunca he hecho trampa en mi vida —responde Charles.

Pero en opinión del juez la ley es clara, y frente a ella Charles aparece como un tramposo, debido a que en ella se establecía que la deducción por cuidados era para las hijas mujeres, para los hombres con esposas discapacitadas y para los hombres viudos o divorciados, ninguno de los cuales era su caso.

Sin embargo, Charles no era un tramposo. Pudo haberse casado y divorciado al día siguiente, y nadie hubiera objetado la deducción; pero no lo hizo. Por el contrario, llenó su declaración jurada de impuestos e incluyó la deducción.

No obstante todo ello, Moritz se mostraba reticente y desconfiado y a todas luces no tenía la intención de apelar la decisión adversa de la Corte Tributaria, por lo que Ruth debía desplegar todos sus recursos persuasivos para convencerlo.

Ruth le explica que, de ganar el caso, sus consecuencias favorables durarían por generaciones ayudando a mucha gente. Llegó temprano a la cita, como muestra de interés y responsabilidad. Se puso en su lugar y le comentó que ella también sabía lo que significa cuidar a un enfermo. De manera espontánea ayudó a la madre de Moritz con una palabra difícil en el llenado del crucigrama. Le contó a Charles que ella también fue bastonera como él, en los desfiles de la época del colegio, conforme a la foto juvenil que de Charles se exhibía en su sala.

Charles se pregunta ¿cuál es el interés de Ruth en todo ello?

—Yo soy vendedor y me doy cuenta cuando me quieren vender algo, ¿cuál es su interés, abogada Ginsburg?

Ruth le explica que no es por los \$296 de deducción, a cuanto ascendía la materia controvertida, pues su oferta es la de realizar una defensa gratuita.

Moritz pregunta:

—¿Si no es por el dinero, por qué es entonces?

Ruth le explica que la enmienda 14 de la Constitución americana establece el derecho a la igualdad entre las personas, pero que sin embargo existen numerosas leyes, como la de deducción de impuestos, que establecen discriminaciones por razón de sexo y ella pretende que las Cortes Federales declaren dichas leyes inconstitucionales, empezando por la suya.

Charles Moritz repregunta:

—¿Entonces soy un conejillo de Indias?

—No, señor —responde Ruth—. Con todo respeto, usted es el hombre que marcha adelante marcando el camino, como el bastonero que solía ser de joven.

La respuesta es rotunda y contundente, brillan de emoción los ojos del antiguo bastonero, quien recuerda sus felices años de juventud y Ruth consigue la representación de Charles Moritz ante la Corte de Apelaciones.

## **7. EL CASO CHARLES MORITZ VS. LA OFICINA DE IMPUESTOS: UNA AGUJA EN UN PAJAR**

La abogada Ruth Ginsburg, junto con el equipo conformado por Marty y los alumnos de la universidad, contando adicionalmente con el apoyo de su hija Jane, prepararon un contundente y extenso recurso de apelación, que luego fue mecanografiado por una secretaria de la Universidad de Rutgers. Pero cuando el texto estuvo finalmente tipeado, la referida mecanógrafa hizo una valiosísima sugerencia. Sustituir la palabra «sexo», que en el texto se repetía numerosas veces, por «género», una palabra neutra, con menos hormonas, menos anticuerpos y con menos posibilidades de distraer a los jueces. La sugerencia fue aprobada inmediatamente por Ruth y se volvió a mecanografiar inmediatamente el recurso, a pesar de su considerable extensión; toda vez que la secretaria, al igual que todos los integrantes del

equipo, estaban plenamente comprometidos con la causa en contra de la discriminación por razón de sexo o, mejor dicho, en contra de la discriminación por razón de género.

El referido escrito fue muy apreciado y valorado por quienes tuvieron la oportunidad de leerlo, entre ellos Melvin Wulf, al punto de que el referido jefe de la ACLU recomendó que los referidos argumentos fueran incorporados en el recurso a presentarse ante la Suprema Corte en el caso *Reed vs. Reed*; sin embargo, una cosa es un trabajo académico y otra muy diferente la sustentación de un alegato en la audiencia oral ante los jueces; de manera que Ruth y Melvin acordaron realizar un juicio simulado, donde Ruth pudiera entrenarse en la defensa del caso, a efecto de salir airosa frente a los jueces de la Corte de Apelaciones. Falso juicio que se realizó en la casa de los Ginsburg.

El ensayo fue desastroso: Ruth no tenía la experiencia ni las destrezas requeridas para esa clase de cometidos; es más, nunca había informado ante la Corte. Sería su primera vez. Las incisivas preguntas de los falsos jueces, cuando no la sacaban de sus casillas, la desviaban con facilidad de su objetivo, e incurría en elocuentes silencios en su contra. Su experiencia y su destreza eran teóricas. Desconocía las más elementales técnicas de litigación oral.

En esas circunstancias, Marty instruye rápidamente a Ruth en algunas técnicas elementales del debate forense, como por ejemplo la de eludir la cuestión, redirigir la pregunta, intercalar un poco de humor en el discurso para distender una situación complicada.

Al efecto, Marty la instruye:

Puedes evadir las preguntas incómodas con las que pretendan sacarte del punto, como por ejemplo cuanto te pregunten sobre si las mujeres pueden ser bomberas: «Con todo respeto, su señoría, no lo he considerado, porque mi cliente no es un bombero».

Puedes redirigir la pregunta y traerlos de vuelta a tu caso: «Con todo respeto, señor juez, este caso no se trata sobre los bomberos,

es sobre contribuyentes, y no hay nada por naturaleza masculino en el pago de impuestos».

Puedes sortear el impase con un poco de humor, como, por ejemplo: «Señor juez, cualquiera que haya criado a un hijo no podría sentirse intimidado por un edificio en llamas».

Sin embargo, el tiempo era corto y la experiencia solo se adquiere con la práctica, por lo que se decide que Marty sustente primero el caso y luego Ruth lo concluya, dado que el caso también tenía una arista tributaria.

Si bien es cierto que lo que llega a la Corte son unas partes en conflicto con sus intereses ya identificados y una materia controvertida apropiadamente definida a efecto de tomar una decisión; en la audiencia oral lo que se debe hacer es exhibir una cara y mostrar un espíritu que dé confianza y que convenza a los jueces, materializando en cuerpo y alma los argumentos ya expresados por escrito, anticipando además las consecuencias justas y favorables de la decisión solicitada; de manera que lo más importante en la audiencia es establecer un vínculo de empatía con los jueces, para convencerlos y persuadirlos en favor de la pretensión, o cuando menos a la mayoría de ellos, a fin de obtener un fallo favorable<sup>10</sup>.

El hecho de que el proceso ante la Corte de Apelaciones sea un juicio de puro derecho<sup>11</sup>, en tanto que la materia en controversia es eminentemente jurídica, referida a la interpretación de la ley, donde no hay jurado, no hay testigos, no hay pruebas, ni evidencias, donde solo están los jueces, el secretario y los abogados de

---

10 Al efecto, Perelman y Olbrechts-Tyteca (1989) señalan que «la argumentación retórica va siempre dirigida a un auditorio concreto y particular al que pretende persuadir», mientras que «la argumentación filosófica se dirige a un auditorio ideal y universal» (p. 16).

11 Una apelación de puro derecho es aquella donde solo se discute la interpretación del derecho aplicable, mas no así los hechos del caso, ni tampoco sobre las pruebas que lo acrediten. No es que en una apelación de puro derecho no hayan hechos, pues hechos siempre hay: lo que no hay es discusión sobre los hechos, toda vez que hay acuerdo sobre ellos. Al respecto, véase Jaime Lara Márquez (2016, pp. 193-222).

las partes y claro quienes decidan asistir a presenciarlo, porque el juicio es público; no debe hacer perder de vista que lo que se está resolviendo es un caso concreto y que quienes lo han de decidir también son sujetos concretos de carne y hueso, que han de convertir el abstracto mandato de la ley en una concreta decisión jurídica que vincule a las partes.

De manera que, frente a los jueces, habrá que medir con balanza de joyero las palabras exactas que se han de usar<sup>12</sup>, así como afinar el tono y la fuerza de voz a emplear y, por supuesto, armonizar el lenguaje corporal a exhibir, pensando no solo en lo que se va a decir, sino también en lo que los receptores van a entender de lo que se diga; ya que cuando los jueces asignen sentido a los argumentos, alegatos y expresiones de las partes, lo harán desde su propia comprensión, desde su propia experiencia personal e inmediata, incluyendo sus prejuicios, sus preferencias y sus temores. De modo que el caso y la argumentación de este han de estar contruidos a la medida de las circunstancias particulares de lo que específicamente se discute, y deben ser planteados tomando en consideración la particular composición del Tribunal, el concreto auditorio al que se dirige, sin olvidar los defectos y las virtudes humanas de sus miembros<sup>13</sup>.

Por esa razón, cuando se dirige a los jueces, oralmente o por escrito, con categorías eruditas, teóricas o generales, como por ejemplo «las mujeres» en general o «la discriminación por sexo» en abstracto, en realidad no se debe olvidar que se les está hablando de sus propias esposas, de su relación con sus hijas,

---

12 Al efecto, y guardando las distancias, podemos traer a colación lo señalado por Jeremy Bentham (2000) con respecto a las palabras de la ley: «Las palabras de la ley deben pesarse como diamantes pues, al fin y al cabo, la vida, la libertad, la propiedad y el honor... todo depende de la correcta elección de las palabras por arte del legislador» (p. XI).

13 Al efecto, Perelman y Olbrechts-Tyteca señalan que «cuando se trata de argumentar o de influir, por medio del discurso, en la intensidad de la adhesión de un auditorio a ciertas tesis, ya no es posible ignorar por completo, al creerlas irrelevantes, las condiciones psíquicas y sociales sin las cuales la argumentación no tendría objeto ni efecto» (p. 48).

con sus hermanas, con sus familias; por ello el discurso a la vez debe ser lo suficientemente claro y también debe ser lo suficientemente persuasivo, prudente y cauteloso, suministrando argumentos en las dosis suficientes y convenientes, no solo para convencerlos inmediatamente, sino también para que ulteriormente dispongan de recursos argumentativos que les permitan sustentar su fallo y fundamentar su decisión, convenciendo a sus propios auditorios, entre los que se incluyen otros jueces, la academia, los medios de comunicación, pero también sus propias familias, quienes seguramente les habrán de formular preguntas cuando regresen a sus casas, ocasiones para las que necesitarán tener explicaciones sencillas y convincentes, despojadas de tecnicismos legales, que casi siempre son incomprensibles para los profanos en derecho.

Frente al inminente fracaso en la Corte de Apelaciones, dada la inexperiencia de Ruth, cuyo adverso resultado incidiría negativamente en la decisión que en los siguientes días adoptaría la Suprema Corte en el caso *Reed vs. Reed*, perjudicando gravemente el avance del movimiento de los derechos civiles en defensa de las mujeres, y considerando además la oferta efectuada por la Procuraduría del Estado de conciliar, Melvin Wulf pide a Ruth que viaje a Washington DC a concretar la conciliación con los miembros de la Procuraduría, debiendo para ello previamente convencer a Charles Moritz de que desista de su pretensión de ir a juicio.

De regreso en casa, Ruth, completamente desmoralizada, dándose por vencida, empieza a guardar todos los materiales usados en la redacción del recurso de apelación, pues este ya habría concluido, dada la inminente conciliación con el Gobierno. Fue entonces, en esos precisos momentos, cuando su hija Jane, enterada de lo sucedido, la confronta consigo misma:

—¿Te ayudo a arruinar el trabajo de tu vida o prefieres hacerlo sola?

La pregunta de su hija fue lo suficientemente potente para que por un instante la desconcertada Ruth se mirase en lo más

profundo de sí misma. Trató de explicar y justificar su decisión, recibiendo como respuesta la pregunta decisiva de Jane:

—¿Por quién haces todo esto, si no es por mí?

Sin embargo, la decisión final era de Charles Moritz, a quien se le debía informar de la oferta de la Procuraduría y quien debía decidir si aceptaba o no la conciliación. Pero Charles Moritz, al ser consultado por Ruth mediante vía telefónica, vuelve a confrontar a Ruth, pidiéndole su opinión profesional en su condición de abogada del caso, al margen de la opinión de la ACLU y de la oferta de la Procuraduría.

—Usted es mi abogada Ruth, ¿qué cree?

Ruth sopesa las posibilidades de obtener una victoria, así como los beneficios que dicho éxito repercutiría por generaciones en favor de los derechos civiles.

Finalmente, Moritz decide continuar con el juicio. Pero Ruth debe acudir a las oficinas de la Procuraduría a la conciliación concertada, donde formula una contraoferta que en la práctica implicaba obtener las mismas consecuencias que se derivarían de una victoria judicial, al pedir que se inscriba en los Registros de la Corte que la Sección 214 del Código Fiscal es inconstitucional por incurrir en discriminación basada en el sexo, lo que evidentemente los miembros de la Procuraduría no podían aceptar, y no les quedó sino decir:

—¡Nos veremos en la Corte!

En consecuencia, el caso del expediente 71-1127 entre Charles Moritz y el Comisionado de la Oficina de Impuestos sobre deducción de tutela sería resuelto por la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de Denver Colorado, integrado por los jueces Doyle, Holloway y Daugherty, los abogados de cada una de las partes tendrían treinta minutos para formular su alegato.

Martin Ginsburg, el experto en derecho tributario, empieza el alegato, pero los jueces le formulan una batería cruzada de preguntas sobre igualdad de género y derecho constitucional,

materias sobre las que él no era experto, sin permitirle que esas preguntas fueran respondidas por Ruth, la especialista en tales temas. Como resultado, se puso de manifiesto la falta de solvencia y preparación de la defensa para convencer a la Corte de la justicia de la pretensión del cliente, por lo que el desempeño de Marty fue deficiente.

Seguidamente interviene Ruth Ginsburg, y tampoco le va bien, dado que repite argumentos ya expresados por Marty y sobre todo porque muestra un flanco débil en la construcción del caso, en lo referido a la discriminación positiva contenida en la norma impugnada, que al parecer ella no había trabajado lo suficiente.

Las deficiencias fueron puestas de manifiesto por el juez Doyle, quien al efecto era un reconocido defensor de los derechos civiles, recordándole a la joven abogada que ella cuestionaba el encasillamiento de las personas, en especial de las mujeres, en ciertos roles con base en su género, no obstante lo cual, en el caso de autos, se cuestionaba la sección 214 del Código Fiscal que hacía precisamente lo contrario.

La referida norma establecía un beneficio tributario<sup>14</sup> en favor de las mujeres, permitiéndoles de esa manera abandonar su rol de amas de casa, al favorecer que salgan a trabajar, contratando enfermeras para que cuiden en su lugar a sus dependientes y permitiéndoles luego deducir dichos gastos en la determinación de su impuesto a la renta.

Asimismo, el juez Doyle trae a colación que en la mayoría de los hogares las mujeres son las cuidadoras (tutoras) y los hombres los proveedores, de manera que la ley impugnada, aun cuando hiciera una distinción basada en el sexo, no sería discriminatoria, al no establecer una distinción arbitraria, pues únicamente recogería una asignación de roles conforme al orden natural de

---

14 Conforme señala Francisco Ruiz de Castilla (2013): «El beneficio tributario es toda ventaja que se otorga al agente económico (contribuyente), en materia del débito tributario y crédito tributario», considerando a las «deducciones a la base imponible» como un tipo o modalidad de beneficio tributario (p. 145).

las cosas y a la manera como efectivamente estaban organizadas las familias americanas.

Ruth, al sentirse acorralada y sin salida, reserva su tiempo restante para impugnar.

Corresponde el turno al fiscal Jim Bozarth, comisionado de la Oficina de Impuestos, quien basa su alegato en el argumento del orden natural de las cosas, ya antes expresado, la división de poderes en la estructura del Estado, con la consiguiente facultad del legislativo de establecer distinciones razonables mediante la ley y de que las mujeres por instinto asumen el rol de tutoras.

El juez Doyle objeta:

—¿Por qué un hombre casado o un hombre viudo sí tendría el instinto para cuidar de sus dependientes y gozar de la deducción, y no un hombre soltero?

El fiscal reitera el argumento de la naturaleza promocional del beneficio tributario en favor de las mujeres solteras y lo beneficioso de la medida gubernamental, de manera que sería contra-productiva declarar su inconstitucionalidad.

El fiscal también utilizó el argumento de la tradición, habiendo recopilado en su respaldo 178 leyes que contenían normas que discriminaban a las mujeres con base en el sexo; de manera que, en su opinión, la referida discriminación no solo era conforme al orden natural de las cosas, sino que también tenía carácter legal; se amparaba, además, en una tradición jurisprudencial de más de cien años en la que reiteradamente se venía confirmando dicha diferenciación.

Hizo uso también del argumento *ad hominem*, primero en contra del apelante, acusándolo de no querer pagar sus impuestos y luego en contra de sus abogados, a quienes acusó de aprovecharse del caso del apelante para pretender alcanzar sus propios objetivos, y concluyó su intervención al señalar que dichos objetivos no serían otros que los de producir «un cambio social radical».

Se suceden unos instantes dramáticos ante la incertidumbre de saber cuál de los dos abogados de la defensa, Marty o Ruth, haría uso de la palabra en los cuatro minutos restantes para formular el alegato final; dado que no se había previsto esa circunstancia particular y tampoco se habían puesto de acuerdo en tan corto tiempo.

El juez Holloway vuelve a llamar por segunda vez «al abogado del apelante» para que formule el alegato final. Transcurren unos breves instantes de incertidumbre, acrecentada por el uso del «masculino genérico»<sup>15</sup>, que en buena cuenta invisibiliza a la abogada.

Ruth voltea y se ve reflejada en la mirada de su hija. En ese preciso instante, Marty intenta ponerse de pie para formular el alegato, dado que él no puede eximirse del llamado, al estar formulado en masculino, pero Ruth lo detiene tomándolo del brazo. Marty le cede la posta diciéndole en voz baja «abogada».

Ruth se ubica frente al podio y formula un alegato memorable, dirigido al meollo de la cuestión controvertida, haciendo uso adecuado del tiempo, de la dicción, del tono de voz y de las pausas apropiadas, desmontando previamente las últimas palabras del fiscal, ya que inicia su intervención repitiendo precisamente las referidas palabras:

—«Un cambio social radical».

Ruth hace un recuento de los cambios sociales producidos en los últimos cien años, así como de los fallos negacionistas de las cortes en ese mismo período, desconociendo los derechos de las mujeres, con lo cual pone de manifiesto que el país ya había cambiado en muchos aspectos; no obstante lo cual, los abogados del gobierno se empeñaban por conservar la cultura, las tradiciones y la moralidad de un país que ya no existía.

---

15 A propósito del uso del masculino genérico, según Juan Carlos Moreno Cabrera (2014): «La ideología androcéntrica es generadora de discursos androcéntricos en los que la mujer está invisibilizada» (p. 216).

—Señores jueces, no les pedimos que cambien el país, eso ya sucedió sin el permiso de la Corte: les pedimos que protejan el derecho del país a cambiar.

Seguidamente el juez Doyle objeta:

—La palabra mujer no aparece ni una sola vez en nuestra Constitución.

—Tampoco la palabra libertad, su señoría —responde Ruth, ganándose con ello el respeto y la admiración del Tribunal en pleno.

El juez Holloway, dando a entender que no solo la práctica es fuente de conocimiento para el ejercicio legal ante los tribunales, sino también la que proviene del ámbito académico, amablemente le pide:

—Continúe, profesora Ginsburg.

Ruth acelera su discurso y aprovecha los últimos segundos del tiempo restante para formular su argumento final:

—Sus señorías, el propósito principal de la Sección 214 del Código Fiscal no es proteger a las mujeres, ni discriminar a los hombres, sino proveer a los tutores en general la oportunidad de trabajar fuera de casa; por lo tanto, como la Corte Suprema ya lo hizo en el caso de *Levy vs. Luisiana*, esta Corte debería arreglar la ley incorporando a su texto a los hijos solteros que cuidan de sus padres, para que de esa manera su letra coincida con su espíritu, conforme a la intención legislativa. En consecuencia, señores jueces, extiendan la deducción de tutela para los hombres solteros y ayuden a todos los tutores por igual, estableciendo un nuevo precedente.

La sentencia fue favorable y sus considerandos siguen siendo un referente en la lucha contra la discriminación de género.

## 8. UNA LAGUNA AXIOLÓGICA EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Teórica y tradicionalmente se concibe al derecho tributario, pleno y autosuficiente, como consecuencia de reconocer en la referida área una importancia cimera a los principios de legalidad y reserva de ley (en expresión de los anglosajones: «No taxation without representation»).

Los principios de legalidad y reserva de ley son límites formales al poder impositivo del Estado, y en esa misma medida, también son garantías de los derechos de los ciudadanos, en particular del derecho de propiedad, que es precisamente el derecho susceptible de ser afectado irrazonablemente por los gravámenes impositivos desproporcionados.

Sin embargo, la referida teoría tradicional habría sido puesta en cuestión en el caso tratado en la película analizada, que no es un caso de ficción, sino uno que pertenece a la historia judicial de los años 70 del siglo XX de los Estados Unidos de América.

La regla de la Sección 214 del Código Tributario americano contenía una lista cerrada respecto de quiénes podían deducir los gastos de tutela, en la determinación de su impuesto a la renta, como consecuencia de haber contratado a enfermeras para que brinden los servicios de cuidado a los padres mayores de edad, mientras que los beneficiarios de la referida deducción salían a trabajar fuera de casa.

Uno de los sujetos beneficiarios de la referida deducción eran las hijas solteras, no así los hijos solteros; pese a ello, Charles Moritz consideró que el referido beneficio también le era aplicable, conforme a la razón subyacente de la referida regla; de manera que su pretensión estaba referida a que se interprete la Sección 214 de una manera más amplia y razonable, incluyendo a los hijos solteros.

La única posibilidad para que el demandante obtuviera una sentencia favorable era que la Corte pusiera en remojo la teoría tradicional conforme a la cual el derecho tributario era pleno,

autosuficiente y carente de lagunas, y seguidamente reconociera la existencia de una laguna axiológica en ella.

Al efecto, las lagunas axiológicas son un tipo particular de laguna jurídica que se presenta a pesar de que existe regla expresa para el caso. Lo que ocurre en este tipo particular de lagunas es que la regla existente es considerada inconveniente o injusta; de manera que, como consecuencia de esa injusticia, se advierte la falta o ausencia de una regla que establezca una excepción a la regla existente, o considere un nuevo supuesto relevante, no comprendido inicialmente por la regla primigenia (Guastini, 2008, p. 144).

En ese sentido, siguiendo la terminología establecida por Frederick Schauer (2004), las lagunas axiológicas se producen como consecuencia de que la regla existente, o bien es «sobreincluyente» y, en consecuencia, comprende más supuestos de los que debiera comprender, de manera que ameritaría ser derrotada estableciendo una excepción, o bien es «subincluyente» y, en ese sentido, no comprende supuestos que debiera comprender (pp. 89-ss.). De esta manera, en ambos casos hace falta una nueva regla. A esa carencia se le denomina laguna axiológica.

Al efecto, Riccardo Guastini (2008) señala que «una laguna axiológica “no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución”» (pp. 144-145); razón por la cual a las referidas lagunas también se las denomina lagunas valorativas.

Ahora bien, en el caso *Charles Moritz vs. la Oficina de Impuestos*, la regla prevista en la Sección 214 del Código Tributario americano contenía una lista cerrada respecto de quiénes podían deducir los gastos de tutela, incluyendo a las «hijas solteras». En la referida lista no estaban incluidos los «hijos solteros», tanto así que la Oficina de Impuestos reparó la deducción efectuada por Charles Moritz.

La Sala de Apelaciones, al resolver de manera favorable la pretensión de Charles Moritz, amplió el beneficio también para los hijos solteros. ¿Cómo lo hizo? En nuestra opinión, advirtió

la existencia de una laguna axiológica, como consecuencia de reconocer que la regla contenida en la Sección 214 del Código Tributario americano era subincluyente respecto de los principios subyacentes. Posteriormente, colmó la referida laguna axiológica mediante la creación de una regla que extendió la deducción también para los hijos solteros, a partir de lo que inicialmente solo estaba previsto para las hijas solteras, eliminando de esa manera la discriminación en razón de género contra los hijos varones y estableciendo una solución justa para todos los contribuyentes.

## REFERENCIAS

- Bentham, J. (2000). Nomografía o el arte de redactar leyes. *Boletín Oficial del Estado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*, (15), 63-72.
- Gianformaggio, L. (2011). L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico? En L. Pelliccioli y V. Velluzzi (coords.), *L'analogia e il diritto Antologia breve*. Edizioni ETS.
- Guastini, R. (2008). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Doxa Revista de Filosofía del Derecho*, (31), 143-156.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (15), 249-300.
- Lara, J. (2016). La apelación de puro derecho según el Código Tributario. *Aspectos generales de los procedimientos administrativos tributarios*. Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero.
- Martin, M. (2002). *El lenguaje del cine*. Gedisa.

- Moreno, J. C. (2014). *Los dominios del español. Guía del imperialismo lingüístico panhispánico*. Euphonía Ediciones.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Gredos.
- Ruiz de Castilla, F. (2013). Inmunidad, inafectación, exoneración, beneficios e incentivos tributarios. *Revista Foro Jurídico*, (12), 136-148.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3695

## PROBLEMAS EN TORNO A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS EN SALUD: ¿QUIÉN SE ENCUENTRA A CARGO?

The problems surrounding health economic  
benefits: who is in charge?

RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO  
Universidad Ricardo Palma  
(Lima, Perú)

Contacto: raul.vidal@urp.edu.pe

### RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la problemática en torno a las prestaciones económicas en salud, en específico, a la prestación económica correspondiente a la incapacidad temporal para el trabajo. Para ello se analizará la regulación nacional y los alcances del régimen contributivo de la seguridad social en salud, pues esta es la que concentra mayor cantidad de asegurados —trabajadores— y tiene a su cargo la cobertura de prestaciones económicas para estos últimos.

**Palabras clave:** seguridad social en salud; seguro social; régimen contributivo; prestación económica.

## ABSTRACT

This research paper addresses the problems surrounding economic health benefits, specifically, the economic benefit corresponding to temporary incapacity for work. For this purpose, the national regulation and the scope of the contributory regime of the social security in health will be analyzed, since this is the one that concentrates the largest number of insured -workers- and is responsible for the coverage of economic benefits for the latter.

**Key words:** social security in health; social insurance; contributory regime; economic benefits.

Recibido: 05/08/2020    Aceptado: 26/08/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho universal reconocido y amparado no solo en nuestro ordenamiento jurídico, sino que existen diversos instrumentos internacionales que plantean garantías mínimas para su satisfacción y es un deber del Estado peruano generar las condiciones necesarias para brindar la cobertura en materia pensionaria y de seguridad social en salud.

En el Perú, a fin de cumplir las obligaciones de seguridad social en salud, mediante la Ley de Creación del Seguro Social de Salud, aprobada por la Ley n.º 27056, se creó el Seguro Social de Salud (EsSalud) sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, con el propósito de —entre otros— brindar cobertura a sus asegurados (trabajadores) y derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones económicas que correspondan al régimen contributivo de la seguridad social. Sin embargo, y de forma posterior a la emisión de esta norma, se implementó un sistema para el pago directo de las prestaciones económicas a cargo de EsSalud por parte del empleador, sistema que presenta serias deficiencias. En el presente trabajo de investigación solo

nos centraremos en la relación de este sistema de pago y el reembolso de subsidios por la incapacidad temporal para el trabajo.

En este contexto, resulta evidente que confluyen derechos y libertades en torno al subsidio por incapacidad para el trabajo, del lado del trabajador: la seguridad social en salud, la estabilidad en el empleo, el derecho a la intangibilidad de la remuneración, entre otros. De otro lado, en relación con el empleador, el derecho de crédito que se genera por realizar un pago que no le corresponde y que tiene su origen en disposiciones que no tienen rango de ley.

## **2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO UNIVERSAL RECOGIDO POR NUESTRA CONSTITUCIÓN**

La seguridad social es un derecho universal reconocido por nuestra Constitución Política en su artículo 10<sup>1</sup>, que genera en el Estado el deber primordial de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y de pensiones por entidades públicas o privadas que quedan bajo supervisión y fiscalización estatal.

El concepto universal ligado a este derecho ha sido desarrollado ampliamente en el derecho de la seguridad social, y uno de los principios básicos de este derecho es la universalidad. En palabras de Martín Fajardo (1975), este principio está referido al núcleo de personas protegidas que busca acoger al mayor número de personas dentro de sus lazos de protección (p. 109).

La universalidad y la dignidad del ser humano son conceptos intrínsecos en el desarrollo histórico de la seguridad social. Como parte de este desarrollo Rendón Vásquez (1985) nos señala que el campo de aplicación de la seguridad social ha transitado de un sistema de carácter laboral a un sistema de carácter universal,

---

1 «Artículo 10.º: El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida».

puesto que ya no solo el trabajador es el sujeto fundamental de protección, sino que es la sociedad en su conjunto, dejando atrás la necesidad de laborar o no (pp. 76-78). Es mi opinión que un presupuesto de lo señalado por Rendón Vásquez revela la autonomía del derecho de la seguridad social frente al derecho al trabajo, tema al que volveremos más adelante.

Siguiendo la línea de lo expuesto en los párrafos precedentes, es válido resaltar que la jurisprudencia, en nuestro país, a través del supremo intérprete de la Constitución ha señalado que la seguridad social es un derecho fundamental que le

asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>2</sup>.

Ahora bien, la seguridad social como derecho fundamental requiere que el Estado garantice, a través de un marco legal, las prestaciones de salud y las pensiones que forman parte de este derecho. Es por ello que será a través de un desarrollo legal que se materializará su cobertura. En este punto, y antes de pasar al desarrollo de los siguientes acápite, tengo que señalar que en la presente investigación me abocaré a desarrollar las prestaciones de salud, en específico la prestación en dinero correspondiente a la incapacidad temporal para el trabajo y su regulación a cargo del Estado como parte del derecho a la seguridad social.

## 2.1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL PERÚ

En nuestro país existe, por un lado, un régimen estatal de seguridad social a cargo del Ministerio de Salud, que tiene como fin principal otorgar atención integral de salud a la población de escasos recursos que no tiene acceso a otros regímenes o sistemas, cuyo

---

<sup>2</sup> Sentencia Expediente n.º 05304-2011-PA/TC.

nombre es Seguro Integral de Salud (SIS). Este seguro cuenta, a su vez, con un seguro subsidiado o gratuito y el seguro semisub subsidiado de costo mínimo; sobre este último se encuentra el SIS-Independiente y el SIS-Microempresas (Pacheco, 2012, p. 32).

Mención aparte merecen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, quienes cuentan con una normativa propia para sus atenciones de seguridad social en salud, y a su vez con hospitales propios y fondos de salud que buscan brindarles adecuada protección.

De otro lado, y será el régimen que se abordará en la presente investigación, se encuentra el régimen contributivo de la seguridad social en salud. Dicho régimen se creó mediante la Ley n.º 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, vale decir, sobre la base del otrora Instituto Peruano de Seguridad Social, el Seguro Social de Salud —en adelante, «EsSalud»— adscrito al sector Trabajo y Promoción Social, que tiene como finalidad dar cobertura a sus asegurados y derechohabientes, a través del otorgamiento de distintas prestaciones, las cuales van a depender del tipo de afiliación de cada asegurado.

Me ocuparé en la presente investigación de estudiar la regulación y los alcances del régimen contributivo de la seguridad social en salud, pues esta última es la que concentra mayor cantidad de asegurados —trabajadores— y tiene a su cargo la cobertura de prestaciones económicas para estos últimos. En ese sentido, en el artículo 3 de la Ley n.º 27056<sup>3</sup>, se señala que EsSalud otorga las prestaciones de prevención, promoción y recuperación de la salud; de bienestar y promoción social; y económicas. Asimismo,

---

3 «Artículo 3.º: [...]

3.1. Las prestaciones que otorga el Seguro Social de Salud (ESSALUD) son de prevención, promoción y recuperación de la salud, maternidad, prestaciones de bienestar y promoción social, prestaciones económicas, así como programas de extensión social y planes de salud especiales a favor de la población no asegurada y de escasos recursos y otras prestaciones derivadas de los seguros de riesgos humanos que ofrezca ESSALUD dentro del régimen de libre contratación. [...] 3.5 Las prestaciones económicas comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y prestaciones por sepelio».

se precisa en el referido artículo que las prestaciones económicas a cargo de EsSalud comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio.

Siguiendo la línea legislativa establecida por la Ley de Creación de EsSalud, la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud —en adelante, «la LMSSS»—, que establece en su artículo 9 que las prestaciones económicas, esto es, aquellas que son otorgadas en dinero por la entidad, comprenden las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio.

Como se puede apreciar, de las normas materia de comentario, queda claro que existen ciertas prestaciones económicas que indubitablemente se encuentran a cargo de EsSalud, de modo que no podría un sujeto privado —el empleador, por ejemplo— subrogarse en la cobertura de las prestaciones económicas otorgadas a través de subsidios, pues no solo no se encuentra legitimado para ello, sino que es el Estado el que actúa a través de EsSalud para asegurar condiciones mínimas que garanticen el acceso a las prestaciones de salud, como parte del derecho de la seguridad social.

Sin embargo, en el artículo 14<sup>4</sup> del Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, aprobado mediante el Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD-2011, donde EsSalud traslada la obligación del pago de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad a los empleadores con cargo a ser posteriormente reembolsados, vale decir obligación no contenida en la LMSSS ni en su reglamento. De esta manera, se creó a través de un acuerdo de EsSalud

---

4 «Artículo 14.º: Prestaciones económicas con cargo a reembolso por parte de ESSALUD. Las entidades empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios, pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en los incisos a), b) y c) del artículo 12.º de la presente norma, los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal y maternidad, en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus remuneraciones o ingresos. ESSALUD reembolsará lo efectivamente abonado, siempre y cuando no exceda el monto que corresponda al subsidio y se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo siguiente».

un «Procedimiento de pago con cargo a reembolso por parte de ESSALUD», dicho procedimiento será de especial atención en las líneas futuras.

## 2.2. EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A CARGO DE ESSALUD

Como ya lo hemos mencionado en líneas anteriores, el régimen contributivo de seguridad social en salud se encuentra a cargo de EsSalud, pero es menester detenernos a analizar el significado y los fines «contributivos» que persigue este régimen.

A diferencia del régimen estatal de la seguridad social a cargo del Minsa, el régimen contributivo a cargo de EsSalud regula un aporte mensual para poder afiliarte; en el caso de los trabajadores, como afiliados regulares, el aporte equivale al 9 % de la remuneración mensual y es de cargo de los empleadores, retener y pagar dicho aporte de forma mensual. De ahí que el término contributivo guarda especial relevancia, pues es el trabajador asegurado quien, a través de sus aportes, «contribuye» a pagar y a abonar parte de las prestaciones en salud coberturadas por EsSalud; es decir, el fin de la contribución —aporte— de los trabajadores es el mismo fin que comparte la entidad en mención, esto es, dar cobertura a sus asegurados y derechohabientes a través de prestaciones de salud.

Podemos colegir, entonces, que en la relación EsSalud-asegurado (trabajador), el empleador es un mero actor secundario, pues su rol no sería protagónico de no existir el aporte mensual de EsSalud que está obligado a retener. En esa misma línea, resulta más que evidente que de cumplir con el pago y el aporte mensual de EsSalud, el empleador no se tendría que ver afectado por el pago de las prestaciones económicas a sus trabajadores; de modo contrario a la lógica y al principio de legalidad, aquello no se cumple a cabalidad.

### 2.3. COBERTURA DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DE ESSALUD Y EL PROCEDIMIENTO DE PAGO CON CARGO A REEMBOLSO POR ESSALUD

Para determinar si el asegurado regular (trabajador) tiene derecho a las coberturas de tipo económico brindadas por EsSalud, se debe comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 10 y 12 de la LMSSS y en el artículo 35 de su Reglamento; estas son las siguientes:

Desde el aspecto formal, para exigir el pago de las prestaciones económicas, no basta que el asegurado invoque padecer una enfermedad que le impida prestar labores, sino que esta, además, debe estar acreditada mediante la obtención del Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (en adelante, «CITT»), que es el documento oficial brindado por EsSalud mediante el cual se hace constar el tipo de contingencia (enfermedad, accidente o maternidad) que padece el asegurado y la duración del período de incapacidad temporal para el trabajo.

Condiciones generales	Prestaciones económicas			
	Incapacidad temporal	Maternidad	Lactancia	Sepelio
a) Tener 3 meses de aportes consecutivos o 4 no consecutivos dentro de los 6 meses calendarios anteriores al mes en que inició la contingencia.	X	X	X	X
b) Tener vínculo laboral al momento del goce de la prestación.	X	X	X	X
c) En caso de accidente, bastará que exista afiliación.	X			X
d) Haber estado afiliadas las madres trabajadoras al momento de la concepción.		X		

El CITT, conforme a la Directiva de Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014<sup>5</sup>, se otorga al asegurado regular, acreditado

<sup>5</sup> Normas y procedimientos para la emisión, el registro y el control de las certificaciones médicas por incapacidad y maternidad en EsSalud.

con derecho a este, determinado por el tipo de seguro y la característica de cobertura que genera un subsidio por incapacidad temporal. Este documento es emitido obligatoriamente y de oficio si el asegurado ha proseguido con sus atenciones médicas ante EsSalud o, en su defecto, deberá emitirse tras la conclusión del procedimiento de validación o canje de certificados médicos particulares contemplado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de EsSalud.

Sin desmedro de las condiciones mencionadas en los párrafos precedentes, para la cobertura de las prestaciones económicas por parte de EsSalud, todo nos llevaría a concluir que si es que un asegurado —trabajador— cumple a cabalidad con las condiciones ya mencionadas, no debería tener mayor dificultad en solicitar el pago de los subsidios correspondientes, ya sea por incapacidad temporal para el trabajo, maternidad u otra.

Sin embargo, con la creación del «Procedimiento de pago con cargo a reembolso por parte de ESSALUD», el cual, como ya mencionamos, carece de origen legal y obedece a un acuerdo institucional adoptado por EsSalud, puede suceder que quien asuma el costo de pago de los subsidios por no cumplir con requisitos adicionales sujetos a este procedimiento sea el empleador, entonces el pago sí puede tener como consecuencia un no reembolso por parte de EsSalud. Vale preguntarnos: ¿qué carácter tendría el pago no reembolsado por EsSalud? ¿Podemos afirmar que EsSalud cumple con la finalidad del régimen contributivo de la seguridad social en salud si no llega a reembolsar el pago directo hecho por el empleador?

Todas estas interrogantes surgen de la creación de un procedimiento no contemplado en la LMSSS, repleto de criterios restrictivos y en ocasiones contrarios a las disposiciones de la LMSSS y su reglamento para determinar la procedencia del derecho de las distintas prestaciones económicas, ocasionando de forma indirecta que los distintos empleadores asuman el costo del no reembolso de las solicitudes rechazadas por EsSalud. No obstante, ni la LMSSS o su reglamento han establecido una obligación adicional

del empleador en el sentido de que este deba asumir el pago de los días de incapacidad no reconocidos por EsSalud en desmedro de sus trabajadores. Incluso ninguno de dichos dispositivos legales le ha brindado las facultades a EsSalud de trasladar el pago de subsidios a los empleadores con cargo a reembolso.

En ese sentido, Indecopi ha identificado que el traslado del pago de subsidios de incapacidad y posterior tramitación del reembolso por parte del empleador constituye una barrera burocrática ilegal conforme a lo determinado en la Resolución n.º 0773-2009/SC1-INDECOPI, correspondiente al Expediente n.º 000072-2008/CAM, en el cual, frente a la denuncia promovida por la empresa Transber S. A. C, se falla en contra de EsSalud. En dicho fallo, Indecopi considera que

el traslado temporal de sus obligaciones por parte de ESSALUD a los empleadores de por sí constituye una limitación a la actividad económica en el país. Ello, por cuanto el solo hecho de exigirles una obligación que la Ley no les ha impuesto, ya significa para estos una afectación ilegal a su desempeño económico.

Teniendo presente que el pronunciamiento de Indecopi solo resulta aplicable en favor de la empresa que realizó dicha denuncia, EsSalud continúa trasladando de forma ilegal las obligaciones a su cargo y perjudicando a las empresas que no acreditan el cumplimiento de sus distintos criterios, sumamente restrictivo en la calificación en el pago de subsidios.

### **3. EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO**

De forma previa, en el capítulo anterior, hemos anticipado que en el presente trabajo de investigación se abordará, en específico, la cobertura del subsidio de incapacidad temporal para el trabajo por parte de EsSalud y la problemática que se suscita alrededor de esta. Es por ello que antes de pasar a describir qué protege y en qué casos se otorga el subsidio de incapacidad temporal para

el trabajo, es necesario explicar la naturaleza de este subsidio dentro del derecho de la seguridad social y cuáles son sus antecedentes históricos.

El Convenio n.º 17 de la OIT<sup>6</sup> ya anticipaba indemnizaciones por accidentes de trabajo tanto para los asegurados como para sus derechohabientes, asimismo, propuso un monto de asignación dependiendo de si la incapacidad era total temporal o parcial temporal. De forma posterior, los Convenios n.º 102 y n.º 121 de la OIT<sup>7</sup> ya establecen parámetros para la cobertura de una contingencia producto de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

En los citados instrumentos internacionales se establece que las prestaciones monetarias derivadas de accidentes incapacitantes o enfermedades profesionales tienen como objeto resarcir la suspensión de la ganancia —remuneración— y en el caso del Convenio n.º 121 de la OIT, se señala que dichas prestaciones monetarias son normas mínimas sobre seguridad social.

En nuestro ordenamiento, el derogado Decreto Ley n.º 22842, Régimen de Prestaciones de Salud del Seguro Social del Perú, ya establecía que era necesario ampliar la cobertura de la seguridad social en el país, por lo que extiende el otorgamiento de prestaciones económicas por enfermedad y maternidad a los familiares de los asegurados y a los trabajadores independientes.

Podemos observar que el otorgamiento de las prestaciones económicas o monetarias nacen históricamente del derecho de la seguridad social en salud y con el objeto de resarcir el pago de haberes perdido fruto de un accidente de trabajo, deterioro de la salud y enfermedades profesionales. En ese sentido, podemos concluir que la naturaleza jurídica del subsidio «es la suma de dinero que la Seguridad Social otorga al asegurado que ha sufrido

---

6 El Convenio n.º 17 de la OIT se publicó en el año 1925 y entró en vigor el 1 de abril de 1927.

7 En el caso del Convenio n.º 121 de la OIT fue adoptado por el Perú el 8 de julio de 1864.

una contingencia social que le impide la obtención normal de ingresos en razón del trabajo que deja de realizar» (AELE, 2010).

Ahora bien, nuestra legislación no recoge una definición explícita, podríamos señalar que no tiene que hacerlo, toda vez que el subsidio es una faceta de la seguridad social en salud en nuestro país y como tal se otorga con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad que se han derivado de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud (sea por enfermedad o accidente).

### 3.1. INICIO DEL PERÍODO DE SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO

El derecho al pago del subsidio por incapacidad temporal se adquiere a partir del vigésimo primer (21) día de incapacidad, ya que el empleador deberá cubrir los primeros veinte (20) días, en concordancia con el artículo 12 de la LMSSS<sup>8</sup>.

De forma adicional, como mencionamos en líneas anteriores, para determinar si el asegurado regular tiene derecho a las coberturas de tipo económico brindadas por EsSalud, en este caso, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se debe comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 10 y 12 de la LMSSS y en el artículo 35 de su reglamento.

Es importante que precisemos cuándo es que inicia la cobertura del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, puesto que es a partir del vigésimo primer (21) día que el asegurado —trabajador— dejará de percibir su remuneración habitual y a cambio entrará en la cobertura de una prestación económica a cargo de EsSalud.

8 «Artículo 12.º: Derecho de subsidio. Los subsidios se rigen por las siguientes reglas: a) Subsidios por incapacidad temporal [...] a.3) *El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos*».

### 3.2. DELIMITACIÓN DEL PERÍODO MÁXIMO DE OTORGAMIENTO DE SUBSIDIO

El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se otorgará por un período máximo de 11 meses y 10 días (o su equivalente de 340 días). Sin embargo, incluso dicho límite temporal ha sido variado en función de una interpretación infundada del artículo 12 de la LMSSS, en virtud de las restricciones y los procedimientos de validación establecidos por EsSalud.

Es así que, a través de la Directiva n.º 08-GG-ESSALUD-2012, Normas Complementarias al Reglamento de Prestaciones Económicas, aprobado por Resolución de Gerencia General n.º 619-GG-ESSALUD-2012 y su modificatoria mediante la Directiva de Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014, se señala que el período máximo de otorgamiento por incapacidad temporal para el trabajo será de ciento ochenta (180) días para casos de incapacidad continua y de trescientos cuarenta (340) días para casos de incapacidad discontinua.

Como podemos apreciar, EsSalud, a través de la publicación de normas infralegales, ha desvirtuado lo contenido en la LMSSS, esto es, ya no reconoce los 11 meses y 10 días establecidos en el artículo 12 de la LMSSS, sino que ahora establece una distinción entre una incapacidad continua y una incapacidad discontinua.

Es importante señalar que cuando la discapacidad de su trabajador exceda los ciento cincuenta (150) días de incapacidad continua, conforme al numeral 8.1.3 de la directiva, modificado mediante la Directiva de Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014, EsSalud exige que las empresas asuman la responsabilidad de iniciar los procedimientos de validación de la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades (COMECI).

De la misma manera para discapacidades discontinuas superiores a noventa (90) días dentro de un período de trescientos sesenta y cinco (365) días, el asegurado deberá ser evaluado por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades —en adelante, «COMECI»— conforme al numeral 6.2.2.1.5 de la Directiva de

Gerencia General n.º 015-GG-ESSALUD-2014, cuya información debe ser solicitada por el empleador. De no procederse con la evaluación por parte de COMECI, el reembolso por los días que excedan los ciento cincuenta (150) días o noventa (90) días respectivamente, correrá a cuenta de la entidad empleadora.

Como podemos apreciar, EsSalud además de trasladar la obligación al empleador de pagar bajo sus recursos económicos los subsidios a cargo de EsSalud, ahora le exige asumir a su costo y riesgo los gastos operativos, económicos y de personal para determinar si los días de descansos médicos brindados o validados por dicha institución exceden los plazos que EsSalud establece a su criterio y sin sustento legal para ello. Y de encontrarse alerta a dicho exceso, a efecto de que proceda con alertar de ello a EsSalud para la pronta conformación de la COMECI.

Esta situación viene generando una sobrecarga de gastos para los empleadores, pues de no conocer de forma previa los distintos criterios que viene manejando EsSalud, que suelen ser variables y contrarios a ley en muchas ocasiones, se generarán pérdidas sin mérito alguno.

### **3.3. COBERTURA DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL: ¿PODEMOS CONSIDERARLA COMO REMUNERACIÓN?**

En líneas anteriores, hemos señalado que el subsidio tiene una naturaleza jurídica propia y delimitada por el derecho de la seguridad social y no así por el derecho del trabajo, asimismo, hemos señalado que el subsidio es una faceta de la prestación económica otorgada por la seguridad social en salud. Partiendo de esta premisa, no podríamos considerar que el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo pueda ser considerado como remuneración. Sin embargo, el tema reviste mucha más complejidad que solo el hecho de analizar su naturaleza jurídica.

La forma de cálculo para el otorgamiento del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se realiza sobre la base de

un equivalente del promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, es decir, la base de cálculo del subsidio parte de un promedio diario de la remuneración, pero ello tiene su razón en que lo que se busca es resarcir económicamente a quien no se encuentre percibiendo una remuneración debido a un deterioro de su salud o a un accidente de trabajo.

A mayor abundamiento, el subsidio carece de carácter remunerativo, pues más allá de su naturaleza, propia del derecho de la seguridad social, no existe un carácter contraprestativo detrás ni una puesta a disposición de su fuerza de trabajo. En esta línea de ideas, Pizarro (2006) señala que «la remuneración es la ventaja patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación global o genérica, principalmente conmutativa, pero con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo» (p. 51).

De la definición de remuneración citada podemos ver la ausencia de dos elementos principales, en primer lugar, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, como su propio nombre lo indica, tiene como premisa implícita la imposibilidad de realizar la prestación de servicios, es decir, no existe la relación contraprestación-trabajo. En segundo lugar, y como consecuencia de la imposibilidad de realizar la prestación de servicios, se encuentra ausente el elemento de la puesta a disposición del trabajo. Asimismo, podemos aseverar que el subsidio en cuestión no genera una ventaja patrimonial, pues como faceta de la seguridad social busca solo compeler una contingencia social, en este caso, producto de una incapacidad temporal para el trabajo y no se genera por la prestación de labores sino por la sola condición de trabajador.

De esta forma, podemos concluir en que si bien el subsidio tiene carácter económico, no tiene la misma dimensión que la ventaja patrimonial que genera la remuneración y el carácter alimentario de esta, razón mayor para distinguir estos conceptos.

Tenemos que señalar, además, que el legislador peruano también comparte la definición citada anteriormente, pues en el artículo 6 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo n.º 003-97- TR, señala que «constituye remuneración para todo efecto legal el *íntegro* de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición», excluyendo los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Decreto Supremo n.º 001-97-TR.

Finalmente, ahora que hemos concluido que el subsidio no tiene carácter remunerativo y su naturaleza jurídica obedece al derecho de la seguridad social, en el siguiente capítulo analizaremos si esta conclusión puede incidir o no en la obligación del empleador de proporcionar de forma directa el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

#### **4. VIABILIDAD DE TRASLADAR O DEJAR DE ABONAR EL COSTO DE LAS PRESTACIONES DENEGADAS POR ESSALUD A LOS TRABAJADORES**

En el presente trabajo hemos abordado el derecho a la seguridad social en salud y un producto que emana de ella, esto es, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo. Como se desprende del título del presente capítulo y habiendo concluido que el subsidio materia de estudio no tiene carácter remunerativo, analizaré la posibilidad de (i) trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores, en tanto estas prestaciones ya hayan sido pagadas previamente a estos últimos o la posibilidad de (ii) dejar de abonar el costo de las prestaciones a los trabajadores que se encuentran en período de subsidio.

#### 4.1. ¿ES POSIBLE QUE EL EMPLEADOR TRASLADÉ EL COSTO DE LAS PRESTACIONES DENEGADAS POR ESSALUD A LOS TRABAJADORES?

El solo hecho de analizar la viabilidad de trasladar el costo de las prestaciones económicas denegadas a los trabajadores como resultado del ejercicio abusivo de las competencias asignadas a EsSalud podría considerarse, en principio, una afectación al derecho a la seguridad social en salud, derecho tutelado por nuestra carta magna. Además, dicha afectación solo sería el resultado de una extralimitación en las competencias de una entidad que brinda un servicio público, extralimitación en la que los trabajadores no han tenido responsabilidad o participación alguna, pues estos últimos no deciden cuál es la modalidad para solicitar el reembolso del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, aunque ciertamente es necesaria su participación como asegurados en el procedimiento en mención.

Sin embargo, debemos volver a mencionar que el procedimiento de pago directo con cargo a reembolso no se encuentra establecido en la Ley n.º 26790 ni en su reglamento, con lo cual no es descabellado analizar la viabilidad de, en caso ya se haya realizado el pago directo a los trabajadores, trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores, toda vez que estos últimos aún pueden acudir a EsSalud a exigir el subsidio correspondiente; sobre esto volveremos más adelante.

Entonces, ¿cuál es el motivo por el cual el empleador no podría trasladar el costo de las prestaciones denegadas por el subsidio de incapacidad temporal para el trabajo otorgado al trabajador? Considero que esta respuesta debe ser abordada atendiendo la naturaleza del subsidio como producto del derecho a la seguridad social en salud y el contenido esencial de este derecho, vale decir que ambas premisas se encuentran en intrínseca relación.

En ese orden de ideas, como hemos mencionado en líneas anteriores, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo busca cubrir o resarcir las pérdidas económicas derivadas de un deterioro de la salud o un accidente de trabajo, es decir, a través

del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo se busca cubrir la obtención normal de ingresos producto de una contingencia social. En ese sentido, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo surge de una necesidad o garantía mínima para atender el derecho universal a la seguridad social en salud.

Resulta evidente, entonces, que el derecho de la seguridad social estaría siendo vulnerado si el trabajador que tiene una contingencia (accidente de trabajo o deterioro de la salud) vería imposibilitado su derecho a acceder a la cobertura del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo o lo que es peor trasladarle el costo del subsidio ya pagado, sabiendo que producto de la contingencia que adolece no puede cubrir sus ingresos con su trabajo. Es por ello que considero que trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores vulneraría el contenido esencial del derecho a la seguridad social.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha señalado que

el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. (Tribunal Constitucional, 2005b)

Partiendo de esta premisa, y siguiendo lo señalado por el supremo intérprete de nuestra Constitución, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social en salud se vería transgredido al imposibilitar el acceso a la prestación económica orientada a atender una contingencia social, en este caso, del trabajador.

A mayor abundamiento, es menester recordar que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales implica que los entes privados respeten y velen por no transgredir el contenido del

derecho fundamental atendido, en este caso, el derecho a la seguridad social en salud. Por ello, es válido destacar lo dicho por el Tribunal Constitucional en torno al derecho de la seguridad social:

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado —por imperio del artículo 10 de la Constitución— al amparo de la «doctrina de la contingencia» y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en «la elevación de la calidad de vida». (Tribunal Constitucional, 2005a)

En conclusión, trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores es inviable a la luz de los derechos consagrados en nuestra Constitución, pues de otra forma se estaría atentando contra los principios que inspiran el derecho a la seguridad social en salud y su contenido esencialmente protegido.

#### **4.2. CON RELACIÓN AL CARÁCTER DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO Y SU POSIBLE CONTACTO CON LA INTANGIBILIDAD DE LA REMUNERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS**

En los puntos precedentes y a lo largo de la presente investigación, hemos realizado las siguientes afirmaciones:

- (i) La obligación de pagar de forma directa los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo por el empleador carece de legalidad, esto es, que dicha carga no se recoge en la ley de la materia, ni en su reglamento, sino en una norma de carácter infralegal.

(ii) El subsidio es un producto de la seguridad social en salud, por ende, no es considerado como remuneración —concepto propio del derecho del trabajo y que tiene como elemento característico a la contraprestación efectiva de labores—; sin embargo, es indefectible que dicho concepto posea una naturaleza económica atendida por el derecho universal a la seguridad social en salud.

Teniendo en cuenta estas premisas, la problemática que surge de forma natural es ¿qué es lo que abona al empleador al trabajador cuando este se encuentra en «período de subsidio»<sup>9</sup>? La respuesta que podría ser más lógica e inmediata es que el empleador le estaría abonando al trabajador la suma correspondiente al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, sin embargo, ante esta respuesta surge otra interrogante, ¿puede realmente el empleador encargarse de pagar un subsidio de incapacidad temporal para el trabajo? De ser afirmativa esta respuesta, ¿qué sucede si EsSalud deniega el reembolso del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo? ¿Cómo se debería considerar el pago realizado por el empleador? ¿Remuneración, subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, liberalidad, etc.?

La problemática descrita puede ser aún más compleja si es que llegamos a considerar el pago realizado por el empleador como remuneración, entonces esta debería ser considerada como base de cálculo para la aportación pensionaria en el marco del Decreto Ley n.º 19990. Un informe de la Sunat concluye que «los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia, no se encuentran afectos a las aportaciones al SNP, por lo que no cabe determinar el sujeto a cargo de la retención y pago de dicho aporte»<sup>10</sup>, pues para determinar la base imponible de las aportaciones se debe tener en consideración el concepto de remuneración y su característica más resaltante: la prestación de servicios.

9 Entendemos al período de subsidio como el plazo contado a partir de los primeros veinte días asumidos por el empleador.

10 Informe n.º 049-2014-SUNAT/5D0000.

En este contexto, me reafirmo en la opinión de que el subsidio no constituye remuneración, no solo por no tener un elemento característico como es el de la prestación de servicios, sino que como producto del derecho de la seguridad social en salud persigue otra finalidad, atender una garantía institucional del Estado constitucional de derecho. Esta afirmación conceptual es la que busco responder con el título del presente trabajo, pues si consideramos que el subsidio no constituye remuneración quién se encontraría a cargo de las prestaciones en salud por incapacidad temporal para el trabajo, en un primer momento (previo al reembolso) y en caso el reembolso sea denegado, es el empleador, aunque la ley no prevea que la cobertura se encuentre a su cargo sino que la cobertura tiene como titular a EsSalud.

Ahora bien, habiendo ratificado la idea de que el subsidio no constituye remuneración, en este apartado busco señalar algunas de las consecuencias o relaciones que puede tener este hecho con la intangibilidad de las remuneraciones y el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Como describe el Tribunal Constitucional (2014), uno de los elementos del contenido esencial de la remuneración es la «suficiencia», pues constituye el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y su familia su bienestar (f. j. 16). Empero, al haber zanjado que el subsidio no constituye remuneración, no tiene este contenido esencial; por ende, por ejemplo, si un trabajador autoriza a su empleador que le descuente el íntegro de los subsidios abonados a su favor, debido a que el empleador no pudo obtener el reembolso de los subsidios por responsabilidad suya, no podríamos afirmar que se está afectando la intangibilidad de la remuneración.

Siguiendo esa línea, el empleador se encontraría en la facultad, previo «acuerdo», de descontar en su integridad los subsidios abonados a favor del trabajador por las razones ya expuestas o por otras que puedan surgir. Considero que afirmar esto sería una clara afectación al derecho fundamental de la seguridad social en salud y no así a la intangibilidad de la remuneración.

La razón se encuentra en el principio de irrenunciabilidad de derechos, el cual en palabras de Javier Neves (1997) consiste en la renuncia de derechos cuando el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandone voluntariamente (p. 131). En este escenario, el principio de irrenunciabilidad de derechos no abarcará el derecho a la intangibilidad de la remuneración derivada del contrato de trabajo, sino el derecho a la cobertura de la seguridad social reconocido, de forma implícita, en la Constitución Política del Perú y desarrollado en el artículo 12 de la Ley de Modernización y Seguridad Social en Salud.

En ese mismo orden de ideas, Mónica Pizarro (2006) señala que el derecho a la cobertura del subsidio a favor del trabajador se genera por la sola condición de tal y no por los aportes que realiza su empleador, tal es así que aun cuando el empleador incumpla con esta obligación, el trabajador no pierde su derecho a cobertura (p. 188).

Por estas razones, considero que la forma correcta de restringir el traslado del costo de las prestaciones denegadas o pérdidas al trabajador, constituye una renuncia al derecho de la cobertura de la seguridad social en salud, toda vez que como ya lo hemos precisado, el derecho a la cobertura se adquiere por la sola condición de trabajador y se deriva de los principios que inspiran al derecho de la seguridad social en salud, pues ante la imposibilidad de prestar labor efectiva y, por ende, recibir una remuneración, la seguridad social prevé un resarcimiento económico derivado de una obligación del Estado de otorgar garantías mínimas para el goce efectivo de este derecho progresivo y universal.

### **4.3. ¿ES POSIBLE QUE EL EMPLEADOR DEJE DE ABONAR, DE FORMA DIRECTA, EL COSTO DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO A LOS TRABAJADORES?**

A través de la disposición contenida en el Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, aprobado por el Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD- 2011, EsSalud otorgó la facultad de trasladar la

obligación del pago de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad a los empleadores con cargo a ser posteriormente reembolsados, pues en el artículo 14 de la disposición en mención se señala lo siguiente:

Artículo 14: Prestaciones económicas con cargo a reembolso por parte de ESSALUD.

*Las entidades empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios, pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en los incisos a), b) y c) del artículo 12 de la presente norma, los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal y maternidad, en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus remuneraciones o ingresos.*

*ESSALUD reembolsará lo efectivamente abonado, siempre y cuando no exceda el monto que corresponda al subsidio y se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo siguiente<sup>11</sup> [énfasis añadido].*

Del artículo citado podemos apreciar que EsSalud establece que los empleadores pagarán de forma directa los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo y maternidad a sus trabajadores en la misma forma y oportunidad en la que el trabajador reciba su remuneración con cargo a posterior reembolso. En el punto 1.3 del presente trabajo, hemos señalado que Indecopi se ha pronunciado sobre el traslado del costo de las prestaciones económicas a cargo de EsSalud aseverando que es una barrera burocrática ilegal, pues dicha obligación no ha sido establecida por ley.

Al respecto, a fin de no caer en premisas gratuitas respecto a la ilegalidad del pago directo con cargo a reembolso, a continuación, citaré lo que señala la Ley n.º 26790 y su reglamento:

---

11 EsSalud, Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD-2011.

## Artículo 12: Derecho de Cobertura

### a) Subsidio por Incapacidad Temporal

[...]

a.3) El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. *Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución.*<sup>12</sup>

## Artículo 15: Subsidio por Incapacidad Temporal

[...]

El derecho a subsidio por cuenta del Seguro Social de Salud se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad, la entidad empleadora continúa obligada al pago de la remuneración o retribución [énfasis agregado].

Como se ve, de las normas en mención y a lo largo del desarrollo de ambos cuerpos normativos, en ningún escenario se señala que el empleador tendrá la obligación de realizar un pago directo con cargo a reembolso. Es más, ni se menciona que esta posibilidad será desarrollada de forma reglamentaria. En este punto, es importante señalar que este pago con cargo a reembolso solo ocurre en el sector privado, pues en el ámbito del sector público el pago se realiza de forma directa, dentro de un plazo de diez días hábiles una vez ingresado en el período de cobertura del subsidio, opción que sí ha sido desarrollada por una norma de rango legal, esto es el Decreto Supremo n.º 163-2005-EF<sup>13</sup>.

En ese sentido, y habiendo explicado las múltiples deficiencias de este sistema de pago, además, claro está de su ilegalidad, corresponde analizar un último supuesto y es el de dejar de abonar lo correspondiente al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo a favor del trabajador por parte del empleador de turno.

---

12 Congreso de la República, Ley de Modernización y Seguridad Social en Salud, Ley n.º 26790.

13 A través de esta norma se establecen los procedimientos para que EsSalud realice el pago del subsidio por incapacidad temporal y maternidad directamente en la cuenta bancaria del trabajador del sector público.

Habiendo determinado que, en efecto, existe una obligación no prevista en la ley exigida al empleador entonces se presentan dos caminos: (i) dejar de abonar el costo, dejando al trabajador que padece de una incapacidad temporal para el trabajo que reclame en el propio EsSalud el pago de forma directa de su subsidio; o (ii) iniciar un procedimiento de declaración de barrera burocrática ilegal ante EsSalud. Ambos caminos los considero posibles y en las líneas siguientes explico el porqué.

En el primer escenario, no se estaría desamparando al trabajador, pues el pago del aporte y la declaración siguen a cargo del empleador, además, las propias normas institucionales de EsSalud prevén un pago directo para asegurados regulares, dicha posibilidad se encuentra recogida en la Directiva n.º 08-GG-ESSALUD-2012 «Normas Complementarias al Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas», aprobada por Resolución de Gerencia General de EsSalud n.º 619-GG-ESSALUD-2012, emitida por EsSalud, en la que señala a la letra lo siguiente:

7.1. Requisitos para solicitar prestaciones económicas: f. Cuando la entidad empleadora haya incumplido con el pago del subsidio, el asegurado efectuará el trámite como pago directo, presentando el formulario 8002 que no requerirá la firma del empleador. Adicionalmente a los requisitos establecidos, según corresponda, el asegurado cumplirá con presentar copia del cargo de la denuncia que haya presentado al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por este hecho; la misma que será verificada por ESSALUD como acto previo al otorgamiento del subsidio.

Como se puede apreciar del artículo citado, EsSalud prevé la posibilidad de que el propio asegurado recurra a dicha entidad a solicitar el pago correspondiente del subsidio, pero con el requisito, también ilegal, de acompañar la solicitud con una denuncia al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo porque el empleador no ha cumplido con una obligación que no le exige la ley, nada más peculiar e incongruente en sí mismo.

En virtud de este requisito, de una lectura del Reglamento de la Ley General de Inspección en el Trabajo, Decreto Supremo

n.º 019-2006-TR, la única infracción que se prevé en materia de seguridad social es la siguiente:

Artículo 44: Infracciones graves en materia de seguridad social.

Constituyen infracciones graves la falta de inscripción o la inscripción extemporánea de trabajadores u otras personas respecto de las que exista la obligación de inscripción en el régimen de seguridad social en salud o en el régimen de seguridad social en pensiones, sean estos públicos o privados, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado.

Asimismo, constituye infracción grave que el empleador afilie al trabajador a alguno de los sistemas de pensiones, sin previamente haberle entregado el «Boletín Informativo», o que habiéndolo entregado no respete los plazos señalados en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley N° 28991.

Como se puede apreciar, de la lectura de dicha infracción, no existe una infracción en la que se sustente la denuncia exigida por EsSalud al trabajador, y es una exigencia que solo afectaría los intereses del trabajador por obtener su subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

En el otro escenario, teniendo como precedente que Indecopi ya ha declarado en anteriores procedimientos como barrera burocrática ilegal la obligación de trasladar el costo de las prestaciones económicas a cargo de EsSalud al empleador, este último puede iniciar el procedimiento correspondiente de declaratoria de barrera burocrática ilegal, argumentando lo siguiente: el artículo 2 de la Ley n.º 28996, Ley de Eliminación de Sobre costos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, define los alcances del concepto de barreras burocráticas en los siguientes términos:

*Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la administración pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado [énfasis agregado].*

De igual forma sustantiva, con relación a la obligación ilegal de trasladar los costos del pago de las prestaciones económicas al empleador por parte de EsSalud, podemos señalar lo siguiente:

1. Impone sobrecostos innecesarios para el empleador, limitando su competitividad en el mercado, pues se tienen que hacer previsiones contables innecesarias que limitan el acceso al crédito, además de los costos en los que se incurre solo en el procedimiento.
2. Es discriminatoria toda vez que injustificadamente causa un impacto mayor en el empleador afectando la capacidad de crédito y competencia en el mercado.
3. Es arbitraria, puesto que no se encuentra regulada ni prevista en normas de orden legal.
4. Es desproporcional debido a que fue adoptada sin tomar en cuenta el impacto en los sobrecostos laborales existentes, así como la existencia de alternativas menos gravosas para lograr dicho objetivo.

En virtud de estas consideraciones es que puedo concluir que el empleador tiene los dos caminos antes mencionados, a fin de objetar el procedimiento de pago directo con cargo a reembolso establecido de forma irregular por EsSalud.

## 5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, debo señalar lo siguiente:

1. En el Perú, la «cobertura» de la seguridad social en salud se encuentra a cargo de diferentes órganos públicos y privados. En el caso que nos concierne, EsSalud es la entidad del Estado que agrupa la mayor concentración de trabajadores asegurados, por lo que, a través de su ley de creación, se le otorga la cobertura de distintas prestaciones económicas, entre las cuales se encuentra el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

2. El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo es un producto del derecho a la seguridad social en salud y busca resarcir la pérdida económica del trabajador, derivada de una incapacidad temporal para el trabajo o un deterioro de la salud.
3. El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo es un concepto distinto a la remuneración, ya que no posee ni la característica de prestación de servicios (el subsidio se brinda por la sola condición de ser trabajador y en ausencia de prestación de labores), ni busca generar una ventaja patrimonial, pues la fuente legal que genera su pago pretende dar cobertura de una contingencia social (incapacidad temporal para el trabajo derivada de enfermedad o deterioro de la salud).
4. Ni la Ley n.º 26790 ni su reglamento prevén la obligación de pagar los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo por el empleador, aquello carece de toda legalidad, pues se ha trasladado al empleador una obligación que no prevé la ley sino una norma de carácter infralegal (Acuerdo n.º 58-14-ESSALUD-2011).
5. Aún en el contexto antes descrito, trasladar el costo de las prestaciones denegadas por EsSalud a los trabajadores es inviable a la luz del contenido esencialmente protegido del derecho a la seguridad social en salud y los principios que lo inspiran.
6. Asimismo, partiendo de la premisa de que el subsidio no es un concepto remunerativo, es erróneo señalar que la renuncia o la aceptación al descuento íntegro del subsidio por incapacidad temporal previamente abonado por el empleador afecta la intangibilidad de la remuneración. Por el contrario, aplicando el principio de irrenunciabilidad de derechos, la citada medida sí afectaría el derecho de cobertura a la incapacidad temporal del trabajo, derecho que fue desarrollado para cumplir con la garantía constitucional en el Estado de derecho.

7. Finalmente, en virtud de la obligación ilegal que constituye el traslado del costo por las prestaciones económicas, en este caso de subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, el empleador, puede tener dos vías plenamente legales (i) iniciar un procedimiento de denuncia de barrera burocrática ilegal, a fin de que se declare ello en los procedimientos que la empresa tenga en EsSalud; de otro lado (ii) dejar de abonar el costo del período de subsidio, sin que ello suponga desamparar al trabajador, pues este último tiene la posibilidad de solicitar el pago directo.

## REFERENCIAS

- AELE (2010). Prestaciones económicas en seguridad social: análisis, comentarios, modelos de documentos, formularios, legislación aplicable. *Revista Análisis Laboral*.
- Fajardo, M. (1975). *Derecho de la seguridad social*. P. L. Villanueva.
- Gonzales, C. (2011). *Derecho laboral general*. Caballero Bustamante.
- Loyola, C. I. (2015). *Niveles de afiliación de trabajadores dependientes a entidades prestadoras de salud en el marco del Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neves, J. (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. Facultad de Derecho PUCP.
- Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (1998). *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS.
- Pacheco, R. (2012). *Manual de la seguridad social: sector privado y público*. Instituto de Investigación Horizonte Empresarial.
- Pizarro, M. (2006). *La remuneración en el Perú: análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzalez & Asociados.

Plá, A. (1964). *La seguridad social en el Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria.

Rendón, J. (1985). *Derecho de la seguridad social*. Tarpuy.

Tribunal Constitucional (2005a). Expediente n.º 0050-2004-AI y otros. Lima: 17 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional (2005b). Expediente n.º 1417-2005-AA/TC. Lima: 8 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional (2014). Expediente n.º 0020-2012-PI/TC. Lima: 16 de abril de 2014.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3697

## EFECTOS DE LA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE LA ADOPCIÓN DE LAS TIC EN EL PERÚ

The effects of the COVID-19 pandemic on ICT  
adoption in Peru

ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO

Universidad Ricardo Palma

(Lima, Perú)

Contacto: [enrico.huarag@urp.edu.pe](mailto:enrico.huarag@urp.edu.pe)

### RESUMEN

El presente ensayo pretende analizar el impacto de la pandemia de la COVID-19 en el Perú, en la adopción y la implementación de las tecnologías de la información y comunicación. Para ello, se analiza el estado de implementación de las TIC antes de la pandemia, y los cambios que se producen para enfrentarla, tanto en los campos de gestión de salud pública, comercio electrónico y teletrabajo.

**Palabras clave:** COVID-19; comercio electrónico; TIC; brecha digital; teletrabajo.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the impact of the COVID-19 pandemic in Peru on the adoption and implementation of information and communication technologies. For this purpose, it analyzes the state of implementation of ICT before the pandemic, and the changes that occur to face it, both in the fields of public health management, e-commerce, and telework.

**Key words:** COVID-19; e-commerce; ICT; digital divide; telework.

Recibido: 14/09/2020    Aceptado: 05/10/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

De manera previa a los acontecimientos desencadenados por la pandemia de la COVID-19, las tecnologías de la sociedad de la información se venían implementando en el Perú de manera gradual pero sostenida. Sin embargo, a pesar de este ritmo de crecimiento estable, nuestro país era uno de los menos interconectado de la región.

La pandemia de la COVID-19 ha sido un verdadero desastre sin paliativos para el país. La existencia de una pronunciada brecha digital en el Perú ha privado a muchos ciudadanos de herramientas esenciales para enfrentar esta crisis mediante el aislamiento social. Los beneficios potenciales de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) solo pueden ser empleados por quienes tienen acceso a internet, pero deja indefensos a quienes no tienen acceso a la infraestructura o a los servicios de la sociedad de la información.

No obstante, la pandemia ha tenido un efecto inesperado: ha dado un enorme impulso a la adopción de las TIC en distintos ámbitos. Para ilustrar estos cambios, nos enfocaremos en tres ámbitos: la gestión de la salud pública frente a la epidemia, el

comercio electrónico y el trabajo remoto. Pero para poder poner en evidencia lo avanzado, es necesario saber de qué línea base partimos.

## 2. LA BRECHA DIGITAL EN EL PERÚ

En los últimos años, hemos visto un aumento de la adopción de tecnologías de la información en el Perú. Nuestra precepción se ve aparentemente convalidada con las cifras que brinda el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2020) relativas al acceso de los hogares a las tecnologías de la información y comunicación del primer trimestre de 2020, que indican que el 94.9 % de hogares tienen al menos acceso a una de ellas (p. 1).

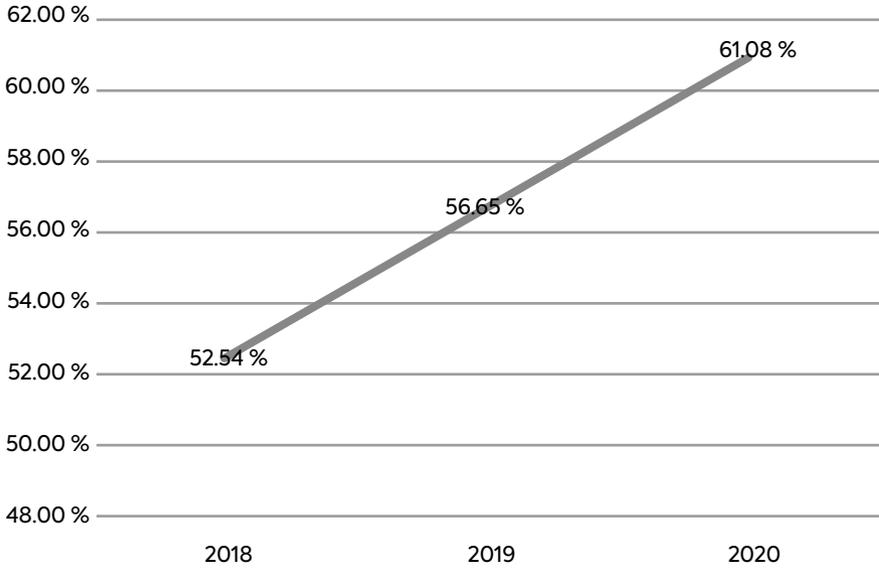
No obstante, estas cifras ocultan una realidad inquietante. En efecto, el INEI ha considerado en estas cifras el acceso de los hogares a tecnologías tan disímiles como telefonía fija, radio, televisión, televisión por cable, telefonía celular e internet. Resulta evidente que tecnologías no interactivas, como la radio, la televisión (tanto de señal abierta como por cable) simplemente sirven para el consumo pasivo de determinados productos digitales, pero no permiten un acceso productivo a los servicios de la sociedad de la información.

En consecuencia, la información que debiera interesarnos es la de la población con acceso a internet en el Perú. Si observamos el cuadro elaborado con los datos obtenidos de la Encuesta Nacional de Hogares, los resultados son poco halagadores, con apenas un 60.3 % de la población peruana mayor de seis años con acceso a internet (INEI, 2020, p. 9).

Cabe señalar que el acceso de los hogares peruanos a internet se ha incrementado casi 10 % con respecto a los dos años anteriores, mostrando una curva ascendente consolidada y de pendiente estable, como se presenta a continuación (Katz et al. 2020, p. 18):

### Gráfico 1

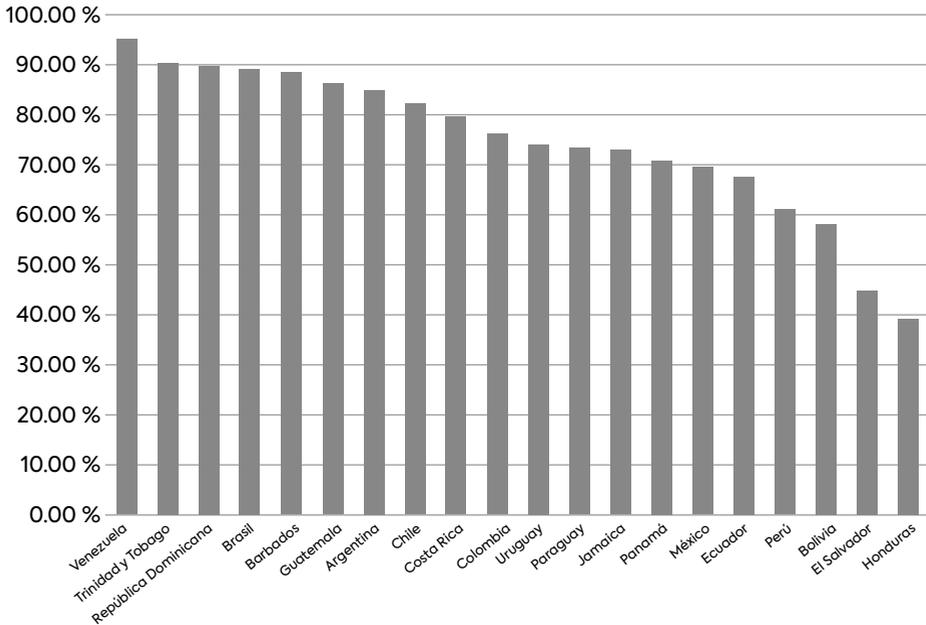
#### *Evolución de la penetración de internet en los hogares peruanos*



*Fuente:* INEI.

Sin embargo, la penetración de internet en el Perú sigue siendo muy baja. De hecho, si nos comparamos con el resto de los países de Latinoamérica, el Perú se encuentra entre los países con más bajo porcentaje de penetración de internet en hogares (Katz et al., 2020, p. 18).

## Gráfico 2

*Penetración de internet en hogares de América Latina en 2020*

Fuente: CAF-UIT.

Como podemos observar en el gráfico anterior, elaborado sobre la base de los datos proporcionados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el Perú se encuentra en el tercio más bajo de los países latinoamericanos en términos de adopción de internet. La penetración de internet en los hogares peruanos está muy alejada del promedio ponderado de Latinoamérica (78.78 %), y todavía más del promedio ponderado de la OCDE (88.83 %), a la que aspira pertenecer.

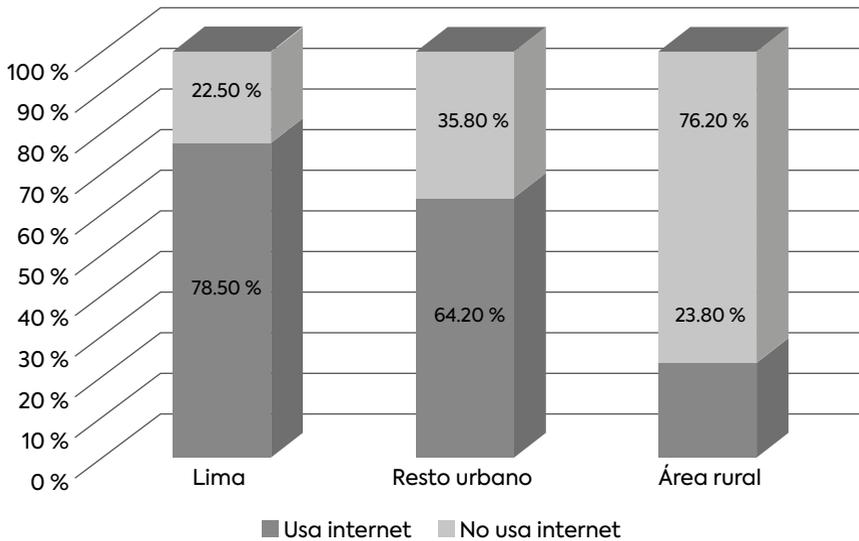
Podría objetarse que los datos correspondientes a Venezuela carecen de fiabilidad, dada la propensión de su gobierno a manipular las estadísticas oficiales. También que en el caso de los países con menos población es más sencillo implementar infraestructura de internet de banda ancha que permita un mayor y mejor acceso. No obstante, seguimos a la zaga de Latinoamérica, por detrás de Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Panamá,

México y Ecuador. De hecho, podríamos reconocer la existencia de una brecha digital internacional que se hace evidente con los países de la región.

La brecha digital respecto a los países de la región no es la única ni la más grave. Los datos obtenidos por el INEI acerca de la población que hace uso de internet, de acuerdo con el área de residencia, revelan la existencia de una brecha digital interna de mayores proporciones.

### Gráfico 3

*Población de 6 años o más que hacen uso de internet en 2020*



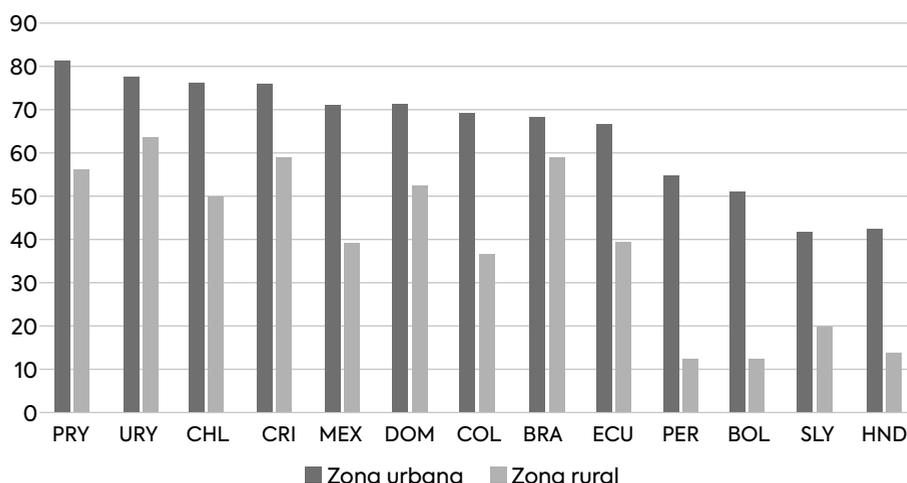
Fuente: INEI.

Estos datos nos revelan la enorme brecha urbana-rural existente en el uso de internet (y, en consecuencia, el acceso a los servicios de la sociedad de la información). El porcentaje más alto de personas que utilizan internet en el Perú se concentra en las ciudades, esto es más evidente en la capital (78.5 %) que en los otros centros urbanos (64.2 %). Por el contrario, en el área rural del Perú, menos de un cuarto de la población (23.8 %) utiliza internet (INEI, 2020, p. 9).

Es cierto que en todos los países de Latinoamérica existe una brecha digital urbano-rural. No obstante, el Perú ostenta la brecha más marcada de la región, como bien se observa en este cuadro elaborado por la Corporación Andina de Fomento sobre la base de los datos obtenidos por la CEPAL en 2017 (2020, p. 9):

### Gráfico 4

#### Usuarios de internet en América Latina en 2017



Elaborado por la CAF. Fuente: CEPAL.

La enorme brecha digital urbano-rural en la población peruana se hizo más evidente cuando se tuvo que enfrentar los efectos de la pandemia de la COVID-19. Un ejemplo de ello lo encontramos en la educación escolar. Para aplicar el programa de enseñanza a distancia *Aprendo en Casa*, a fin de asegurar la continuidad del servicio educativo, el Ministerio de Educación tuvo que recurrir a una estrategia multicanal, combinando la plataforma virtual con medios no interactivos, como radio y televisión. En las zonas rurales, donde las tres cuartas partes de los hogares no utilizan internet, se planteó el uso solo de radio o televisión. No obstante, la escasa o nula conectividad llevó al gobierno a autorizar el reinicio de las clases presenciales en zonas rurales, a pesar de que el riesgo

de contagios no había disminuido. La compra estatal de tabletas digitales para los estudiantes de las zonas rurales pretendía paliar la brecha, al menos de manera parcial. El fracaso de la compra revela la ineficacia del Estado para cerrar la brecha.

El bajo índice de penetración de internet en los hogares impide la adopción de estrategias potencialmente más exitosas para afrontar la pandemia de la COVID-19 mediante la utilización de las TIC. No es fácil, con índices tan bajos de digitalización, reemplazar las actividades cotidianas que requieran de presencia física por actividades digitales. La resiliencia de los hogares es mayor cuanto mayor es el grado de penetración de internet y las TIC.

Los hogares con acceso a internet tienen la posibilidad de abastecerse de bienes y servicios mediante el comercio electrónico, en sus distintas modalidades. Esto permite que sus miembros se encuentren menos expuestos a riesgos para la vida y la salud de sus integrantes. Disponen de la opción de realizar teletrabajo o trabajo remoto, incrementando así sus oportunidades de preservar empleos e ingresos. El uso de las TIC otorga acceso a la oferta educativa en línea, permitiendo la formación, la capacitación y la especialización de los hijos de estos hogares, brindando ventajas futuras en el mercado laboral. Incluso permite el acceso a servicios de consulta médica por canales virtuales, sin tener que exponerse a contagios en hospitales, clínicas o centros de salud.

Por el contrario, los hogares que no tienen acceso a internet deben abastecerse de productos o servicios de manera presencial, exponiéndose a lugares con alta concentración de personas, asumiendo un mayor riesgo de contagio. Al carecer de las herramientas indispensables para realizar teletrabajo o trabajo remoto, sus miembros se vuelven vulnerables a la destrucción de sus empleos y pérdida de ingresos. No tienen acceso a la oferta educativa y formativa en línea, pierden oportunidades de formación y capacitación, y disminuyen aún más sus oportunidades laborales futuras, perpetuando así el círculo de la pobreza. Para sobrevivir, muchos pasarán al sector informal, exponiendo la salud y la vida. Y si enferman, tendrán que acudir por atención

médica a centros con alta concentración de personas. Así, la brecha digital provoca la desprotección de los más desfavorecidos ante la pandemia.

La brecha digital interna tiene múltiples dimensiones. Hay una dimensión económica, que divide a quienes pueden pagar por el acceso a las TIC, y quienes no disponen de recursos para hacerlo. Pero no es la única. También hemos evidenciado una dimensión geográfica de la brecha digital, en la que no hay acceso a la infraestructura necesaria, aun cuando se tengan la intención y los ingresos para hacerlo. Esto se aprecia en la diferencia de penetración de internet en las áreas urbana y rural, con clara desventaja para esta última.

La brecha digital puede presentar otra dimensión, la cognitiva. Este tipo de brecha no se produce por la ausencia de acceso a la infraestructura de las TIC, ni por carecer de recursos para pagar el acceso, sino por la falta de conocimientos, habilidades y capacitación en el uso eficiente de estas tecnologías. Y este parece ser el caso de las empresas peruanas.

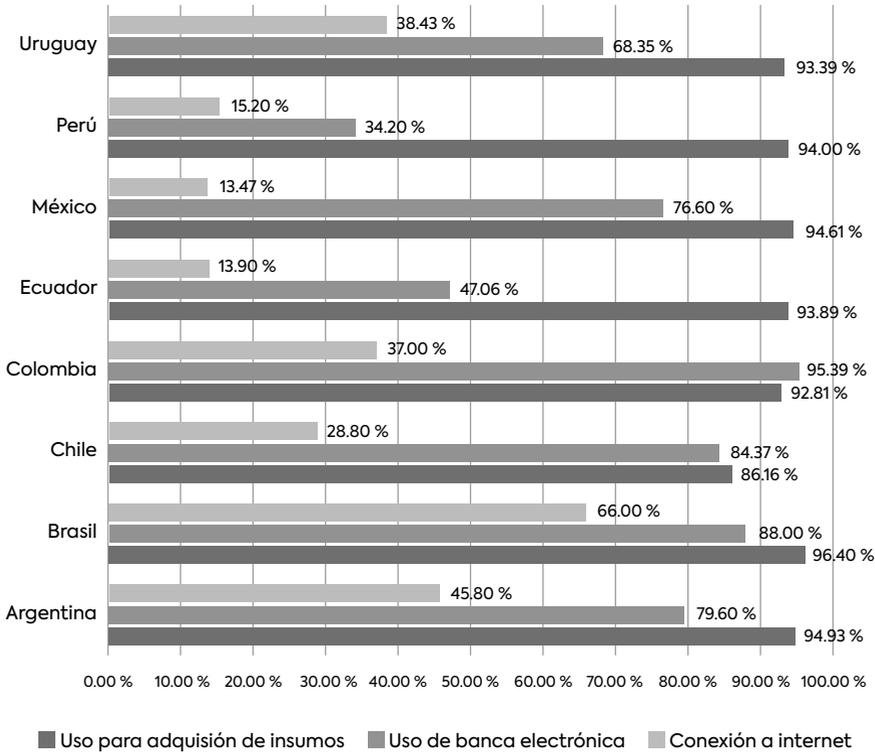
En efecto, si observamos la manera en que se han venido implementando las TIC en la actividad productiva del país, veremos que la brecha digital no solo se produce por no tener acceso a este tipo de tecnologías, sino también por no saber cómo utilizarlas. La brecha no solo es de acceso, sino de uso.

Una mirada a los procesos productivos de las empresas en Latinoamérica nos evidencia que si bien el nivel de acceso a las infraestructuras de las TIC es bastante alto (en torno a 94 % en el caso peruano), son muy pocas las que las utilizaban en las actividades de aprovisionamiento y venta.

Así, de acuerdo con los datos de Telecom Advisory Services, observamos que las empresas peruanas tienen uno de los niveles más bajos (34.2 %) de utilización de banca electrónica, bastante debajo de la media de la región. Más aun, el nivel de uso de las TIC para la adquisición de insumos llega apenas al 15.9 %, el más bajo de la región (Corporación Andina de Fomento et al., 2020, p. 11).

### Gráfico 5

## Digitalización de la cadena de aprovisionamiento en América Latina

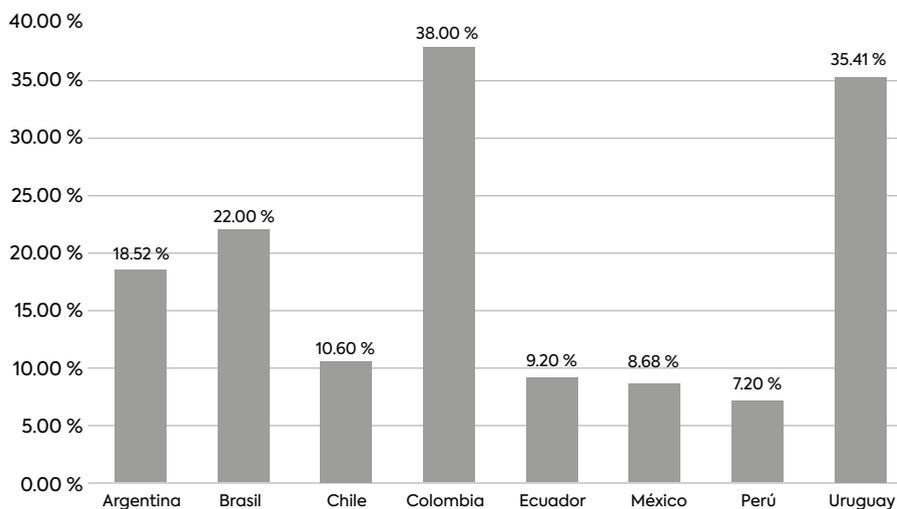


Fuente: CAF-Telecom Advisory Services.

Una situación similar se observa en los procesos de venta y distribución de las empresas. Sobre la base de los datos recopilados por la UNCTAD, se aprecia que (nuevamente) el Perú se encontraba entre los últimos países de Latinoamérica en el índice de empresas que habían desarrollado canales de ventas digitales (Corporación Andina de Fomento et al., 2020, p. 11).

## Gráfico 6

### Porcentaje de empresas que han desarrollado canales de venta digitales



Fuente: UNCTAD, CAF, Telecom Advisory Services.

Lo expuesto anteriormente nos muestra el pobre estado de la implantación de las tecnologías de la sociedad de la información en el Perú a inicios de 2020. Con una brecha digital muy marcada, tanto a nivel de hogares como de empresas, el Perú llegó a enfrentar la pandemia de la COVID-19 en una situación de desventaja con respecto a otros países de la región, que podían utilizar las TIC como herramientas para apoyar el distanciamiento social sin destruir sus procesos productivos y, en general, su desempeño económico.

No obstante, como veremos a continuación, la pandemia se ha presentado como ventana de oportunidades, cuyo impulso no debiésemos desperdiciar.

## 3. DIGITALIZACIÓN, SALUD Y PANDEMIA

No cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 ha planteado al Perú el mayor reto de salud pública de toda su vida republicana.

En el momento en que se escriben estas líneas, el país se encontraba entre los primeros, a nivel regional y mundial, en número de contagios y muertos por la enfermedad.

Las TIC proporcionan a los países diversas herramientas para gestionar la salud pública. ¿Cuáles son estas tecnologías, qué ventajas brindan y cómo debieran ser implementadas? Un tratamiento exhaustivo excede el objetivo de este artículo, pero al menos les podemos dar una rápida mirada a sus posibles aplicaciones.

Un elemento clave para enfrentar la pandemia es la disminución de la velocidad e incidencia de la transmisión del virus. Para ello, el aislamiento social resulta una estrategia clave. Para conseguir este objetivo, la digitalización de determinados procesos que permiten a las personas mantenerse en sus hogares, evitando la circulación a los centros de labores, estudio o abastecimiento. Aplicaciones que habilitan el trabajo remoto, la educación a distancia, la realización de trámites y, en general, la interacción social, se presentan como una solución para lidiar con este problema (Corporación Andina de Fomento et al., 2020, p. 14).

La geolocalización es una de las herramientas que puede resultar más útil para la gestión sanitaria de la pandemia. Consiste en la posibilidad de obtener la ubicación exacta de un objeto. Las tecnologías utilizadas pueden ser variadas, cada una con sus ventajas e inconvenientes.

Existen varias tecnologías muy extendidas y utilizadas para la geolocalización. En nuestro país, son dos las más empleadas (Silva, 2016):

- GPS: consiste en la comunicación de un dispositivo con uno de los veinticuatro satélites del Sistema de Posicionamiento Global (GPS) que orbitan el planeta. El dispositivo es localizado mediante su triangulación con las señales provenientes de al menos tres satélites que transmiten señales de sincronización y datos de posición. Permite interpretar los tiempos de llegada en términos de latitud, longitud y altitud con una precisión de 5 a 10 metros.

- Identificación de celdas: es propia de dispositivos de telefonía celular. Al conectarse a la red de telefonía celular, el dispositivo se conecta a las celdas de emisión de la red. Cada terminal tiene asignado un código de identificación o SIM (Subscriber Identify Module) que lo identifica. Su identidad es controlada mediante un Centro de Autenticación de Clientes (AUC) por medio de su contraste con una base de datos denominada HLR. Una vez conectada con las celdas, se procede a su localización mediante métodos de triangulación, trilateralización, proximidad o la utilización de una huella digital (*fingerprint*).

La integración de los datos obtenidos con plataformas propietarias como Google Maps, o de datos abiertos, como OpenStreetMaps, permite la visualización gráfica de la información, y brindan información importante para la gestión mediante el uso de inteligencia artificial (AI). La tecnología GPS es muy precisa, pero su señal se degrada rápidamente cuando se encuentra con obstáculos físicos (techos, paredes), lo que afecta su precisión e incluso su utilidad en ciertos entornos.

La tecnología de identificación de celdas, por su parte, si bien no es tan precisa, es menos vulnerable a la degradación y, dependiendo de la banda de transmisión operada, puede atravesar fácilmente obstáculos físicos. Actualmente, la mayoría de los teléfonos móviles utiliza un sistema híbrido denominado GPS Asistido (A-GPS).

¿Por qué es tan importante la geolocalización? Básicamente, por sus posibilidades de aplicación. En primer lugar, estamos ante tecnologías muy extendidas. Se utilizan en todos los *smartphones* del mundo. De acuerdo con los datos recopilados por el INEI (2020) para el primer trimestre de 2020, en el Perú, el 84.9 % de la población mayor de seis años utiliza teléfonos móviles (p. 14). En consecuencia, hay un porcentaje muy alto de la población que puede ser geolocalizada mediante su teléfono móvil.

En segundo lugar, la geolocalización genera una serie de datos que, correctamente gestionados, permiten detectar concentraciones de personas. También permiten rastrear a los contactos de las personas que muestran síntomas de enfermedad, de manera que puedan tomarse las medidas de prevención y aislamiento, a fin de evitar nuevos contagios. Permite, asimismo, elaborar mapas con los casos positivos, de modo que puedan implementarse medidas de aislamiento focalizadas, evitando así la necesidad de cuarentenas generalizadas que destruyen la economía de un país.

Las posibilidades brindadas por las aplicaciones de geolocalización y rastreo de contactos llevaron a casi todos los países a lanzar su propia aplicación de localización y rastreo, a fin de gestionar la crisis sanitaria con el auxilio de la tecnología. Algunas son de uso obligatorio, como la aplicación india Aarogya Setu. También lo es el ingreso de los datos personales y biométricos en China, a fin de que se generen códigos sanitarios de colores que se integran a las aplicaciones más utilizadas como Alipay y WeChat. El sistema permite la supervisión de la autoridad sanitaria china, de manera que solo quienes tienen código verde pueden transitar, en tanto que quienes tengan códigos amarillo o rojo tendrán que soportar cuarentenas de 7 o 14 días, respectivamente (Tan, 2020). En otros países el uso de las aplicaciones implementadas por los gobiernos nacionales es voluntario. Con todo, la suerte seguida por estas aplicaciones ha sido irregular.

El Perú no fue la excepción y la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) lanzó su propia aplicación, aunque de pretensiones más modestas: PeruEnTusManos. De modo general, esta aplicación se limita a:

- Realizar una autoevaluación del riesgo de haber contraído COVID-19 e instrucciones a seguir en caso de ser positivo.
- Conocer las zonas de riesgo cercanas a la ubicación del dispositivo.
- Recibir alertas sobre el avance de la COVID-19 en Perú.
- Compartir la ubicación del dispositivo.

La aplicación, no obstante, carece de algunas funciones necesarias. No incorpora el seguimiento de contactos, ni tiene asociados sistemas de AI que permitan la elaboración de mapas de concentración de personas enfermas de COVID-19 en tiempo real. Tampoco incorpora comunicación con sensores del teléfono o de otros dispositivos, como *wearables*, a fin de poder detectar los casos de COVID-19 con la medición constante de la temperatura, la frecuencia cardiaca o la saturación de oxígeno. Estos datos podrían ser utilizados por las autoridades sanitarias para la atención rápida de pacientes, y para implementar estrategias focalizadas de aislamiento temprano de los contactos de los pacientes. Por otro lado, no hay demasiada transparencia respecto al tratamiento de los datos personales recopilados por la aplicación. No es de extrañar que su adopción haya sido muy baja entre la población peruana.

Debe tenerse en consideración que para que estas aplicaciones resulten efectivas se requiere de una masa crítica importante: al menos deben ser utilizadas por el 60 % de la población. A diferencia de China e India, en la mayor parte de países, la adopción de este tipo de aplicaciones es voluntaria, lo que repercute en su efectividad. Las preocupaciones ciudadanas sobre las afectaciones a la privacidad y el uso de los datos obtenidos inciden en su baja aceptación. El bajo nivel de adopción por parte de la población ha llevado a algunos países, como Islandia, a considerarlas poco útiles (Johnson, 2020) o, como Reino Unido, a abandonarlas para optar por alguna API que no realice geolocalización, como la desarrollada por Google y Apple (Jee, 2020).

Los problemas jurídicos respecto a la afectación del derecho a la privacidad de las personas durante la recolección y el tratamiento de los datos de geolocalización han llevado a cuestionar la posibilidad de obligatoriedad del uso de aplicaciones que hacen uso de esta tecnología, a fin de no afectar el derecho a la privacidad (Andreu, 2020, pp. 853-854). El debate entre la primacía de la salud pública y la privacidad individual se encuentra aún abierto. No es nuestra finalidad adoptar una postura definitiva,

pero creemos que alguna afectación poco intrusiva al derecho a la privacidad bien puede justificarse para proteger la salud y la vida de todos los ciudadanos.

Ante las preocupaciones por la privacidad por parte de los ciudadanos, aspecto clave para la instalación y el uso de aplicaciones, Google y Apple han creado un sistema que no se basa en la geolocalización. El sistema se denomina Exposure Notifications System (ENS), y está diseñado para apoyar a los gobiernos en la transición a la normalidad, mientras se maneja el riesgo de nuevos brotes de COVID-19.

El enfoque adoptado es distinto. En lugar de elaborar una aplicación, estas empresas han desarrollado de manera conjunta una interfaz de programación de aplicaciones (API). En este entorno, las autoridades sanitarias pueden programar su propia aplicación, que se integra a la interfaz. Los datos de los usuarios no se encuentran centralizados en los servidores de las autoridades de un país, sino que tienen un sistema descentralizado de gestión, que preserva la privacidad.

El funcionamiento de la API de Google y Apple es relativamente simple. La autoridad sanitaria de un país crea una aplicación que utilice el sistema de notificaciones de exposición. Cuando el usuario se inscribe en el ENS, se genera una identificación (ID) aleatoria para el dispositivo. La ID aleatoria cambia cada 20 minutos, para garantizar que no pueda emplearse para identificar al usuario. El sistema se ejecuta en segundo plano tanto en el teléfono del usuario como en los teléfonos de quienes lo rodean, intercambiando información de las ID aleatorias mediante bluetooth, así la aplicación esté cerrada. No es necesario tener la aplicación abierta para que se lleve a cabo este proceso. Las ID aleatorias de los teléfonos con los que se ha producido el intercambio quedan almacenadas en una lista dentro del propio teléfono. Periódicamente, el sistema verifica todas las ID aleatorias asociadas con casos positivos de COVID-19 con la lista de ID aleatorias intercambiadas. Si alguna correspondiera a un caso positivo, el sistema notifica al usuario de la exposición, y le brinda las instrucciones

de la autoridad sanitaria con los protocolos del caso (Google Inc. Exposure Notifications, 2020).

La ventaja de ENS es que permite resguardar la privacidad de los usuarios. Al no recopilar datos de geolocalización, no rastrea la ubicación del usuario, impidiendo su identificación. Ni la autoridad sanitaria, ni Apple o Google como desarrolladores, tienen acceso a la ID aleatoria, que es actualizada cada 20 minutos. A pesar de ello, sí permite un rastreo eficaz de las personas a las que se ha estado expuesto, y así permite la trazabilidad de los contagios.

Por su resguardo de la privacidad, ENS ha tenido una mayor aceptación por parte de los usuarios. Esto ha hecho que, al 31 de julio de 2020, las autoridades sanitarias de dieciséis países ya la hayan integrado a sus aplicaciones. En estos momentos, aún no tenemos datos para saber si el Perú va a integrar su aplicación a este sistema.

Otra ventaja que proporcionan las TIC es la posibilidad de evitar algunos lugares de mayor concentración de personas. Hospitales y clínicas constituyen zonas de riesgo, sobre todo para aquellos pacientes que requieren atención médica, pero son vulnerables a los efectos de la COVID-19. En este caso, las plataformas de videocomunicación o videoconferencia constituyen herramientas muy útiles para la atención médica a distancia, evitando la innecesaria exposición de médicos y pacientes. Además, descongestiona los centros de salud, evitando las conglomeraciones.

En el Perú, a fin de poder atender los efectos de la pandemia de la COVID-19, en el sector privado, las principales clínicas y centros de salud, así como las principales empresas de seguros médicos, cuentan con algún programa de teleconsulta. Pero también se han implementado programas similares en el sector público, como el servicio Teleconsulta de EsSalud, o el servicio de teleatención y monitoreo remoto Teleatiendo del Ministerio de Salud.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las soluciones aquí descritas dependen de la conectividad de los ciudadanos de un país. Sus beneficios solo son óptimos cuando tenemos una población con un índice de penetración de internet alto. Urge, por tanto, tomar medidas que cierren o atenúen la brecha digital, de manera que los beneficios de las TIC puedan ser disfrutados por la mayor parte de la población.

## 4. COMERCIO ELECTRÓNICO

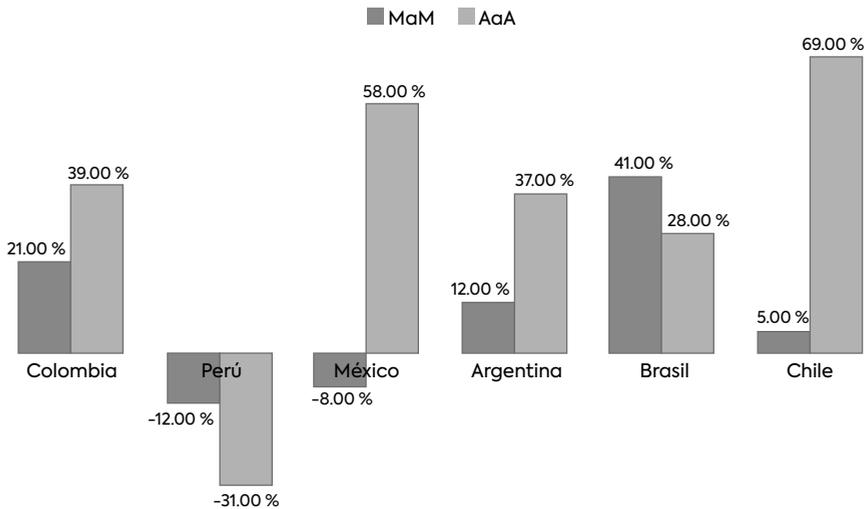
La implantación del comercio electrónico en el Perú, antes de la pandemia, era considerablemente inferior a la de los otros países de la región, conforme se ha analizado en párrafos anteriores. No obstante, su adopción por parte de negocios se convirtió en una herramienta de supervivencia.

En ese sentido, debemos distinguir dos momentos de la pandemia: un período comprendido entre la adopción de las primeras medidas de aislamiento social obligatorio (mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020- PCM, decreto supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote de la COVID-19) y el 30 de abril; y un segundo período, a partir del mes de mayo de 2020.

En el primer período, las drásticas medidas de aislamiento social adoptadas establecieron restricciones importantes al comercio electrónico. Esto provocó una contracción considerable del comercio electrónico en el Perú, tanto si lo comparamos con el mes anterior (MaM), como en el mismo mes del año anterior (AaA) (Bravo, 2020a).

## Gráfico 7

## Evolución del comercio electrónico en Latinoamérica, abril 2020



Fuente: ECommerce News.

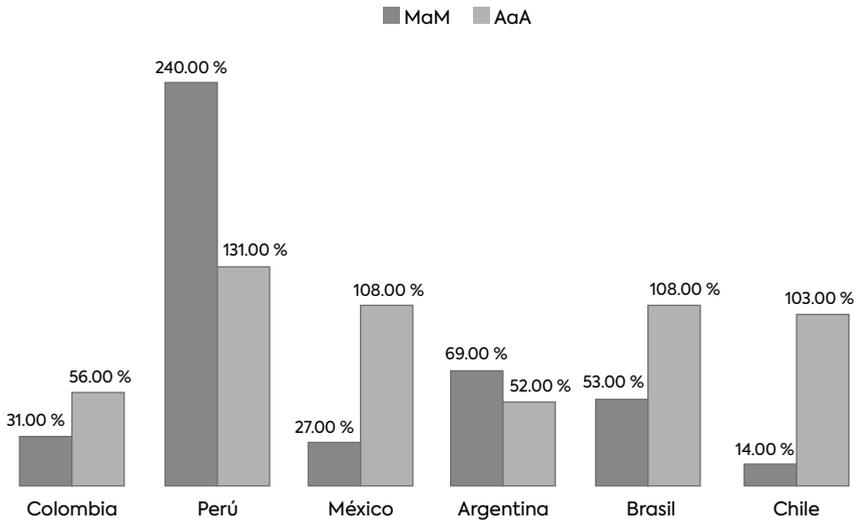
Como puede observarse, mientras en el Perú se producía una drástica contracción del comercio electrónico, en el resto de los países de la región el comercio electrónico se incrementaba de manera notable. Hay que tener en cuenta que las medidas de aislamiento social obligatorio adoptadas por el Gobierno en el Perú fueron las más drásticas de la región, paralizando casi la totalidad de las actividades económicas. El comercio electrónico no fue una excepción. Las medidas adoptadas no contemplaron, en un primer momento, al comercio electrónico como una alternativa viable para el abastecimiento de productos y servicios para los hogares, con lo que se evitarían aglomeraciones en tiendas, centros comerciales y mercados. No es coincidencia que, en este período, fuesen los mercados los principales focos de contagio. Un enfoque reglamentarista retrasó innecesariamente la reactivación del comercio electrónico hasta la aprobación de estrictos protocolos para la entrega por *delivery* de los productos.

Es necesario tener en cuenta que el Gobierno peruano reaccionaba con medidas de protección de la vida y la salud ante una amenaza inédita. La dureza de las medidas adoptadas en el Perú fueron producto de esa intención, pero el resultado distaba de ser bueno. En contraste, en los demás países de la región, donde el comercio electrónico no fue objeto de restricciones, este registró un incremento inusualmente alto.

Así, en el segundo período, una vez aprobados los protocolos de seguridad sanitaria de la entrega por *delivery*, y autorizado el comercio electrónico, se presentó una recuperación considerable (240 % comparado con el mes anterior, y 131 % en comparación con el mismo mes del año anterior). Este crecimiento es impresionante, incluso si lo comparamos con los demás países de la región (Bravo, 2020b).

### Gráfico 8

#### Evolución del comercio electrónico en Latinoamérica, mayo 2020



Fuente: ECommerce News.

Esto evidencia el efecto negativo de las medidas adoptadas en la primera etapa del aislamiento social obligatorio. Ciertamente, fueron necesarias las medidas de aislamiento, pero se debió tener en cuenta que el comercio electrónico constituye una herramienta necesaria y eficaz para evitar las aglomeraciones en los mercados, las bodegas, las tiendas y los centros comerciales. En lugar de restringirse, debió ser fomentado como herramienta de consumo seguro para evitar concentraciones de personas.

El aislamiento social obligatorio cambió los hábitos de consumo de muchos peruanos. Ante el temor al contagio, muchas familias se vieron impelidas a utilizar por primera vez el comercio electrónico como medio de abastecimiento de productos y servicios. La desconfianza inicial hacia este tipo de contratación no presencial fue superada por la necesidad. Esto pudo apreciarse sobre todo en aquellos rubros que tradicionalmente realizaban sus transacciones de manera presencial y en efectivo, que tuvieron que implementar medios de pago electrónicos (vía tarjeta de crédito, débito o mediante pago por web). El consumo *online* en estos rubros se disparó. A manera de ilustración, los datos brindados por Niubiz (antes Visanet) reportan un incremento de operaciones *online* en el rubro bodegas en 70 %, panadería en 2356 %, supermercados en 205 %, restaurantes en 10190 % (Bravo, 2020c).

También los proveedores se han ido adaptando a los retos impuestos por la pandemia. Los supermercados, las tiendas de departamentos y los grandes comercios han optado por reforzar sus canales de venta *online*, a fin de seguir funcionando. No obstante, pronto se vieron desbordados y no tardaron en aparecer los reclamos por demora en entregas, entregas parciales, productos defectuosos, entre otros.

Al 7 de junio de 2020, el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) había recibido un total de 61 012 reclamos y reportes sobre compras *online*. De acuerdo con la propia institución, los casos más recurrentes fueron los siguientes:

- No entrega de productos
- No reembolso de dinero pagado
- Productos defectuosos
- Entrega de productos incompletos
- No atención de solicitudes de cambio de productos
- Cancelación o anulación de pedidos sin previo aviso

La cantidad de reclamos motivó la intervención de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, que inició un procedimiento administrativo sancionador por demora en la entrega de productos contra las empresas más reclamadas.

En el marco de una medida cautelar dentro de dicho procedimiento, la Comisión no tardó en ordenar a las trece empresas más reclamadas —Saga Falabella, Ripley S. A., Sodimac Perú S. A., Tiendas Peruanas S. A., Conecta Retail, Cencosud Retail Perú S. A. (Metro y Wong), Supermercados Peruanos S. A. (Plaza Vea), Hipermercados Tottus S. A., Inretail Pharma S. A. (Inkafarma-Mifarma) y Linio Perú S. A., entre otros— la entrega de los productos en el plazo máximo de diez días calendarios (Laurente, 2020). El plazo venció el 30 de julio de 2020.

En el otro extremo tenemos a los pequeños negocios. Las bodegas, las panaderías, las tiendas de pequeños electrodomésticos, las verdulerías y las fruterías se vieron impulsadas a implementar canales de venta electrónica desde cero. Ante la imposibilidad de vender al público de manera presencial, implementaron tiendas virtuales desde plataformas gratuitas como Wix.com, PrestaShop.com o Wabisy.com, a plataformas de pago, como Tiendasvirtuales.com.pe. o Mitienda.pe. Para muchos de estos negocios, sobre todo en la primera etapa, el comercio electrónico se presentó como la única oportunidad de supervivencia.

Otro de los factores que llevó a la adopción del comercio electrónico a ese nivel fue la disminución de los volúmenes de ventas en la primera etapa, que no permitía cubrir los gastos fijos (alquiler de locales comerciales, servicios de agua y electricidad) que se arrastraban desde marzo. Muchos de estos negocios tenían locales comerciales alquilados para la venta al público, que de

cara a la pandemia se convirtieron en gastos inútiles por tratarse, en su mayoría, de micro y pequeñas empresas, negocios personales o familiares (Guerra, 2020).

Para este tipo de negocios, el comercio electrónico demostró sus ventajas, al permitir el ahorro de estos costos fijos. Además, les permitió ampliar su radio potencial de ventas, sea a través de empresas de entrega por *delivery* (como, por ejemplo, Glovo o Rappi) o a través de servicios de *delivery* propio, realizados por vehículos propios, desde automóviles, camionetas o, en algunos casos, bicicletas.

Un caso particularmente llamativo es el de los comerciantes textiles de Gamarra, que no optaron por tiendas individuales. Por el contrario, aprovecharon el renombre de la zona comercial para adoptar una opción grupal. Ante las millonarias pérdidas provocadas por la primera etapa del aislamiento social obligatorio, decidieron implementar una plataforma propia de venta *online*, gratuita para todos los comerciales ([gamarraperu.com](http://gamarraperu.com)), que llegó a agrupar, a inicios de julio de 2020, 5000 pequeñas empresas (Atúncar, 2020). A esta iniciativa se le han unido nuevos grupos de comerciantes que han implementado plataformas similares como [gamarraonline.pe](http://gamarraonline.pe) o [gamarra.com.pe](http://gamarra.com.pe).

Pero no todos los pequeños negocios adoptaron el modelo de tienda en línea, con pago electrónico. Muchos pequeños negocios encontraron la forma de ingresar al comercio electrónico mediante mecanismos mixtos, utilizando plataformas c2c, como [Mercadolibre.com](http://Mercadolibre.com) o [Olx.com](http://Olx.com). En otras ocasiones, el comercio electrónico se desarrolla a través de redes sociales como Facebook, Instagram o WhatsApp. En todos estos casos, o se utilizaba el método de pago de la plataforma adoptada (como MercadoPago para el caso de [Mercadolibre.com](http://Mercadolibre.com)), o se recurría a las transferencias bancarias, o incluso al pago efectivo contra entrega.

La modalidad de pago contra entrega ha servido de incentivo para que los pequeños negocios busquen realizar la entrega de sus productos en plazos muy cortos. Mientras más demore la entrega del producto, más tarda en llegar el dinero, que resulta

indispensable para mantener el negocio en marcha. Por otro lado, la venta realizada mediante pago contra entrega nunca se encuentra segura hasta que se ha realizado la tradición del bien. Un consumidor siempre podría arrepentirse antes de la entrega. Períodos largos de entrega incrementan este riesgo. Por ello, se aprecia que los pequeños negocios han dado prioridad a sus procesos de control de *stocks* en tiempo real y entrega por *delivery*. Han demostrado, en ello, ser más eficientes que los grandes supermercados, tiendas por departamentos y cadenas.

Cabe destacar, además, el bajo índice de bancarización presentado por el Perú. De acuerdo con datos de IPSOS, apenas el 51 % del Perú urbano se encuentra bancarizado, y de este porcentaje, menos de las dos terceras partes utilizan servicios de banca por internet o aplicaciones de banca móvil (52 % y 57 %, respectivamente) (IPSOS, 2020). Esta es una de las razones por las que los pequeños negocios que incursionan en el comercio electrónico buscan otros medios de pago. Aplicaciones de pago digital como Tunki y Yape.com comenzaron a cobrar protagonismo en este tipo de mercado, al no requerir bancarización previa, pero permitiendo la inclusión financiera de los no bancarizados (Villar, 2020).

El avance acelerado del comercio electrónico en el Perú ha permitido que muchos negocios puedan afrontar la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19. No obstante, el avance se da solamente en las zonas urbanas, y en los hogares y los negocios que tienen acceso tanto a la infraestructura como al servicio de internet. De esta manera, la brecha digital impone un límite al crecimiento del comercio electrónico y sus ventajas, dejando privada de estas a un porcentaje importante de la población peruana. El avance en el crecimiento del comercio electrónico pasa necesariamente por la disminución de la brecha digital.

## 5. TRABAJO REMOTO Y EDUCACIÓN

Desde el año 2013, el Perú cuenta con la Ley n.º 30036, Ley que regula el Teletrabajo. En 2015, se aprobó el reglamento de esta ley mediante el Decreto Supremo n.º 017-2015-TR. Estas normas han sido concebidas con la finalidad expresa de regular el teletrabajo como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de TIC en las instituciones públicas y privadas, así como promover políticas públicas para garantizar su desarrollo.

El teletrabajo beneficia tanto al empleador, que ve una reducción importante de costos fijos, como al teletrabajador, que ahorra el costo en tiempo y en dinero del transporte a su centro físico de trabajo. A ello se añade una mayor flexibilidad en los horarios.

A pesar de los múltiples beneficios que ofrece esta modalidad de trabajo tanto a empresas como a trabajadores, el teletrabajo fue adoptado apenas por un 5.6 % de los empleadores. El exceso de formalidades, así como la falta de promoción de la norma, contribuyeron a su fracaso.

De hecho, la pandemia de la COVID-19 obligó a la adopción de una figura más flexible, pero derivada directamente del teletrabajo, el trabajo remoto. Aprobada por el Decreto de Urgencia n.º 026-2020, que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus, cuenta incluso con una «Guía para la aplicación del trabajo remoto», aprobada a través de la Resolución Ministerial n.º 072-2020-TR, del 26 de marzo de 2020. El trabajo remoto se ha venido aplicando en el sector público y privado, como consecuencia del aislamiento social obligatorio, de una manera más amplia que el teletrabajo.

Hay que reconocer, sin embargo, que el trabajo remoto es una opción solo para el sector formal de la economía. Y, aun en este caso, como hemos podido apreciar en párrafos anteriores, muchas empresas no tienen el acceso a la infraestructura de las TIC o, lo que es peor, a pesar de tener el acceso, carecen de conocimientos, habilidades y capacitación para la integración de las TIC

a los procesos productivos. En el sector informal de la economía, sin acceso a fuentes de crédito, ni facilidades de contratación, el trabajo remoto es simplemente una quimera.

A pesar de ello, la pandemia de la COVID-19 ha empujado a muchas empresas a adoptar el trabajo remoto como única alternativa a la paralización económica total. Se han hecho importantes esfuerzos para adaptarse al trabajo remoto, reconvirtiendo sus procesos internos. Si bien no tenemos datos fiables en el momento actual, hay un porcentaje importante de la actividad económica que se está realizando mediante modalidad remota.

El uso de plataformas de trabajo colaborativo enfocado en la productividad es básico para poder desarrollar trabajo remoto. Dos de los entornos más utilizados son G Suite y Microsoft Teams. Ambos brindan una plataforma en nube (Google Drive y OneDrive, respectivamente), *suites* de procesamiento de documentos colaborativos y aplicaciones de videoconferencias (Google Meet y Teams) y correo electrónico empresarial (Gmail y Outlook).

La agresiva política de precios de Google (con versiones de su G Suite gratuitas para empresas sin fines de lucros o instituciones educativas, y descuentos del 70 % por la pandemia de la COVID-19) ha llevado a que sea uno de los entornos más adoptados para realizar teletrabajo por las asociaciones, las micro y pequeñas empresas. No obstante, la curva de aprendizaje es un poco mayor, de manera que aquellas empresas (medianas y grandes) que ya venían utilizando licencias empresariales de Microsoft (por el uso del sistema operativo o por las versiones empresariales de Microsoft Office), prefieren adoptar la solución de Microsoft.

Es llamativo el caso de la educación. Las medidas de aislamiento obligatorio afectaron de manera particularmente dura a la prestación de servicios educativos, prohibiendo la realización de clases presenciales. Ello obligó a todas las instituciones educativas a adaptar sus procesos de enseñanza-aprendizaje a una modalidad de educación virtual. En muchos casos, se tenía que partir de cero. Si bien algunas instituciones tenían infraestructura

digital para apoyar sus procesos educativos (mediante el uso de aulas virtuales), la mayoría no tenía implementada infraestructura digital alguna.

En ese sentido, resulta sorprendente la capacidad de adaptación de las instituciones educativas a la nueva realidad. Luego de un período de transición (que tomó entre 30 a 60 días), en el que se capacitó a docentes y estudiantes en el uso de herramientas digitales, estas instituciones se encontraban en capacidad de brindar un servicio educativo idóneo.

Muchos colegios y algunas universidades optaron por la solución de Google porque esta les brinda G Suite for Education, un producto especializado con un conjunto de herramientas completas para la educación remota, incluyendo un aula virtual (Classroom), un sistema de videoconferencia para las clases virtuales (Meet), una nube de almacenamiento ilimitado, un sistema de creación de foros (Grupos), una pizarra en nube (Jamboard), una plataforma de generación de evaluaciones a través de Google Forms, y una suite ofimática en línea. Tiene una edición gratuita para las instituciones educativas que lo requieran, que es más que suficiente para los colegios y las universidades. Para aquellas instituciones más grandes, se dispone de una versión denominada G Suite Enterprise for Education, que permite reuniones de hasta 250 participantes y transmisiones en vivo hasta para 100 000 espectadores.

Microsoft no ha querido quedarse atrás, y ha adaptado Microsoft Teams para la educación. No obstante, su licencia no es gratuita. Es utilizada por algunas universidades, sobre todo por su fácil integración con otros productos de Microsoft y con otras plataformas educativas, como Classroom, Moodle, o Blackboard.

Existen soluciones especializadas en educación, y que también son empleadas en el mercado peruano, como Blackboard Collaborate. Se integra fácilmente con la plataforma de aula virtual de código abierto Moodle. Pero no es gratuita y consume un ancho de banda importante, lo que resta sus posibilidades en un país como el Perú.

En términos generales, y a pesar de algunos problemas con la conectividad, tanto en términos de acceso como de calidad de conexión, se puede decir que la experiencia de la educación remota ha sido exitosa. Ha permitido a los estudiantes tener un modelo de clase más participativo, en el que asumen un rol más activo en el aprendizaje. Asimismo, ha obligado a los docentes a actualizarse y desarrollar nuevas habilidades.

Pero también debe señalarse que este éxito se ve opacado por los casos en que la educación remota no ha podido ser aplicada, como resultado de la brecha digital. Nuevamente, este fenómeno se erige como elemento de desigualdad entre quienes pueden asistir a clases remotas y quienes se ven privados no solo de sus ventajas, sino también de las tradicionales clases presenciales, prohibidas para evitar los riesgos de contagio.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el teletrabajo es una opción para algunas actividades económicas, sobre todo, en el sector servicios (educación, asesorías, Administración pública, soporte, ventas, administración, etc.). Pero hay una parte importante de la economía peruana que, por su naturaleza, solo admite el trabajo presencial (actividades extractivas y manufactureras, servicios de transporte, limpieza pública, atención médica de urgencia, etc.). Esto constituye otra de las limitaciones para la expansión de la adopción de esta modalidad de trabajo.

## **6. A MANERA DE CONCLUSIÓN, ¿HACIA DÓNDE VAMOS?**

No cabe duda de que los efectos de la pandemia de la COVID-19 han sido devastadores en términos de pérdida de vidas humanas y destrucción de la economía peruana. Como país, no hemos tenido las herramientas necesarias para enfrentar de manera exitosa el avance la enfermedad.

La pandemia de la COVID-19 encontró un país con una deficiente penetración de internet en los hogares, y un escaso uso de las TIC en hogares, empresas y Estado, especialmente si nos

comparamos con otros países de la región. No obstante, el hecho de tener que enfrentar como sociedad los efectos de la pandemia ha sido un enorme incentivo para implementar el uso intensivo de las TIC en nuestras actividades cotidianas. Como resultado, el país ha recibido un impulso muy importante en la implementación de los servicios de la sociedad de la información.

Los avances logrados por el uso de TIC en la gestión de la sanidad pública, el crecimiento del comercio electrónico a niveles inesperadamente altos, así como la adopción del teletrabajo, son cambios trascendentes que no deben perderse, sino afianzarse en el tiempo, y seguir avanzando en esa ruta. La digitalización es la clave para la resiliencia de hogares, empresa y Estado ante una amenaza como la de la pandemia.

Pero queda aún mucho por hacer. La reducción de la brecha digital es imperativa para asegurar la inclusión digital de sectores importantes de la población peruana largamente postergados y vulnerables. Los avances logrados en el campo de gestión de la sanidad pública, el comercio electrónico, el trabajo remoto y la educación siempre se encontrarán limitados a quienes tienen acceso a las TIC, excluyendo a quienes no.

Para reducir la brecha digital, el Estado debe tener un rol activo en la dirección de construcción de infraestructura necesaria que permita el acceso de la población rural. Pero ello debe involucrar al sector privado, a través de mecanismos como asociaciones público-privadas, o el mecanismo de obras por impuestos. No obstante, existen zonas en las que el alto costo y la urgencia de implementación requieran del Estado acuerdos gobierno a gobierno que permitan la ejecución de obras complejas como estas en un corto período.

Pero, como se ha señalado, no solo basta con la infraestructura. La brecha digital tiene una dimensión cognitiva que debe ser atacada con la promoción de las TIC y con campañas de capacitación y formación en el uso de estas en las actividades productivas. El uso y la aplicación de estas tecnologías debe impartirse desde la formación escolar.

También será necesario que el Estado renuncie a la tentación sobrerreguladora. Lo ocurrido con el comercio electrónico en la primera etapa de las medidas de aislamiento social obligatorio nos da una idea de lo nefasta que puede resultar la sobrerregulación. Los marcos normativos existentes son perfectamente aplicables al comercio electrónico, por lo que resulta innecesaria una norma de comercio electrónico que termine por ahogar los nuevos modelos de negocio por exceso de regulación. Respecto al teletrabajo, las experiencias del trabajo remoto deben ser tomadas en cuenta para la modificación normativa de la Ley n.º 30036. Una mayor flexibilización permite una mayor adopción de las ventajas de esta figura, con beneficio tanto para empleadores como trabajadores.

Finalmente, la única manera de disponer de mejores servicios digitales es tener más competidores en el mercado. Los proveedores de acceso a internet (ISP) en el Perú son apenas cuatro empresas que conforman un oligopolio que no genera incentivos suficientes para la mejora de la infraestructura existente. Hacen falta nuevos actores en el mercado, y mayores inversiones en banda ancha fija y banda ancha móvil, a fin de dinamizar la competencia. Para ello hay que eliminar las barreras de entrada, sobre todo las burocráticas, que tienen un efecto negativo en la instalación de antenas y en la conectividad.

La licitación del espectro radioeléctrico para que comience a brindarse servicios móviles 5G resulta prioritaria en este momento, a fin de reforzar la velocidad, la calidad y el alcance de las conexiones, permitiendo incorporar a sectores de la población que actualmente no cuentan con acceso a internet.

Hemos llegado a enfrentar la pandemia de la COVID-19 en una situación muy precaria desde el punto de vista de implementación de las TIC en hogares, Estado y sector productivo. No obstante, se han logrado avances importantes en estos campos, impulsados por la necesidad de combatir la enfermedad y sus efectos. Estos cambios no deben perderse cuando regresemos a la normalidad, sino que deben afianzarse, mediante la reducción de la brecha digital.

## REFERENCIAS

- Andreu, M. B. (2020, mayo). Privacidad, geolocalización y aplicaciones de rastreo de contactos en la estrategia de salud pública generada por la COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (12), 848-859.
- Atúnca, C. (2020, 1 de julio). ¿Derrotará la COVID-19 a la industria textil? La iniciativa digital de Gamarra frente a la pandemia. *La República*. <https://larepublica.pe/economia/2020/07/01/coronavirus-en-peru-la-iniciativa-digital-de-gamarra-para-enfrentar-la-pandemia-atmp/>
- Bravo, F. (2020a, 8 de mayo). Comercio electrónico durante la cuarentena: ¿por qué Perú no crece como los demás países de la región? *ECommerce News*. <https://www.ecommercenews.pe/comercio-electronico/2020/comercio-electronico-cuarentena-peru.html>
- Bravo, F. (2020b, 28 de mayo). Ecommerce en Perú creció 131 % en lo que va de mayo y anota el mayor crecimiento en la región. *ECommerce News*. <https://www.ecommercenews.pe/comercio-electronico/2020/ecommerce-peru-mayo.html>
- Bravo, F. (2020c, 17 de julio). Niubiz: Creció 4 veces el número de empresas que han ingresado al comercio electrónico en Perú. *ECommerce News*. <https://www.ecommercenews.pe/ecommerce-insights/2020/evolucion-ecommerce-peru-tras-covid.html>
- Corporación Andina de Fomento, Secretaría Técnica de la CEPAL, Digital Policy and Law, y Technical Advisory Services LLC (2020). *Las oportunidades de la digitalización en América Latina frente al Covid-19*. Naciones Unidas.
- Google Inc. Exposure Notifications (2020). *Using technology to help public health authorities fight COVID 19*. COVID-19 Information & resources. <https://www.google.com/covid19/exposurenotifications>

- Guerra, R. (2020, 23 de junio). El crítico panorama de las tiendas con puerta a calle. ¿Cómo pagarán los alquileres con 100 días sin vender? *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/negocios/coronavirus-el-critico-panorama-de-las-tiendas-con-puerta-a-calle-como-pagaran-los-alquileres-con-100-dias-sin-vender-reactivacion-economica-gamarra-centro-de-lima-ncze-noticia/>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2020). *Estadísticas de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en los Hogares. Trimestre enero-febrero-marzo 2020*. Informe técnico.
- IPSOS (2020, 25 de junio). *Bancarización del peruano 2020*. <https://www.ipsos.com/es-pe/bancarizacion-del-peruano-2020>
- Jee, C. (2020, 18 de junio). The UK is abandoning its current contact tracing app for Google and Apple's system. *MIT Technology Review*. <https://www.technologyreview.com/2020/06/18/1004097/the-uk-is-abandoning-its-current-contact-tracing-app-for-google-and-apples-system/>
- Johnson, B. (2020, 11 de mayo). Nearly 40% of Icelanders are using a covid app and it hasn't helped much. *MIT Technology Review*. <https://www.technologyreview.com/2020/05/11/1001541/iceland-rakning-c19-covid-contact-tracing/>
- Katz, R., Jung, J., Callorda, F. y Telecom Advisory Services LLC (2020). *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19*. Estudio, Observatorio CAF para el Ecosistema Digital.
- Laurente, J. (2020, 27 de julio). Indecopi reitera que empresas deben entregar producto o devolver dinero hasta 30 de julio. *Andina Agencia Peruana de Noticias*. <https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-reitera-empresas-deben-entregar-producto-o-devolver-dinero-hasta-30-julio-807442.aspx>

- Silva, C. (2016, 14 de junio). Geolocalización de teléfonos celulares. *Telecomunicaciones PUCP*. <https://blog.telecom.pucp.edu.pe/index.php/2016/06/14/geolocalizacion-de-telefonos-celulares>
- Tan, S. (2020, 4 de mayo). China's Novel Health Tracker: Green on Public Health, Red on Data Surveillance. *Center for Strategic & International Studies*. <https://www.csis.org/blogs/trustee-china-hand/chinas-novel-health-tracker-green-public-health-red-data-surveillance>
- Villar, P. (2020, 5 de junio). Yape: «Los bancos ya tuvieron 130 años para bancarizar y no pudieron avanzar mucho más». *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/negocios/entrevista-luis-carrera-lider-de-yape-los-bancos-ya-tuvieron-130-anos-para-bancarizar-y-no-pudieron-avanzar-muchomas-cade-digital-2020-noticia/>





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3698

## ¿CUÁNTOS ABOGADOS SE NECESITAN PARA DETENER EL DESHIELO MUNDIAL?: EL DERECHO COMO INSTRUMENTO FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

How many lawyers does it take to stop the global  
meltdown: law as an instrument in the face of  
climate change?

RICHARD O'DIANA ROCCA

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: a20060837@pucp.edu.pe

### RESUMEN

El presente texto busca desarrollar las distintas posibilidades que el derecho ofrece para hacer incidencia sobre el derecho al medio ambiente y combatir el cambio climático. De esta forma, se presentan los compromisos climáticos y cómo estos son obligaciones que los Estados deben cumplir, el tema de la legislación ambiental vigente en el Perú, tanto la normativa positiva como aquella que no necesariamente resguarda el derecho al medio ambiente, y finalmente la posibilidad de utilizar el litigio estratégico tanto a nivel nacional como internacional para que sea la propia ciudadanía la que busque deshacer las situaciones

generadas por agentes estatales o privados que busquen afectar el derecho al medio ambiente.

**Palabras clave:** cambio climático; NDC; contribuciones determinadas a nivel nacional; ambición climática; derecho al medio ambiente; litigio estratégico.

## ABSTRACT

This text seeks to develop the different possibilities that the law offers to influence the right to the environment and combat climate change. In this way, it presents the climate commitments and how these are obligations that States must comply with. Likewise, it studies the environmental legislation in force in Peru, both the positive legislation and that which does not necessarily protect the right to the environment. And, finally, we study the possibility of using strategic litigation at both the national and international level so that citizens themselves can seek to undo situations generated by state or private agents that seek to affect the right to the environment.

**Key words:** climate change; NDCs; nationally determined contributions; climate ambition; environmental law; strategic litigation.

Recibido: 30/06/2020 Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

La muerte es eso a lo que, al menos en teoría, más le teme el ser humano. Por ello es que, sobre todo en tiempos de COVID-19, hemos tomado todas las medidas necesarias para sobrevivir un día más, con distinto nivel de resultados. A pesar de ello existe un fenómeno que amenaza mucho más nuestras vidas y que parecemos no considerar día a día: el cambio climático.

El cambio climático es aquel fenómeno mediante el cual la Tierra viene calentándose progresivamente debido a la cada vez

más feroz emisión de gases de efecto invernadero. Según data de la Organización Meteorológica Mundial (2019) del 2017 al 2018 la media mundial de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) aumentó, llegando a 407.8 partes por millón (ppm) en 2018 (cuando en el 2017 se llegó a 405.5 ppm). Prueba de ello es el objetivo del Acuerdo de París, tal vez el tratado sobre cambio climático más importante de la actualidad: se debe buscar mantener el aumento de la temperatura mundial «muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales».

El Acuerdo de París fue firmado en el año 2015, y cinco años después podemos decir que no se han dado pasos contundentes contra el cambio climático. De esta forma, la temperatura va en aumento y no parecemos tener en el horizonte algún evento determinante para frenar el cambio climático. Esto se da a pesar de que el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático<sup>1</sup> de las Naciones Unidas (IPCC, por sus siglas en inglés) ha señalado que el año 2030 es el «año de no retorno», que quiere decir que hasta esa fecha podemos implementar todas las reformas necesarias antes de que sea demasiado tarde. Queda poco tiempo.

El Perú no emite una gran cantidad de GEI (aproximadamente un 0.20 % a nivel mundial). A pesar de ello, alberga el 71 % de glaciares tropicales del mundo y es el segundo país con mayor cantidad de bosque amazónico en el mundo (Ministerio del Ambiente, s. a.). Por ello, es trascendental que nuestro país asuma compromisos climáticos claros. En este caso, se han dado diversos avances y retrocesos desde la legislación peruana, lo cual conlleva a pensar que a la lucha ambiental en el Perú se le puede aplicar el viejo dicho «borra con una mano lo que hace con la otra».

Más allá de los avances científicos y los estudios sociológicos, el cambio climático debe recibir una gran contribución por parte del derecho. Los compromisos climáticos se traducen en compromisos jurídicos, los cuales podemos exigir a los Estados frente a

---

1 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Calentamiento global de 1.5 °C (PNUMA, 2019).

órganos jurisdiccionales. Solo de esta forma podremos asegurar que los funcionarios cumplan los compromisos que trazan frente a la sociedad civil.

En este artículo buscaremos presentar una serie de compromisos y estrategias jurídicas para reivindicar el derecho al medio ambiente. El principal referente para graficar esta lucha jurídica frente al cambio climático son las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (en adelante NDC).

## 2. LAS NDC EN EL PERÚ

Las NDC son una de las herramientas más contundentes en materia de cambio climático. De esta forma, las NDC son los compromisos de reducción de gases de efecto invernadero que presentan los países firmantes del Acuerdo de París ante Naciones Unidas<sup>2</sup>. Estos compromisos se traducen en una meta aritmética de reducción de gases. Las cifras van entre 15 % de reducción de los GEI hasta 50 % de reducción de dichos GEI.

En el caso del Perú, la NDC presentada en el año 2015 implica la reducción del 30 % de GEI para el año 2030. De esta forma, el Perú ya tenía un compromiso claro sobre la reducción de sus gases de efecto invernadero. La pregunta que quedaba era ¿cómo lo iba a lograr? Para ello, nos remitimos al Acuerdo de París.

En su artículo 4, el Acuerdo de París señala que los Estados partes «procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones». Las medidas de mitigación son justamente aquellas que se adoptan para reducir la emisión de gases de efecto invernadero, como por ejemplo controlar los humos contaminantes de las fábricas o la deforestación. Lamentablemente, como vemos, el Acuerdo de París señala que los Estados «procurarán». Procurar, según la RAE (2022), es «hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa».

---

2 Puede encontrar las NDC presentadas por los países ante Naciones Unidas aquí: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>

Como vemos, el propio Acuerdo de París presenta una obligación de medios y no de resultados. Una «obligación de medios» compele a la persona obligada a agotar todos los medios para lograr un resultado, sin necesariamente incumplir su obligación si no logra el resultado esperado; en cambio, la «obligación de resultados» sí implica que el obligado logre el resultado, a toda costa. Ejemplo del primer tipo de obligación es la obligación del cirujano por salvar la vida de un herido de bala, mientras que ejemplo del segundo tipo es la obligación de un pintor de pintar la fachada de una casa.

El Acuerdo de París es muy débil para sostener que los Estados deben identificar medidas de mitigación suficientes para cumplir sus compromisos de las NDC. Esto, en el fondo, implica que el Acuerdo de París está vaciando de contenido la obligación de cumplir las NDC. Afortunadamente, el Perú sí logró identificar las medidas de mitigación para cumplir con sus NDC. Así lo hizo el Estado peruano en el año 2018 mediante el Grupo de Trabajo Multisectorial de naturaleza temporal encargado de generar información técnica para orientar la implementación de las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (GTM-NDC). Este grupo de trabajo emitió un informe<sup>3</sup> en el cual identificó 62 medidas de mitigación para cumplir con la meta de la NDC peruana. Pero esto último venía con dos trucos.

Un primer truco es que, en el mismo informe, el Estado peruano reconoce que las 62 medidas de mitigación no son suficientes para cumplir con el compromiso de reducción de 30 % de los GEI. Exactamente, se logrará reducir el 23.3 % de los GEI<sup>4</sup>. Esto representa ya un incumplimiento internacional, al estar el Estado incapacitado de cumplir con la obligación presentada ante Naciones Unidas de reducir 30 % de los GEI.

---

3 Grupo de Trabajo Multisectorial de naturaleza temporal encargado de generar información técnica para orientar la implementación de las Contribuciones Nacionalmente Determinadas. Informe final (Lima, 17 de diciembre de 2018).

4 Grupo de Trabajo Multisectorial, Informe final.

La base para señalar este incumplimiento la encontramos en diversa normativa, como la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución o el artículo V del Código Procesal Constitucional, pero en especial nos apoyamos en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, la cual señala que no podemos invocar cuestiones de derecho interno para incumplir obligaciones de tratados internacionales<sup>5</sup>.

El incumplimiento internacional del Estado se agrava cuando descubrimos que el Estado peruano solo se limitó a identificar medidas de mitigación, pero no a designar partidas presupuestales para el cumplimiento de estas. Toda medida de mitigación necesita antes del cumplimiento de condiciones habilitantes, que son aquellas medidas que permitirán que se cumplan las labores de mitigación. De esta forma, algunas condiciones habilitantes pueden ser las capacitaciones a funcionarios públicos o la inversión en maquinaria o equipos de logística.

Según una investigación del Movimiento Ciudadano frente al Cambio Climático (MOCICC), solo 16 de estas 62 medidas de mitigación cuentan con una evaluación económica completa (Ráez, 2019), mientras que solo 12 de las 63 condiciones habilitantes identificadas tienen presupuesto destinado para ser ejecutadas en su totalidad (O'Diana, 2019). Como vemos, el Estado peruano ha hecho bien en identificar las medidas que nos permitirán llegar a cumplir los compromisos de las NDC, pero lamentablemente no ha hecho lo mismo en materia presupuestal. Lo que deberíamos precisar de un Estado realmente comprometido con la lucha frente al cambio climático es poder sacar normas vinculantes donde se designe presupuesto específico para el cumplimiento de las NDC.

Dos años después de presentadas las NDC, no se han mostrado mayores avances en nuevas medidas de mitigación (que permitan

---

5 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados «27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

cumplir efectivamente el compromiso del 30 % de reducción de GEI) o en asignaciones de presupuesto lo suficientemente importante como para confrontar al cambio climático. Incluso durante la COP25, a finales del 2019, la ministra del Ambiente señaló que durante el 2020 la ambición climática (concepto técnico a través del cual se conoce a las NDC) aumentaría. Hasta mediados del 2020 no había novedades al respecto.

### **3. AVANCE NORMATIVO AMBIENTAL: LA LEY MARCO SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y SU REGLAMENTO**

A los resultados mixtos de la experiencia peruana con las NDC debemos sumarle el devenir legislativo peruano. Y es que el Perú se convirtió en pionero del continente americano cuando en el año 2018 sacó su ley de medio ambiente, y al año siguiente sacó su reglamento.

La Ley n.º 30754, ley marco sobre cambio climático, fue promulgada en abril de 2018 luego de muchos años de preparación y debate. Se trata de una norma, en principio, positiva, debido a que contiene muchos aspectos loables para la lucha frente al cambio climático. En primer lugar, la Ley n.º 30754 ofrece una gran perspectiva en participación ciudadana en tiempos climáticos. Así lo señala en el principio de articulación ubicado en el artículo 2.6 de la ley, el cual es complementado por el principio de gobernanza climática, ubicado en el artículo 2.7. Este último asegura la participación efectiva de todos los actores en la toma de decisiones, el manejo de conflictos y la construcción de consensos.

Asimismo, la ley crea en su artículo 9 la Comisión Nacional sobre el Cambio Climático, la cual es un grupo conformado por distintas entidades del sector público y la sociedad civil para hacer seguimiento del cumplimiento de políticas públicas sobre cambio climático y los compromisos internacionales que ha adoptado el Perú. Actualmente, se viene negociando con el Ministerio

del Ambiente el número de entidades representativas por sector que conformarán este grupo (a los ministerios del Poder Ejecutivo hay que sumar a representantes de los pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de temas de género, sector empresarial, entre otros).

Incluso el artículo 11 de la ley va más allá y le permite a la sociedad civil y los pueblos indígenas la posibilidad de recomendar acciones de adaptación y mitigación. Si bien se reconoce esta disposición de la norma, lo ideal hubiera sido que a ambos sectores se les reconozca no solo la posibilidad de recomendar estas medidas claves (sobre todo las de mitigación), sino además la posibilidad de formar parte del grupo que efectivamente propone estas medidas, la cual es la Comisión de Alto Nivel de Cambio Climático (creada en el artículo 10 de la ley).

Finalmente, sobre el tema de participación ciudadana, la Ley n.º 30754 señala que las autoridades competentes tienen la obligación de brindar información «oportuna, adecuada y continua» al público en general. Asimismo, la norma señala que se debe tener en cuenta el enfoque intercultural a la hora de entregar la información pública y lo estipulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Otro avance de la Ley n.º 30754 es el del enfoque transversal, en el que la responsabilidad de tomar medidas concretas contra el cambio climático no es solo del ente rector (Ministerio del Ambiente), sino además de todos los diversos sectores que conforman el Estado, tanto carteras ministeriales que forman el Poder Ejecutivo como otros poderes del Estado.

De esta forma, la ley señala en su artículo 7 todas las labores de las autoridades sectoriales. Dentro de estas se encuentran, por ejemplo, diseñar, implementar y monitorear políticas públicas en materia de cambio climático y NDC.

Justamente, uno de los principales aciertos de la Ley n.º 30754 es el reconocimiento explícito de las NDC como uno de los instrumentos de gestión integral para el cambio climático (artículo 12).

Además, esta ley define a las NDC, señalando que deben comprender metas de mitigación y adaptación y que se procure el aumento progresivo de las metas propuestas. Como vimos en el punto anterior de este texto, esto último representa uno de los principales retos de la lucha climática en el Perú.

Pero si bien la Ley n.º 30754 tiene puntos favorables y contrarios, la norma que termina creando muchas expectativas favorables en relación con el cambio climático es su reglamento: el Decreto Supremo n.º 013-2019-MINAM. Dicha norma presenta varias indicaciones importantes en materia, sobre todo, de participación ciudadana en cambio climático.

De esta forma, el reglamento establece competencias claras para todos los niveles de gobierno, tanto sectorial como regional y local. Al Ministerio del Ambiente, que es la autoridad nacional sobre cambio climático, se le encarga la elaboración de la Estrategia Nacional de Cambio Climático (ENCC) y la elaboración y aprobación de los lineamientos para la Estrategia Regional de Cambio Climático (ERCC) y el Plan Local de Cambio Climático (PLCC), así como la rendición de cuentas al Congreso y a la Contraloría sobre las NDC y la difusión cada cinco años de las medidas de mitigación y adaptación propuestas por la Comisión de Alto Nivel de Cambio Climático (CANCC).

Sobre los diversos sectores (ministerios), estos reciben el encargo de diseñar y definir las medidas de mitigación y adaptación que les corresponda, además de monitorear y reportar el avance de estas. Finalmente, tienen que garantizar espacios participativos a actores no estatales en la formulación y el monitoreo de las políticas y proyectos que incorporen sus medidas de mitigación y adaptación.

Sobre los gobiernos regionales, se le encarga la elaboración, la aprobación (mediante ordenanza), la evaluación y la actualización de la ERCC, de conformidad con la ENCC y las NDC. Además, debe incorporar las medidas de mitigación y adaptación de la ERCC en sus distintos planes e instrumentos de inversión y presupuestales. Se señala que se debe garantizar espacios

participativos efectivos, oportunos y continuos en los procesos de formulación, monitoreo, evaluación y actualización de las ERCC. Finalmente, se indica que en las ERCC que se desplieguen en tierras y territorios de pueblos indígenas u originarios deben incorporarse los planes de vida de estos pueblos.

Sobre los gobiernos locales, se les encomienda la elaboración, la aprobación, la evaluación y la actualización de sus PLCC, de conformidad con la ERCC, la ENCC y las NDC. Además, debe incorporar las medidas de mitigación y adaptación en sus distintos planes operativos y presupuestales. Finalmente, se debe garantizar espacios participativos efectivos, oportunos y continuos en los procesos de formulación, monitoreo, evaluación y actualización de sus PLCC.

Como vemos, un gran avance del reglamento es la garantía plena de participación ciudadana en la elaboración de todos los instrumentos de cambio climático, haciendo énfasis en la participación culturalmente apropiada de los pueblos indígenas u originarios y el enfoque de género (que no estaba como principio en la Ley Marco de Cambio Climático). Se hace mucho énfasis en la participación de los pueblos indígenas u originarios, a través de sus organizaciones representativas y garantizando su identidad, sus costumbres, sus conocimientos y sus prácticas ancestrales. Dentro de ello, se creó la Plataforma de Pueblos Indígenas como órgano principal de participación de los pueblos indígenas u originarios.

El otro gran avance que presenta el reglamento es lo referido a las NDC. De esta forma, el reglamento presenta diversas precisiones que no se encontraban ni en la Ley Marco sobre Cambio Climático ni en los informes del Grupo de Trabajo Multisectorial. El reglamento señala que cada cinco años, mediante resolución ministerial, la autoridad nacional difunde las medidas de mitigación y adaptación para cumplir las NDC. Además, se establece específicamente que por cada período de actualización de las NDC se incrementan progresivamente las metas de mitigación y adaptación, considerando las propuestas de los pueblos indígenas u originarios.

Algo que se criticó del informe del Grupo de Trabajo Multisectorial que identificó las medidas de mitigación y adaptación es que no se señalaban claramente indicadores, plazos, presupuesto y entidades responsables. Esta preocupación ha sido parcialmente subsanada por este reglamento, el cual señala que las medidas de mitigación deben contar, mínimamente, con una línea de base de emisiones y remociones de GEI, información referencial de los costos y las prácticas y costumbres de los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, se le indica al Minam la tarea de difundir cada cinco años reportes sobre los avances de las medidas de mitigación y adaptación, los cuales deben contar con información sobre instituciones responsables, períodos de ejecución y meta cuantificable.

Finalmente, se creó el Sistema para el Monitoreo de las Medidas de Adaptación y Mitigación, que realizará el seguimiento y el reporte del avance de implementación de las medidas de mitigación y adaptación. Este se encontrará a cargo del Minam.

#### **4. RETROCESO NORMATIVO AMBIENTAL: LOS «PAQUETAZOS» Y LA REACTIVACIÓN**

Lamentablemente, normas positivas como la ley marco de cambio climático y su reglamento encuentran una contradicción en el propio gobierno. Esta contradicción es generada por todo un cúmulo de paquetes normativos presentados tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo y que son contrarios a la protección del medio ambiente.

Una de estas normas dañinas con el medio ambiente es la Ley n.º 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, del año 2014. De esta forma, el artículo 19 de esta ley le impuso al Organismo de Fiscalización y Evaluación Ambiental (OEFA) que privilegiara las acciones de prevención y corrección por sobre las multas, las cuales no podían ser superiores al 50 % del monto total de las multas salvo casos de grave daño real y muy grave a la vida y a la salud.

Asimismo, la mencionada ley establece en su artículo 12 que los montos establecidos por las multas ya no constituirán recursos del OEFA, sino que irán al tesoro público, debilitando los ingresos del máximo fiscalizador ambiental. Finalmente, el artículo 22 de la ley estableció que ni la Zonificación Económica Ecológica ni el Ordenamiento Territorial asignan usos ni exclusiones de uso. Esto último resulta jurídicamente inaudito, ya que le resta la esencia al ordenamiento territorial de demarcar usos de territorios que excluyen determinadas actividades en beneficio de la protección de flora o fauna.

Pero no tenemos que ir muy lejos para detectar un caso de una norma que tiene afectaciones ambientales. En medio de este contexto actual por la COVID-19, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República facultades específicas para poder legislar en distintas materias. Uno de estos rubros es el de las actividades referidas a proyectos de inversión.

De esta manera, el Poder Ejecutivo emitió en mayo de 2020 el Decreto Legislativo n.º 1500, que establece medidas especiales para reactivar, mejorar y optimizar la ejecución de los proyectos de inversión pública, privada y público privada ante el impacto de la COVID-19. En esta norma se establecen una serie de medidas que flexibilizan estándares de las actividades privadas (muchas de ellas actividades extractivas) y que podrían atentar contra el medio ambiente.

Un ejemplo es lo que regula este decreto legislativo en su artículo 6, donde se establece que los mecanismos de participación ciudadana en procedimientos de inversión pública o privada se realizarán a través de medios electrónicos, virtuales o afines. Esto puede aparentar ser una medida adecuada para estos tiempos de cuarentena y encierro preventivo, pero que resulta peligroso si consideramos que los proyectos extractivos suceden muchas veces en territorios de comunidades nativas o campesinas y donde el internet escasea o no tiene tan buena señal de recepción.

Finalmente, el Decreto Legislativo n.º 1500 establece en su artículo 7.1 que se exonera a los administrados que llevan a cabo

estos proyectos de inversión a que realicen trabajos de campo para presentar sus reportes o monitoreos exigidos por ley. Nuevamente, esto es un riesgo latente, ya que son trabajos de campo los elementos más precisos para realmente sopesar los posibles impactos que los proyectos pueden tener en la naturaleza o en el territorio de las comunidades nativas o campesinas.

## 5. UNA ESPERANZA JURISDICCIONAL: EL LITIGIO ESTRATÉGICO AMBIENTAL

La situación fáctica es apremiante, pero ello no quiere decir que nos quedemos cruzados de brazos. Tenemos que reivindicar el derecho al medio ambiente a nivel jurisdiccional. Para ello importa considerar que este derecho se encuentra positivizado dentro de los derechos fundamentales de la Constitución de 1993.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

De esta forma, a través del litigio estratégico podemos emprender la defensa judicial de este derecho. Esto a través de la acción de amparo (artículo 200.2 de la Constitución de 1993). La reivindicación de los derechos fundamentales mediante los casos ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional es una forma adecuada de poder buscar la satisfacción de dichos derechos o buscar revertir una situación contraria a la defensa de este derecho.

Similar estrategia han adoptado otros grupos en condiciones de vulnerabilidad que quieren reivindicar sus derechos. De esta forma, tanto los grupos feministas, como el colectivo LGTBQI y los pueblos indígenas han judicializado sus luchas para poder reivindicarlas, sin necesidad de esperar algún trámite de parte del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Hablamos un poco de la reivindicación jurídica de este último grupo.

En el Perú, los pueblos indígenas han luchado mucho para buscar la reivindicación de sus derechos. A pesar de estar vigente desde 1995, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratado máximo sobre derechos de los pueblos indígenas, demoró en calar en el debate sociojurídico en el Perú. De esta forma, se produjeron múltiples violaciones de pueblos indígenas en forma de actividades extractivas.

Los casos más reconocidos en materia de litigio estratégico con respecto a los derechos de los pueblos indígenas son el caso del lote 116 y el caso de Hidrovía Amazónica. El caso del lote 116 es de particular importancia, pues tiene implicancias gravitantes sobre el tema de la protección al medio ambiente.

El caso del lote 116 representa un hito para la lucha jurisdiccional por los derechos de los pueblos indígenas. Este lote fue otorgado en el año 2006 en adjudicación para su explotación petrolera. El lote 116 está ubicado en la cuenca del Marañón, provincias de Condorcanqui y Bagua de la región Amazonas, y una parte menor en la región Loreto, provincia Datem del Marañón. Se encuentra en la precordillera andina peruana, que cuenta con un importante potencial de hidrocarburos.

El lote se superpone sobre el territorio ancestral y titulado de los pueblos indígenas awajún y wampis; dentro del lote 116 se encuentran ubicadas aproximadamente 73 comunidades, de las cuales 3 (entre ellas, Kashap) trabajan directamente vinculadas a las empresas petroleras.

Además, el lote se superpone a dos Áreas Naturales Protegidas: la Zona Reservada Santiago Comaina (en el 36.6 % de su extensión) y la Reserva Comunal Tuntanain (en el 48.5 % de su extensión). El lote 116 tiene una superficie total de 658 879.677 hectáreas.

En 2006, el Gobierno peruano suscribió el contrato de licencia de exploración y explotación del lote 116. Hoy, el lote 116 es operado por la empresa Pacific Stratus Energy-Perú<sup>6</sup>, la cual tiene

---

6 Pacific Stratus Energy es 100 % sucursal de la empresa canadiense Pacific Rubiales y es la misma que obtuvo últimamente la licencia de explotación del lote 192.

la adjudicación del lote junto con la empresa Maurel et Prom (empresa francesa). Pacific Rubiales realizaba actividades de exploración en la Plataforma DOM-1 ubicada en la comunidad de Kashap del Alto Marañón, en la cual se almacenaban residuos y químicos.

El proyecto del lote 116 presentaba una serie de afectaciones al medio ambiente, muchas de ellas recogidas en su Estudio de Impacto Ambiental (EIA). De esta forma, el EIA del lote 116 indicaba que la perforación del pozo requeriría de diferentes clases de sustancias e insumos que se utilizarían para la preparación del lodo de perforación (base agua). Al respecto el EIA indica que

El lodo consistirá de un sistema a base de agua fresca con un gel/polímero, se utilizarán componentes que presenten el menor riesgo posible al ambiente y maximicen la eficiencia de la perforación [...] los productos químicos que se usarán para preparación del lodo, los cuales son amigables al medio ambiente, no tóxicos.

Asimismo, el EIA recogía como anexos las hojas de datos de seguridad para los insumos y otros químicos que serán usados en el proyecto. El análisis de la información contenida en dichas hojas demuestra que estos químicos no se pueden considerar amigables con el ambiente, ni con la salud de las personas por las siguientes razones: son elementos corrosivos e inflamables; representan un comprobado peligro para la fauna; representan un potencial para generar riesgos a la salud, como quemaduras de ojos o la piel e incluso tienen el potencial de causar cáncer; son caracterizados como residuos peligrosos o con el potencial de ser peligrosos.

El EIA establecía que la perforación de dos pozos petroleros desde la plataforma DOM generará 126 toneladas de residuos (84 toneladas de residuos en la locación de perforación y 45 toneladas de residuos en la locación Campamento Base Ciro Alegría), de los cuales 23 toneladas son caracterizadas como residuos peligrosos. Así también el EIA señalaba que los lodos de perforación serán separados en fase líquida y sólida previamente a su tratamiento y disposición fuera del lote petrolero (a través de una

Empresa Prestadora de Servicios de Residuos Sólidos. No existen empresas prestadoras de servicio de residuos sólidos, a pesar de que no existen EPS-RD autorizadas por DIGESA en Amazonas) o en el territorio indígena.

El almacenamiento y el desecho de residuos contaminantes eran los principales problemas del lote 116. Los residuos peligrosos y no peligrosos están siendo almacenados en las instalaciones de la plataforma y en el campamento base. Es necesario señalar que algunos de los químicos contenidos en los residuos peligrosos no pueden ser dispuestos en rellenos industriales, pues por su alta toxicidad requieren ser incinerados.

El EIA del lote 116 proyecta además que 10 601 barriles que contienen suelo contaminado con metales pesados que son nocivos para la salud y el ambiente serían depositados en los suelos de los territorios indígenas de las comunidades awajún. La empresa no pudo subsanar la observación planteada por el Minem sobre qué método utilizará para la remediación de metales pesados (bario, arsénico, cadmio, cromo, plomo y mercurio) en los cortes de perforación, ya que el *landfarming* disminuye las concentraciones de hidrocarburos y aceite, pero es inefectivo para reducir concentraciones de metales pesados. Finalmente, el Minem absolvió esta observación y el EIA fue aprobado.

En el EIA se establece que en la actividad petrolera se generarán al día 120 barriles de efluentes domésticos y 220 barriles de efluentes industriales. A través de la Resolución Directoral 149-2012-ANA-DGCRH, el ANA autorizó el vertimiento del agua residual industrial tratada en la microquebrada S/N 2, mientras que mediante Resolución Directoral 150-2012-ANA-DGCRH autorizó el vertimiento del agua residual doméstica tratada en la microquebrada S/N 3. Ambas quebradas alimentan a la quebrada Atsakus.

Las actividades petroleras del lote 116 afectan el suelo (se removieron 70 000 metros cúbicos de tierra para la construcción de la plataforma DOM-1) y generan deforestación. Esto, sumado a la contaminación del agua que destruye colpas (centros donde

se reúnen animales para beber y alimentarse) y la generación de ruidos por maquinaria y helicópteros genera ahuyentamiento de la fauna silvestre.

En el año 2015, Pacific presentó el plan de abandono y se retiró de la comunidad Kashap. Desde mayo de 2016, el lote 116 se encuentra en estado de «fuerza mayor». Al 2017, la empresa Pacific se retiró del lote 116, aduciendo problemas sociales para implementar el proyecto.

Los pueblos indígenas buscaron replantear la situación a nivel jurídico. En agosto de 2014, representantes de los pueblos awajún y wampis presentaron una demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas y Perupetro. En dicha demanda, los pueblos awajún y wampis pidieron la nulidad tanto del Decreto Supremo 066-2006-EM (que adjudica el lote 116) como de la Resolución Directoral 283-2011-MEM/AAE (que aprobó el estudio de impacto ambiental de la exploración de hasta dos pozos exploratorios). La razón de la demanda fue que ambos instrumentos no habían sido sometidos a procesos de consulta previa, tal cual mandaba el Convenio 169 de la OIT.

Recién en marzo de 2017 el Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia Lima declaró fundada la demanda, y estableció la nulidad de ambas resoluciones ante la no realización de una consulta previa. El Estado peruano decidió apelar esta sentencia.

Es en agosto de 2018 que llega la sentencia de segunda instancia y definitiva. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia de primera instancia, y estableció el mismo argumento de que la consulta previa es vinculante desde febrero de 1995. Lamentablemente, esta sentencia de segunda instancia no anula la resolución que adjudica el lote, sino que suspende sus efectos hasta que se realice la consulta previa.

Con esta sentencia confirmatoria se logró detener un lote petrolero que causaría un gran daño al medio ambiente. Como vemos, a nivel judicial se puede avanzar con la defensa del medio ambiente

y debería ser una herramienta que utilizemos de manera más seguida. El litigio estratégico debería ser uno de los caminos que señalemos para reivindicar derechos fundamentales, ya que permite un mejor avance que cualquier otro campo (reglamentos del Poder Ejecutivo o leyes del Poder Legislativo). Pero no es la única forma.

## **6. LA INCIDENCIA INTERNACIONAL: EL DERECHO AMBIENTAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha ofrecido a lo largo de su jurisprudencia y análisis de casos una defensa férrea de derechos humanos en Latinoamérica. Esto destacó especialmente contra los múltiples regímenes que violentaron derechos humanos de la ciudadanía latinoamericana.

De esta forma, los órganos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) han hecho avanzar mucho la lucha de los derechos humanos. La Corte analiza casos jurisdiccionales sobre la base de las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos (llamada también Pacto de San José). Este tratado de derechos humanos regula generalmente derechos humanos de primera generación (vida, integridad, propiedad, entre otros).

Debido a esto último, no se han visto todavía casos sobre violación al medio ambiente en la Corte IDH. Esto no ha sido óbice para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos haya tratado en diversas instancias el tema de las violaciones al derecho al medio ambiente. A continuación, dos ejemplos concretos de las acciones implementadas por dicho sistema sobre el derecho al medio ambiente.

En primer lugar, la opinión consultiva de la Corte IDH de noviembre de 2017 sobre derecho al medio ambiente, a solicitud

del Estado de Colombia. Como señalamos anteriormente, el derecho al medio ambiente no está tal cual en la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que la Corte IDH conecta este derecho a los derechos a la vida y a la integridad personal para poder dar desarrollo a la presente opinión consultiva. De esta forma, la Corte IDH (2017) habla de «interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el derecho sostenible» (párr. 54).

Esta precisión de la Corte IDH es clave para determinar por qué esta instancia es la encargada de pronunciarse sobre el derecho al medio ambiente. El derecho al medio ambiente está dentro del Protocolo de San Salvador<sup>7</sup>, el cual solo permite que se denuncie ante la Corte IDH casos referidos a los derechos sindicales o derecho a la educación<sup>8</sup>. Pero la conexión del derecho al medio ambiente con otros derechos humanos permite que la Corte IDH se pronuncie sobre diversas afectaciones al medio ambiente.

Una vez resuelta la competencia de la Corte IDH (2017) para dar una resolución sobre este derecho, el máximo órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos entra a dos puntos de fondo. En primer lugar, se señala que el derecho al medio ambiente tiene una afectación tanto individual como colectiva (párr. 59). La dimensión colectiva se refiere a un interés universal, tanto de generaciones presentes como de generaciones futuras, mientras que la dimensión individual tiene que ver con

---

7 Protocolo de San Salvador: Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

8 Protocolo de San Salvador

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

la conexión del derecho al medio ambiente con otros derechos como la vida, la salud o la integridad.

En segundo lugar, la Corte IDH (2017) señala que la afectación al derecho del medio ambiente se da con mayor intensidad en ciertos grupos vulnerables (párr. 67). Esto remarca que si bien una afectación al medio ambiente nos afecta a todos (en una ciudad, un país o el mundo entero), esta afectación no se da en todos los grupos de la misma manera. El cambio climático afecta de modo distinto a diferentes grupos, los grupos en situaciones de poder/control (desde factores étnicos hasta factores dinerarios) son los mejor preparados para confrontar los estragos del cambio climático.

Dentro de las conclusiones de esta opinión consultiva, la Corte IDH (2017) señala que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben asegurarse de que su territorio no sea utilizado para que se cause algún daño significativo y que los Estados tomen medidas para evitar que actividades en su territorio afecten los derechos de las personas (párr. 104).

Esta opinión consultiva constituye la primera vez en la que la Corte IDH hace referencia al derecho al medio ambiente, y debe ser considerado dentro del tratamiento jurisprudencial de este derecho fundamental. Este tratamiento viene mejorando cada vez a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Prueba de ello es la audiencia sobre Cambio Climático llevado a cabo en el 173.º período de sesiones de la CIDH, llevado a cabo en septiembre de 2019.

Dentro de los pedidos (Albar et al., 2020) hacia la CIDH de las entidades solicitantes (entre las que encontramos organizaciones de casi diez países latinoamericanos) está el incorporar a su mandato a la crisis climática como asunto prioritario, impulsar peticiones y medidas cautelares relacionadas con el cambio climático, exigir protección a los defensores ambientales y exhortar a los países a diseñar NDC más ambiciosas para el año 2020. Como

vemos, a nivel interamericano, el tema del cambio climático y la defensa del derecho ambiental se han convertido en una prioridad.

## 7. CONCLUSIONES

Como hemos visto, el derecho ofrece múltiples oportunidades para poder reivindicar el derecho al medio ambiente, tanto a nivel de compromisos internacionales como a nivel de litigio estratégico nacional. Esto debe motivar a que los abogados y las abogadas revisemos nuestra preparación y aportemos desde nuestro campo a la búsqueda de un mejor planeta.

En referencia a los compromisos climáticos, las NDC son un compromiso ineludible para los Estados, que conminan a estos a reducir la emisión de sus gases de efecto invernadero. Lo que debemos priorizar ahora es el cumplimiento de medidas de mitigación interna y el destino de presupuesto a dichas medidas para concretar los compromisos de las NDC.

Sobre la normativa ambiental, hemos visto que el marco institucional peruano es adecuado, contando con un Ministerio del Ambiente y la ley marco sobre cambio climático (y su reglamento). Lamentablemente, encontramos normativa contraproducente, ya que tenemos ejemplos de normas concretas que buscan flexibilizar estándares ambientales que teóricamente buscan beneficiar las inversiones y la reactivación económica.

Finalmente, en lo referido al litigio estratégico, es factible en vía nacional e internacional poder iniciar procesos jurisdiccionales contra acciones que buscan afectar el derecho al medio ambiente. Los principales avances se dan justamente en tribunales como el Poder Judicial o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo esto demuestra que, al menos en materia ambiental y de cambio climático, los abogados y las abogadas tenemos mucho por hacer.

## REFERENCIAS

- Albar, M., Auz, J., Bautista, J., Bustos, C., Carballo, J. M., Castillo, V., Medici-Colombo, G., Lavayen, A. M., Martínez, A., Médici, G., Pineda, C. y Tan, J. (2020). *Cambio climático y los derechos de mujeres, pueblos indígenas y comunidades rurales en las Américas*. Fundación Heinrich Böll.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, 25 de septiembre). *Regional: Cambio climático DESCA de mujeres, indígenas y comunidades rurales* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=THZYEPeytm0&list=PL5QlapyOGhXv6HBC1inn6DjTfDd4-7Rbx&index=20>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2017). Opinión Consultiva OC-23/17. 15 de noviembre de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2017). Expediente n.º 32365-2014. Lima: 28 de marzo de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2018). Expediente n.º 32365-2014-0-1801-JR-CI-04. Segunda Sala Civil. Lima: 3 de marzo de 2018. [https://es.scribd.com/document/386651171/Rsol-32365-2014-0-1801-JRCI-04#download&from\\_embed](https://es.scribd.com/document/386651171/Rsol-32365-2014-0-1801-JRCI-04#download&from_embed)
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (2019). *Calentamiento global de 1,5 °C*. PNUMA.
- Ministerio del Ambiente (s. a.). Perú, país de bosques. <http://www.minam.gob.pe/programa-bosques/peru-pais-de-bosques/>
- O'Diana, R. (2019). *Contribuir para tener más tiempo: análisis legal y estado de avance de las NDC en el Perú*. MOCICC.
- World Meteorological Organization (2019, 25 de noviembre). *Greenhouse Gas Bulletin*, (15).
- Ráez, E. (2019). *Cambio climático en el Perú: contribuciones nacionales, su definición y estado de avance*. MOCICC.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero–diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3699

## ALGUNAS DUDAS SOBRE EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO. UN DIAGNÓSTICO TENTATIVO PARA SUPERARLO MEDIANTE NUEVAS OPCIONES Y VIEJAS AMISTADES<sup>1</sup>

Some doubts about the impact of artificial  
intelligence on law. A tentative diagnosis to  
overcome it through new options and old friendships

GABRIEL EDUARDO USCAMAYTA  
Universidad Andina del Cusco  
(Cusco, Perú)

Contacto: guscamayta.h@gmail.com

### RESUMEN

El presente trabajo aborda algunos impactos que generarán las tecnologías en el derecho en un futuro no tan lejano. Para ello, abordo en primer término, a modo de introducción, y de manera didáctica, uno de los últimos sucesos disruptivos de la inteligencia artificial en los *e-sports*. Paso seguido, me valgo de esta pequeña introducción para hacer algunas analogías en el derecho. Poste-

---

1 Quiero agradecer a mis queridos amigos Luis Miguel Camacho y Galimberty Ponce por la lectura de la versión *draft* del presente trabajo y sus correcciones allí hechas.

riormente, me centro en la automatización de labores jurídicas y planteo la posibilidad de distinguir entre la automatización total y la de algunas actividades jurídicas, haciendo énfasis en la búsqueda inteligente del material normativo como uno de los avances más significativos. Dicho ello, paso a analizar someramente la situación de la educación legal en Perú y revisar si hay algún interés por la tecnología. Finalmente, argumento sobre algunas alternativas para amortiguar el impacto de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías en la enseñanza del derecho, acudiendo a la revalorización de algunos cursos, pero sobre todo por la apuesta en la ingeniería de conocimiento jurídico, el análisis de procesos jurídicos y el *legal management*.

**Palabras clave:** inteligencia artificial; enseñanza del derecho; automatización; *legal management*; ingenieros de conocimiento jurídico; análisis de procesos jurídicos.

## ABSTRACT

This paper addresses some of the impacts that technologies will have on law in the not so distant future. In order to do so, I first address, by way of introduction, and in a didactic manner, one of the latest disruptive events of artificial intelligence in e-sports. I then use this short introduction to make some analogies in law. I then focus on the automation of legal tasks and raise the possibility of distinguishing between total automation and the automation of certain legal activities, with emphasis on the intelligent search of normative material as one of the most significant advances. Having said that, I go on to briefly analyze the situation of legal education in Peru and review whether there is any interest in technology. Finally, I argue about some alternatives to cushion the impact of artificial intelligence and new technologies in legal education. To this end, I propose the revaluation of some courses, but especially the bet on legal knowledge engineering, legal process analysis and legal management.

**Key words:** artificial intelligence; law teaching; automation; legal management; legal knowledge engineering; legal process analysis.

Recibido: 30/06/2020 Aceptado: 21/07/2020

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA IRRUPCIÓN DE LA IA EN EL ESCENARIO DE LOS E-SPORTS

En 2015, Elon Musk, Sam Altman y otros fundaron OpenAI con la finalidad de crear un espacio de investigaciones en inteligencia artificial para generar impactos positivos en la actividad humana. Entre sus actividades pioneras «OpenAI» creó «OpenAI Five», una plataforma donde sus investigadores centraron sus esfuerzos en crear «bots» con inteligencia artificial para que puedan jugar Dota —el *e-sport* con más acogida y difusión a nivel mundial—.

El porqué de su elección radicó en la idea de que jugar Dota presupone mucha complejidad en la toma de decisiones en tiempo real, el trabajo en equipo y el procesamiento de una gran cantidad de datos adquiridos con base en la experiencia. A ello sumémosle, tal como señalan los autores, que dicho juego presentaba desafíos para el aprendizaje por refuerzo debido al tiempo, los escenarios cambiantes y la alta dimensionalidad de espacios a observar y actuar<sup>2</sup>. A diferencia del ajedrez o el Jeopardy, Dota es un juego más complejo que presupone toma de decisiones rápidas en distintos momentos del juego.

Para el año 2017, OpenAI Five tuvo su primera aparición pública en «The International»<sup>3</sup> (TI) para enfrentar a uno de los

---

2 Afirman los autores lo siguiente: «The game presents challenges for reinforcement learning due to long time horizons, partial observability, and high dimensionality of observation and action spaces» (Berner et al., 2019, p. 1).

3 The International (TI) es el campeonato mundial de Dota 2 organizado por Valve y que se realiza una vez al año. Al TI asisten los mejores equipos de Dota del mundo para competir por pozos ascendientes a 20 millones de dólares.

mejores jugadores del mundo en un «1 vs. 1». El resultado fue sorprendente. El *bot* había logrado vencer considerablemente a una de las leyendas de este famoso *e-sport*<sup>4</sup> frente a más de veinte mil asistentes. Hasta dicho año, el *bot* solo pudo demostrar grandes avances en partidas de modalidad «1 vs. 1». La modalidad de juego en equipo «5 vs. 5» aún no había sido perfeccionada, pero estaba en proceso de serlo. Los resultados se hicieron esperar un par de años. En 2019, OpenAI volvió a sorprender, esta vez ganándole en un juego de «5 vs. 5» al campeón de las dos últimas ediciones del TI, y probablemente el mejor equipo en la historia de este *e-sport*, OG Red Bull<sup>5</sup>.

Esta hazaña lograda por los más de quince investigadores que conformaron el equipo de OpenAI Five, ha sido una de las más resonantes de los últimos tiempos. Los videojuegos han sido desde siempre grandes escalones de testeo para después salir a la «realidad» y elaborar sistemas que puedan ayudar en las labores más humanas o cotidianas.

Frente a esta disrupción en el escenario de *e-sports*, algunas dudas empezaron a surgir; pero la más inquietante fue si, en el futuro, torneos como el TI iban a seguir teniendo la misma temática de enfrentar a los mejores equipos de jugadores humanos o si los humanos iban a tener otros roles dentro de los equipos. La cuestión puede aclararse de la siguiente manera. Si los *bots* comienzan a tener mayor experticia y superan a los jugadores humanos<sup>6</sup>,

---

4 Y de hecho no solo logró vencer a Danil Ishutin (Dendi) en la exhibición. En el video de presentación que circula en YouTube, se muestra que OpenAI logró vencer a otros jugadores profesionales antes del match de exhibición. Entre ellos a Artour Babaev (Arteezy) y Syed Sumail Hassan (Suma1L), ambos jugadores pertenecientes al Top 5 de la región América. Véase OpenAI (2017).

5 Puede verse el video en Wako's Gaming Review (2019).

6 La ventaja del sistema puede mostrarse en el siguiente dato. En términos de reacción ante las imágenes en tiempo real, la reacción humana bordea los 250 milisegundos, mientras que OpenAI Five ha logrado que sus *bots* inteligentes reaccionen en un tiempo estimado de 217 milisegundos.

probablemente no podamos ser competencia para ellos. Por tanto, el futuro podría incentivar competencia de jugadores *bots*<sup>7</sup>.

Si esto fuese así, la intervención humana quedaría en tela de juicio. Si los humanos no serían quienes jueguen, ¿qué labor tendrían? Imagino que los posibles escenarios para la intervención humana podrían ser ensayados de la siguiente manera: i) como *coachs* de los *bots* o ii) como ingenieros de conocimiento que permitan diseñar los *bots*. Como *coachs* porque estos *bots* necesitan practicar y seguir retroalimentando sus datos a través de experiencia. Como ingenieros de conocimiento en la medida que para su *programación*, la intervención de un experto temático de la actividad a representar es imprescindible. Más allá de un reemplazo, la figura se tornaría en una reubicación del trabajo humano. Y, de hecho, esto es algo que la IA viene propugnando desde hace mucho a diferencia del miedo que ronda por ahí sobre el reemplazo de actividades (Cevasco et al., 2019, pp. 32-ss.). Sin embargo, estos escenarios parecen no estar tan próximos a la realidad. El escenario que más aceptación ha generado fue el de utilizar a estos *bots* inteligentes como «sacos de entrenamiento»<sup>8</sup> de los jugadores profesionales. No obstante, como los espacios académicos permiten reflexionar en abstracto y generar posibilidades a partir de ciertos datos, en este trabajo nos centraremos en los escenarios «no oficiales» para generar nuestro argumento y establecer algunas analogías en el campo del derecho y su enseñanza. En un primer momento abordaremos sobre los *bots* inteligentes, el rol de los humanos y algunas diferencias subyacentes entre modelos de sistema en el campo de la IA. Posteriormente, desarrollaremos algunas ideas respecto a la automatización de labores, en especial de labores jurídicas, y qué cambios pueden traer consigo. Paso seguido revisaremos las principales ideas que han dominado en la enseñanza del derecho y si estas aún resultan

---

7 Aquí es necesario aclarar que las intenciones de Valve no parecen direccionar, al menos por ahora, en esa línea.

8 Aunque esto no elimina que los jugadores profesionales sean parte del *pool* de expertos temáticos para la elaboración de *bots*.

solventes para formar juristas en estos tiempos. Finalmente, se ensayará una propuesta de cambio no tan pretenciosa haciendo énfasis en la revalorización de algunas áreas de enseñanza en el derecho como la teoría del derecho y el énfasis en otras como la ingeniería de conocimiento jurídico, el *management* legal y el análisis de procesos jurídicos.

## 2. CAMBIOS APROXIMATIVOS EN EL DERECHO: LA AUTOMATIZACIÓN DE LABORES JURÍDICAS

A modo de introducción he vertido un ejemplo de la irrupción de la IA en el campo de los *e-sports*. A partir de allí, se podía imaginar un futuro donde los *bots* sean jugadores y compitan. Frente a ello, la pregunta era ¿dónde quedarán los humanos? En estas líneas pretendo argumentar que el derecho podría ir en la misma dirección debido al impacto que generará la IA en los próximos años.

Para el caso del *e-sport* mencionado en la primera parte, se ha dicho que si los *bots* podrían ser los futuros «jugadores», los humanos realizarían labores de *coach* de dichos *bots* o serían parte del *pool* de expertos que diseñen los *bots*.

Serían parte del *pool* de expertos en el sentido que, para diseñar artificialmente una actividad humana es necesaria la intervención de expertos «temáticos»<sup>9</sup> y expertos de «origen»<sup>10</sup>. Sin ambos tipos de expertos, es imposible generar una representación consistente. Por otro lado, serían *coachs* en el sentido de que existen sistemas que no necesitan la representación absoluta del conocimiento desde el principio, pero que sí la necesitan periódicamente mediante «entrenamientos» posteriores. Son sistemas que propugnan una colaboración constante entre la «máquina» y el humano para su eficiencia.

9 Entiéndase aquí como los expertos en el área a simular.

10 Entiéndase por experto de origen a los programadores y diseñadores de algoritmos, redes neuronales artificiales, etc.

Técnicamente hablando, los dos tipos de sistemas antes descritos podrían encajar en la diferencia entre un sistema experto y un sistema de computación cognitiva<sup>11</sup>. Entre sistemas que construyen de arriba hacia abajo y los que construyen de abajo hacia arriba.

Para el derecho las cosas podrían no ser tan distintas. La aparición de aplicaciones de *legaltech* podrían propugnar el reemplazo de ciertas actividades y la aparición de nuevos *tipos* de trabajo, acompañado, tal como en el caso hipotético del videojuego mencionado, de una reasignación de las labores jurídicas.

Actualmente, el mercado de *legaltech* ha empezado a crecer de manera impresionante. Basta con echarle un vistazo a la web para encontrar aplicaciones disponibles de acuerdo con el gusto del cliente. Podemos encontrar entre otras cosas: generadores de contratos automáticos<sup>12</sup>, buscadores de material normativo con altas técnicas de procesamiento semántico<sup>13</sup>, *bots* que generan denuncias *express*<sup>14</sup>, consultores expertos en temas jurídicos<sup>15</sup>,

---

11 La diferencia entre un sistema experto y uno de computación cognitiva es que el primero busca el reemplazo total del experto humano y por tanto es necesaria la representación absoluta del conocimiento experto a realizar, mientras que la computación cognitiva no busca la representación total del conocimiento a emular, sino que incentiva la actividad cooperativa entre el humano y el sistema destacando las habilidades de cada uno. Véase sobre el particular el trabajo de Kevin Ashley (2017, pp. 8-14).

12 La plataforma Legaliboo aparece aquí, entre otras, como una aplicación que permite tener contratos «customizados» a cambio de una retribución económica. <https://legaliboo.com/>

13 RavellLaw de la compañía Lexis Nexis. <https://www.ravellaw.com/>

14 DoNotPay, creado por Joshua Browder cuando era estudiante de Derecho de la Universidad de Harvard, para impugnar papeletas de tránsito y que con el tiempo empezó a expandirse a otras áreas de baja complejidad. <https://donotpay.com/>. Véase David Martínez Zorrilla (2019, pp. 165-166).

15 Sistemas del tipo «question-answering» como Ross Intelligence que son capaces de dar opiniones jurídicas argumentadas de acuerdo con un problema en particular. <https://rossintelligence.com/>

analistas de jueces que permiten saber cómo piensan y escriben<sup>16</sup>, predictores de decisiones judiciales<sup>17</sup>, etc.

Todas estas aplicaciones han sido diseñadas para facilitar la labor de la actividad jurídica, generando una suerte de reemplazos parciales en la actividad humana. Frente a esto, es más que normal preguntarse: ¿hacia dónde se dirigirá la abogacía en unos años más frente a la creciente aparición de sistemas artificiales?

El camino más probable es la automatización. Según un trabajo publicado por la International Bar Association (IBA) en 2017, el porcentaje de automatización en el rubro de servicios jurídicos sería de entre 3 y 5 %<sup>18</sup>. La automatización de las labores estaría más relacionada al trabajo de los asistentes o «paralegales» de los abogados o los jueces. Es decir, a las labores rutinarias que no implican tanta «creatividad» y que normalmente han sido subcontratadas desde hace mucho, al menos en el ámbito privado<sup>19</sup>.

Para entender esto de mejor manera es necesario concebir a las actividades no como un complejo inseparable sino como una cadena de cuerpos. Es decir, que detrás de una *actividad mayor*, existe una suma de *actividades menores* que juntas dan como resultado la primera. La actividad jurídica no escapa a esto. De

---

16 Otro servicio brindado por RavellLaw.

17 La plataforma Case Crunch creada por cuatro estudiantes de Derecho de Cambridge, capaz de predecir decisiones de un determinado juez en una determinada materia de acuerdo con tendencias de decisiones anteriores. <https://www.case-crunch.com/>. Véase un video de su presentación en Case Crunch (2018).

18 Informe del IBA Global Employment Institute: Artificial Intelligence and Robotics and Their Impact on the Workplace (2017, p. 34).

19 Aquí es paradigmática la aparición del *outsourcing* (subcontratación) de este tipo de labores a grandes empresas internacionales en países de Medio Oriente por parte de grandes estudios jurídicos norteamericanos. Este tipo de prácticas ha supuesto una gran eficiencia en la labor de los abogados, ya que permitía obviar la labor rutinaria y reasignarlos a otro tipo de actividades, mientras que para las empresas subcontratadas lograba fomentar más puestos de trabajo. El caso paradigmático de la alta empleabilidad de los egresados de las facultades de Derecho en India es un ejemplo claro. Para ello véase el trabajo de José Ignacio Solar Cayón (2019, pp. 205-216).

hecho, para que la inteligencia artificial tenga éxito en el derecho es necesario identificar «The individual tasks that collectively constitute the overall task of [...] problem solving» (Sartor y Branting, 1998, p. 106). Aclaremos esto con un par de ejemplos tentativos.

Podríamos decir que la labor de un abogado (*actividad mayor*) puede desagregarse en distintas *actividades menores* como la suma de i) la entrevista con el cliente, ii) el conocimiento e investigación de los hechos, iii) la investigación de material jurídico pertinente para el caso, iv) la elaboración de hipótesis y redacción de documentos; y, v) la argumentación, negociación (cuando sea necesaria) y representación ante un juzgado.

Por su lado, la labor de un juez (*actividad mayor*) podría resumirse, en líneas generales, como la suma del i) conocimiento del caso, ii) la dirección del proceso, iii) la evaluación de las hipótesis y sus corroboraciones, iv) la búsqueda del material normativo pertinente para aplicar; y, v) la argumentación de la decisión (*actividades menores*).

Esta desagregación permite identificar que una *actividad mayor* es una suma de *actividades menores*. Es posible inferir que la automatización de la *actividad mayor* implicaría la automatización de todas las *actividades menores*. Frente a ello la pregunta es si la inteligencia artificial está interesada en la automatización total de la *actividad mayor* o exclusivamente de algunas *actividades menores*.

La automatización es recomendable solo para algunas de las *actividades menores* y no para la *actividad mayor* por cuestiones de estrategia, eficiencia y el «paradigma» actual de la inteligencia artificial. Para el derecho la cosa no es distinta. La automatización solo está disponible para ciertas *actividades menores* y no para la *actividad mayor*. No obstante, hay algunas *actividades menores* que están lejos de ser automatizadas como la representación ante un tribunal y otras que están más cerca como la búsqueda inteligente de material normativo aplicable y la elaboración o análisis de documentos. Y otras que se encuentran en el medio como la

argumentación<sup>20</sup>; la automatización de las *actividades mayores* (juzgar o litigar, como tal y que abarque cada componente) es aún imposible de realizar en su totalidad.

Ahora bien, de entre las actividades automatizables, el caso de la búsqueda de material normativo pertinente para aplicar al caso concreto y *supportear* la decisión me parece la más relevante y la que más noticia ha estado generando en los últimos años. Esto porque si partimos de la idea casi generalizada de que el razonamiento jurídico puede reconstruirse bajo modelos de lógica monotónica como una cadena de deducciones (MacCormick, 2005, pp. 33-ss.), un sistema de ayuda en la identificación de las premisas mayores de la cadena de los razonamientos simplificaría las cosas y generaría ahorros cognitivos considerables. Contar con un sistema inteligente que pueda generar búsquedas sintácticas y semánticas de casos similares y normas con las cuales han sido resueltas anteriormente es una gran simplificación del trabajo cognitivo jurídico<sup>21</sup>.

Sistemas como Ross Intelligence han optado por automatizar este tipo de búsquedas. Basándose en técnicas de procesamiento de lenguaje natural (*legal analytics* y *argument mining*) han conseguido «comprender» el lenguaje en el cual están escritas las decisiones judiciales y la estructura de sus argumentos, además

---

20 Aquí son paradigmáticas las técnicas de *argument mining* de las cuales gozan algunos sistemas inteligentes como Ross Intelligence. Tanto así que de la mano de las técnicas de *legal analytics* son capaces de brindar respuestas con argumentos. El *argument mining* puede entenderse como «the automatic identification and extraction of the structure of inference and reasoning expressed as arguments presented in natural language» (Lawrence y Reed, 2019, pp. 765-818).

21 El presente trabajo no es lo suficientemente amplio como para desarrollar de mejor manera esta idea, pero al menos es necesario precisar que a diferencia de los textos normativos que contienen disposiciones normativas, las decisiones (dígase sentencias) anteriores contienen «normas» (disposiciones normativas ya interpretadas). Y el hecho de encontrar disposiciones interpretadas para casos concretos en situaciones anteriores, cognitivamente permite facilidades al operador para ejecutar su razonamiento. Sobre la distinción entre disposición normativa y norma, véase el clásico trabajo de Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (2014, pp. 77-ss.). Y no solo ello, las interpretaciones «concretas» hechas precedentemente ayudan a «tallar» taxativamente el supuesto fáctico de los antecedentes generales y abstractos de una disposición normativa.

de las disposiciones normativas que contienen dichas decisiones, para facilitarlas a los buscadores. Este sistema es de tipo «pregunta-respuesta», pero a diferencia de otros, emite una respuesta «argumentada».

La búsqueda del material normativo aplicable a casos concretos no es algo que reemplace el trabajo judicial o del litigante en su totalidad. Ya que la etapa de la búsqueda del material normativo aplicable presupone una de las tantas actividades a realizar. Además, implica que el operador conozca *factualmente* el caso en la medida de lo posible. Es decir, que el juez o el abogado conozca las particularidades del caso a tratar y tenga clara la hipótesis de los hechos que sucedieron, además de verificar el material probatorio que poseen para diagnosticar su corroboración. En el caso del abogado, nos referimos al planteamiento de la hipótesis que sostiene de acuerdo con las pruebas que posee, mientras que en el caso del juez sería el resultado de la valoración de las hipótesis disponibles, ya corroboradas y contrastadas con el estándar probatorio correspondiente.

Lo dicho hasta aquí permite inferir que la IA no reemplaza el complejo de actividades, solo algunas. En ese sentido, es posible inferir que estos sistemas aparecen como eficientes sistemas de ayuda, automatizando determinadas labores.

### **3. ¿LA AUTOMATIZACIÓN DE LAS LABORES JURÍDICAS TRAERÁ CONSIGO CAMBIOS? Y SI FUESE ASÍ, ¿CUÁLES?**

Es casi evidente que existiría un gran problema si es que un sistema de inteligencia artificial automatiza un cúmulo de labores para las cuales hemos dedicado cinco años en la universidad. Ahora, si eso sucede, ¿deberíamos hacernos los ciegos frente al problema? O reflexionar para nuestros adentros y buscar soluciones.

Repasemos un poco acerca de nuestra formación y su enfoque a través de algunos sucesos en Perú. Clásicamente nos han

enseñado que *saber* de derecho es *conocer* la ley. Y si es de memoria, mejor aún. Esta *ideología* heredada del derecho privado ha estado impregnada en Perú hasta aproximadamente 1970 debido a la sencillez que asumía su *método* de enseñanza que consistía en «leer y explicar los artículos de los códigos y leyes y comentarlos con una que otra acotación doctrinaria» (Zolezzi, 2017, p. 68). Si bien ha sido una forma de enseñanza convencionalmente aceptada en ese entonces, sucesos posteriores mostraron sus falencias. Es así que a partir de 1970 la enseñanza del derecho en Perú empezó a volcar sus intereses en la perspectiva social de su funcionalidad. Producto de ello, algunas de las principales facultades de derecho del Perú empezaron a renovar sus mallas curriculares con la finalidad de darle la contra a la enseñanza tubular propia de la tradición formalista y ampliar el horizonte a una visión más *social*<sup>22</sup>.

Para el año 2000 se hacen algunos reajustes en el enfoque de la formación<sup>23</sup>. El impacto de la globalización empieza a destrozarse fronteras. En ese contexto, la enseñanza del derecho empieza a apuntar a la protección de los derechos como respuesta casi causal del fenómeno del constitucionalismo contemporáneo y su difusión mundial (Zagrebelsky y Marcenó, 2018, p. 103). Hoy se puede decir, intuitivamente —siguiendo algo parecido a lo que dijo Berman (1996, p. 44) hace mucho—, que la situación continúa teniendo el horizonte abierto del año 2000. En las facultades, el interés por la protección de los derechos producto del fenómeno del Estado constitucional ha impregnado gran parte de la enseñanza. A ello sumémosle la incidencia de las Cortes de vértice que al ganar mayor protagonismo en la sociedad, resultan bancos imprescindibles de conocimiento para la formación por lo vinculantes o persuasivas que resultan sus decisiones.

---

22 Es pionera en dicho giro la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú debido a la influencia norteamericana que recibió producto de la visita de muchos de sus profesores a las facultades norteamericanas de derecho. Véase Zolezzi (2017, pp. 63-ss.).

23 Véase sobre el nuevo enfoque orientado a la globalización y la protección de los derechos en Gorki Gonzáles Mantilla (2007, pp. 57-ss.); Gustavo Zagrebelsky y Valeria Marcenó (2018).

Esto nos permite inferir que la atención en la tecnología no ha sido aún horizonte de la enseñanza del derecho en el Perú. Algo que al día de hoy es preocupante por el contexto actual. Más aún cuando la tecnología ya ha empezado a dar sus primeros destellos al mostrar sus beneficios para la justicia y con ello los retos y las dificultades que se presentan para quienes no están preparados. A ello debemos añadirle que la irrupción de aplicaciones de *legaltech* son un hecho que con el tiempo empezará a perfeccionarse y distribuirse a nivel mundial<sup>24</sup>, generando algunos reemplazos en las actividades jurídicas y perjudicando a quienes no estén preparados para la reestructuración y reasignación de labores.

Frente a esto, la enseñanza del derecho en el Perú, tanto a nivel de pre y posgrado, debería apuntar a nuevos horizontes y revalorar ciertas áreas que pueden ser de utilidad para afrontar el impacto a largo plazo.

#### 4. UN NUEVO HORIZONTE Y VIEJOS AMIGOS PARA AGUANTAR EL IMPACTO

Es necesario saber que quienes construyen sistemas artificiales jurídicos no son exclusivamente ingenieros, programadores o expertos de computación. También incluyen en su equipo de trabajo a abogados, investigadores o juristas que puedan dar cuenta del conocimiento específico que se necesita. Estos podrían llamarse *ingenieros de conocimiento jurídico*<sup>25</sup> y probablemente empiecen a ser muy valorados en el futuro (Solar, 2019, pp. 226-228).

---

24 Aunque ya en Perú existen algunos emprendimientos sobre *legaltech* que han sido perfectamente organizados por un informe sobre su ecosistema por el Estudio Caro & Asociados. Véase Caro (2020).

25 Digo «podría» porque los ingenieros de conocimiento son expertos en representación artificial de conocimiento ligados a las ciencias computacionales e informáticas de profesión en su mayoría. El término *ingeniero de conocimiento jurídico* no referiría, en este caso, al experto computacional sino al experto jurídico que conozca sobre el *proceso* jurídico a representar.

Del otro lado se encuentran despachos de abogados e instituciones públicas o privadas que querrán (o no) adquirir estos sistemas de IA para que les generen beneficios. El proceso de toma de decisión para elegir o no la adquisición de un sistema de IA también abre nuevas posibilidades de trabajo, apareciendo en la escena los *analistas de procesos jurídicos* y *legal managers*. En las siguientes líneas me propongo desarrollar un poco más sobre estos.

#### 4.1. INGENIEROS DE CONOCIMIENTO JURÍDICO

Puede entenderse a un ingeniero de conocimiento jurídico como aquel capaz de representar y transformar un conocimiento jurídico de la *realidad* particular en algo general y sistematizarlo. Es decir, «traducir los conocimientos jurídicos a un formato que pueda ser automatizado» (Solar, 2019, p. 226).

Como lo entiendo, ser un ingeniero de conocimiento jurídico presupone, de entre otras cosas, captar los procesos funcionales y cognitivos de cada labor que se representará. Funcionan como un puente entre el lenguaje de los expertos temáticos y el lenguaje de los expertos de origen. Muchas veces resultan ser personas con formación híbrida. Sea informáticos que han trabajado en cuestiones legales administrativas o abogados que tengan conocimiento de informática y sus componentes, al menos teórico.

Me gustaría poner un ejemplo para aterrizar la idea. Imaginemos que se quiere automatizar la admisión de demandas civiles en el juzgado (x). Para hacerlo, es necesario identificar un modelo general para admitir demandas y convertirlo en lenguaje computacional. Parecería no haber problema en este rubro, ya que para la admisión de una demanda civil basta con el contraste de haber cumplido los requisitos que prescribe la disposición normativa. El ingeniero de conocimiento tendría que i) identificar los requisitos prescritos en el respectivo texto normativo; y, ii) proponer la técnica a utilizar para llevar adelante su representación y automatización.

La primera labor no parece nada difícil, cualquier abogado puede hacerla. En cambio, la segunda labor parece que requiere de mayor conocimiento sobre IA.

Siguiendo el ejemplo que puse, esta segunda labor consistiría en identificar y recomendar qué técnica es la que se debe utilizar para llevar adelante la automatización de la labor. Por ejemplo, se me ocurren técnicas de *machine learning* como la codificación predictiva (Solar, 2018, pp. 75-105), las cuales permiten identificar patrones de coincidencia a partir de una determinada cantidad de textos anteriores que son ingresados al sistema y basándose en ellos predecir si los nuevos documentos que se ingresan coinciden (o no) con los datos anteriores para después predecir y clasificarlos. Para el caso de automatizar la admisión de demandas, sería posible entrenar al sistema ingresándole una cantidad considerable de demandas anteriores que hayan cumplido los requisitos y que hayan sido admitidas y también demandas no admitidas y que no hayan cumplido con los requisitos, etiquetando cada tipo de documento con símbolos distintivos, que estarán conectados a una ontología<sup>26</sup> previamente establecida. Con estos datos en el *training set*, el sistema empezará a identificar patrones de coincidencia entre demandas admitidas y no admitidas, generando características para unas y para otras. Una vez hecho esto, cada vez que se ingrese un nuevo documento al sistema, este lo clasificará como «admitido» o «no admitido» de acuerdo con los patrones de coincidencia que identifique.

Como se ha podido inferir, el ingeniero de conocimiento jurídico resulta ser algo así como el que representa mentalmente cómo es que se puede llevar a cabo la representación artificial del conocimiento jurídico para una determinada actividad y después

---

26 Puede entenderse una ontología en inteligencia artificial como una serie de conceptos y demás datos que permitan la conexión semántica entre lo que se dice y lo que se representa en el sistema. Véase, en esta línea, Thomas R. Gruber (1993, pp. 199-220). Las ontologías sirven como *medios* para entender lo que un humano pone en la interfaz en lenguaje natural y lo que el sistema entiende. «Es decir convertir el input en una representación formal no ambigua que exprese el contenido semántico del texto» (Periñan-Pascual y Arcas-Túnez, 2014, p. 115).

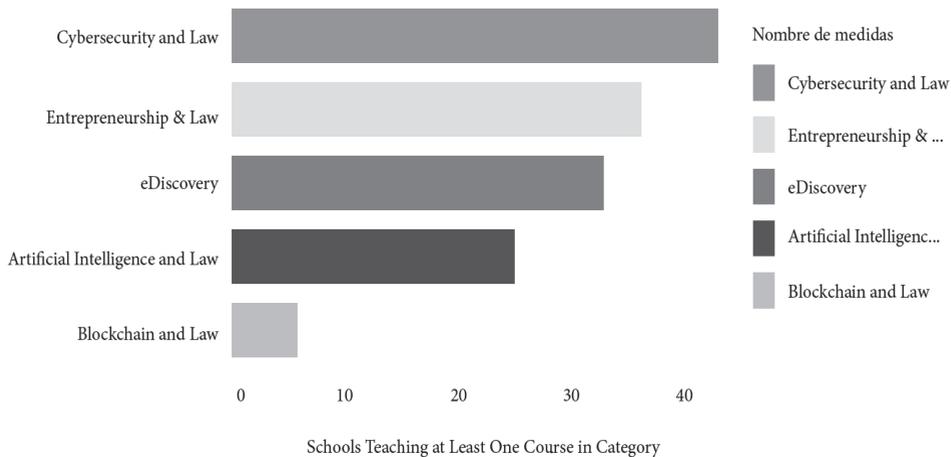
se encarga de comunicar al experto informático. Este trabajo en conjunto permite tener una representación sólida.

La actividad de un ingeniero de conocimiento jurídico va más allá del mero conocimiento jurídico. Presupone que el sujeto conozca algo más sobre informática o inteligencia artificial, llamémosle así, teórica. Para generar personas con perfiles así, no basta con una enseñanza clásica. Ello implica mucho más. Pienso, por ejemplo, en la enseñanza de los usos de la IA en el derecho acompañada de introducciones básicas de IA teórica y el énfasis en el razonamiento abstracto de los problemas.

Respecto a lo primero, podemos encontrar buenos ejemplos en las facultades de derecho de Norteamérica, las cuales han empezado a darle un giro a sus mallas curriculares incluyendo cursos sobre tecnología, inteligencia artificial e innovación en el pregrado. Teniendo un aproximado de 40 sobre 230 facultades que han incluido programas de innovación y tecnología como cursos obligatorios en sus programas de *juris doctor* (o curso de habilitación para ejercer la abogacía) (Solar, 2019, p. 240).

Estas cuarenta facultades ofrecen, de acuerdo con criterios propios, la enseñanza de los siguientes cursos:

**Gráfico 1**



*Fuente:* Legal Services Innovation Index (<https://www.legaltechinnovation.com/law-school-index/>)

Teniendo como preferencia los cursos de Ciberseguridad y Derecho (Cybersecurity and Law), seguidos de Iniciativa Empresarial y Derecho (Entrepreneurship and Law), eDiscovery<sup>27</sup>, Inteligencia Artificial y Derecho (Artificial Intelligence and Law) y Blockchain y Derecho.

Ahora bien, respecto al segundo punto, el razonamiento abstracto y sistematizado, en las facultades solo puede ser generado a partir de revalorar los cursos de teoría del derecho, al ser esta el área que más ha propugnado la reflexión en abstracto y sistematizada, sea de los componentes más fundamentales de los ordenamientos jurídicos (Poggi, 2017, pp. 145-161), de la reconstrucción del ordenamiento en términos lógicos (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 20-ss.) o del análisis del concepto de derecho (Raz, 2007, pp. 47-86). Adicionalmente, cabe añadir que así la enseñanza de esta área en el pregrado haya tenido argumentos relativamente contrarios respecto a lo que puede aportar o no y la metodología con la cual se enseña<sup>28</sup>, considero que enseñar Teoría del Derecho en el pregrado será un reto que deberán asumir las facultades de derecho por lo beneficioso que resultará para la implementación de áreas más complicadas que necesitan de conocimientos de lógica básica, teoría de lenguaje y estructuras de razonamiento<sup>29</sup>. Quizás a ello se refería Paolo Comanducci,

---

27 Aquí es importante resaltar el uso que se le empezó a dar a la codificación predictiva en el eDiscovery a partir del caso *Monique Da Silva Moore, et al. v. Publicis Groupe & MSL Group*, véase en <https://casetext.com/case/moore-v-publicis-groupe-sa>

28 Debido al grado de complejidad que resulta de enseñar Teoría Analítica del Derecho en el pregrado, en una entrevista hecha por Carlos Bernal y Pablo Navarro a Brian Bix, se le pregunta si está de acuerdo con una posición radical expuesta en otra entrevista a Joseph Raz —donde este exponía sobre las dudas de enseñar Filosofía del Derecho a un nivel tan elemental en el pregrado que quizás sea banal y que no añada casi nada a la formación de los jóvenes abogados—, a lo cual Brian Bix (2008) responde que enseñar Teoría Analítica del Derecho más allá de formar en un área específica «ofrece un adiestramiento, análisis y argumentos precisos» (pp. 118-120).

29 Esta idea necesita de un desarrollo más profundizado que no puedo realizar aquí por pertinencia, pero que espero desarrollar y publicar más adelante. Por lo pronto puedo decir que el argumento va en la línea de entender a la filosofía del derecho como método y no como disciplina propia.

cuando esperaba no ser mal profeta, afirmando lo siguiente en un trabajo sobre *normative systems* de Alchourrón y Bulygin:

È certo che il moltiplicarsi delle banche dati giuridiche, e la loro rapidissima trasformazione, renderà presto obsoleta la figura tradizionale del giurista come di colui che «conosce» il diritto, che ha memoria delle leggi e dei casi, e quindi sa trovare, nei meandri della produzione normativa, la soluzione adeguata ai problemi giuridici. La memoria del giurista verrà presto sostituita dalla memoria del computer, molto più rapida e affidabile. Ne dovrebbe seguire una rivoluzione degli studi giuridici, oggi volti soprattutto a fornire massicce dosi di conoscenze e ad esercitare la memoria degli studenti. Sarà sempre più inutile insistere nella trasmissione di dati da memorizzare, e sarà invece necessario insegnare (oltre alle banali tecniche di information retrieval nelle banche dati elettroniche) le tecniche di utilizzo ottimale dei dati stessi. Queste tecniche, per la maggior parte degli operatori giuridici, consistono nell'interpretazione degli enunciati, e relativa argomentazione, nella sistematizzazione e nella modificazione del sistema. Ossia proprio quelle attività che si possono apprendere studiando libri come *Normative Systems*, e, più in generale, praticando un approccio analitico à la Alchourrón e Bulygin. (Comanducci, 2017, pp. 51-52)

## 4.2. ANALISTAS DE PROCESOS JURÍDICOS Y LEGAL MANAGERS

Han sido los empresarios los que mejor provecho le han sacado a los sistemas de IA. Para corroborar ello es suficiente darles un vistazo a los algoritmos de segmentación para publicitar en Facebook, el categorizador de gustos musicales de Spotify o el ambicioso proyecto de predecir tus deseos de compra planeado por Amazon para los próximos años. El sector empresarial se ha beneficiado tanto de dichos sistemas que incluso hay quienes lamentan este suceso afirmando que las grandes cabezas de nuestro tiempo han centrado sus esfuerzos en crear sistemas que nos empaqueten como productos para aumentar las ventas de las

empresas<sup>30</sup>. Sea como fuere, la verdad es que el sector empresarial cada día crece más y las ventas se multiplican gracias a la IA.

Ahora bien, es necesario darle un vistazo a quienes están familiarizados con dichos productos, ya que haciendo ello lograremos saber un poco más acerca de los motivos que tienen las empresas para adquirir sistemas de IA y en qué situaciones se opta por no adquirirlas. Debo adelantar, para darle mayor sentido al subtítulo del apartado, que quienes son fundamentales en dichas labores son los analistas de procesos y los *legal managers*, por eso la importancia de dedicarles el apartado.

Pues bien, volviendo al tema, un principio básico de la administración es deconstruir los flujos de trabajo, separarlo en partes y una vez identificado ello medir y analizar si las tareas ejecutadas por el humano pueden ser sustituidas por un sistema y así generar mayores beneficios. Esto ha sido resumido por Gans, Agrawal y Goldfarb (2019) en las siguientes palabras:

Al decidir cómo implementar una IA, las empresas descomponen sus flujos de trabajo en tareas, calculan el retorno de inversión por construir o comprar una IA para realizar cada tarea, clasifican por orden de importancia las IA en términos de retorno sobre la inversión, empezando por la más rentable de la lista y siguiendo en orden descendente. (p. 157)

En el mismo libro, los autores canadienses antes mencionados refieren un par de ideas inspiradas en Hammer y Champy respecto a que para usar nuevas tecnologías era necesario dar un paso atrás, ver el panorama, planificar objetivos e identificar las tareas para requerirlos (Agrawal et al., 2019, pp. 147-148). Así, al adquirir un sistema de IA las labores pueden ser las mismas o en muchos

---

30 Esta idea sigue la famosa frase de Jeff Hammerbacher en una entrevista hecha a *Businessweek*, donde explicaba su salida de Facebook debido a que «“The best minds of my generation are thinking about how to make people click ads”. Hammerbacher once infamously said. “That sucks”». Puede verse parte de la entrevista en Baer (2013).

casos deben variar los flujos de trabajo para crear un ecosistema en torno al nuevo sistema adquirido y la labor automatizada que este realizará.

Ello pone en relieve la labor de los analistas de procesos y los *legal managers*, ya que ellos son los encargados de identificar los flujos de trabajo de una determinada empresa o institución y, por así decirlo, recomendar las mejores decisiones.

Un estudio de abogados o una institución pública que quiera contratar un sistema de IA, antes que nada, deberá contar con una representación de sus flujos de trabajo e identificar qué labor se automatizará con el sistema. Hecho esto, el siguiente paso sería decidir si el flujo se mantiene o deberá tener ligeros cambios con el sistema adquirido. Posteriormente, se considerará qué beneficios y qué riesgos podrían generarse con el sistema (aumento de productividad, simplificación de procedimientos, cambios en los puestos laborales, etc.).

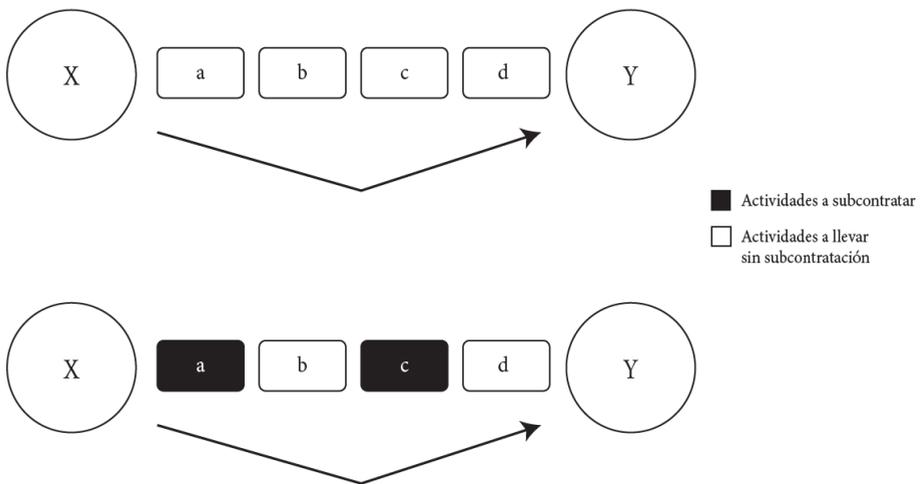
Si los analistas de procesos se encargan de diseñar los flujos de trabajo, los *legal managements* se encargan, por así decirlo, de la proyección y la toma de decisiones sobre esos flujos. Un ejemplo para sellar este tema.

La empresa (x) que brinda asesoría jurídica sobre (y) ha identificado mediante sus analistas de procesos que sus flujos de trabajo internos consisten en realizar (a), (b), (c) y (d) para llegar a dicho fin (y). Una vez hecho ello, el *legal manager* analiza una suerte de fortalezas y debilidades que permiten identificar en qué situaciones de entre (a) y (d) la empresa (x) es eficiente y en cuáles tiene dificultades. Paso seguido analiza si es más conveniente si la empresa (x) debe asumir completamente los trabajos de (a) a (d) o solo encargarse a algunas de estas —(a) y (b), por ejemplo— y subcontratar otras —(c) y (d) por ejemplo—.

Si los analistas de procesos se encargan de develar la lista de pasos a seguir para conseguir un determinado objetivo, los *legal managers* se encargan de elaborar e informar sobre qué es lo más conveniente para llevar adelante y que no en función de términos

de eficiencia, cálculo de riesgos, ahorro de recursos y tiempo. La IA aquí aparece como opción considerable para automatizar ciertas labores. Y tanto los analistas como los *legal managers* deben tener en cuenta dichos sistemas, evaluando riesgos y beneficios. Los *legal managers* deberán reflexionar sobre la adquisición del sistema de IA que automatice la labor pretendida o la subcontratación a una empresa que trabaje con IA y automatice dicha labor sin necesidad de adquirirla directamente.

## Gráfico 2



Hasta aquí hemos podido dar cuenta de que los conocimientos que conciernen a un *legal manager* o un analista de procesos también son híbridos. Implica conocimientos de administración, análisis económico, estandarización de procesos y cuestiones básicas sobre tecnología.

La importancia de la enseñanza sobre el particular empieza a calar en el mercado internacional. En Estados Unidos y Australia le han prestado bastante atención a dichas cuestiones por lo beneficiosa que resulta la estandarización de procesos en estudios de abogados, por ejemplo, para que los consumidores puedan

tener acceso a precios estables y que los abogados no se aprovechen de determinadas situaciones<sup>31</sup>.

En lengua castellana, algunos programas de posgrado promovidos en España y Chile empiezan a hacer foco en lo importante que resulta el *legal management* para maximizar beneficios en los despachos privados<sup>32</sup>.

Respecto a la enseñanza en las facultades de derecho en Perú, el énfasis a dichos cursos es mínimo, por no decir inexistente. Sin embargo, se es de la opinión de que con la irrupción de la tecnología en nuestro medio geográfico, cursos sobre el particular empezarán a ganar mayor protagonismo. En ese sentido, las facultades deberían apostar por la enseñanza básica de administración y estandarización de procesos. De hecho, ello no solo serviría para la maximización de la gestión en despachos privados, sino también en instituciones públicas.

Cursos como los de gestión administrativa de despachos jurídicos serían ideales para estabilizar a largo plazo el impacto. Y para el ámbito público, la revalorización de cursos como los relacionados con gestión de la magistratura añadiendo el enfoque del *management* y tecnología serían más que idóneos.

Me gustaría finalizar el presente apartado adhiriéndome a las palabras de Richard Granat y Stephanie Kimbro de la American Bar Association cuando afirmaban que los abogados de hoy en día deben ser empresarios más que los de las generaciones anteriores, y con ello incorporar conocimientos sobre gestión y tecnología. Así, los autores afirman que «More than any generation of

---

31 Tal como señalan Skaik y Egelstaff (2019) el *management* no solo ayuda a tomar buenas decisiones, sino también a estandarizar actividades y con ello beneficios inmediatos: «The immediate benefits have already been stated, such as improving the matter scoping, pricing and delivery as well as enhancing transparency with clients and empowering the legal team» (p. 4).

32 Esto se puede inferir de la atención que empiezan a ponerle a cursos de posgrado dedicados al *legal management*. En España mediante la IE Business School <https://www.ie.edu/es/exponential-learning/programas/legal-project-management-online/>; y en Chile por organización de Thomson Reuters y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

lawyers, the next generation of lawyers will have to be entrepreneurs rather than employees working for someone else» (Granat y Kimbro, 2013, p. 762).

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es evidente que el impacto tecnológico ha empezado a mostrarse en los últimos meses de este año. El contexto de crisis mundial ha obligado a muchos Estados a *customizar* el servicio público mediante herramientas tecnológicas. Este paso forzoso aún diminuto pero significativo en nuestro medio habilitará el acceso futuro a la innovación progresiva por dos motivos esenciales: i) la facilidad para la ejecución de labores y ii) la comodidad que genera tanto para trabajadores como para usuarios. La tecnología facilita y, a largo plazo, abarata las cosas.

En ese contexto, las aplicaciones de *legaltech* a nivel público y privado empezarán a tener presencia en el mercado. Dichas aplicaciones reemplazarán algunas actividades para las cuales nos hemos formado durante mucho tiempo, reduciéndonos el margen de maniobra profesional. «Conocer» la ley no será un buen negocio para el estudiante ni para la facultad que lo forma, ya que algunas aplicaciones podrán hacer dicha labor en menos tiempo y con mayor amplitud. Frente a ello, el desempleo es una opción, pero la reubicación laboral parece ser la más idónea y por la que pienso se optará. Para lograr ello, sin embargo, es necesario darle un giro a la enseñanza enfatizando la formación de profesionales con nuevos perfiles. Los ingenieros de conocimiento jurídico, los analistas de procesos y *legal managers* aparecen como grandes opciones. Para implementar estos nuevos cursos, muchos que existían desde hace mucho en las mallas serán de utilidad si los revaloramos. La teoría del derecho, la lógica para juristas y el análisis económico son grandes áreas por revalorar. Mientras que cursos sobre el impacto de la tecnología, la innovación legal, la IA teórica aplicada al derecho o la administración serán de suma necesidad para estabilizarse a futuro.

## REFERENCIAS

- Agrawal, A., Gans, J. y Goldfarb, A. (2019). *Máquinas predictivas. La sencilla economía de la inteligencia artificial*. Reverté.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Ashley, K. D. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New tools for law practice in the digital age*. Cambridge University Press.
- Baer, D. (2013, 18 de abril). Why Data God Jeffrey Hammerbacher Left Facebook to Found Cloudera. Fast Company. <https://www.fastcompany.com/3008436/why-data-god-jeffrey-hammerbacher-left-facebook-found-cloudera>
- Berman, H. J. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Fondo de Cultura Económica.
- Berner, C. et al. (2019). Dota 2 with Large Scale Deep Reinforcement Learning. *Cornell University*, 1-66. <https://arxiv.org/abs/1912.06680>
- Bix, B. (2008). *Lenguaje, teoría y derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Caro, D. C. (2020). Ecosistema de innovación legal en el Perú 4.0. Startups legal tech y firmas new law. Caro & Asociados.
- Case Crunch (2018, 19 de enero). Case Crunch Lawyer Challenge: Highlights Video [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=MMLVKr-QRU>
- Cevasco, L., Corvalán, J. G. y Le Fevre, E. M. (2019). *Inteligencia artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo*. Astrea.
- Comanducci, P. (2017). *A proposito di. Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*. Marcial Pons.

- Gonzales, G. (2007). La enseñanza del derecho y cultura legal en tiempos de globalización. *Derecho PUCP*, (60), 51-96.
- Granat, R. y Kimbro, S. (2013). The teaching of law practice management and technology in law schools: a new paradigm. *Chicago-Kent Law Review*, 88(3), 757-782. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol88/iss3/6>
- Gruber, T. R. (1993). A translation approach to portable ontology specifications. *Knowledge Acquisition*, (5), 199-220. <https://doi.org/10.1006/knac.1993.1008>
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- International Bar Association (2017). Artificial Intelligence and Robotics and their impact on the workplace.
- Lawrence, J. y Reed, C. (2019). Argument mining: a survey. *Computational Linguistics*, 4(45), 765-818. [https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/COLI\\_a\\_00364?mobileUi=0](https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/COLI_a_00364?mobileUi=0)
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and Rule of Law: A theory a legal reasoning*. Oxford University Press.
- Martínez, D. (2019). La decisión judicial automatizada: entre la ciencia y la ficción. En Vial-Dumas, M. y Martínez, D., *Pensando al juez* (pp. 151-173). Marcial Pons.
- OpenAI (2017, 11 de agosto). *OpenAI + Dota 2* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=l92J1UvHf6M&t=37s>
- Periñan-Pascual, C. y Arcas-Túnez, F. (2014). La ingeniería del conocimiento en el dominio legal: la construcción de una Ontología Satélite. *Revista Signos. Estudios de Lingüística*, 47(84), 113-139. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09342014000100006>
- Poggi, F. (2017). La teoría general del derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico. *Derecho & Sociedad*, (48), 145-161.

- Raz, J. (2007). ¿Puede haber una teoría del derecho? En Raz, J., Alexy, R. y Bulygin, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho* (pp. 47-86). Marcial Pons.
- Sartor, G. y Branting, L. K. (1998). Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence. *Artificial Intelligence and Law*, (6), 105-110. [https://doi.org/10.1007/978-94-015-9010-5\\_1](https://doi.org/10.1007/978-94-015-9010-5_1)
- Skaik, S. y Egelstaff, R. (2019). Legal Project Management for construction lawyers: Intuitive or something else? *SoCLA Conference 2018*. [https://www.researchgate.net/publication/338108281\\_Legal\\_Project\\_Management\\_for\\_construction\\_lawyers\\_Intuitive\\_or\\_something\\_else](https://www.researchgate.net/publication/338108281_Legal_Project_Management_for_construction_lawyers_Intuitive_or_something_else)
- Solar, J. I. (2018). La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes. *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, (11), 75-105. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/36006>
- Solar, J. I. (2019). *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del derecho y el mercado de servicios jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Wako's Gaming Review (2019, 3 de septiembre). *T19 CHAMPION OG vs OpenAI Final Version 2019 - Game 1* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=t4il-QagP5w>
- Zagrebelsky, G. y Marcenó, V. (2018). *Justicia constitucional. Historia, principios e interpretaciones* (vol. 1). Zela.
- Zolezzi, L. (2017). *La enseñanza del derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3700

## LA FORMACIÓN JURÍDICA BASADA EN COMPETENCIAS: ROL DE LAS COMPETENCIAS EN LA EDUCACIÓN DEL FUTURO ABOGADO<sup>1</sup>

The legal training based on competences: role of  
skills in the education of the future lawyer

NIELS J. APAZA JALLO

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: niels.apaza@pucp.edu.pe

### RESUMEN

El trabajo desarrolla los elementos básicos que componen la formación jurídica basada en competencias (el rol de las competencias en el derecho). La educación orientada a formar por competencias, o enseñanza por competencias, implica, en lo esencial, garantizar el aprendizaje mediante la resolución de problemas, el involucramiento en proyectos, el acercamiento de la realidad y la mejora de la capacidad de adaptarse a diversos entornos. Esto tuvo gran impacto en la manera de educar a los estudiantes y se

---

1 El autor expresa su profunda gratitud a Galimberty R. Ponce Flores por su desinteresada y siempre amable colaboración.

tradujo en la modificación de los planes de estudios de todos los niveles de educación, ya que las competencias son parte de la educación; además, tomó fuerza con la acreditación de los programas de estudios y el licenciamiento institucional de las universidades. En dicho escenario, la finalidad del trabajo es dar cuenta de las principales características de la educación o formación jurídica basada en competencias y, concretamente, analizar qué debe conocer, saber y hacer el abogado, en el marco de la sociedad del conocimiento y los cambios continuos que se producen.

**Palabras clave:** abogados; educación por competencias; formación integral; modelo educativo y sociedad del conocimiento.

## ABSTRACT

The paper develops the basic elements that make up competency-based legal training (the role of competencies in law). The perspective of education oriented to train by competencies, or teaching by competencies, implies, in essence, guaranteeing learning through problem solving, involvement in projects, approaching reality and improving the ability to adapt to different environments. This had a great impact on the way students are educated and resulted in the modification of curricula at all levels of education, since competencies are part of education. Furthermore, it gained strength with the accreditation of study programs and the institutional licensing of universities. In this scenario, the purpose of this paper is to give an account of the main characteristics of competency-based education or legal training. And, finally, in a concrete manner, to analyze what the lawyer should know, know and do, within the framework of the knowledge society and the continuous changes that are taking place.

**Key words:** lawyers; competency-based education; comprehensive training; educational model and knowledge society.

Recibido: 30/06/2020    Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo, a raíz de la globalización, el desarrollo de la ciencia y la tecnología cambia aceleradamente, por lo que se producen transformaciones en múltiples sectores y apuntan a objetivos plurales. La política, el derecho, la cultura, la economía o la educación, entre otros campos del saber, vienen sufriendo notables cambios como producto de estos factores. Asimismo, en la actualidad se produjo el tránsito de la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento (o transición de la sociedad del aprendizaje a la sociedad del conocimiento); esto supuso pasar de un modelo que privilegiaba la acumulación y la difusión de información a un esquema donde la información posee utilidad práctica y se emplea para solucionar problemas reales. Así, la sociedad del conocimiento incentiva a los individuos a que sean creativos, críticos, innovadores y flexibles, frente a las circunstancias de la realidad; por eso, es fundamental educar y desarrollar las competencias, para que las personas posean la capacidad de organizar y gestionar la información para emplearla en momentos y circunstancias heterogéneas y complejas (Tedesco, 2000).

En la actualidad, las promesas de la sociedad del conocimiento y el modelo educativo por competencias se trasladan, y concretizan, en la universidad (si bien es cierto que se aplica a todo tipo de formación, aquí nos limitaremos a la formación universitaria). Y es que la universidad, en el marco de la sociedad del conocimiento y la educación por competencias, se perfila como una entidad que garantiza la construcción del conocimiento, la formación integral y el desarrollo de la investigación (Jaspers, 2013), porque la finalidad de esta es educar, capacitar, socializar y crear cultura (Clavijo, 2015). Por ello, la universidad apunta a mejorar la calidad del perfil de egreso de sus estudiantes, a dotar al egresado universitario de las competencias genéricas y específicas que le sirvan para introducirse en el mercado laboral, a mejorar el perfil docente y a implementar los sistemas de calidad que garanticen la mejora continua de los programas de estudios. Todo esto

con el fin de contribuir a la formación integral de los estudiantes, lo que se traduce en que el profesional recién egresado pueda organizar la información y posea las habilidades y las destrezas necesarias y suficientes para solucionar problemas concretos con los recursos existentes (saber ser y saber hacer).

La educación por competencias supone cambiar el modo de trabajo, esto es, transitar de una formación dirigida por objetivos al desarrollo de las disciplinas enfocadas en competencias (Tardif, 2008); su evaluación se efectúa en tres planos: competencia cognitiva, competencia procedimental y competencia actitudinal. Estos no se miden con un examen de conocimientos, sino que requieren de una pluralidad de recursos o herramientas que permitan evidenciar el logro de las competencias genéricas y específicas. En ese sentido, el favorecimiento del aprendizaje, a través del desarrollo de competencias (Álvarez y Villardón, 2006), requiere de metodologías activas de enseñanza y que la evaluación no se centre únicamente en conocimientos, sino en las habilidades y las destrezas que el estudiante viene adquiriendo y debe desarrollar. En ese orden de ideas, tanto la preparación como el aprendizaje son para toda la vida, esto es, las personas son capaces de actualizar el conocimiento de manera autónoma atendiendo al contexto en el que se desenvuelven. El desarrollo de la ciencia y la tecnología hace presagiar que en el futuro se producirán muchos cambios que tendrán impactos positivos y negativos en las personas, especialmente en sus empleos o profesiones. Por eso, como indica Kaku (2018), la aproximación de la cuarta oleada científica engloba la inteligencia artificial, la nanotecnología y la biotecnología; en la misma línea Harari (2016) señala que la humanidad alzará la mirada y empezará a contemplar nuevos horizontes de cambio. Tales cambios requerirán que las personas sean más competentes y capaces de administrar y gestionar el conocimiento en diversas escalas y, por lo tanto, demandará del desarrollo de las competencias genéricas y especializadas para afrontar el futuro incierto.

Dando una respuesta y ofreciendo una reacción inmediata a estos cambios, la sociedad del conocimiento y, especialmente, la educación basada en competencias apuesta a modificar los planes de estudios y a insertar los nuevos tópicos y preocupaciones emergentes. Así, la formación o educación por competencias, en el campo del derecho, se caracteriza por ofrecer al estudiante condiciones adecuadas para afrontar el futuro y prepararlos para la vida, de modo que asuman el compromiso y la responsabilidad al momento de desempeñarse como profesionales. Tal situación se ha visto reforzada con el Currículo Nacional de la Educación Básica y la Nueva Ley Universitaria (Ley n.º 30220), donde explícitamente se señala que la educación peruana tiene como finalidad afianzar las habilidades, las destrezas y las capacidades de los estudiantes. Tomando como base estos insumos, el presente trabajo ofrece algunos alcances y características de la educación por competencias para la formación o educación jurídica y responde a la pregunta ¿cuáles son las competencias que deben desarrollar los abogados de este siglo?

Por último, el trabajo también aborda las particularidades del enfoque educativo por competencias en el campo jurídico, esto es, aquellos contenidos y obligaciones que nacen como producto de la exigencia de la calidad en la formación de los estudiantes de derecho y, por supuesto, atendiendo a «las características y desafíos que plantea la sociedad y el mercado laboral actuales» (Lazo, 2011, p. 256). Como señalamos antes, la educación por competencias repercute en diversos campos del conocimiento, entre ellos, la formación jurídica o educación del abogado; además, toma en cuenta que las competencias suponen el desarrollo de capacidades como el pensamiento crítico, la solución de problemas y la adaptación a diversos entornos con facilidad. Dichos aspectos, naturalmente, son necesarios en la formación del futuro abogado. Por ello, muchas facultades de derecho, nacionales o extranjeras, han visto por conveniente desarrollar algunas competencias específicas y, para ello, las consignaron en sus planes de estudios, de modo que todo abogado las posea al culminar sus estudios; de lo

contrario, no cumplirían con las expectativas del mercado laboral ni los objetivos de la formación universitaria.

## 2. LA FORMACIÓN BASADA EN COMPETENCIAS EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR: UNA VISTA GENERAL

La noción de competencias es vaga e imprecisa porque puede emplearse en diversos contextos y comprenderse de distintos modos. A pesar de ese inconveniente, en este trabajo se entiende por competencias las capacidades complejas

integradas, en diversos grados, que la educación debe formar en los individuos para que puedan desempeñarse como sujetos responsables en diferentes situaciones y contextos de la vida social y personal, sabiendo ver, hacer, actuar y disfrutar convenientemente, evaluando alternativas, eligiendo las estrategias adecuadas y haciéndose cargo de las decisiones tomadas. (Cullen, 1996)

También son presentadas como «un conjunto de acciones de diferente naturaleza que se articulan, en dimensiones cognoscitivas, actitudinales y del hacer, para lograr un fin determinado por las necesidades del contexto, realizadas con eficiencia, eficacia, efectividad y pertinencia» (Tobón, 2007).

Ahora, considerando los cambios que se producirán en el futuro, tanto a nivel de la ciencia y tecnología como en el ámbito laboral, la educación basada en competencias es una apuesta por mejorar los perfiles de formación del futuro profesional; esta es la razón que explica que la mayoría de los centros de formación superior busquen la innovación y la formación integral de sus estudiantes, ya que la universidad debe ser capaz de diseñar modelos novedosos de aprendizaje y enseñanza y, al mismo tiempo, debe garantizar que el estudiante logre las competencias requeridas al culminar sus estudios (Barrón, 2016). El paquete o los contenidos que tiene como propuesta la educación por competencias para modificar los planes o currículos de estudio son

(i) la flexibilidad curricular, (ii) las competencias básicas o genéricas y específicas, (iii) la visión interdisciplinaria de los problemas, (iv) la actualización constante de los programas de estudio, (v) la incorporación de métodos activos para el aprendizaje, (vi) la recreación del pensamiento crítico, (vii) la evaluación de competencias y (viii) la incorporación de los perfiles profesionales (egreso), entre otros aspectos. Estos tópicos o elementos son las piezas clave que dan fisonomía e identidad a la educación enfocada en competencias; por ello, la elaboración de un plan o currículo de estudios, desde las competencias, implica el acogimiento de estos contenidos, solamente así se podrá poner en evidencia la influencia generada.

En el plano educativo y, en este caso, a nivel de la formación superior, se vienen incentivando modificaciones direccionadas por el enfoque educativo por competencias, con el fin de afrontar los cambios que se avecinan en el futuro y para dar respuesta y solución a las exigencias del mundo laboral contemporáneo (Barrón, 2016). Las competencias suponen diversos aspectos, sin embargo, lo esencial es que el aprendizaje basado en competencias supone considerar tres criterios: (i) el cognitivo, (ii) el procedimental y (iii) el actitudinal. Estos tres criterios garantizan que el egresado de un programa de estudios posea las habilidades, las destrezas y los conocimientos suficientes para resolver problemas concretos y actúe eficazmente ante las demandas de un determinado contexto (Perrenoud, 2004).

Dichos planos son detallados con mayor precisión en el siguiente cuadro; sin embargo, cabe indicar que existen más consideraciones acerca de estos y aquí solamente se presenta una síntesis.

**Tabla 1**

*Elementos o rasgos de las competencias*

Competencias	Conocimientos	Generales para el aprendizaje	Observación, identificación y evaluación de situaciones y casos reales. Análisis, razonamiento y toma de decisiones.
		Académicos vinculados a una materia	Interpretación de los casos desde la óptica del conocimiento específico de una materia, enmarcándolos en enfoques teóricos o en soluciones aplicadas. Así se genera nuevo conocimiento de la materia, a partir del estudio de casos.
		Vinculados al mundo profesional	Conocer, utilizar y adquirir habilidades y competencias de empleabilidad requeridas en un campo profesional. Hacer juicios sobre situaciones complejas del mundo profesional. Conocimiento de usos, procesos, términos y contexto vinculados a competencias profesionales.
	Habilidades y destrezas	Intelectuales	Habilidad para generar, diseñar e implementar conocimiento aplicado e instrumentos que se ajusten a las necesidades de los casos y del mundo real.
		De comunicación	Habilidades de comunicación de ideas, argumentación y elaboración de conclusiones de forma efectiva, para diferentes situaciones y audiencias.
		Interpersonales	Habilidad para escuchar, respetar las ideas de otros, dialogar, etcétera.
		Organización personal	Habilidades para resolver, gestionar, procedimientos, recursos o acercamientos que contribuyan al desarrollo exitoso de casos. Reconocer momentos claves en la planificación y ejecución de un caso.
	Actitudes y valores	De desarrollo profesional	Tener las habilidades necesarias para el ejercicio profesional autónomo, con iniciativas instrumentales (ajuste, tolerancia, flexibilidad) aplicables a una amplia gama de situaciones imprevisibles.
		De compromiso personal	Tener iniciativa para saber resolver con responsabilidad y autonomía, tanteando ventajas e inconvenientes.

Fuente: Díaz (2005, p. 90).

En general, las competencias son de carácter general y específico; en términos concretos, eso se explica así: (i) las competencias generales son conocimientos, habilidades y destrezas que toda persona debe poseer para ser buen ciudadano y buena persona; además, estos son transversales, es decir, se aplican a diversas áreas del conocimiento, porque es lo mínimo que se debe saber, conocer y hacer; (ii) las competencias específicas son conocimientos, habilidades y destrezas especializadas, es decir, es todo lo que debe desarrollar un profesional en un área determinada de estudios, por ende, son propias de las profesiones y pocas veces son generalizables. En los párrafos que siguen daremos cuenta del modelo de la educación jurídica basada por competencias y, especialmente, prestaremos atención a las competencias generales y específicas que estimamos los abogados deben desarrollar.

### **3. LA EDUCACIÓN JURÍDICA BASADA EN COMPETENCIAS: DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS ESPECÍFICAS EN LA FORMACIÓN DEL ABOGADO**

Las competencias están enfocadas en fortalecer las habilidades, las destrezas y las capacidades de los estudiantes y la forma de aprenderlas es mediante el uso de metodologías dinámicas y flexibles. Esto nos permite afirmar que la formación del abogado del siglo XXI requiere el desarrollo de competencias para el desenvolvimiento adecuado en el campo laboral; además, permite adoptar una actitud reflexiva frente al entorno, porque no se trata únicamente de medir los logros del aprendizaje, sino también considerar la relevancia del curso que viene desarrollando el estudiante. Sobre esto se han manifestado algunas objeciones que sostienen que es imposible lograr el desarrollo de las competencias en un solo curso o durante la formación profesional, ya que muchas veces eso supone planificar las competencias detalladamente y todas las buenas intenciones se pierden en la evaluación o medición de los mismos; sin embargo, consideramos que esta es una percepción equivocada, debido a que la adquisición de las

competencias se extiende a todo el proceso de formación, incluso creemos que las competencias preparan para la vida.

En los párrafos precedentes se dio cuenta de las competencias a nivel general. Ahora corresponde indicar cuáles son las competencias que el abogado debe poseer para desempeñarse adecuadamente en los distintos contextos en los cuales debe desenvolverse, esto es, antes de ingresar al mercado laboral. En términos generales, siguiendo a Goyes (2013), el abogado debe poseer las siguientes competencias para ser un profesional competente:

- (i) La competencia cognitiva: capacidad para aprender y comprender contenidos acerca de los principios y los conceptos básicos del derecho y del sistema jurídico.
- (ii) La competencia comunicativa: capacidad para redactar, interpretar y argumentar jurídicamente; además, debe brindar soluciones a problemas jurídicos.
- (iii) La competencia de prevención e intervención jurídica del conflicto: capacidad para prevenir, identificar, gestionar y resolver conflictos.
- (iv) La competencia ética y responsabilidad jurídica: capacidad para identificar las conductas contrarias a la lealtad y la transparencia en el ejercicio profesional.
- (v) La competencia investigativa: comprender y realizar el proceso de investigación científica en el ámbito jurídico.

A grandes rasgos estas son las competencias que todo estudiante de derecho debe alcanzar al culminar sus estudios universitarios, por lo que tales aspectos deben ser contemplados en el perfil de egreso.

Asimismo, en el campo jurídico, las competencias específicas se usan para todos los ámbitos de conocimiento o para un área determinada de este, lo que supone que el desarrollo de las competencias acompañan al abogado durante toda su formación. Eso nos permite sostener que en la enseñanza y el aprendizaje del derecho la argumentación es una «competencia básica» (Lavado,

2013, p. 4), junto a la redacción de escritos y la capacidad investigativa, debido a que cualquier campo o área del derecho requiere de estas capacidades (es un conocimiento transversal a todos los componentes curriculares). En ese sentido, las competencias cumplen una función concreta: están para incrementar las capacidades y las habilidades de los estudiantes durante su formación académica; de modo que, en el derecho, estas competencias deben estar en función de algunas exigencias a alcanzarse para que la formación jurídica sea de calidad, es decir, que el futuro profesional pueda movilizar sus capacidades adecuadamente, en diversos contextos y espacios.

A pesar de estas precisiones, algunos autores plantean que las facultades de derecho, en la formación jurídica, deben esforzarse por garantizar las siguientes competencias: a) capacidad de razonar y argumentar jurídicamente; b) ser consciente de la dimensión ética de la profesión jurídica y de la responsabilidad social del graduado en derecho y actuar en consecuencia; c) capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros; y, d) conocimiento sistemático de los principios generales e instituciones esenciales del ordenamiento jurídico (Lazo, 2011, p. 256). Estas son algunas condiciones mínimas que derivan de las competencias, pero ¿dónde se establecen o consideran esos aspectos? La respuesta es que se da en los cursos a estudiar, pues cada curso desarrolla una competencia (cada curso fortalece y robustece las competencias); además, estos deben estar conectados con el perfil de egreso y los objetivos educacionales, es decir, las competencias serán evaluadas al culminar los estudios, lo cual no supone que no se realice una evaluación constante, sino que al final de la carrera se tendrá un balance general del logro de estos, pero en el camino se pueden realizar ajustes necesarios para no esperar hasta el final de los estudios.

En todo esto una pregunta relevante a formularse es ¿para qué sirve formar a los profesionales del derecho en competencias? Es una pregunta que causa mucho escozor, pues suele afirmarse

que educar por competencias es educar profesionales que únicamente satisfagan el mercado laboral. Sin embargo, consideramos que eso no es cierto, debido a que las competencias en general y, específicamente, en el plano jurídico, cumplen diversas funciones y, especialmente, su utilidad se traduce en la adquisición de conocimientos técnicos para «argumentar, convencer, explicar y proponer: teorías, conceptos, normas, resoluciones judiciales, solución de problemas, toma de decisiones»; además, permiten «aplicar conocimientos, técnicas para leer, redactar y exponer: teorías, conceptos, normas, resoluciones judiciales, solución de problemas, toma de decisiones» y brinda un espacio para que los profesores y los estudiantes del derecho actúen con valores y puedan «vivir y convivir, consigo mismo y con los demás, sanamente, sensatamente, solidariamente» (González, 2014). En eso consiste la formación por competencias, pues dichas precisiones no se limitan a una cuestión exclusivamente pragmática acerca de la noción de competencia, sino que es más integral.

La enseñanza de las competencias, siguiendo lo descrito en el anterior párrafo, es útil para profundizar y desarrollar las habilidades básicas que el estudiante de derecho debe alcanzar luego de algunos años de estudios; por eso, son «competencias básicas leer, redactar y exponer (con rigor, claridad, precisión y honestidad) textos judiciales, legislativos, administrativos y académicos» (González, 2014). A ello debe añadirse que

la formación por competencias en la educación superior contribuye con la pertinencia de los programas académicos, también formaliza el desempeño necesario en determinados contextos a través del diálogo constructivo entre oferta y demanda y, por supuesto, facilita la movilidad de estudiantes, docentes, investigadores entre diferentes países; pero ello no reduce las competencias específicas a la uniformidad. (Clavijo, 2015, p. 209)

La educación por competencias impulsa la formación jurídica dinámica y flexible, de modo que el estudiante de derecho (o futuro abogado) sea capaz de conocer y manipular adecuadamente

las herramientas jurídicas; solamente así se alcanzará el perfil de egreso trazado por el programa de estudios. Además, incentiva a que el estudiante pueda responder y solucionar problemas del contexto de manera creativa (problemas jurídicos en sus diversas dimensiones), esto es, una vez que egrese pueda relacionarse adecuadamente con el entorno laboral, de acuerdo con el desarrollo profesional que pudo alcanzar. Asimismo, las competencias, en la mayoría de los casos, buscan ser integrales, esto es, al momento de enseñar se entrelazan la teoría, la práctica y la dimensión ética, ya que son elementos claves para el proceso de formación y aprendizaje de una profesión. Todo esto demuestra que la educación por competencias se preocupa por la dimensión práctica, teórica y, por supuesto, actitudinal de los estudiantes, debido a que es importante que este conozca y sepa de la importancia del curso, y sea capaz de emitir juicios a favor o en contra de este (o hacerse preguntas como ¿para qué sirve el curso?, ¿qué aporta al conocimiento general o específico el curso que desarrollará?).

En tal sentido, el proceso de enseñanza y aprendizaje es dinámico y variable; además, son transferibles y transversales a varias profesiones (Barrón, 2016). Particularmente, en el campo jurídico, las competencias sirven para reforzar las «capacidades intelectuales indispensables para el aprendizaje de una profesión» (Valiente y Galdeano, 2009), pues en el derecho se requiere de capacidades, conocimientos, habilidades y destrezas especializadas que naturalmente no son compartidas con otras profesiones, de modo que se ponen a disposición del futuro profesional para que se inserte exitosamente en el mundo laboral, sea el litigio, la magistratura, la investigación o la cátedra, dependiendo de las preferencias del estudiante y, fundamentalmente, según el perfil de egreso diseñado por las facultades de derecho en sus planes de estudios.

## 4. LA INCORPORACIÓN DE ESTRATEGIAS DE ENSEÑANZA ACTIVAS PARA ALCANZAR Y MEJORAR LAS COMPETENCIAS

El enfoque educativo por competencias supone la introducción de estrategias de enseñanza y aprendizaje activas, ya que la sociedad del conocimiento exige que el estudiante sea autónomo en el proceso de aprendizaje y, lo más importante, que sea capaz de organizar y gestionar el conocimiento adecuadamente, para solucionar problemas del contexto y enfrentar los retos del futuro. Esto supuso, en los últimos años, que se promueva la escuela activa o aprendizaje activo, que se asocia con la idea de que el aprendizaje se produce únicamente cuando existe actividad o cuando el estudiante toma contacto con la realidad; de este modo, va quedando atrás aquella noción de que el profesor deposita o aloja conocimientos, como si el alumno fuese una mente vacía carente de contenido (Carrillo y Gálvez, 2017). Las pedagogías activas se oponen a dicha idea y asumen la tarea de propiciar la discusión, la participación y la creación de entornos de interacción fluida.

Las técnicas de aprendizaje-enseñanza activas que se conocen, en esa dirección, son (i) el juego de roles, (ii) el aprendizaje basado en problemas, (iii) la clase magistral activa, (iv) el debate, (v) el estudio de casos y (vi) el trabajo colaborativo. Estas técnicas se utilizan para que el estudiante pueda alcanzar el aprendizaje significativo; además, fueron diseñadas para la enseñanza activa y con la finalidad de que las habilidades, las destrezas y los conocimientos que cada componente curricular exige sean logrados. Entonces, todos los cursos que se desarrollan en una facultad de derecho deben utilizar estrategias de aprendizaje-enseñanza activas, lo cual supone, reiteramos, que no se quedan únicamente en la transmisión de información o conocimientos, sino que los estudiantes sepan gestionar y administrar la información, pues mediante el empleo de las estrategias activas los docentes garantizan dicho propósito.

En definitiva, para que la educación jurídica garantice la solución de problemas jurídicos (Morris, 1996) en diversas circunstancias y, especialmente, se vincule con el desarrollo y la canalización de las competencias, necesariamente, se requiere de estrategias de enseñanza y aprendizaje activas. Además, como se podrá advertir, el aprendizaje basado en competencias no se logra únicamente modificando el plan de estudios o haciendo precisiones en el perfil de egreso, sino que exige el ya reiterado uso de las metodologías activas de enseñanza, porque estos engarzan los cursos o componentes curriculares con las competencias generales y específicas, con lo cual se asegura que la formación jurídica sea integral y adecuada.

## **5. EL APRENDIZAJE DEL DERECHO BAJO EL ENFOQUE DE LAS COMPETENCIAS: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS**

En términos generales, la pedagogía enfocada en competencias, más allá de proponer algunas políticas y medidas a ser implementadas, supone un cambio radical, porque el sentido del aprendizaje se circunscribe a que el alumno no sea considerado como un recipiente que el maestro deba llenar de conocimientos, como antes indicábamos, sino que el estudiante es una persona capaz de construir los conocimientos de forma autónoma, siguiendo sus intereses y conocimientos adquiridos, y no basta la transmisión del saber (Birzea, 2000; Denyer et al., 2016). Lo que se busca es proporcionar los elementos o las estrategias para que el alumno pueda adquirir las competencias necesarias que le permitan afrontar exitosamente los problemas que emergen de una situación particular (aspectos vinculados con su profesión), puesto que la adquisición de una competencia es aprender a hacer lo que no sé hacer, haciéndolo (Denyer et al., 2016).

El aprendizaje se vuelve significativo mediante la práctica e interacción recurrente; por eso, en la educación por competencias necesariamente se requiere de actividad y movimiento de recursos

y estrategias necesarias para el logro de las competencias. Eso, llevado al campo jurídico, se traduce en que el estudiante, en su formación, conozca el campo laboral y los recursos o las estrategias que requerirá en el futuro para solucionar los problemas o desafíos que se le presenten. Esto da pie al empleo de metodologías activas para el proceso de enseñanza-aprendizaje, ya que las normas jurídicas o las definiciones jurídicas, contextualizadas y plasmadas a un caso concreto, son bastante útiles, y si a eso se añade la práctica mediante la simulación de casos, la redacción de piezas procesales, la representación de contextos reales, el empleo de la argumentación jurídica para la construcción de una teoría del caso, la realización de proyectos formativos, entre otros puntos, el aprendizaje mejora notoriamente. Esto significa pasar de la pura transmisión de conocimientos al aprendizaje significativo.

Las metodologías que se emplean para la formación de los estudiantes en la sociedad del conocimiento y, por supuesto, en el marco del enfoque educativo por competencias, son activas, según detallamos antes. Ya que el estudiante es el actor principal del proceso de aprendizaje, la enseñanza se dirige a estimular sus estructuras cognitivas y la formación que se le brinda apunta a que sea para toda la vida (Carrillo y Gálvez, 2017). Las metodologías activas tienen como finalidad garantizar la igualdad en el aprendizaje y poseen un carácter significativo, porque el saber o conocimiento que se transmite en el aula debe impactar en el estudiante, lo que implica que el sujeto pone en práctica lo aprendido; además, provoca en él una actitud y una reacción. Solamente así se puede lograr educar desde el aula, garantizando el aspecto teórico (cognitivo), los procedimientos (procedimental) y la ética profesional (actitudinal); contenidos que son necesarios para ser competentes en el ámbito laboral.

Finalmente, siguiendo a Vázquez (1999, 2006) y Twining (2003), en el campo o contexto jurídico, la educación por competencias, más allá de servir como un vehículo para adquirir conocimientos, habilidades y destrezas que sirvan en el contexto laboral, también se enfoca en promover la igualdad, la solidaridad, la formación

integral y el ejercicio de la autonomía personal. Esto considerando que el objetivo de la educación jurídica es cultivar y fortalecer la noción de dignidad humana, el trato igualitario entre individuos y permite la participación activa de los ciudadanos en la esfera pública. En tiempos del constitucionalismo y de robustecimiento de los derechos humanos, fácilmente podrá constatarse que la democracia, el Estado constitucional y los derechos humanos son piezas claves en la formación jurídica y es cardinal que el estudiante de derecho conozca el alcance de estos e internalice los valores y los principios sobre los que descansan. Por todo esto, las competencias son más ambiciosas y no se limitan a introducir al mercado laboral al futuro profesional, sino que buscan su formación integral, fuertemente vinculada con el contexto y la defensa de los valores democráticos y constitucionales.

## 6. CONCLUSIONES

- La sociedad del conocimiento y la educación basada en competencias implican la transmisión y la circulación de saberes de manera flexible y dinámica, ya que se concentran más en desarrollar las herramientas que deben poseer las personas y, especialmente, los estudiantes para afrontar los problemas de la sociedad contemporánea. En el campo educativo, las competencias contribuyen en la gestión y administración de la información para fortalecer las habilidades, las destrezas y los conocimientos de los estudiantes. Esto denota que las competencias requieren de la movilización de diversos recursos para solucionar problemas que demanda el contexto.
- La educación por competencias persigue la formación integral del estudiante y, adicionalmente, desarrolla las habilidades, las destrezas y los conocimientos adecuados para responder o solucionar problemas concretos. Esto, en el plano del derecho, se traduce en que el profesional sea capaz de resolver problemas jurídicos, utilizar la argumentación y la interpretación para resolver controversias, saber redactar para fundamentar

adecuadamente los escritos y poseer competencias investigativas; además, el docente, para lograr esas competencias, debe utilizar metodologías y estrategias activas de aprendizaje.

- Los retos o las tareas que emergen del modelo educativo por competencias para el derecho son (i) educar por competencias es asumir que el estudiante se hace responsable de la adquisición de los conocimientos; sin embargo, la administración, la gestión y la puesta en práctica de la información requieren de la participación del docente, mediante el uso de metodologías activas; (ii) las competencias están íntimamente conectadas con el avance de la ciencia y la tecnología, por ello, en el futuro se requerirá que todos conozcan o sepan utilizar los recursos tecnológicos y, adicionalmente, deban estar preparados acerca de la influencia que tendrá la inteligencia artificial en el desarrollo de las competencias; además, los profesores tienen el deber de conocer y actualizar los conocimientos e indicar la repercusión que tendrá a nivel laboral (¿cómo canalizar o plasmar en el plan de estudios los avances de las competencias?); (iii) la preparación de los profesores debe guardar coherencia con la sociedad del conocimiento y el desarrollo de las competencias, lo que supone que deben conocer las competencias genéricas y específicas; y, (iv) la evaluación por competencias requiere de resultados y productos que sean evidentes, esto es, que se traduzcan en materiales tangibles: artículos, proyectos, programas, investigaciones, la participación como *amicus curiae* en asuntos litigiosos, el empleo de estrategias jurídicas para solucionar problemas locales, la promoción de los derechos humanos, entre otros aspectos. Una evaluación escrita o un examen de conocimientos no garantizarán el logro de las competencias.

## REFERENCIAS

- Álvarez de Eulate, Y. y Villardón, L. (2006). *Planificar desde competencias para promover el aprendizaje. El reto de la sociedad del conocimiento para el profesorado universitario*. Universidad de Deusto.
- Barrón, C. (2016). Modelos curriculares y competencias genéricas: algunas experiencias en la educación superior en México. En C. Díaz (ed.), *Las competencias genéricas en la educación superior. Ponencias y conversatorio*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Birzea, C. (2000). *Pedagogía del éxito. La superación del fracaso escolar*. Gedisa.
- Carrillo, G. y Gálvez, A. (2017). *Formación por competencias*. Ediciones Nova Print.
- Clavijo, D. (2015). El enfoque de competencias en la formación del abogado para el siglo XXI. *Justicia*, (27), 185-212.
- Cullen, C. (1996). El debate epistemológico de fin de siglo y su incidencia en la determinación de las competencias científico tecnológicas en los diferentes niveles de la educación formal. Parte II. *Novedades Educativas*, 8(62), 20-23.
- Denyer, M., Furnémont, J. y Poulain, R. (2016). *Las competencias en la educación. Un balance*. Fondo de Cultura Económica.
- Díaz, M. (2005). *Modalidades de enseñanza centradas en el desarrollo de competencias orientaciones para promover el cambio metodológico en el espacio europeo de educación superior*. Universidad de Oviedo.
- González, J. (2014). Educación jurídica basada en competencias. *Hechos y Derechos*, (24).
- Goyes, I. (2013). Competencias pedagógicas para la formación jurídica por competencias. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 11(21), 101-120.

- Harari, N. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Debate.
- Jaspers, K. (2013). *La idea de la universidad*. EUNSA.
- Kaku, M. (2018). *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la Tierra*. Debate.
- Lavado, L. (2013). Aprendizaje y enseñanza de competencias. *Sapere*, (3).
- Lazo, P. (2011). Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas. *Ius et Praxis*, (17), 249-261.
- Morris, C. (1996). *Cómo razonan los abogados*. Limusa Wiley.
- Perrenoud, P. (2004). *Diez nuevas competencias para enseñar*. Graó.
- Tardif, J. (2008). Desarrollo de un programa por competencias: de la intención a su implementación. *Profesorado. Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, 12(3), 1-16.
- Tedesco, C. (2000). *Educación en la sociedad del conocimiento*. Fondo de Cultura Económica.
- Tobón, S. (2007, enero-noviembre). El enfoque complejo de las competencias y el diseño curricular. *Revista Acción Pedagógica*, (16), 14-28.
- Twining, W. (2003). *Derecho y globalización*. Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.
- Valiente, A. y Galdeano, C. (2009). La enseñanza por competencias. *Educación Química*, (20), 369-372.
- Vázquez, R. (1999). *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*. Fontamara.
- Vázquez, R. (2006). *En la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. Trotta.

# LOS ESTUDIANTES ESCRIBEN

**IusInkarri**<sup>™</sup>

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)





Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3701

## BREVES APUNTES HISTÓRICOS SOBRE EL SECTOR ELÉCTRICO Y EL SECTOR DE TRANSMISIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA PERUANOS

Brief historical notes on the Peruvian electricity  
sector and the Peruvian power transmission sector

JAIRO JEYKO VELÁSQUEZ CHUMPITAZ

Universidad Ricardo Palma

(Lima, Perú)

Contacto: [jairo.velasquezch@urp.edu.pe](mailto:jairo.velasquezch@urp.edu.pe)

### RESUMEN

Actualmente, la utilización de la energía eléctrica está en todos lados; sin embargo, esta normalización ha hecho que muchos no conozcan sus orígenes y las diferentes etapas por las que ha pasado este sector y, con especial énfasis, el subsector de transmisión eléctrica. Actualmente, en este nuevo panorama post-COVID se colocan sobre el tapete numerosas reformas y planes estatales sobre diversas áreas económicas y sociales para la «nueva normalidad», de las cuales el sector eléctrico se presenta con una perspectiva vital en el presente y en el futuro. Por ello, realizar un recuento histórico y conocer sus orígenes es necesario para la configuración de este «nuevo panorama» y a futuro, y así

aprender del pasado para no cometer los mismos errores en el presente y un futuro. El sector eléctrico es la piedra angular y merece una mayor y mejor investigación en nuestro país.

**Palabras clave:** electricidad; sector eléctrico; abastecimiento de energía; transmisión eléctrica.

## ABSTRACT

Currently, the use of electric energy is everywhere; however, this normalization has made many people unaware of its origins and the different stages through which this sector and, with special emphasis, the electric power transmission subsector, has gone through. Thus, in this new post-COVID panorama, numerous reforms and state plans on various economic and social areas are placed on the table for the «new normality», of which the electricity sector is viewed with a vital perspective in the present and in the future. Therefore, a historical review and knowledge of its origins is necessary for the configuration of this «new panorama», and in the future, in order to learn from the past so as not to make the same mistakes in the present and in the future. The electricity sector is the cornerstone and deserves more and better research in our country.

**Key words:** electricity; electricity sector; power supply; power transmission.

Recibido: 30/06/2020    Aceptado: 21/07/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde el cambio de paradigma en el terreno jurídico administrativo, el cual consistió en la paulatina reducción de la discrecionalidad administrativa mediante el respeto irrestricto del principio de legalidad, así como la transición de un escenario donde se priorizaba el monopolio estatal mediante la constitución de empresas estatales a un escenario promercado y neoliberal, donde

se exige la mínima intervención estatal y el protagonismo del inversionista privado. Nuestro sistema jurídico ha presentado numerosos cambios trascendentales en todos los ámbitos donde irradia el derecho, en especial en el derecho administrativo.

De todos estos ámbitos, uno de los sectores que más cambios ha tenido y continúa teniendo es el sector eléctrico, el cual se presenta como uno de los más importantes y con mayor desarrollo en los últimos tiempos. Cabe mencionar y aclarar que el mencionado sector forma parte de una de las tantas subespecialidades del derecho administrativo. Si ensayamos un esquema con fines didácticos y con el objetivo de orientar al lector, se puede afirmar lo siguiente:

- Derecho administrativo
- Derecho de la energía
- Derecho eléctrico o derecho de la electricidad

En este sector, donde el contrato de concesión, desde siempre, ha representado su sustento y ha contribuido con su crecimiento, el cambio de paradigma se vio representado por la vigencia del Decreto Ley n.º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 009-93-EM, los cuales presentaron un antes y un después normativo y una reestructuración del sector eléctrico, y fue luego complementado normativamente por la Ley n.º 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

La normativa mencionada en el párrafo anterior trajo consigo sustanciales cambios, destaca la división del sector eléctrico en tres subsectores: generación, transmisión y distribución, así como el ingreso a nuestro sistema normativo de nuevas figuras contractuales como el «Contrato del Sistema Garantizados de Transmisión» o también conocido como Contrato SGT.

Este cambio normativo también trajo como consecuencia una abundante producción normativa por parte del Estado, centrada en la sistematización y la creación de incentivos para el inversionista privado como el actual Decreto Legislativo n.º 1362,

Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 240-2018-EF, a fin de que el Estado pueda tenerlo como colaborador en la procura del interés público y la realización de las actividades esenciales de aquel.

El presente artículo tiene como objetivo explicar y realizar un breve recuento histórico del sector eléctrico y sobre todo del subsector de transmisión eléctrica, con el fin de invitar a los diferentes lectores a profundizar en esta rama para muchos desconocida y que se presenta como uno de los sectores económicos con mayor desarrollo en el presente y para el futuro, para lo cual es indispensable tener un conocimiento básico y sobre todo histórico sobre esta actividad que ya es parte fundamental de nuestras vidas. A fin de permitir un mayor orden en el presente artículo, este se ha dividido en tres secciones generales: i) sobre la electricidad, ii) apuntes históricos sobre el sector eléctrico en general y iii) apuntes históricos sobre el subsector de transmisión eléctrica.

## 2. LA ELECTRICIDAD: DEFINICIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Es destacable, por su concisión, la descripción realizada sobre la electricidad en el libro *La industria de la electricidad en el Perú*, una de las tantas publicaciones realizadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. Siguiendo lo mencionado en el citado libro, la energía eléctrica, base y esencia del sector eléctrico, está definida como «el movimiento de electrones que se trasladan por un conductor eléctrico durante un determinado periodo» (Osinergmin, 2016, p. 28).

Sin entrar a describir los diversos sistemas de medición físicos que se encuentran relacionados con la energía eléctrica, los cuales se configuran como un tema técnico y que excede al ámbito propio del derecho, las principales características de la energía eléctrica son las siguientes:

Una de las particularidades de la energía eléctrica está vinculada a la imposibilidad de almacenarla en gran escala a costos viables. Esto genera que su consumo deba ser producido de forma simultánea, con lo cual se requerirá de una capacidad instalada en reserva que actúe como salvaguarda ante contingencias derivadas por incrementos en la demanda eléctrica o fallas en el suministro eléctrico.

Otra característica de la electricidad es que su utilidad no se deriva de su consumo directo, sino que proporciona una fuente de energía que permite la funcionalidad de equipos eléctricos, convirtiéndose en una demanda derivada de otras necesidades provenientes de los agentes económicos (industrias, hogares y gobierno). Asimismo, es considerada una fuente de energía secundaria, pues se genera a partir del consumo de fuentes de energía primaria como carbón, petróleo, energía nuclear o energía cinética y potencial gravitatorio del agua, vinculando su desarrollo al resto de industrias conexas.

[...]

A pesar de que la electricidad sea un bien homogéneo y posea un suministro continuo y confiable, registra limitaciones técnicas vinculadas al alcance de la infraestructura de las redes eléctricas que imposibilitan el grado de las transacciones comerciales entre los países, convirtiéndola en un *commodity* de nivel local. (Osinermin, 2016, pp. 28-31)

Respecto a este punto, actualmente se rescatan numerosos esfuerzos a nivel de la comunidad andina que se traducirían en la tan ansiada integración eléctrica. Asimismo, el uso del término *commodity* denota la dependencia respecto a los precios internacionales en la tarifa de la electricidad, principalmente por los diferentes combustibles y la tecnología que implican su desarrollo y su producción.

«Desde el enfoque del derecho administrativo, el servicio eléctrico es considerado un servicio público pues los beneficios derivados de su consumo (calefacción, iluminación, refrigeración, entre otros) garantizan un estándar de vida que permite el desarrollo de capacidades mínimas» (Osinermin, 2016, p. 31).

Sobre este punto, se debe aclarar que, para el caso peruano, el Decreto Ley n.º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, en su artículo 2 menciona lo siguiente:

Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

- a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,
- b) La transmisión y distribución de electricidad.

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.

De lo anterior se evidencia que no todo el sector eléctrico es considerado servicio público, de las tres subactividades que lo componen: generación, transmisión y distribución, solo la transmisión y la distribución son considerados servicio público, y de este último solo el mercado regulado, es decir, la energía eléctrica para uso doméstico y residencial, a diferencia de los usuarios comerciales y empresariales.

Asimismo, se diferencia servicio público de utilidad pública, con lo cual del tenor del artículo se extrae que los sectores que constituyen servicio público en el sector eléctrico son de utilidad pública, esta última entendida como aquello que es interés general o interés público por los beneficios que brinda a la población.

- Posee las características de rivalidad y de exclusión. La primera hace alusión a que «su consumo reduce la disponibilidad de energía para el resto de agentes demandantes» (Osinermin, 2016, p. 31), mientras que la segunda hace referencia a que «es económicamente viable restringir el consumo a aquellos que no han contribuido para su provisión» (Osinermin, 2016, p. 31).

### 3. LA HISTORIA DE LA ELECTRICIDAD COMO PIEDRA ANGULAR EN ESTA «NUEVA NORMALIDAD»

Con todos los cambios que están ocurriendo en nuestro país como en la comunidad internacional producto de esta pandemia que ha afectado en todos los países y consecuentemente nuestra normalidad, lo que se debe buscar actualmente es una vuelta a una «nueva normalidad», la cual se distingue de la idea de una vuelta a la «normalidad». No podemos volver a las anteriores taras incrustadas en nuestra sociedad, se debe buscar una reforma de todos los aspectos tanto sociales, políticos, económicos y, dentro de estos, buscar una «revolución energética» inclinada a desterrar la generación de energía por combustibles fósiles y que tanto daño han hecho a nuestro planeta.

Dentro de estas circunstancias, nos encontramos en una realidad donde el sector eléctrico cobra cada vez mayor protagonismo.

La idea base sobre la electricidad parte de que todo Estado necesita energía para poder cumplir con sus fines esenciales, que se centran en procurar y garantizar el bienestar de la población. Entre los diferentes medios y formas de poder generar energía, se encuentra la electricidad, la cual, actualmente, representa un sector económico y jurídico que se ha fortalecido paulatinamente, a tal punto de que es posible afirmar que se ha consolidado como un ámbito independiente.

Como bien afirma el autor Rolando Salvatierra Combina (2009), quien ha dedicado numerosos artículos a la descripción y análisis del sector eléctrico:

El sector eléctrico es uno de los sectores que más se ha desarrollado en los últimos quince años, y este desarrollo se debe principalmente al marco normativo, liderado por la Ley de Concesiones Eléctricas, la ley de desarrollo eficiente de la generación eléctrica y a la seguridad jurídica que otorgan una serie de mecanismos contractuales entre los que destacan las concesiones y los convenios de estabilidad jurídica. (p. 317)

Y es que razones no le faltan: la electricidad está en todos lados y se presenta como un recurso vital para nuestra propia subsistencia; sin embargo, el sector eléctrico no siempre ha sido como se le conoce actualmente. Este sector ha pasado por dos etapas bien diferenciadas, las cuales, siguiendo el principio de ensayo y error, que guía toda acción humana, han permitido que se vaya consolidando paulatinamente hasta llegar al sector eléctrico que conocemos actualmente y que se encarga de suministrar electricidad a todo el país, tanto a empresas como a miles de hogares.

En resumidas cuentas, el sector eléctrico ha pasado por dos etapas, donde el Decreto Ley n.º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 009-93-EM, marcan un antes y un después.

Antes de la entrada en vigencia de la normativa mencionada en el párrafo anterior, el sector eléctrico se encontraba monopolizado por el Estado, que realizaba las tres principales subactividades que involucran al sector: generación, transmisión y distribución. De acuerdo con Rolando Salvatierra Combina (2009):

En el año 1992, el actor monopólico en el sector eléctrico era el Estado, siendo el único que desarrollaba la actividad de generación, transmisión y distribución que tenía relación directa con los usuarios de tal servicio, estando prohibida la participación de la empresa privada. (p. 317)

El Estado, antes del año 1992, aproximadamente entre los años 1972 y 1992, se caracterizó principalmente por un gran intervencionismo estatal, lo cual se evidenció en el monopolio de diversos servicios públicos, entre ellos el servicio de electricidad. Este monopolio se concentraba en dos empresas: ElectroPerú y Electrolima, dicho panorama de monopolio estatal fue reforzado por los diferentes gobiernos que, impulsados por la idea de un fortalecimiento del Estado y una gran desconfianza del inversionista y participación privada, sumado por la todavía imperante ideología cepalina que reforzaba la producción nacional, permitieron que

todo desembocara en un atrasado y nulo desarrollo en materia de servicios públicos, de los cuales el sector eléctrico fue uno de los más afectados, dejando de lado el enorme potencial de inversión, trabajo y ganancias que este podía producir para el Estado y su población.

En resumen, antes del año 1992 se priorizaba el monopolio y el intervencionismo estatal, el sector eléctrico, en términos generales, se caracterizó por i) poca inversión en la infraestructura y sector eléctrico en general, ii) los recursos invertidos eran mayoritarios (por no decir exclusivamente) del sector público y iii) de la situación, se requería un cambio normativo urgente que incentive un desarrollo en el sector eléctrico e impulse la inversión en este por medio de los privados.

Este esquema estatal llegó a su fin con la crisis del sector en el año 1992, en que el mismo había llegado a una situación insostenible, reflejándose en la escasa inversión en el sector, déficit de generación y una falta de oferta que era largamente superada por la demanda, instalaciones y redes eléctricas en pésimo estado, tarifas debajo del costo real que restaban la rentabilidad de las empresas públicas, falta de normas de protección a los usuarios, al medio ambiente, de regímenes de calidad, entre otras situaciones que llamaban fuertemente al cambio. (Salvatierra, 2009, p. 317)

Esta necesidad de resurgimiento del sector eléctrico y la solución al caótico estado en que se encontraba se dio mediante la promulgación del Decreto Ley n.º 25844, Ley de Concesiones Eléctrica, publicado el 19 de noviembre de 1992; su reglamento, publicado el 25 de febrero de 1993, y la Ley n.º 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, publicada el 24 de febrero de 2007. Asimismo, se menciona la principal norma de privatización, el Decreto Legislativo n.º 674, mientras que para las concesiones se promulgaron diversas normas que luego se ordenaron y consolidaron con el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura

y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 056-96-PCM (o también llamado TUO Concesiones).

Todas estas normas antes mencionadas, en su debido momento, permitieron la tan necesitada desregulación que comenzó en el año 1990 con el gobierno de Alberto Fujimori, quien apostó por el régimen legal promercado y proinversionista (neoliberal), reforzado por diversas teorías e ideas que imperaban como el consenso de Washington, el cual apoyaba la inversión privada y el libre mercado. De igual manera, las mencionadas normas permitieron el desarrollo de diversos mecanismos contractuales como el «Contrato de concesión de sistemas garantizados de transmisión» o solo conocido como Contrato SGT, que ingresó al ordenamiento jurídico mediante la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

Esta posición promercado y proinversionista, posteriormente, también se materializó en otras diferentes normas legales, las cuales priorizaban y perfeccionaban la creación de incentivos en el mercado para los diferentes inversionistas tanto nacionales y extranjeros, a fin de que estos formen Asociaciones Público Privadas o APP, participen de la mano con el Estado en fomentar y garantizar el interés público de la población, principalmente mediante el otorgamiento de concesiones de obra pública y servicio público.

Estos esfuerzos se tradujeron en diferentes decretos legislativos, comenzando por el Decreto Legislativo n.º 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la Generación de Empleo Productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, publicado el 13 de mayo de 2008, y su reglamento; hasta llegar al actual Decreto Legislativo n.º 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 23 de julio de 2018, y su reglamento.

Dentro de este contexto donde se tiene normativa propia del sector y normativa sobre Asociaciones Público Privadas, se puede destacar en el sector de transmisión eléctrica el contrato SGT, el

cual se configura como contrato público (contrato administrativo) que corresponde a uno de los tantos contratos de concesión que se celebran en el sector eléctrico, configurándose también como una Asociación Público Privada, en el sentido de que implica la colaboración mutua entre el Estado y un inversionista privado. Asimismo, se resalta que el citado contrato tiene como objeto específico la construcción de líneas de transmisión de electricidad principales, a fin de «transmitir» o ser el puente entre los puntos de generación de electricidad y los puntos de distribución eléctrica.

Este cambio del paradigma normativo, con el fin de incentivar la inversión privada en el sector eléctrico y su colaboración con el Estado, dio grandes frutos, que se evidenciaron en un desarrollo del sector eléctrico, en especial a partir del año 2008 para el sector de transmisión, a comparación de años posteriores.

## 4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SECTOR ELÉCTRICO

Por más simple que pueda parecer cómo encender una bombilla, la industria eléctrica es un tema complicado, muchas veces ignorado por la población en general que simplemente evidencia su presencia en los beneficios que la electricidad brinda. Sin embargo, detrás de acciones cotidianas donde se ve involucrada la electricidad, hay un conjunto de normas legales, coordinaciones y regulaciones, que son trabajadas por diferentes profesionales, en donde se pueden encontrar abogados, ingenieros, administradores, etc.

Se sabe bien que el derecho regula y norma «pequeñas realidades» que componen una realidad general y esta pequeña realidad conformada por la electricidad y todo lo realizado a ella ha sido reconocido por el derecho dando origen a una rama llamada derecho de la electricidad o derecho eléctrico. Al mencionar esta rama puede causar gran extrañeza; no obstante, la gran importancia que ha tenido no puede pasar desapercibida y con más razón, pues nuestro futuro apunta a ser «eléctrico» en el

sentido de que la electricidad está encaminada a ser la principal fuente de energía de los diferentes países en un futuro, relegando en un segundo plano los combustibles fósiles y la combustión interna. Solo basta con salir a caminar por la calle para evidenciar que poco a poco se está incrementando el uso de vehículos eléctricos, destacando los *scooters* eléctricos y las bicicletas eléctricas por el momento, con miras a poder utilizar automóviles eléctricos.

La mencionada introducción sirve para mostrar de manera somera la importancia ignorada del derecho eléctrico en la actualidad, rama que apunta a fortalecerse en un futuro, debido a la masificación de la utilización de la electricidad en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

Como todo lo mencionado, se explicarán brevemente las etapas del sector eléctrico y las etapas del subsector de transmisión eléctrica, se presenta como el puente entre los subsectores de generación eléctrica y distribución eléctrica, y en el cual se encuentra uno de los principales hitos del sector eléctrico nacional: la conformación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional o mejor conocido como SEIN.

Cabe destacar, como se mencionó en un inicio, que el sector eléctrico se divide en tres subsectores: i) generación, ii) transmisión y iii) distribución, de los cuales el sector de transmisión eléctrica se define como el segmento que transporta la electricidad desde los centros de producción (centrales hidroeléctricas, centrales térmicas, etc.) hasta las zonas de consumo final (hogares, empresas, etc.). Como se hizo alusión en el párrafo anterior, el presente subsector actúa como un puente entre los subsectores de generación y distribución eléctrica.

#### 4.1. ETAPAS DEL SECTOR ELÉCTRICO EN GENERAL

Respecto a la historia del sector eléctrico en nuestro país y su desarrollo hasta la actualidad, se debe destacar que existen numerosas clasificaciones a fin de ordenar cronológicamente el

desarrollo del sector eléctrico peruano, entre los numerosos autores destaca Rolando Salvatierra Combina, quien sistematiza la historia del sector eléctrico en cuatro etapas:

#### 4.1.1. Breve recuento sobre clasificación de Rolando Salvatierra Combina

En el artículo «Sector Eléctrico. A los veinte años de la reforma» (2012), el autor Rolando Salvatierra Combina centra su clasificación del sector eléctrico dividiéndolo en cuatro etapas, partiendo con una del año 1990, fecha en la cual se inició la reforma del sector eléctrico. Para ello se explicará, siguiendo las etapas ensayadas por el citado autor, sobre los principales sucesos del sector eléctrico. Antes de comenzar, se mencionarán algunos puntos de cómo se encontraba el sector eléctrico antes de 1990, destacan las siguientes ideas:

1. El servicio eléctrico solo era brindado por empresas públicas, encabezado por Electroperú y Electrolima; al existir empresas públicas, los subsectores de la industria eléctrica se encontraban integrados verticalmente, es decir, las empresas públicas realizaban la actividad de generación, transmisión y distribución.
2. La poca cobertura nacional y que la tarifa eléctrica se encontraba fuertemente politizada.
3. La demanda de energía eléctrica superaba la oferta, lo cual se traducían en constantes racionamientos y apagones de energía eléctrica; se sumaba a ello los constantes atentados terroristas contra la infraestructura de transmisión eléctrica y la poca inversión destinada al sector eléctrico.
4. El gran proteccionismo y la rigidez económica que caracterizaba a la economía peruana, además de los diferentes problemas económicos, sociales y políticos que azotaban a nuestro país, lo que se tradujo en la nula apertura a la inversión privada nacional y extranjera y que existían concesiones para promocionar la inversión.

Respecto a las etapas del sector, el referido autor menciona cuatro que reflejan los cambios que han ocurrido en este, tanto desde un punto de vista normal como fáctico:

### **a) Primera etapa: formación y concepción de la Reforma (1990-1992)**

Esta etapa comenzó desde la llegada de Alberto Fujimori al poder, gobierno con el cual se comenzó la reforma del sector eléctrico, que se configuraba como necesaria debido a que el citado sector se encontraba en una crisis total e insostenible. Con el objetivo de concretar la tan ansiada reforma, era necesario un cambio estructural, para lo cual lo primero que se hizo fue crear un equipo de técnicos nacionales a fin de que configuraran este nuevo modelo, para ello también tomaron en cuenta experiencias internacionales como el sistema eléctrico chileno. Aquí se debe destacar dos hechos que marcaron la regulación y el panorama eléctrico peruano y cuyas consecuencias se visualizan hasta la actualidad:

A diferencia del modelo chileno, en el Perú se tenía que implementar, paralelamente a la reforma, un proceso de privatización, que permitiera que esta vaya de la mano con el ingreso de nuevos inversionistas interesados en las empresas públicas de generación y distribución que se privatizaron. (Salvatierra, 2012, p. 225)

Sin desmerecer el gran esfuerzo de los ingenieros y todos los profesionales y las personas que participaron e hicieron posible la tan ansiada y necesaria reforma estructural del sector eléctrico, se debe mencionar que «en esta reforma participaron solamente ingenieros, por lo que muchos aspectos legales no fueron muy bien trabajados, por ejemplo la no temporalidad de los contratos de concesión para las empresas privatizadas, que carece de sustento doctrinario y conceptual» (Salvatierra, 2012, p. 225), la no temporalidad de los mencionados contratos ocasiona grandes incongruencias respecto a otros mecanismos contractuales del sector eléctrico como los contratos de concesión tipo BOOT, que son un tipo de contrato eléctrico temporal.

Esta primera etapa concluyó con la emisión de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento.

### **b) Segunda etapa: ejecución de la Reforma. Promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas (1993-2001)**

Esta etapa se caracteriza por la implementación de la reforma que se ejecutó con la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas el 19 de noviembre de 1992, que fue reglamentada por el Decreto Supremo n.º 0093-EM, que se emitió en febrero de 1993. En otras palabras, en esta etapa se materializó y se puso en práctica toda la normativa de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento. Dentro de las principales características de la reforma estructural implementada destacan:

- Un cambio de rol del Estado. Se pasó de un Estado interventor y empresario a uno regulador y con un rol subsidiario en la economía; asimismo, se dio una liberalización que permitió la entrada de capitales privados.
- La desintegración de actividades, que puso fin a la integración de actividades en empresas estatales con lo cual una sola empresa realizaba las tres actividades de generación, transmisión y distribución. Esta medida permitió la competencia en el sector eléctrico.
- Respecto a la actividad de transmisión, se implementó el principio de libre acceso o «open access», por medio del cual cualquier actor del sector eléctrico podía utilizar las redes de transmisión de electricidad del Sistema Interconectado Nacional con su correspondiente pago por uso.
- La promoción de inversión privada nacional y extranjera mediante el otorgamiento de concesiones y autorizaciones.
- Se dio una gran cantidad de privatizaciones de empresas públicas y de proyectos de infraestructura como medio para descongestionar el presupuesto estatal y promover la inversión privada.

- Se da la creación del Comité de Operación del Sistema Interconectado Nacional (COES) y del Organismo Supervisor de la Inversión y Minería (Osinermin).

### **c) Tercera etapa: consolidación de la Reforma (2001-2006)**

Esta etapa se caracteriza por tres sucesos principalmente:

1) El fortalecimiento del organismo regulador OSINERGMIN, como entidad autónoma e independiente del Ministerio de Energía y Minas, lo cual se dio mediante la promulgación de la Ley N° 27332 – Ley Marco de Organismo Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos y el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001 PCM. Mediante el citado fortalecimiento se dio a OSINERGMIN facultades que antes no poseía como la regulación de tarifas, debido a que absorbió a la Comisión de Tarifas Eléctricas, la cual antes se configuraba como un órgano colegiado autónomo dedicado a la regulación de las tarifas eléctricas, asimismo facultades decisorias en resolución de controversias; 2) La implementación y desarrollo del gas natural de Camisea en la producción de energía eléctrica, principalmente generación térmica, lo cual representó un hito, debido a que diversificó la matriz eléctrica peruana y contribuyó a la disminución del uso de energías fósiles para la producción de electricidad; 3) Se inicia la crisis de falta de generación, se materializa en la falta de contratos para las distribuidoras para el servicio público a tarifa en barra y, en la falta de transmisión eléctrica, se materializa con la congestión de determinadas líneas que impide llevar energía eléctrica a algunos puntos del país. La mencionada crisis llevó a la promulgación de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica y los diferentes reglamentos como el Reglamento de Transmisión. (Salvatierra, 2012, p. 226)

### **d) Cuarta etapa: reforzamiento de la Reforma (2006-2012)**

En esta etapa se promulgó la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, que contribuye a perfeccionar las diferentes deficiencias de la Ley de Concesiones Eléctricas y al fortalecimiento del sector eléctrico, en especial al sector de transmisión eléctrica con la creación de los mencionados sistemas de

transmisión: Sistemas Garantizados de Transmisión (SGT)<sup>1</sup> y Sistema Complementario de Transmisión (SCT)<sup>2</sup>. Asimismo:

en el caso de la generación se crea un mecanismo de subastas para la contratación de suministros a largo plazo, que busca cubrir la demanda de las distribuidoras para el servicio público de electricidad bajo un esquema de licitaciones de suministro a cargo de una o más distribuidoras, por periodos máximos de veinte años.

Otro hecho importante de esta etapa es

la promulgación del Decreto Legislativo 1002, Ley de Promoción a la Generación Eléctrica con Energías Renovables que tiene como fin incentivar la construcción de centrales eléctricas con fuentes renovables, como la eólica, la biomasa, la solar y las hidroeléctricas menores a veinte MW; además también destaca el gran impulso y apoyo estatal a la Electrificación Rural, lo que se materializó con la Ley N° 28749 – Ley General de Electrificación Rural. (Salvatierra, 2012, p. 226)

Es necesario agregar y resaltar el constante perfeccionamiento del sector eléctrico y de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, mediante la promulgación de normas legales posteriores al año 2012, entre las cuales destacan el Decreto Legislativo n.º 1224, Ley Marco de Asociaciones Público Privadas; el Decreto Legislativo n.º 1221, que mejora la regulación de la distribución de electricidad (ambos promulgados en el año 2015), y el reglamento para la protección ambiental en actividades eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 014-2019-EM.

De igual manera, el autor Rolando Salvatierra Combina establece otra clasificación, pero esta vez más general, enfocada también en el contexto de reformas que se iniciaron a partir del año 1990 en todos los sectores de nuestro país; sin embargo, esta clasificación planteada se centra en los servicios públicos en general,

---

1 Clasificación utilizada para líneas de transmisión principales.

2 Clasificación utilizada para líneas de transmisión secundarias.

haciendo especial énfasis en el sector infraestructura y en las diferentes privatizaciones que se dieron en su debido momento. Antes de comenzar a explicar la clasificación ensayada por el citado autor, se desarrollará brevemente algunas características que se dieron en este contexto de reformas que se iniciaron en los noventa como:

- **Una redefinición del rol del Estado:** con lo cual se hace alusión a la transición de pasar de un Estado grande, con influencia en todos los sectores de la vida cotidiana, especialmente el económico y el político a un Estado pequeño, centrado en proveer infraestructura básica, hacer cumplir la ley, procurar el orden, proveer salud y educación, es decir, que se centra en la provisión de factores dedicados principalmente a la población y que constituyan el soporte para que los capitales privados puedan desarrollarse libremente. Dentro de esta característica también sobresale la labor de supervisión realizada por el Estado.

Sobre este punto, el autor Rolando Salvatierra Combina (2007) destaca que el desempeño actual del Estado en la economía debe desarrollarse de dos formas:

- a) Como autoridad: «el Estado participa directamente en la sociedad regulando, supervisando y sancionando, normando, fiscalizando, otorgando concesiones, autorizaciones, solucionando controversias, entre otras» (p. 139).
  - b) Como agente económico: «El Estado participa como agente privado, pero manteniendo en cierta medida su *Ius Imperium* en cuanto tutela intereses públicos. Así tenemos a un Estado comprador [...], o un Estado competidor que realiza actividad empresarial» (Salvatierra, 2007, p. 139), teniendo presente siempre el principio de subsidiaridad.
- **Desregulación:** la cual se define como la disminución de la incidencia regulatoria económica por parte del Estado, evitando un proteccionismo estatal y garantizando una eliminación de

barreras y restricciones a la inversión privada nacional e internacional principalmente en servicios públicos como la electricidad.

- **Liberalización y desmonopolización:** antes de las reformas iniciadas en los noventa, la mayor parte de actividades económicas estaban en manos del Estado, «lo que implicaba la existencia de un monopolio estatal que impedía que haya una oferta competitiva y por lo tanto funcionara el mercado» (Salvatierra, 2007, p. 140). Como se dijo anteriormente, la existencia de empresas estatales, que eran las únicas que podían proveer un servicio específico, era lo común en la etapa antes de las reformas. A partir de los noventa, con la asunción de Fujimori al poder, se procedió a la desmonopolización de la economía

eliminando y prohibiendo los monopolios legales que tenía el Estado y liberalizando las barreras de acceso a los mercados, de tal manera que se fomentara el ingreso de empresarios privados en las actividades que antes eran reservadas al Estado y se fomente la competencia. (Salvatierra, 2007, p. 140)

Con la desregulación, la liberalización y la desmonopolización se cristaliza a la inversión privada como motor de desarrollo y crecimiento económico, debido a que se apertura la economía a los capitales privados nacionales e internacionales, así como se les brindó numerosos incentivos a fin de promover que inviertan en el Perú. Cabe mencionar una aclaración que se hace en este punto respecto a privatizar y liberalizar; el mencionado autor menciona que

liberalización es una etapa previa y tiene por objeto eliminar las restricciones que impone el Estado, a las actividades económicas que eran prestadas en exclusiva por este, permitiendo así el ingreso de privados al desarrollo de la actividad; por otro lado la privatización implica traspasar empresas, proyectos, actividades o derecho que son del Estado, para que sean operadas por privados. (Salvatierra, 2007, p. 140)

Por ejemplo, dentro del sector eléctrico, teníamos como principales empresas públicas a Electroperú, Electrolima, Etecen y Etesur (empresas estatales dedicadas al rubro de transmisión), Edegel (empresa estatal dedicada la generación).

Respecto a lo mencionado anteriormente, se debe destacar que la privatización fue un pilar esencial en la aplicación de reformas, especialmente en el sector eléctrico y si bien este proceso tiene numerosos críticos y puntos negativos, también posee aspectos positivos, principalmente económicos y sociales. Antes de las reformas, la empresa pública no había cumplido con sus objetivos, por lo que era necesario un cambio y que esas empresas sean mejor administradas en beneficio del país y de la población, allí es donde el sector privado entró en juego y cambió el panorama económico.

Luego de todo lo antes mencionado, el autor ensaya una clasificación basándose en el concepto de privatización:

**Primera etapa: privatización de empresas públicas**

Destaca como base legal: el Decreto Legislativo n.º 674 y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 010-92-PCM y específicamente en el sector eléctrico, resaltar el gran protagonismo que tuvo la Ley de Concesiones Eléctricas en el sector eléctrico para la privatización de las empresas estatales dedicadas al rubro eléctrico.

**Segunda etapa: privatización de proyectos de infraestructura**

Destaca como base legal: el Decreto Legislativo n.º 839-96-PCM, el TUO CONCESIONES y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 060-96- PCM.

## 4.2. ETAPAS DEL SUBSECTOR DE TRANSMISIÓN

Como se ha venido haciendo alusión, uno de los sectores de vital importancia que posee nuestro sector eléctrico es el subsector de transmisión, que a nivel histórico ha presentado los mayores hitos en nuestro país, sin dejar de mencionar su importancia

para el sector eléctrico actual. Uno de los principales hitos fue la conformación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), el cual se dio con la Línea de Transmisión Mantaro-Socabaya, que entró en operación comercial el 8 de octubre de 2000.

Es a partir de esta fecha trascendental para todo el sector eléctrico, pero sobre todo para el subsector de transmisión, cuando se conformó el SEIN, que, como su mismo nombre lo menciona, corresponde a todo el sistema eléctrico a nivel nacional, algo así como el sistema nervioso o el sistema circulatorio de la electricidad en nuestro país.

Asimismo, se puede afirmar que el sector de transmisión tiene dos principales hitos:

#### **4.2.1. La evolución tecnológica que vivió el subsector de transmisión, especialmente en la capacidad tecnológica de las redes por donde se transmitía electricidad, haciendo referencia a la didáctica clasificación planteada anteriormente:**

- Un primer momento, por sistemas aislados incipientes, con reducida capacidad de transmisión, a cortas distancias, con reducido voltaje.
- Un segundo momento, cuando se da un gran progreso en la infraestructura de transmisión. Las líneas de transmisión de energía eléctrica tuvieron un gran avance tecnológico, al punto de mencionar que comenzaron a tener numerosos elementos y características tecnológicas que poseen muchas líneas de transmisión actualmente (aumento de transmisión de voltaje, se usaron implementos de construcción más resistentes y la transmisión se dio a mayores distancias).

Si bien no se puede distinguir claramente una fecha específica, se puede decir que se le brinda un gran interés al subsector de transmisión por parte del Estado, por primera vez, el 23 de mayo de 1962 cuando se promulgó la Ley n.º 14080 «dando el carácter

de interés nacional a la interconexión de los sistemas de producción de energía del país» (Osinergmin, 2016, p. 94), en el gobierno de Manuel Prado y Ugarteche, considerada la primera ley dedicada a la interconexión eléctrica (tanto para la transmisión como para la distribución eléctrica). Asimismo, la citada ley promovió la mayor eficiencia de todo el proceso de la industria de la electricidad: generación, transmisión, distribución, y permitió la transición del primer momento al segundo momento.

#### 4.2.2. La evolución y los diferentes momentos por los que pasó el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)

Uno de los momentos más importantes y primordiales del subsector transmisión fue la conformación del SEIN, el cual, como todo hecho, ha pasado por varias etapas: comenzando de un momento incipiente donde solo existían sistemas eléctricos aislados hasta el momento de la conformación del SEIN en el año 2000 cuando se puso en operación comercial la Línea Mantaro-Socabaya de 220 kV, que permitió la interconexión del Sistema Interconectado del Sur (SISUR) y el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN). A continuación, pasaremos a explicar las diferentes etapas que llevaron a la conformación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

##### 4.2.2.1. Primer momento: los sistemas eléctricos regionales aislados (década de los sesenta)

Tomando como punto de referencia la fecha mencionada en la página 96 del libro del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país* (2016): «Para finales de la década de los sesenta, la industria en el Perú estaba computada por ocho sistemas eléctricos aislados sin interconexión». De lo anterior se infiere que la evolución del SEIN comienza a partir de los años sesenta, lo que no significa que antes no existieran sistemas aislados, sino que estos fueron conformándose progresivamente hasta agrupar a numerosos departamentos

del país. En los años sesenta existían ocho sistemas eléctricos aislados, los cuales no se encontraban interconectados entre ellos y solo abastecían a las ciudades que estos abarcaban; sin embargo, se tenía un plan estratégico nacional de interconexión entre estos ocho sistemas eléctricos aislados y solo era cuestión de tiempo para materializarlo (promovido principalmente por el Plan Nacional de Electricidad y la Ley n.º 14080, que promovió enormemente la interconexión eléctrica al declararla de interés nacional). La interconexión entre sistemas eléctricos aislados era necesaria, debido a los grandes beneficios que traería la citada interconexión para el sector eléctrico y la población en general.

Los principales sistemas eléctricos aislados regionales a finales de los sesenta fueron los siguientes:

El sistema Piura (Piura), operado por la empresa Energía de Piura: Estuvo compuesto por una central térmica y una línea de transmisión entre Piura y Sullana. Se suministraba energía a las ciudades de Piura y Sullana y centros poblados cercanos.

El sistema del Santa (Áncash, la Libertad), operado por la Corporación Peruana del Santa. Conformado por la central hidroeléctrica del Cañón del Pato, una central térmica en Chimbote y en Trujillo y la línea de transmisión de Huallanca (Central del Cañón del Pato – Chimbote), que posteriormente se extendería hasta Trujillo en 1964, y otra línea Huallanca-Huaraz. (Osinergmin, 2016)

El sistema Rímac-Santa Eulalia (Lima), operado por Empresas Eléctricas Asociadas (EEA), de fuente de energía principal: hidroeléctrica y térmica. Conformada

por las centrales hidroeléctricas de Callahuanca, Moyopampa, Huampaní, Matucana, Huinco y la central térmica de Santa Rosa [...] línea de transmisión Huinco-Santa Rosa (Lima) fue la primera de 220 kV en nuestro país. Debido al ingreso de la central de Huinco, se optimizaron las condiciones para la interconexión eléctrica del sistema.

El sistema del Cusco (Cusco), principalmente operado por la Corporación de Reconstrucción y Fomento del Cusco. Conformada por línea de transmisión Machu Picchu-Cachimayo-Dolorespata.

El sistema Pativilca (Lima), operado por Energía Hidroeléctrica Andina-Hidrandina. Conformado por la Central Hidroeléctrica Cahua y línea de transmisión Cahua-Paramonga. Este sistema daba energía eléctrica al Complejo Industrial de Paramonga y al Puerto de Supe.

El sistema Aricota (Tacna). Conformado por las centrales hidroeléctricas de Aricota I y II y una línea de transmisión Aricota-Toquepala. Este sistema daba energía a Toquepala, Tacna e Ilo mediante esta última.

El Sistema de Cerro de Pasco Corporation (Pasco, Junín), operado por la empresa Cerro de Pasco Corporation. Conformado por las centrales hidroeléctricas Yaupi, La Oroya, Pachachaca y Malpaso y las líneas Yaupi-Carhuamayo y Carhuamayo-La Oroya, las cuales posteriormente fueron expandidas a fin de que la energía llegue a más ciudades y pueblos

El sistema de Arequipa (Arequipa), operado por la empresa SEAL. Conformado por las centrales de Charcani I – IV y las centrales térmicas de Chilina y de Sucre, así como líneas de transmisión que daban energía a Arequipa, alrededores y a la fábrica de Cementos Yura. (Osinergmin, 2016)

Cabe mencionar que, hasta la época de los sesenta, las líneas de transmisión eléctrica se caracterizaban por:

1. En los inicios de la transmisión, la mayor inversión realizada en este sector fue de parte del sector privado, debido a que en los inicios del presente sector existía muy poca regulación para el sector eléctrico, lo cual de cierta manera incentivó la inversión privada en el sector eléctrico mediante la construcción de centrales de producción y tendidos propios de cables por empresas privadas. No va a ser hasta la creación de las Empresas Asociadas Eléctricas (EEA) cuando se da, de manera incipiente, una uniformidad en cuanto a los tendidos de redes, sin dejar de mencionar la gran importancia que tuvo la promulgación de los diferentes Códigos nacionales, como el Código Eléctrico Nacional, considerado el primer antecedente de la regulación de la seguridad

eléctrica, incluyendo las medidas de seguridad a tomar en el subsector de transmisión.

2. No va ser hasta la época de los sesenta en adelante donde el Estado comenzó a tener una mayor y gran participación en inversión en sistemas de transmisión, siguiendo así por numerosos gobiernos hasta llegar a las reformas estructurales de los años noventa donde, encabezado por la Ley de Concesiones y las variadas reformas económicas, el sector privado volvió a tener ese gran protagonismo que había ostentado en los inicios del subsector de transmisión. Uno de los puntos que retrata lo antes mencionado fue la privatización de las empresas Etecen y Etesur, que comprendían las líneas de transmisión de propiedad del Estado en el SICN y SISUR y que luego pasaron a manos del sector privado.

Teniendo presente lo mencionado anteriormente, se considera a los años sesenta el punto de separación entre dos etapas bien diferenciadas en el subsector de transmisión.

#### **4.2.2.2. Segundo momento: primera conexión y conformación del SICN (década de los setenta)**

La Central Hidroeléctrica Santiago Antúnez de Mayolo o también llamada Central Hidroeléctrica del Mantaro, finalizada en el año 1973, y sus diferentes líneas de transmisión construidas fueron esenciales en el proceso de interconexión de los sistemas eléctricos aislados regionales que posteriormente llegaron a la conformación del SEIN. Tanto la citada central como sus líneas permitieron la primera interconexión eléctrica en nuestro país entre los sistemas eléctricos de Lima y Mantaro. Luego con la construcción de la línea de transmisión Lima-Chimbote de 372 km de extensión, inaugurada en 1980, se formó el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN). Así se consiguió la interconexión eléctrica de los tres sistemas que operaban de manera independiente: el Sistema Interconectado Centro, conformado por los sistemas de Lima y Mantaro (Centro); el sistema del Cañón del Pato y el sistema Cahua-Paramonga (Pativilca) (Osinergrmin, 2016, p. 96). La interconexión de los tres sistemas antes mencionados conformó

el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN). Cabe mencionar que la conformación del SICN fue de gran importancia, principalmente debido a que fue el sistema eléctrico que concentró el mayor consumo de energía nacional a comparación de los otros que registraban un menor consumo.

Así se fueron conectando paulatinamente los sistemas eléctricos aislados restantes.

#### **4.2.2.3. Tercer momento: situación de los años ochenta**

En esta época, la electricidad se daba a través de tres sistemas interconectados: 1) Sistema Interconectado Centro Norte (SICN), el cual cubría «la franja costera desde Marcona hasta Tumbes en el norte y la zona central del país hasta Ayacucho en el sur hasta Aucayaca en el norte» (Osinergmin, 2016); 2) El Sistema Interconectado del Sureste (SISE) «formado por las regiones de Cusco, Puno y Apurímac» (Osinergmin, 2016); 3) El Sistema Interconectado del Suroeste (SISO) formado «por las regiones de Arequipa, Moquegua y Tacna» (Osinergmin, 2016). Es necesario resaltar y evidenciar la participación de cada sistema en el consumo de electricidad en esta época: «La participación de cada sistema de acuerdo con la facturación, mostraba que el SICN representa el 84% de la facturación total, el SISO el 7%, el SISE 4%, y los sistemas aislados el 5%» (Osinergmin, 2016, p. 109).

La gran diferencia de consumo se debe principalmente a la mayor extensión que abarcaba el SICN a comparación de los otros sistemas, y al origen de la generación de electricidad, debido a que en el SICN se priorizaba la energía hidráulica, mientras en los otros sistemas se priorizaba la energía térmica (generada mediante el uso de combustibles fósiles), con lo cual se puede inferir, respecto a los costos, que la energía del SICN era más barata que en el resto de los sistemas. La energía hidráulica tiene la ventaja de ser menos costosa a largo plazo.

#### **4.2.2.4. Cuarto momento: conformación del SISUR**

Posteriormente, la creación del Sistema Interconectado del Sur (SISUR) mediante la interconexión de la línea de transmisión Tintaya-Socabaya en el año 1997 del SISO y el SISE fue un hecho muy importante en la historia del subsector de transmisión. Es así que, hasta el año 2000, solo existía el SICN y el SISUR. Por esta época:

el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN) representaba un 80,5% del consumo de energía nacional y era abastecido principalmente con energía hidráulica (96,2%). El Sistema Interconectado Sur (SISUR), con un 17,8% del consumo nacional, donde la energía térmica mantenía mayor importancia en el abastecimiento (45,2%). (De la Cruz y García, 2003, p. 35)

Con lo cual se evidencia que continuaba el panorama de que el SICN tenía el mayor consumo a nivel nacional y que la energía de este era más barata que el SISUR. Asimismo, cabe destacar que al implementarse la desintegración vertical, que constituye una de las reformas planteadas por la Ley de Concesiones Eléctricas, se separaron las actividades del sector eléctrico en tres: generación, transmisión y distribución (aquí se encontraba la comercialización). Esto llevó a que cada sistema eléctrico interconectado sea administrado por una empresa estatal, creada para dirigir todo este proceso de implementación de reformas y su futura privatización. En este caso, «la transmisión en el SICN y el SISUR estaba a cargo de dos empresas estatales: la Empresa de Transmisión del Centro (ETECEN) y la Empresa de Transmisión del Sur (ETESUR)» (De la Cruz y García, 2003).

#### **4.2.2.5. Quinto momento: conformación del SEIN**

Sin embargo, se hacía cada vez más palpable la creación de un sistema eléctrico unificado, mediante la interconexión del SICN y el SISUR: «El reto mayor era unir el SICN y el SISUR para conformar el SEIN» (De la Cruz y García, 2003), ello traería numerosos beneficios a la población y al país; sin embargo, dicha ansiada

interconexión entre los citados sistemas eléctricos representaba una inversión muy grande para el Estado. Es por eso que se recurrió al sector privado a fin de que aporte su experiencia y capital en la construcción de una línea de transmisión que materialice el objetivo de interconexión planteado por el Estado y lograr la conformación del SEIN.

«En enero de 1998, el Estado peruano convocó a un Concurso Público Internacional para el diseño, construcción y explotación de la línea de transmisión Mantaro-Socabaya que uniría el SICN con el SISUR, bajo el esquema de concesión BOOT» (De la Cruz y García, 2003), resultó ganador el Consorcio Transmantaro S. A., cuyo operador estratégico es Hydro Québec de Canadá, con quien se suscribió el contrato de concesión tipo BOOT, mediante el cual la empresa concesionaria se comprometió a la construcción, la operación, la posesión y la futura transferencia de la infraestructura construida al Estado luego de un plazo de treinta años. La línea Mantaro-Socabaya de 220 kV entró en operación comercial en el año 2000 y es a partir de esta fecha cuando se conformó el SEIN. Posteriormente, se dieron reforzamientos y la construcción de líneas de mayor voltaje, hechos que también representaron importantes acontecimientos; sin embargo, nada comparado a la conformación del SEIN.

Entre los principales beneficios que se dieron con la conformación del SEIN destacan: la disminución de los precios de la energía en barra en la región sur; una ganancia en la confiabilidad en el suministro energético y un mayor interés por parte de los inversionistas privados en nuestro sector eléctrico, que se reflejó en mayores inversiones en proyectos como la utilización del gas de Camisea en la generación de electricidad. Actualmente el SEIN continúa en expansión a fin de llegar a cada uno de los pueblos de nuestro país.

## 5. CONCLUSIONES

Como se ha podido evidenciar en el breve desarrollo histórico realizado, el sector eléctrico ha pasado por dos etapas bien diferenciadas, las cuales también representaron un antes y un después en nuestra historia como país: el cambio del paradigma económico, es decir, pasando de un realidad donde el Estado debía tener un rol activo en la economía, y consecuentemente en la sociedad, a una realidad caracterizada por la pasividad del Estado en los diferentes sectores económicos y sociales. Sin caer en tintes políticos, el Estado debería y debe tener un rol más activo a fin de poder salir de este agujero donde nos encontramos actualmente e incentivar a todos los sectores económicos con equidad y justicia, velando principalmente por el derecho a la vida, el derecho a tener un medio ambiente equilibrado y la sostenibilidad ambiental.

Como hemos apreciado en esta crítica situación, la comunidad internacional, de la cual también somos parte, ha dejado en el olvido el cuidado del medio ambiente, continuando con «medidas voluntarias y éticas», que han sido un completo saludo a la bandera por numerosos Estados como el nuestro. Por eso, se debe tener como principales objetivos: i) crear e iniciar una «nueva normalidad», haciendo la diferencia con solo «normalidad», en el sentido de que se debe comenzar por un real cambio y no solo ver la presente situación como una pausa para volver a las mismas taras que nos hundan y nos han hundido como país y ii) apostar fuertemente por energías renovables y desterrar definitivamente los combustibles fósiles de nuestra cotidianidad, donde la generación de electricidad mediante medios renovables se presenta como la «llave» para el futuro que tanto deseamos tanto para nosotros mismos como para las futuras generaciones, un futuro que debe estar pintado de verde.

Este impulso al sector eléctrico requerirá y abrirá las puertas a los abogados del mañana en esta rama casi desconocida actualmente en el mundo jurídico. Es por esto que una buena

manera de comenzar a introducirnos en el mundo eléctrico es necesariamente conociendo sus inicios.

## REFERENCIAS

- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) (2016). *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*.
- Salvatierra, R. (2007). Mecanismos legales para fomentar la competencia en los servicios públicos en el Perú. *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, (28), 138-152.
- Salvatierra, R. (2009). Los contratos de concesión en el sector eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 317-328.
- Salvatierra, R. (2012). Sector eléctrico. A los veinte años de la reforma. *THEMIS Revista de Derecho*, (61), 223-240.
- De la Cruz, R. y García, R. (2003). *La problemática de la actividad de transmisión de energía en el Perú: algunas opciones de política*. Consorcio de Investigación Económica y Social. Proyectos Breves.



Presentación  
IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

## Semblanza

Semblanza de Mario Alzamora Valdez  
JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

## Artículos de investigación

Los orígenes del precedente constitucional en el Perú  
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Teoría de la Constitución democrática  
MAGDIEL GONZALES OJEDA

Libertad de expresión y derecho al honor en el razonamiento judicial. Análisis a partir de un estudio de caso  
GÍLMER ALARCÓN REQUEJO

Una lectura convencional aplicativa a las decisiones de primera instancia en materia de amparo  
JUAN ALBERTO CASTAÑEDA MÉNDEZ

El Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021: balance del proceso de elaboración  
EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ

La ¿ilegitimidad? de las acciones no pacíficas de defensores de derechos humanos en contextos de conflictividad social  
NOEMÍ ANCÍ PAREDES

La suspensión e interrupción de los contratos administrativos en España como consecuencia de la COVID-19  
JAVIER JUNCEDA

Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español  
ALBERTO VARONA JIMÉNEZ

Educación para la ciudadanía y derechos humanos: una mirada desde el ordenamiento constitucional español  
JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS

Panorama histórico de la regulación del transporte público en Lima  
ESTEBAN POOLE FULLER

La reforma de capacidad jurídica: algunos apuntes teóricos sobre su justificación  
PAMELA SMITH Y MARIANA BURGOS

Presunción de inocencia ¿civil? Un análisis de las propuestas de Eduardo da Fonseca y J. Harvie Wilkinson III  
DIEGO ALARCÓN DONAYRE

Alcances del principio de la diligencia judicial  
MARÍA ESTHER FELICES MENDOZA

¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica?: algunos alcances a partir de la Ley n.º 30424  
JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ

Análisis jurídico de la película *La voz de la igualdad*. Un caso de laguna axiológica en derecho tributario legal  
JAIME LARA MÁRQUEZ

Problemas en torno a las prestaciones económicas en salud: ¿quién se encuentra a cargo?  
RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO

Efectos de la pandemia de COVID-19 sobre la adopción de las TIC en el Perú  
ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO

¿Cuántos abogados se necesitan para detener el deshielo mundial?: el derecho como instrumento frente al cambio climático  
RICHARD O'DIANA ROCCA

Algunas dudas sobre el impacto de la inteligencia artificial en el derecho. Un diagnóstico tentativo para superarlo mediante nuevas opciones y viejas amistades  
GABRIEL EDUARDO USCAMAYTA

La formación jurídica basada en competencias: rol de las competencias en la educación del futuro abogado  
NIELS J. APAZA JALLO

## Los estudiantes escriben

Breves apuntes históricos sobre el sector eléctrico y el sector de transmisión de energía eléctrica peruanos  
JAIRO JEYKO VELÁSQUEZ CHUMPITAZ