

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

ISSN: 2663-9130 (En línea)

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023
Lima, Perú

19



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú

PRESIDENTE

JAVIER ARÉVALO VELA
Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>
E-mail: jarevalo@pj.gob.pe

DIRECTORA

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3556-1847>
E-mail: ghurtadom@pj.gob.pe

COEDITORAS

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3556-1847>
E-mail: ghurtadom@pj.gob.pe

GLADYS FLORES HEREDIA*
Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>
E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4634-6317>
E-mail: hlama@pj.gob.pe

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA
Corte Suprema de Justicia de la República, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7752-0640>
E-mail: vprados@pj.gob.pe

* Hasta el 23 de mayo de 2023.

ROBERTO ROLANDO BURNEO BERMEJO
Corte Suprema de Justicia de la República, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3535-7133>
E-mail: rburneob@pj.gob.pe

SILVIA CONSUELO RUEDA FERNÁNDEZ
Corte Suprema de Justicia de la República, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-1331-0139>
E-mail: sruedaf@pj.gob.pe

JORGE LUIS ROGGERO
Universidad de Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>
E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO
Universidad Nacional Autónoma de México, México
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>
E-mail: mjimenezm2@derecho.unam.mx

CONSEJO CONSULTIVO

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0222-4385>
E-mail: direccion@rae.es

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ
Universidad de Jaén, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5505-2591>
E-mail: gruiz@ujaen.es

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8342-4674>
E-mail: jagomez@der.uned.es

CARLOS CÁRCOVA
Universidad de Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5906-5875>
E-mail: cmcarcova@derecho.uba.ar

CÉSAR OLIVEROS AYA
Universidad Católica de Colombia, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8760-7280>
E-mail: coliveros@ucatolica.edu.co

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8996-6423>
E-mail: ftrazeg@pucp.pe

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ
Universidad Ricardo Palma, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>
E-mail: irodriguez@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

RONALD CÁRDENAS KRENZ
Universidad de Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1777-9423>
E-mail: rcardena@ulima.edu.pe

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ
Universidad de Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>
E-mail: snunez@ulima.edu.pe

EQUIPO TÉCNICO

Yuliana Padilla Elías (corrección de textos); Jorge Angel Chávez Descalzi (especialista en publicaciones jurídicas); Miguel Condori Mamani (diagramación); Tania Samamé Rodríguez (bibliotecóloga) y Joel Alhuay Quispe (gestión electrónica).

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-04763

© Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima 21, Perú.

E-mail: revistaoficialpoderjudicial@pj.gob.pe

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

INDIZACIONES

Latindex 2.0

DOAJ

MIAR

REDIB

ERIH PLUS

LatinREV

Base

Dimensions

Lens.org

WorldCat

Google Scholar

Crossref

LICENCIA



La Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023

Publicación semestral. Lima, Perú

REVISORES DE ESTE NÚMERO

JORGE LUIS ROGGERO

Universidad de Buenos Aires, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO

Universidad Nacional Autónoma de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

E-mail: mjimenezm2@derecho.unam.mx

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

LEYLA IVON VILCHEZ GUIVAR DE ROJAS

Contraloría General de la República del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

E-mail: lvilchez@contraloria.gob.pe

ENRIQUE VARSÍ-ROSPIGLIOSI

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>

E-mail: evarsir@unmsm.edu.pe

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ

Universidad de Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

E-mail: snunez@ulima.edu.pe

ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

E-mail: asaenzt@unmsm.edu.pe

VLADIMIR KATHERNIAK PADILLA ALEGRE
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5864-9705>
E-mail: vpadilla@pucp.edu.pe

JAVIER ALEJANDRINO NEYRA VILLANUEVA
Universidad Ricardo Palma, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4644-5008>
E-mail: javier.neyra@urp.edu.pe

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

Javier Arévalo Vela (presidente)
César Eugenio San Martín Castro
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Ana María Aranda Rodríguez
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Héctor Enrique Lama More
Carlos Giovanni Arias Lazarte
Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana
Carlos Alberto Calderón Puertas
Emilia Bustamante Oyague
Ulises Augusto Yaya Zumaeta
Manuel Estuardo Luján Túpez
Víctor Antonio Castillo León
Roberto Rolando Burneo Bermejo
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra
Wilber Bustamante del Castillo
Silvia Consuelo Rueda Fernández
César Augusto Proaño Cueva

¹ El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.

La *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica. 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, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* recibe las colaboraciones de todos los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



The *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* [Supreme Court Review. Research Gazette of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru], published every six months, has the principal objective to disseminate unreleased articles about juridical research, justice administration problems, agreements or declarations of institutional congresses, and others legal drafting. The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees, who take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge.

The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustment required. The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives the collaboration of all the Justices of the Supreme Court of the Republic of Peru, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and others legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: 10.35292/ropj.u15i19

Tabla de contenido

Presentación

JAVIER ARÉVALO VELA 17

Artículos sobre Transparencia y lucha contra la corrupción

EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ 27

Tratamiento de delincuencia organizada a servidores públicos en México desde la perspectiva del derecho penal del enemigo

EDWIN FIGUEROA GUTARRA 71

Corrupción, democracia y derechos humanos: una relación en construcción

RONALD VÍLCHEZ CHINCHAYÁN 109

Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ 137
El *compliance* penal: un mecanismo que ayuda a la
prevención de la corrupción en las contrataciones del Estado

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN 163
La corrupción en el Perú: situación, respuestas y resultados

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ 185
La certificación por niveles frente a la lucha contra la
corrupción. El caso del Organismo Supervisor de las
Contrataciones del Estado (OSCE)

MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ 211
La acusación alternativa en el Código Procesal Penal
peruano: retos y vicisitudes

Artículos sobre diversas ramas del derecho

JAVIER ARÉVALO VELA 239
Labor Arbitration in the Public Sector

EDWIN RICARDO CORRALES MELGAREJO 261
Entre los derechos a la intimidad y protección de los
datos personales en el trabajo y el poder fiscalizador del
empleador: las cámaras de videovigilancia

GUADALUPE JUÁREZ-QUEZADA 279
Ética y derecho en México: reflexiones sobre su relación en
el debido proceso

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA 319
Guerrear a la Constitución: una refutación a los argumentos
a favor de la innovación constitucional

MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE	377
Círculo de la violencia y factores de riesgo. Estudio de casos	
RUBÉN DURÁN HUARINGA	399
Homicidio imprudente en el tránsito vial: jurisprudencia contradictoria a partir de dogmática aplicada incorrectamente	
JOSÉ MANUEL VILLEGAS VALENZUELA	443
Los procesos judiciales restitutorios de la posesión como actos que interrumpen civilmente la usucapión. Crítica a la postura dominante en la jurisprudencia	



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 17-23

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.766

Presentación

Esta nueva edición de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, que lleva dieciséis años de presencia en el escenario académico, representa un legítimo orgullo para quienes alentamos la investigación sobre los grandes problemas que captan la atención de la comunidad jurídica y de todos aquellos interesados en la defensa y la protección de los derechos.

La institución que me honro en presidir presenta el volumen 15, número 19, correspondiente a los meses de enero-junio de 2023, que contiene el siguiente *dossier* temático: Transparencia y lucha contra la corrupción. Se eligió este particular asunto porque la batalla contra este mal debe darse en todos los ámbitos de la vida pública y concierne particularmente a los espacios académicos que, como esta publicación, difunden los estudios sobre la problemática del derecho desde una perspectiva dogmática y sociojurídica.

La corrupción es un problema endémico de la humanidad que cada día se hace más evidente y amenazante a medida que la sociedad progresa tecnológicamente. Situada muchas veces en la frontera entre la moral y el derecho, la corrupción es —por sus nocivas consecuencias para las relaciones jurídicas intersubjetivas y

para la relación entre las personas y el Estado— una acción reprochable que merece sanción. Buena parte de los actos de corrupción socavan severamente las instituciones públicas y, como consecuencia, la capacidad del Estado para garantizar la protección de los derechos individuales, pues «debilita las instituciones democráticas y el Estado de derecho, perturba el orden social y destruye la confianza pública» (Annan, 2005, p. 1).

La respuesta estatal frente a este tipo de corrupción se ha organizado en distintos frentes, en el plano legislativo con la puesta en vigencia de una normatividad especial que establece tipos, procedimientos y sanciones penales, estos últimos cada vez de mayor drasticidad y que hablan del creciente endurecimiento de la política criminal del Estado contra la corrupción en las entidades públicas; también se manifiesta en el plano político con una narrativa que promete, incluso, acabar con ella; y desde el terreno estrictamente judicial con la creación de sistemas anticorrupción en los que se integran órganos jurisdiccionales especializados para procesar y sancionar los delitos de corrupción de los servidores y los funcionarios públicos.

Estos órganos jurisdiccionales aplican un bagaje de criterios jurisprudenciales desarrollados específicamente para estos casos y llevan a cabo esfuerzos para garantizar que los procesos sean tramitados con transparencia, de conformidad con el debido proceso y lo más eficazmente posible, sobre todo los grandes casos de corrupción de funcionarios públicos en los que centra su atención la acción persecutoria del Estado y la opinión pública.

Dicha labor jurisdiccional está plasmada en mi Plan de Gobierno 2022-2023, específicamente en el segundo eje estratégico, que aborda la transparencia y la lucha contra la corrupción. Ya desde la Presidencia del Poder Judicial se ha manifestado claramente que «La corrupción pervierte la decisión del juez, es por ello que durante mi gestión vamos a emprender una lucha frontal

contra la corrupción judicial y administrativa en todas las áreas de nuestra institución» (Arévalo, 2023, pp. 4-5); y que «la lucha anticorrupción debe ir de la mano con mecanismos para transparentar las decisiones judiciales» (Arévalo, 2023, p. 5).

Pero esta respuesta estatal es complementada y también orientada por la dogmática jurídica y la investigación empírica en procura de una visión cada vez más racional, garantista y democrática en el tratamiento de tales delitos. Precisamente, en el *dossier* del presente número de la revista los lectores podrán conocer los estudios de Eduardo Daniel Vázquez Pérez, que versa sobre la delincuencia organizada en servidores públicos; de Edwin Figueroa Gutarra, sobre la construcción de una relación entre corrupción, democracia y derechos humanos; de Ronald Vélchez Chinchayán, que aborda el tema de la imprescriptibilidad de los delitos graves de corrupción pública desde un enfoque constitucional; de Jaime Gerónimo De la Cruz respecto al *compliance* penal en el ámbito de las contrataciones del Estado; de Raúl Ernesto Martínez Huamán, que examina la situación y los resultados del problema de la corrupción en el Perú; de Luis Alberto Huamán Ordóñez, que analiza la certificación por niveles frente a la lucha contra la corrupción en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); y de Marcelo Alejandro Fernández Vásquez, cuyo artículo versa sobre la acusación alternativa en el Código Procesal Penal peruano, sus retos y sus vicisitudes.

Recomendamos la lectura de los precitados artículos, que ofrecen distintos enfoques sobre las numerosas aristas de la corrupción en el Perú. Así, veremos que, como sostiene Figueroa —colaborador en este número—, la corrupción es incompatible con la democracia y representa una transgresión a los derechos humanos, esto pese a que históricamente ha convivido con ella; así como el peligro que esta significa: «ha sido un elemento determinante para que democracias plenas hayan tenido que transitar a los otros

incómodos estamentos de democracias defectuosas y regímenes híbridos y autoritarios» (p. 104).

Sin olvidar el grave riesgo que significa la corrupción, Vásquez, por su parte, considera que la aplicación de tratamientos jurídico-penales de excepción, como el *derecho penal del enemigo*, en los casos de servidores públicos que mantengan enlaces con la corrupción organizada, «demanda que los comportamientos de las personas sean regulados normativamente para ser catalogados como tal» (p. 67).

Un elemento del tipo penal en los delitos de enriquecimiento ilícito en el que incurren funcionarios y servidores públicos, y que hace posible en el Perú la imprescriptibilidad de la acción penal en esos casos, representa una particular dificultad en cuanto a su correcta aplicación; ante ello, Vílchez plantea que la «cuestión de la gravedad» debe venir respaldada «por la mayor peligrosidad de la conducta o, en la lógica aquí utilizada, por la clase de conducta desplegada» (p. 133). Esto a modo de una salida interpretativa que permita la aplicación del art. 41 de la Constitución Política que, como se recordará, fue modificado por la Ley n.º 30650, de agosto de 2017, en el sentido de que «La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad»; modificatoria que condujo, finalmente, a adecuar la codificación penal. Este asunto conduce a repensar el tema de la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la Administración pública y a sopesar los cuestionamientos a la razonabilidad de la citada norma y su subsecuente aplicación; ello en el entendido de que, previo a la modificatoria, se tenía que, por regla general, la persecución penal de los delitos, la evaluación de la responsabilidad penal de los implicados y la eventual ejecución de una pena no podían operar *ad infinitum*.

De la Cruz, por su lado, resalta la importancia del *compliance* penal para prevenir o detectar actos de corrupción que puedan

darse, en general, dentro de una persona jurídica, y particularmente los actos de corrupción que se evidencian en el ámbito de las contrataciones públicas; de ahí la necesidad de que cada entidad «ejecute y supervise programas de cumplimiento normativo; esto es, implementar mecanismos de monitoreo y prevención de actos de corrupción que se puedan desplegar dentro de la entidad con el objetivo de neutralizar cualquier conducta que contravenga normas penales» (p. 158).

La revista también ofrece estudios sobre diversas ramas del derecho y de variado interés para sus lectores, como el trabajo de autoría del suscrito, «Labor Arbitration in the Public Sector» («El arbitraje laboral en el sector estatal»), artículo que estudia el arbitraje potestativo en la negociación económica, el laudo arbitral y devela los errores de la legislación en cuanto otorga mérito ejecutivo al laudo arbitral derivado de una negociación colectiva estatal que, en caso de incumplimiento, puede afectar el derecho de la entidad pública a recurrir ante un órgano judicial si la parte sindical deduce la excepción de incumplimiento de laudo.

Se cuenta, a su vez, con el aporte de Edwin Ricardo Corrales Melgarejo acerca del derecho a la intimidad y a los datos personales del trabajador en el ámbito laboral, concretamente las limitaciones al poder de fiscalización de los empleadores en el uso de las cámaras de videovigilancia laboral y el sometimiento de dicho uso a los test de proporcionalidad y razonabilidad, aspecto aún no claramente regulado por la legislación laboral. Asimismo, el estudio sobre ética y derecho en México, de nuestra colaboradora Guadalupe Juárez-Quezada.

Una evaluación también muy actual, elaborada tomando como referencia los hechos de violencia sociopolítica que han afectado a nuestro país los pasados meses, es el artículo de Cruz Apaza, constitucionalista boliviano que aborda el relato discursivo

en favor de una «nueva Constitución» o nuevo texto constitucional que, a su juicio, resulta innecesario para nuestro país, toda vez que las reivindicaciones sociales, políticas y jurídicas esgrimidas a favor pueden encauzarse por el camino de la reforma constitucional del articulado de la vigente carta magna o, en todo caso, ser materia de interpretación por los jueces constitucionales, sin que haga falta «abolir o sustituir la Constitución por una nueva» (p. 371), cambio que significaría echar al traste su contenido deóntico o principista que, dicho sea de paso, se ha construido desde los albores de la república.

Está presente para su análisis en este número el problema de la violencia en las relaciones de pareja desde un punto de vista casuístico, particularmente los riesgos a los que se hallan expuestas las mujeres debido a la violencia machista; trabajo de investigación cualitativa a cargo de Mónica Francis Bone, que aplica la entrevista en mujeres activistas y usuarias del sistema judicial ecuatoriano, y cuyos resultados permiten apreciar la vulneración a la integridad psicológica de las víctimas; daño que, refiere la autora, debe ser reparado.

Se suman a los avances doctrinarios arriba glosados los trabajos de Rubén Durán Huaranga, quien analiza la jurisprudencia contradictoria sobre la concurrencia de inobservancia de normas de tránsito en el homicidio culposo; y de José Manuel Villegas Valenzuela, quien desarrolla una propuesta interpretativa respecto a los procesos judiciales restitutorios de la posesión como actos que interrumpen civilmente la usucapión.

Agradecemos, finalmente, a los autores y los revisores de los artículos de investigación del presente número, así como la labor editorial que ha permitido a la *Revista Oficial del Poder Judicial* posicionarse como un referente institucional para las demás revistas publicadas por este poder del Estado, en su camino a consolidarse

progresivamente en el ecosistema de la investigación jurídica dentro de las bases de datos de mayor prestigio en el escenario académico internacional.

Lima, mayo de 2023

JAVIER ARÉVALO VELA

Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema
de Justicia de la República

REFERENCIAS

- Annan, K. (2005). Mensaje del Secretario General Kofi Annan. En Naciones Unidas, *Acción Mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida* (pp. 1-3). https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_merida_s.pdf
- Arévalo, J. (2023). *Mensaje a la nación del señor presidente del Poder Judicial para el período 2023-2024*. <https://acortar.link/HlhZRU>
- Congreso de la República (2017, 20 de agosto). Ley n.º 30650. Ley de Reforma del Artículo 41º de la Constitución Política del Perú. *Diario Oficial El Peruano*, 2. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30650-LEY.pdf

Artículos sobre Transparencia y Lucha contra la corrupción



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023

ISSN: 2663-9130 (En línea)



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 27-70

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.694

Tratamiento de delincuencia organizada a servidores públicos en México desde la perspectiva del derecho penal del enemigo

Treatment of organized crime against civil servants
in Mexico from the «criminal law of the enemy»
perspective

O tratamento do crime organizado contra servidores
públicos no México a partir da perspectiva do direito
penal do inimigo



EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ
Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)

Contacto: danielcarlos3madrid@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6845-8294>

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo demostrar la existencia del derecho penal del enemigo del profesor doctor Günther Jakobs en las estructuras normativas mexicanas y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, a efectos de combatir a

los sujetos potencialmente peligrosos —enemigos— que ponen en riesgo, con su actuar, el equilibrio del sistema social. Sin embargo, la aplicabilidad de este derecho, por lo menos en el caso mexicano que es el de nuestro interés, no solo está direccionado a los miembros de la delincuencia organizada, sino también a las servidoras y los servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública, y posterior a ellas, tengan nexos con las organizaciones criminales para perpetuar delitos que laceran severamente a la sociedad. Tales aseveraciones serán demostradas puntualmente en las líneas posteriores de cada uno de los siguientes epígrafes que integran este escrito. Finalmente, es importante resaltar que la elaboración de este artículo se concretó en el marco de la realización del doctorado en Intervención en las Organizaciones de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco, Ciudad de México, México.

Palabras clave: derecho penal del enemigo; servidores públicos; restricción de derechos humanos; Administración pública; Estado democrático de derecho.

Términos de indización: derecho penal; funcionario público; derechos humanos; Administración pública; democracia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The aim of this paper is to demonstrate the existence of the Enemy Criminal Law, by Professor Günther Jakobs, in the Mexican legislation structure and in international treaties to which the Mexican State is a party, in order to fight potentially dangerous subjects—enemies—who put at risk the balance of the social system with their actions. However, the applicability of this Law, at least in the Mexican case—which is of our interest—is not only directed to members of organized crime groups, but also to public servants who, during their term in office in the Public Administration and

after leaving office, are connected with criminal organizations to perpetuate crimes that severely harm our society. Such assertions will be later demonstrated in detail in the following sections of this article. Finally, it is important to highlight that this article was drafted within the framework of a Doctorate in Organizations Intervention at Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Azcapotzalco Unit, Mexico City, Mexico.

Key words: Enemy Criminal Law; public servants; restriction of human rights; Public Administration; democracy and rule of law.

Indexing terms: criminal law; civil servants; human rights; public administration; democracy (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a existência do direito penal do inimigo preconizado pelo professor doutor Günther Jakobs nas estruturas reguladoras mexicanas e nos acordos internacionais em que o Estado mexicano faz parte, no intuito de combater aos sujeitos potencialmente perigosos - inimigos - que, por suas ações, comprometem o equilíbrio do sistema social. No entanto, a aplicabilidade deste direito, pelo menos no caso mexicano, que é do nosso interesse, não é dirigida somente aos membros do crime organizado, mas também aos servidores públicos que, no exercício das suas funções na Administração pública, e posterior a elas, têm relação com as organizações criminosas para praticar crimes que prejudiquem gravemente à sociedade. Tais afirmações serão demonstradas de forma detalhada nas linhas seguintes de cada uma das seções que constituem o presente documento. Por fim, cabe assinalar que a elaboração deste artigo ocorreu no âmbito do doutorado em Intervenção nas Organizações da Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco, Ciudad de México.

Palavras-chave: direito penal do inimigo; servidores públicos; restrição dos direitos humanos; Administração pública; Estado democrático de direito.

Termos de indexação: direito penal; funcionário público; direitos humanos; Administração pública; democracia (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 06/02/2023

Revisado: 19/04/2023

Aceptado: 09/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)
lvilchez@contraloria.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
asaengt@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

La desproporcionalidad de las penas, el doble adelantamiento del estadio de la punibilidad y la relativización (supresión) de los derechos y las garantías constitucionales son la columna vertebral del tan afamado y controversial derecho penal del enemigo del profesor alemán Günther Jakobs.

En México, este derecho no es una mera ilusión sino un logro materializado, en vista de que los ordenamientos jurídicos especializados en la materia penal, tanto a nivel internacional (Convención de Viena, 1988; Convención de Palermo, 2000; entre otras del rubro administrativo supranacional donde el Estado mexicano forma parte), así como del derecho interno (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal contra la

Delincuencia Organizada, Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Nacional de Ejecución Penal y Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública), contienen principios del *derecho de guerra* (derecho penal del enemigo) para combatir a los sujetos potencialmente peligrosos, en un contexto donde pueden ejecutarse múltiples delitos relacionados con la delincuencia organizada, tal es el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, coloquialmente conocido como lavado de dinero o blanqueo de capitales.

Sin embargo, este derecho de excepción no se supedita con exclusividad a los miembros de la criminalidad organizada, sino también ha alcanzado a aquellos servidores públicos que durante su estadía en la Administración pública mantengan enlaces con dichos grupos delincuenciales o ejecuten diversas actividades tipificadas como delitos graves en los ordenamientos jurídico-penales del país. En líneas posteriores, se podrá ahondar en el tema de la estrecha vinculación que hay con servidores y funcionarios públicos, enfatizando no solo la imperiosa necesidad de analizar el trasfondo, sino la urgente tarea de erradicar estos nexos delincuenciales.

2. METODOLOGÍA Y DESARROLLO

La metodología empleada para la elaboración del presente artículo gira en torno al derecho penal del enemigo, a partir del funcionalismo normativo del filósofo y jurista alemán Günther Jakobs. Este autor, inspirado en la propuesta de la teoría de sistemas de su connacional Niklas Luhmann, consideró que la sociedad es un conglomerado de comunicaciones totalmente efectivas que posibilitan tanto el sentido comunicativo como la identidad normativa de la sociedad, en virtud de que este ente se conforma por personas y no individuos.

En ese tenor, Miguel Polaino-Orts (2013), haciendo referencia al profesor Günther Jakobs, indica puntualmente lo siguiente:

El tránsito del ser humano (individuo) a persona (social) representa el tránsito del estado de naturaleza al mundo social, y tiene lugar cuando el sujeto es visto como «el destino de expectativas normativas», esto es, cuando participa de la estructura social, es titular de derechos y deberes, «dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho, y adecúa en lo general su comportamiento a la norma, respetándose a sí mismo como persona y respetando a su vez a los demás como personas de Derecho. La persona es, pues, el ser humano mediado por lo normativo, por lo social: el sujeto que protege y posibilita la norma y —por ello— se protege a sí mismo y protege y posibilita la personalidad de los demás. (pp. 29-30)

Entonces, el derecho penal del enemigo, desde la concepción del funcionalismo normativo del profesor alemán Günther Jakobs, nos devela que dicha teoría se constituye a partir de una tridimensión —persona, norma y sociedad— que actúa en conjunto para la comprensión comunicativa e identitaria de la sociedad.

Bajo esa perspectiva ideológica también se puede aludir a que los elementos —persona, norma y sociedad— que estructuran la columna vertebral de la teoría del derecho penal del enemigo, difícilmente podrían abordarse desde su particularidad para la explicación y el entendimiento del comportamiento de las personas que viven e interactúan en la sociedad, toda vez que se podría caer en sesgos teóricos y en aseveraciones unívocas para la explicación de la realidad social.

2.1. Funcionalismo normativo del profesor alemán Günther Jakobs: persona, norma y sociedad

En el anterior epígrafe se indicó que el derecho penal del enemigo, del profesor Günther Jakobs, se consolida por medio de los pilares

que son la persona, la norma y la sociedad; en este apartado, se realizará una explicación somera de cada uno de estos para identificar cómo el sistema social puede lograr su equilibrio frente a las amenazas y los riesgos existentes.

2.1.1. Persona

Tomando en cuenta que el profesor Günther Jakobs estuvo inspirado en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, aunque esto no significa la continuidad teórica del segundo autor a partir del primero, sí podemos aludir a que el funcionalismo normativo toma en consideración que la persona es un producto de índole social. Dicho en otras palabras, la persona es un resultado cultural de las múltiples interacciones sociales albergadas en la sociedad.

Siguiendo ese orden de ideas, Günther Jakobs (2000) apunta:

Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma. (pp. 50-51)

Esto quiere decir que la persona no es otra cosa que aquel ente sujeto y mediado por el aspecto normativo para garantizar la efectividad de las comunicaciones en el sistema social. En consecuencia, cuando la persona se comporta de acuerdo con la norma jurídica y, al mismo tiempo, realiza el rol social que se le ha asignado

socialmente (el de persona, no más), satisface las expectativas sociales para ser considerado miembro de la sociedad.

La incorporación de la persona en la sociedad no representa un proceso insignificante, sino una amplitud y un avance en cuanto al desarrollo social, toda vez que la interacción de esta va de lo particular a lo colectivo, en virtud de que al efectuar el comportamiento a la norma se posibilita la interacción de persona para con personas que comparten al menos un interés en común: el de salvaguardar la seguridad y la integridad de las demás personas (constituyentes de la naturaleza) que viven en la sociedad, por conducto de los instrumentos normativos que rigen la vida social (la Constitución de lo social).

Lo dicho también nos permite entender que la sociedad es directamente proporcional al sinónimo del mundo del sentido, porque el actuar de los sujetos sociales se ve directamente reflejado en el sistema social que les permite existir. Por lo tanto, los comportamientos sociales alineados a la norma serán aquellos que brinden la oportunidad de mantener el sentido comunicativo y la reconfiguración normativa en pro de y para la sociedad.

En caso contrario, las no-comunicaciones (no-personas) son las amenazas que serán excluidas y acreedoras a un tratamiento jurídico-penal restrictivo al ejercicio de los derechos humanos, es decir, de derecho penal del enemigo para mantener el equilibrio del sistema social.

2.1.2. Norma

La norma en el funcionalismo normativo de Günther Jakobs actúa como administradora de las conductas sociales en la sociedad. Porque la regulación de los comportamientos de las personas son identificaciones imprescindibles cuando se busca demostrar la eficacia y la eficiencia de los instrumentos normativos que rigen la vida social en un Estado democrático de derecho.

El profesor Günther Jakobs (2000), al respecto, alude puntualmente lo siguiente:

El sujeto se concibe a sí mismo, pues, al concebir, de modo mediado por lo normativo, al otro, pero su propia autorreferencia se mantiene como algo particular: ante el otro se constituye el sujeto a través de la vinculación de la norma y necesita la propia autorreferencia del otro para que este, a su vez, se convierta en sujeto. El mundo vinculante está siempre restringido forzosamente al alcance de la norma o normas concebidas. Los sujetos aparecen con tal limitación solo en la sociabilidad (y, aunque aquí no interesa, aparecen con esa limitación también ante sí mismos), es decir, como portadores de roles o personas. Por ello la comunicación no instrumental es comunicación personal. (p. 80)

Desde este punto de vista, la norma coadyuva a que el mundo social exista por medio del reconocimiento de aquellos sujetos sociales que efectúan su comportamiento de acuerdo con la normatividad vigente. De la misma forma, cuando la norma administra comportamientos sociales, significa, *per se*, que las personas tienen la obligación —social y normativa— de cumplir, por así decirlo, no solo las tareas que se les han asignado socialmente, sino también la de mantener en equilibrio el sistema social para que la persona continúe conservando su estatus como tal en la sociedad.

2.1.3. Sociedad

La sociedad está integrada por sujetos sociales comprometidos en garantizar el mantenimiento de la vigencia de la norma. Lo que significa que el sistema social es una totalidad integrada; un ente comunicacionalmente interconectado en el que difícilmente (por no decir imposible) hay cabida para las comunicaciones defectuosas

(no-comunicaciones), que impiden la regulación, la reconfiguración y el equilibrio del sistema social.

Günther Jakobs (2000) menciona que

La relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro. (p. 79)

Igualmente, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá (2006) agregan lo siguiente:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportan conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. (p. 37)

Entonces, las personas que viven en la sociedad no son más que comunicaciones operativamente funcionales, coaccionadas por el derecho, que gozan de los beneficios que les otorga el ser personas, en virtud de su fidelidad a la norma que rige el mundo social.

Por otro lado, de cometer infracción alguna, es decir, de no presentar la mínima seguridad cognitiva para el mantenimiento de la vigencia de la norma, los elementos que integran la sociedad —personas— podrán reprochar al infractor su comportamiento, primero, para excluirlo y garantizar la seguridad de aquellas que sí son personas; y, segundo, para que reciba un tratamiento

jurídico-penal de excepción (de derecho penal del enemigo) por la falta de probidad a los ordenamientos jurídicos, sin posibilidad de resarcir el daño cometido a la sociedad.

Figura 1

Funcionalismo normativo y el papel de sus elementos constitutivos: persona, norma y sociedad



2.2. Delincuencia organizada, Administración pública y corrupción

La Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol, s. f.), también conocida como Policía Internacional, estima que «las redes de delincuencia organizada constituyen negocios multimillonarios que operan en muchos ámbitos delictivos» (párr. 1).

Con base en la anterior cita, se puede vislumbrar que las actividades ejecutadas por la criminalidad organizada son diversas y, en suma, multiplicadoras de ganancias económicas a partir de la ilicitud cometida. Parafraseando al sociólogo mexicano, Eduardo Daniel Vázquez Pérez (2022b): la ilicitud es una actividad económica que deviene de otras tantas contrarias a derecho, las cuales

se incorporan en la complejidad sistemática de los flujos financieros, con la finalidad de beneficiar económicamente al autor de la infracción cometida. En consecuencia, la ilicitud permite al autor del delito acumular capital económico incesantemente a costa de los delitos cometidos (p. 30).

Entre las actividades ilícitas podemos resaltar al menos las siguientes: evasión fiscal, extorsión, homicidio, lavado de dinero (blanqueo de capitales), piratería, robo de combustible (*huachicol*), secuestro, terrorismo, tráfico de armas, tráfico de comercio de flora y fauna, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y trata de personas (hombres, mujeres, niños, niñas, migrantes, entre otros).

Entonces, la criminalidad organizada como ente colectivo-delictivo no es otra cosa que un conglomerado de injustos sistémicos organizados que laceran a los sujetos sociales que constituyen a la sociedad, toda vez que, como hemos visto dogmáticamente, al no cumplir las expectativas sociales, es decir, al cometer diversos delitos en organización criminal para obtener un fin económico rentable, se imposibilita la configuración, no solo el sentido comunicativo, sino también la identidad normativa de la sociedad.

Los profesores, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013), citando a García Pablos, consideran respecto a la criminalidad organizada, desde el punto de vista del funcionalismo, lo siguiente:

Las agrupaciones criminales, como hemos visto hasta ahora, son consideradas por la doctrina como sistemas penalmente antijurídicos. Constituyen, pues, sistemas sociales —o por mejor decir: asociales— cuya constitución es algo más que la suma de sus miembros individuales. Cada agrupación criminal tiene reconocida una *entidad jurídica* que en su autonomía y en su potencial lesivo es por entero independiente de la capacidad criminal de sus miembros integrantes. En

otras palabras, una agrupación criminal es, ante todo una *institución*, una *empresa* dedicada a fines delictivos, diferente a la mera suma de unas personas físicas que persiguen unos objetivos: brevemente, es una *institución*, una *realidad viva*. (p. 106)

Ante esta situación, la organización de la criminalidad para perpetuar la materialización de la ilicitud representa en sí ya un delito, como bien lo refieren los autores mencionados. A este sistema social asocial se le puede dar un tratamiento jurídico-penal de excepción, de derecho penal del enemigo por el solo hecho asociativo con fines teleológicos contrarios a la normatividad vigente que rige la vida en sociedad.

No hay que olvidar, también, que el derecho penal del enemigo actúa en prospectiva, es decir, a futuro y no se necesita la materialización del hecho delictivo, sino basta con los indicios y la organización a efectos de consumir el delito, para que se active la supremacía punitiva del Estado y se haga la guerra a sus enemigos.

Nuevamente, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013), citando a García Pablos, indican que

Ello se ve muy claro cuando se analiza el momento de consumación del delito de asociación ilícita: este injusto sistémico se concreta cuando unos sujetos se reúnen con un fin delictivo, esto es, cuando unos sujetos se conciertan para delinquir, pero para la consumación del injusto sistémico ni siquiera se precisa el principio de ejecución de esos delitos con cuya finalidad de comisión se reunieron, sino que ya el delito sistémico se consume cuando se han reunido con ese fin, aunque no lleguen nunca a ejecutar —ni siquiera a propiciar mediante específicos actos preparatorios su ejecución— la comisión de esos delitos que pretendían realizar. (p. 106)

Así pues, la asociación delictiva —como disfuncionalidad que perjudica a la sociedad— no se supedita a la delincuencia organizada, sino a cualquier tipo de asociación/agrupación que tenga por objetivo llevar a cabo la consumación de delitos en forma de organización. Asimismo, este tipo de conductas potencialmente peligrosas y lesivas a la sociedad, si bien se estructuran en agrupaciones delictivas, en el ámbito dogmático y procesal penal, se sancionan de manera individual por la pertenencia a la organización criminal y por la relevancia que tienen en perjuicio de la sociedad.

Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013) mencionan al respecto lo siguiente:

A los miembros y colaboradores externos del sistema de injusto (organización criminal) se les hace ciertamente responsables por su propia actuación, que consiste en pertenecer a la organización criminal, esto es, no solo en hacer suya la filosofía de esta sino en hacerse parte integrante (constitutiva) de dicha organización criminal, la cual únicamente puede existir, en tal configuración, con el aporte propio (pertenencia) de cada uno de los miembros. (p. 127)

En México, los actos cometidos por hechos de corrupción por las servidoras y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública son el claro ejemplo de una organización delictiva, debido a que se necesita de diferentes actores —criminales— para la consumación de los múltiples delitos relacionados con la corrupción.

La Administración pública es un sistema totalmente comunicacional y autónomo de los diferentes elementos sistemáticos que la perturben (intereses del sistema político —partidos políticos— o de la delincuencia organizada), porque la funcionalidad de la actividad administrativa del Estado, a través de sus instituciones,

está direccionada hacia el cumplimiento de las actividades del Gobierno en beneficio de las ciudadanas y los ciudadanos.

De acuerdo con la investigadora mexicana María del Carmen Pardo (2016), la Administración pública puede definirse como:

Un campo disciplinario y profesional, vivo y actuante; es un elemento indisoluble del Estado y es la herramienta fundamental con que cuentan los gobiernos para lograr incidir en un equilibrio social más justo. Sus transformaciones han sido espectaculares, aunque sus resultados no han ofrecido lo que al menos en términos de expectativas se esperaba de ellas. Sin embargo, no existe en el desarrollo social una mejor alternativa para lograr recortar distancia entre los que tienen más y tienen menos. Lo que es necesario hacer es reconocer que solo la administración pública ofrece esta posibilidad, por lo que es necesario otorgarle el lugar que le corresponde en el desarrollo político de las distintas formaciones sociales existentes, para que tanto desde el mirador teórico como del práctico logre aportando [*sic*] ideas y soluciones. (p. 154)

Sin embargo, la autonomía de la Administración pública en el contexto mexicano ha sido rebasada por los intereses —de corrupción— de los partidos políticos ligados con las organizaciones criminales habidas a lo largo y ancho del territorio nacional. Esta situación ha imposibilitado que la Administración pública logre ese equilibrio social más justo que tanto se anhela en pro de la ciudadanía para atender sus necesidades de índole social a través de los servicios públicos del Gobierno, en cuanto a su objetivo para garantizar el Estado de derecho se refiere.

Tomando en consideración la óptica sistemática y funcionalista del presente escrito, vale indicar que la protección de la Administración pública no ha sido respaldada a nivel constitucional,

empero sí por las leyes del derecho internacional. Encontramos evidencia de lo anteriormente aseverado en el artículo 23, numeral I, subincisos a, b, c, y el numeral II, de los derechos políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—, que al pie de la letra expone:

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1981)

De acuerdo con Edgardo Buscaglia (2015):

cada día es más evidente que las diversas convenciones de la ONU contra la delincuencia organizada y la corrupción no han servido porque no existe ningún mecanismo internacional vinculante y «con dientes» que permita implementarlas en la práctica; las burocracias encargadas de hacerlas

cumplir se componen de funcionarios totalmente desligados de cualquier mecanismo de representatividad o de control social, carentes de adecuados sistemas de rendición de cuentas. Dichos funcionarios, técnicamente mediocres en su mayoría, se hallan incrustados en burocracias internacionales que durante años han mantenido lujosos trenes de vida con obscenos ingresos sin vínculo al desempeño y que recitan las convenciones internacionales de país en país desde hoteles de cinco estrellas. (p. 37)

Como consecuencia, esta situación evidencia que no hay una constitucionalización efectiva del derecho internacional de los derechos humanos en México, además de la interpretación realizada al Amparo en Revisión 1475/98, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estipula expresamente que toda ley internacional está ubicada en un plano secundario, o sea, está por debajo de cualquier norma contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por tal motivo, la Administración pública en México es un sistema abierto al entrono, desde que su funcionalidad es operada por las servidoras y los servidores públicos o particulares que tienen estrechos vínculos con el crimen organizado, para servirse de esta y llevar a cabo la consumación de delitos relacionados con la corrupción.

3. OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO/BLANQUEO DE CAPITAL) POR SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEXICANA

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por medio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ambas instituciones mexicanas, citando a la Convención de las Naciones Unidas contra

el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena, 1988), sostiene que el lavado de dinero es

La conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que proviene de una actividad delictiva, con el objeto de ocultar o disfrazar su origen ilícito o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Desde otro punto de vista, Mata et al. (2018), haciendo referencia a Isidro Blanco Cordero, enfatizan que el lavado de dinero (blanqueo de capitales) «es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita» (p. 496).

Es evidente que el lavado de dinero, conocido en México como operaciones con recursos de procedencia ilícita, es una actividad económica que deviene de otras tantas actividades contrarias a derecho, que pasa por diferentes etapas en la complejidad sistemática del sistema financiero, a fin de generar contribuciones, por así decirlo, al infractor de la norma —el autor de la ilicitud— con base en los delitos cometidos. Entonces, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no es otra cosa que la mera rentabilidad de la ilicitud, a costa de los crímenes cometidos, para beneficiar económicamente al delincuente.

Las etapas por las que pasa el capital ilícito en el sistema financiero son explicadas detalladamente por el sociólogo mexicano Eduardo Daniel Vázquez Pérez (2022a) de este modo:

Tabla 1

Fases del delito de lavado de dinero: colocación, estratificación y consolidación

Fases del lavado de dinero	
Colocación	De acuerdo con Prado Saldarriaga (2007), «la colocación consiste en lo siguiente: “El dinero ilegal se deposita en bancos tolerantes y se le transforma en instrumentos de pago más cómodos como cheques de gerencia, que tienen como ventaja su fácil aceptación y la carencia del titular específico, lo cual facilita el tránsito y el encumbramiento del lavado”» (p. 24).
Estratificación/ decantación	De acuerdo con Lamas Puccio, citado por Lamas Suárez (2019), «el objetivo de esta instancia es cortar la cadena de evidencias entre las investigaciones sobre el origen del dinero. La estratificación, generalmente, transfiere el dinero de un paraíso financiero a otro sometiendo el dinero a un largo recorrido» (p. 51).
Consolidación/ integración	De acuerdo con Annel Morales Méndez (2019), la consolidación/integración es la etapa dos que posibilita al lavador invertir los fondos en bienes raíces, artículos de lujo o proyectos comerciales. En esta etapa, también, es bastante complicado diferenciar la riqueza legal de la ilegal, ya que el lavador puede aumentar su riqueza con los productos del delito (p. 16).

Fases del lavado de dinero, explicación	
Colocación	Colocación del capital ilícito en las instituciones bancarias, tiendas y negocios internacionales.
Estratificación/decantación	Trasferencia de la cuenta A hacia una B.
Consolidación/integración	Circulación de la ilicitud en la complejidad del sistema financiero, para su multiplicación.

El dinero sucio del delito al circular en las redes del sistema financiero otorga la oportunidad al lavador del dinero de obtener ganancias económicas estratosféricas a costa de los delitos cometidos a la sociedad. No obstante, esto no exime de que el dinero se

lave —porque no es así—, toda vez que la ilicitud se inmiscuye en la complejidad sistemática de los flujos económicos para generar riqueza incesantemente al sujeto potencialmente peligroso.

El lavado de dinero es sancionado penalmente por arquitecturas normativas de talla internacional de las que el Estado mexicano forma parte, como son:

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena 1988), en sus artículos 1, incisos p y q; 3, inciso A, subincisos 1, 2, 3, 4, 5 y 6; inciso B, subincisos 1, 2; inciso C, subincisos 1, 2, 3 y 4.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo, 2000), en sus artículos 1, inciso A, subincisos 1 y 2, Relativo a la finalidad; 5, De los delitos tipificados; 6, Producto del delito, o la ocultación y disminución de su origen; 8, De los delitos tipificados; y 23, De los delitos tipificados.

También el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) se sanciona en el derecho interno mexicano a través del Código Penal Federal, específicamente en su artículo 400 bis, en el que se señala:

Código Penal Federal, artículo 400 bis

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

- I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro

del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

- II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita. Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

El artículo anterior señala puntualmente que en cualquier actividad de la que se tenga certeza de ser producto del actuar delictivo, se procederá a presumir la comisión de delitos, tanto en cuanto estén tipificados y motivados, para actuar conforme a derecho. Pero lo relevante del contenido del artículo 400 bis del Código

Penal Federal radica precisamente en que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) se sanciona no solo por la vía penal, sino también administrativamente.

En estas condiciones, es imprescindible mostrar el gráfico elaborado por Annel Morales Méndez (2019), para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, donde señala acertadamente lo siguiente:

Figura 2

Artículo 400 bis del Código Penal Federal mexicano

Artículo CPF	Descripción	Penas (años en prisión)	Multa (días)*	
400 Bis	Lavado de Dinero	5 – 15 años	1,000 – 5,000 días de multa	
	Cuando quien realice cualquiera de las conductas previstas en el 400 Bis tienen el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona Sujeta al régimen de PLD o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos	Aumentan desde un desde un tercio hasta en una mitad. + Inhabilitación por un tiempo igual al de la pena en prisión.		
	Si la conducta es cometida por servidores y ex servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales	Las penas se duplican Y una inhabilitación por un tiempo igual al de la pena en prisión impuesta.		
	Lavado de Dinero (quien realiza la conducta utiliza menores de edad o personas sin capacidad para comprender el hecho o para resistirlo)	Aumentan hasta en una mitad		

Fuente: Morales (2019, p. 20).

Debido a lo cual la sanción del tipo penal del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no se supedita a una sola rama del ámbito jurídico, sino que logra su expansión para que se apliquen sanciones de diferente índole, como es el caso también de la vía administrativa, que ante esta situación no violenta el principio *non bis in idem*, en virtud de que se trata de dos materias con su naturaleza respectiva.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su comunicado de prensa del 10 de agosto de 2022, con n.º 287/2022, manifestó que

LA AGRAVANTE DEL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA CUANDO ES COMETIDO POR UNA PERSONA SERVIDORA PÚBLICA, ES CONSTITUCIONAL: PRIMERA SALA

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 5, fracción I, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que prevé como agravante del delito la calidad de servidor público, no vulnera los principios de presunción de inocencia, taxatividad, legalidad y seguridad jurídica, proporcionalidad de la pena y de no discriminación, por lo que es constitucional.

Esta decisión emana de la revisión de una sentencia de amparo directo que fue negado a una persona condenada por el delito de delincuencia organizada agravada, quien hasta antes de su detención trabajó en instituciones de procuración y administración de justicia. En desacuerdo, el inculpado interpuso un recurso de revisión en el que alegó la inconstitucionalidad de la agravante que le fue aplicada por tratarse de un servidor público al momento en que ocurrieron los hechos.

En su sentencia, la Primera Sala consideró que la agravante analizada constituye una previsión normativa específica y justificada que busca sancionar de manera más intensa la realización del delito de delincuencia organizada cuando es ejecutada por quienes ejercen un cargo público, como medio para combatir esa práctica desleal a la función que les ha sido encomendada al interior del Estado. Esto, debido a que, desde esa labor, sin importar su trascendencia en la

institución de que se trate, pueden incluso producir una mayor afectación a la seguridad pública y a la sociedad en general, lo que amerita una respuesta penal más importante para hacer frente a ese fenómeno asociado con los grupos criminales.

Asimismo, la Sala deliberó que la norma reclamada, al disponer de una sanción más alta para la persona que pertenece a la delincuencia organizada y ostenta el cargo de servidor público, sin definir que su función se relacione inmediatamente con esa actividad criminal, no es violatoria del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y brinda seguridad jurídica a las personas destinatarias para comprender la aplicación de esa circunstancia agravante.

Aunado a lo anterior, el Alto Tribunal consideró que la penalidad establecida en la norma analizada es proporcional porque corresponde a la gravedad de la conducta que además es acorde con los incrementos en las penas para los delitos en los que se actualiza la agravante de cometerse la conducta por servidores públicos que establece la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por otra parte, la Sala determinó que el precepto analizado no transgrede el principio de presunción de inocencia puesto que la agravante de la pena no genera una idea preconcebida de responsabilidad, ya que opera hasta que se sancione a la persona una vez que se ha comprobado la existencia del delito y demostrado su responsabilidad penal.

Finalmente, la Primera Sala resolvió que el artículo impugnado no es discriminatorio, debido a que genera una distinción válida al aplicar penas más altas a quienes cuentan con un cargo en el servicio público al mismo tiempo en que pertenecen a la delincuencia organizada, de aquellas personas que carecen de esa calidad.

A partir de estas razones, la Primera Sala confirmó el fallo recurrido y negó la protección constitucional en contra de la sentencia impugnada.

Amparo directo en revisión 5937/2021. Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat. Resuelto en sesión de 10 de agosto de 2022, por mayoría de votos.

La realidad actual en México nos muestra que las servidoras y los servidores públicos, así como particulares, son las otras fuentes de peligrosidad; los nuevos enemigos del Estado, que en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública promueven la multiplicación del lavado de dinero, en la medida que existan vínculos entre servidores públicos y particulares con la delincuencia organizada.

Con el comunicado de prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 10 de agosto de 2022, se reafirma que el derecho penal del enemigo en México es uno de los más importantes tratamientos en materia penal para excluir a los peligros sociales de la sociedad, por las amenazas que representan los miembros de la delincuencia organizada en el país.

La corrupción política, por lo tanto, también es un precedente del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) en México, en donde desafortunadamente la posición de algunos servidores públicos en la Administración pública se ha empleado para encubrir el origen del dinero mal habido y así garantizar su éxito frente a las medidas de fiscalización implementadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

4. RESTRICCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO MEXICANO A SUJETOS DE ALTA PELIGROSIDAD

La reforma constitucional con respecto a derechos humanos, del 10 de junio del año 2011, marcó un cambio de paradigma en el derecho mexicano, toda vez que el Estado hace la apertura al goce y el disfrute de los derechos humanos y las garantías consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) refiere que existe la amplitud y el goce de derechos humanos y garantías para la protección de las personas —principio pro persona— consagrados en la máxima carta magna de nuestro país; también es una realidad la condicionante para su efectividad cuando se alude que su ejercicio no se puede restringir ni suspender excepto en los casos establecidos por la Constitución.

Entonces, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) puede restringir derechos humanos bajo los criterios que establece el propio ordenamiento jurídico que rige al país. De la misma forma, es menester indicar que el Estado mexicano, desde el 24 de marzo de 1981, forma parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), admitiendo legítimamente a dicho organismo internacional hasta el 16 de diciembre de 1988, situación que obliga a México a reconocer los principios en materia penal a rango constitucional para todas aquellas personas que estén cruzando por un proceso de esta índole.

Los principios en materia penal adoptados por el Estado mexicano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) son los siguientes:

Tabla 2

Principios internacionales en materia penal reconocidos constitucionalmente por el Estado mexicano

Principio	Ley	Artículo/apartado/fracción
Garantía de audiencia; irretroactividad de la ley y formalidades esenciales	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 14
Debido proceso; fundamentación y motivación. Oralidad procesal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 16
Prohibición de intervención a cualquier comunicación privada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 16, párrafo XIII
Prisión preventiva de carácter excepcional	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 19, párrafo II
Prescripción de la acción penal; suspensión del proceso penal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 19, párrafo XI
Valoración de la prueba; solo aquellas desahogadas en la audiencia de juicio	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado A, fracción III
Valoración de la carga de la prueba	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado A, fracción V
Presunción de inocencia	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado B, fracción I
Derecho a una defensa adecuada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado B, fracción VIII

Lo referido evidencia que la convencionalidad —derecho internacional— en materia de protección al ejercicio de los derechos humanos ha permeado en el derecho interno mexicano, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), de tal suerte que los principios anteriormente enunciados sirven de contrapeso al poder punitivo del Estado mexicano para otorgar responsabilidad penal.

Bajo esa premisa ideológica, el jurista mexicano y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Héctor Fix-Zamudio (2010) indica lo siguiente:

- a. En primer lugar, es necesario tomar en cuenta que las Constituciones iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la supremacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general;
- b. La creación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluyendo los organismos tanto universales como regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional. (pp. 583-584)

Es ostensible que los principios en materia penal mencionados con anterioridad son relativos al principio pro persona para que sean aplicados adecuadamente en cada una de las jurisdicciones internacionales de los Estados que forman parte —como es el caso mexicano— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esto significa que, a partir de los instrumentos normativos con los que cuenta determinado país, se utilizará el de mayor protección de derechos humanos en beneficio de las personas que atraviesan por algún proceso penal.

Pese a lo cual, en México, el mayor instrumento de protección al ejercicio de los derechos humanos es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que permite en el artículo 1.º, capítulo I: De los derechos humanos y sus garantías, la restricción de estos bajo los parámetros consagrados por dicho ordenamiento jurídico de conformidad con la supremacía constitucional.

Por lo tanto, desde la perspectiva del funcionalismo normativo del profesor Günther Jakobs, es decir, a partir del derecho penal del enemigo, se pueden restringir los derechos humanos de aquellas personas que cometan infracción alguna a los ordenamientos jurídicos vigentes que regulan la vida en sociedad, toda vez que cuando los sujetos sociales no efectúen su comportamiento a la norma socialmente establecida, es imposible que se puedan materializar las expectativas sociales y, por lo tanto, sean tratadas jurídicamente mediante un derecho penal de excepción, en otras palabras, derecho penal del enemigo por el o los delitos cometidos.

En consecuencia, la primera evidencia de derecho penal del enemigo en México la contiene el artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), así como otros ordenamientos jurídicos que se mencionarán en líneas posteriores del siguiente epígrafe.

4.1. Derecho penal del enemigo en las arquitecturas normativas mexicanas

En la actualidad, la cuantificación de los delitos precedentes a otro delito tipificado como grave en el catálogo de delitos legislados y sancionados en la normatividad mexicana —tal es el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita/lavado de dinero o blanqueo de capitales— le ha dado la posibilidad a las legisladoras y los legisladores de ir expandiendo el sistema jurídico-penal, con el objetivo de sancionar a través del poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) la fragmentación a las normas jurídicas

vigentes. Dicho en otras palabras, la amplitud del derecho penal en México sanciona comportamientos de riesgo —no consumados, es decir, relativos— y delictivos —concretizados— que afectan directamente no solo al bien jurídico tutelado, sino también a la sociedad en su generalidad.

El jurista español Jesús María Silva Sánchez (2011) señala respecto a la expansión del derecho penal lo siguiente:

El Derecho penal es un instrumento cualificado de *protección de bienes* especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado a tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podrían legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. (p. 11)

La sociedad mexicana y los cambios sociales y vertiginosos que ha experimentado con el pasar del tiempo han posibilitado la creación de nuevos bienes jurídicos tutelados por conducto del derecho penal, tal como lo asevera el jurista español Jesús María Silva Sánchez. Sin embargo, este cambio de paradigma en el ámbito jurídico-penal es la consecuencia de las nuevas amenazas y riesgos que podrían poner en desequilibrio el sistema social. En otras palabras, la reconfiguración del derecho penal en México es el resultado de los altos niveles de violencia, riesgos y amenazas que ponen en peligro la vida y la seguridad de las personas en sociedad.

Por tal situación, la restricción al ejercicio de los derechos humanos en el país es una realidad, dado que las arquitecturas normativas que rigen a la sociedad así lo determinan. Evidencia

de ello la encontramos en las leyes positivas del derecho interno mexicano, jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Opinión Consultiva de la 06/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que México es parte desde el 24 de marzo de 1981.

Como plantea Gabriela Rodríguez Huerta (2019):

Las restricciones, por tanto, no pueden ser indiscriminadas, solamente se permiten aquellas que responden a razones específicamente enumeradas en los tratados internacionales. De tal manera que el artículo 30 de la CADH no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos por ella protegidos, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de tales derechos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas. (p. 879)

El sistema jurídico-penal en México se divide en al menos dos tipos de derecho penal, el garantista y el de excepción, porque si bien con la reforma constitucional en el ámbito de los derechos humanos del 10 de junio de 2011, se hace la apertura al goce y el disfrute de las garantías y de los derechos humanos contenidos en la carta magna y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, también es verdad que la restricción al ejercicio de los derechos humanos en México a sujetos potencialmente peligrosos, esto es, a miembros que se organizan para delinquir o de la delincuencia organizada, es una realidad, porque la relativización de los derechos humanos puede ejecutarse sistemáticamente a partir de los ordenamientos jurídicos vigentes:

Tabla 3*Principios del derecho de excepción en los marcos normativos mexicanos*

Derecho penal del enemigo	Ley, sentencia, jurisprudencia y opinión consultiva	Artículo, fracción, número	Institución
1	Sentencia	293/2011	Suprema Corte de Justicia de la Nación
2	Jurisprudencia	2006224	Suprema Corte de Justicia de la Nación
3	Artículo	30	Convención Americana sobre Derechos Humanos
4	Opinión Consultiva	06/86	Corte Interamericana de Derechos Humanos
5	Artículo	1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
6	Artículo	29	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
7	Artículo	94, fracción X	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
8	Artículo	217, fracción I	Ley de Amparo

Además, el derecho penal de excepción (derecho penal del enemigo) cuenta con sus propios derechos que se encuentran contenidos en las leyes mexicanas. Estos son los siguientes:

Tabla 4

Principios constitucionales del derecho penal del enemigo en México

Principios del derecho de excepción	Ley	Artículo y fracción
Beneficios a cambio de información	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 20, apartado B, fracción III, párrafo II Artículo 35
Decomiso de bienes sin existencia alguna de sentencia penal ejecutoria	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 22 Artículo 30
Eliminación de beneficios penitenciarios	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 18, párrafos XIII y IX Artículos 42 y 43
Eliminación del secreto bancario	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada Código Penal Federal	Artículos 9 y 10 Artículo 400 bis
Extraterritorialidad de la aplicación de la norma penal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Código Penal Federal	Artículo 19, párrafo VI Artículo 400 bis
Imputación anticipada	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 2
Intervención de comunicaciones privadas	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 16, párrafo XIII Artículos 17, 19 y 21
Prescripción prolongada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 19, párrafo IV Artículos 5 y 6

Privación de la libertad por sospecha	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Código Federal de Procedimientos Penales	Artículo 16 Artículo 286
Reclusión en prisiones de máxima seguridad	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 18, párrafo IX Artículos 42 y 43
Reversión de la carga de la prueba	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Código Penal Federal	Artículo 20, apartado B, fracción V, párrafo II Artículo 400 bis, párrafo VI
Técnicas de investigación	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada Código Penal Federal	Artículo 21 Artículos 9 y 10 Artículo 400 bis
Testigos protegidos	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 20, apartado B, fracción V, párrafo II Artículos 14 y 34

5. MEDIDAS PREVENTIVAS DE SEGURIDAD EN MÉXICO. MEDIDAS CAUTELARES AL IMPUTABLE POTENCIALMENTE PELIGROSO

Las medidas preventivas de seguridad de derecho penal del enemigo —como medidas cautelares— son una realidad en México. Porque si bien los tecnicismos fueron retomados a partir de una realidad alterna (el caso de España), la existencia de dichas medidas de seguridad en las arquitecturas normativas del Estado mexicano no es ajena a las del país europeo, dado que están legisladas a partir de otra tecnicidad.

Estas aplicaciones de poder punitivo del Estado mexicano para confrontar a fuentes potencialmente peligrosas (enemigos) adquieren relevancia por ser medidas preventivas de seguridad con alta dureza punitiva, es decir, de tolerancia cero hacia todos aquellos elementos no-comunicacionales que ponen en riesgo el equilibrio del sistema social. Las no-comunicaciones pueden ser comportamientos infractores del rol social —que cometen delitos— y que, por ende, fragmentan la norma jurídica que regula los comportamientos sociales en este ente llamado sociedad.

En ese tenor, el jurista español Miguel Polaino Navarrete refiere, respecto a la prevención, acertadamente lo siguiente:

la idea de la prevención amplía más el ámbito de finalidades perseguidas por la pena. Esta no se impone porque el sujeto ha delinquido, sino para que el mismo no vuelva a delinquir en el futuro (*prevención especial*: referida a un sujeto en especial, el propio delincuente), o como ejemplo testimonial para que en la Sociedad no se vuelvan a cometer más delitos (*prevención general*: referida a todos los componentes de la Sociedad en general). (Jakobs y Polaino Navarrete, 2006, p. 55)

Esto significa que, ante la infracción cometida que imposibilita el cumplimiento de las expectativas sociales por conducto del rol social, existirá la reprochabilidad por los elementos constitutivos del sistema social. En otras palabras, las personas que han efectuado su comportamiento para ser reguladas normativamente, demandarán que se castigue el comportamiento infractor, el desalineado a la norma jurídica a través del derecho penal del enemigo, tomando en consideración que los comportamientos no regulados por la norma permiten que surtan efectos negativos en la sociedad.

Entre las medidas preventivas de seguridad que existen en México, como medidas cautelares o teóricamente consideradas de

continuidad de la pena para confrontar a los sujetos altamente peligrosos, encontramos las siguientes:

5.1. Control telemático

A partir del funcionalismo normativo del profesor alemán Günther Jakobs, el control telemático podría concebirse como una herramienta geolocalizadora para la identificación de la presencia en el espacio-tiempo del peligroso social.

Siguiendo esa postura, para Emilio José Armaza Armaza (2013), citando a Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, comprende el control telemático de la siguiente manera: «Se entiende que el control telemático (*electronic tagging*) está constituido por toda técnica que posibilite, mediante el uso de un aparato electrónico, la vigilancia telemática de una persona» (p. 220).

Este mecanismo electrónico de supervisión exhaustiva recopila la información para la monitorización de la persona o las personas que hayan infringido la ley a partir del delito cometido. En el Estado mexicano, este concepto no está legislado, como bien se indicó en el epígrafe anterior; sin embargo, el término más próximo podría ser sustituido por el de monitoreo electrónico, que se implementó en el sistema penal en el año 2011, y se encuentra contenido en el artículo 136.º de la Ley Nacional de Ejecución Penal, como se indica en la tabla siguiente.

Tabla 5

Medida cautelar del control telemático para el enemigo en la Ley Nacional de Ejecución Penal

Medida	Ley	Artículo/fracción
Control telemático	Ley Nacional de Ejecución Penal	Artículo 136

5.2. Custodia de seguridad

Cuando el delito es de suma gravedad, la custodia de seguridad se convierte en la norma y no en la excepción para dar tratamiento de derecho penal del enemigo al delincuente por el agravante cometido, ya que el objetivo de las medidas preventivas de seguridad, a partir de la óptica del funcionalismo normativo de Günther Jakobs, consiste en salvaguardar la integridad de las personas que viven en sociedad.

Los profesores Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013) aluden que

La custodia de seguridad es, al mismo tiempo, un ejemplo de irrenunciabilidad de algunas normas de derecho penal del enemigo. Esto no lo digo tampoco en un sentido legitimador, sino descriptivo: un Estado que deba y quiere proteger a sus ciudadanos frente a delitos previsibles no puede evitar dicha institución. (p. 16)

Por su parte, Jesús María Silva Sánchez (2010) menciona:

La pena dice: no esperábamos esto de ti; la medida dice: sí lo esperábamos. Pero si el sujeto eludiera la custodia de seguridad y volviera a cometer un delito, seguiríamos diciendo: no lo esperábamos de ti [...] las medidas de seguridad complementarias a la pena (como la custodia de seguridad para imputables) tienen como fundamento alguna forma de autodegradación del sujeto como agente libre. (p. 2)

La custodia de seguridad, en tanto, tiene la finalidad de relativizar al peligroso social mediante la pena de privación de la libertad por el delito cometido, porque el riesgo latente consiste en que cabe la posibilidad de que el infractor vuelva a incidir en la comisión

de otro tipo de delitos. Por ello, el enemigo, posterior al cumplimiento de la pena, sigue siendo un foco de alerta; una amenaza para el equilibrio de la sociedad.

Tomando en consideración las dos anteriores referencias y trasladándolas al ámbito normativo mexicano, nos remontamos a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, porque es en este ordenamiento jurídico en donde encontramos la operatividad y el funcionamiento de la medida preventiva de seguridad, custodia de seguridad, así como se indica en la siguiente tabla.

Tabla 6

Medida cautelar de custodia de seguridad para el enemigo en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública

Medida	Ley	Artículo/fracción
Custodia de seguridad	Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública	Artículo 5, fracción II; artículo 25, fracción XX; artículo 40, fracción XI; artículo 77, fracción VII, IX y X

5.3. Libertad vigilada

La escritora y jurista española Pilar Otero González (2015), profesora titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, España, conceptualiza a la libertad vigilada de la siguiente forma:

es una figura de naturaleza híbrida pues en el fondo se trata de enmascarar, bajo el amplio paraguas de «medida de seguridad», lo que no es sino una pena accesoria de control en la mayoría de las obligaciones que la componen, de ejecución posterior a la pena privativa de libertad aplicada a personas tradicionalmente calificadas como imputables y, por tanto, alejada de los postulados de las demás medidas de seguridad. (p. 40)

Como bien lo indica Pilar Otero González, la libertad vigilada es una medida preventiva de seguridad, porque su papel consiste en limitar la libertad del peligroso social calificado como imputable en determinado contexto jurisdiccional, habida cuenta de que los criterios estipulados por el juez o el tribunal pueden ser, según Emilio José Armaza (2013):

- La prohibición de aproximarse a sus familiares o personas que determine el Juez o el Tribunal;
- Prohibición de comunicarse a sus familiares o personas que determine el Juez o el Tribunal;
- Prohibición de acudir a determinados sitios;
- Prohibición de vivir en determinados sitios. (p. 202)

La libertad vigilada, además de ser una medida preventiva de seguridad, también es un medio de reprochabilidad por la infracción cometida a la sociedad, tanto en cuanto se haya violentado el principio de confianza. En las arquitecturas normativas del Estado mexicano, la libertad vigilada no está legislada como tal, pero el término más próximo a esta es el de libertad condicional contenido en el artículo 136.º de la Ley Nacional de Ejecución Penal (2016), que al pie de la letra menciona puntualmente lo siguiente: «El Juez de Ejecución podrá conceder a la persona sentenciada el beneficio de libertad condicionada bajo la modalidad de supervisión con o sin monitoreo electrónico».

Tabla 7

Medida cautelar de la libertad vigilada para el enemigo en la Ley Nacional de Ejecución Penal

Medida	Ley	Artículo/fracción
Libertad vigilada	Ley Nacional de Ejecución Penal	Artículo 136

Por todo lo dicho, el derecho preventivo sirve a la sociedad con el objetivo única y exclusivamente de salvaguardar la integridad de las personas, tomando en cuenta que el enemigo —el peligroso imputable— sigue siendo una amenaza para la sociedad. Ante esta situación, se justifica el incremento de las medidas de control y vigilancia implementadas por los actuales gobiernos, a causa de los riesgos y las amenazas existentes que pondrían en desequilibrio el sistema social.

Igualmente, el blindaje normativo para lograr el máximo aseguramiento de la sociedad y de sus bienes de carácter colectivo, evidencia que cuando no se cumplen las expectativas sociales —las normas— a través de los roles socialmente asignados, el tratamiento jurídico-penal será de excepción, esto es, de derecho penal del enemigo. Este tratamiento normativo se caracteriza por mantener el aislamiento del sujeto peligroso para favorecer la seguridad de las personas que viven en sociedad. Además, es aquel derecho en donde difícilmente existe la posibilidad de resarcir el daño cometido; porque al ser un derecho de tolerancia cero, no hay vuelta atrás para reincorporarse a la sociedad —llamado, en el derecho penal garantista, reinserción social— y en eso consiste el silencio y la peligrosidad del derecho penal del enemigo del profesor alemán Günther Jakobs.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos queda decir que la investigación realizada señala que la importancia del tratamiento jurídico-penal de excepción (derecho penal del enemigo) para las servidoras y los servidores públicos, en el ejercicio de sus competencias en la Administración pública del Estado mexicano, recae principalmente en aquellos sujetos sociales cuyo comportamiento está desalineado de la norma, ya que de esta manera se dificulta o, en su defecto, se

imposibilita garantizar el cumplimiento de las expectativas sociales dictadas por la sociedad, por intermedio de la mínima seguridad cognitiva que represente la persona frente al cargo que le ha sido asignado.

El cambio de paradigma en el derecho mexicano, específicamente en el ámbito penal, tiene por función —desde la perspectiva del funcionalismo normativo— sancionar aquellos comportamientos sociales asociales por medio del poder punitivo del Estado, con la única finalidad de garantizar por lo menos tres propósitos: el primero de ellos consiste en dar continuidad al sentido comunicativo y a la identidad normativa de la sociedad; el segundo, en otorgar el máximo blindaje de seguridad a las personas que constituyen este ente denominado sociedad; y el tercero, en garantizar el Estado democrático de derecho a través de la aplicación de los instrumentos normativos jurídico-penales (internacionales y nacionales), para hacer frente a los riesgos y las amenazas existentes en un contexto en el que ha permeado la violencia por los grupos de poder delincuenciales.

Finalmente, el derecho penal del enemigo del profesor Günther Jakobs en México como tratamiento jurídico-penal de excepción, es decir, restrictivo al ejercicio de los derechos humanos, es una realidad sui generis, en la medida que, como modelo funcional, demanda que los comportamientos de las personas sean regulados normativamente para ser catalogados como tal; de no hacerlo, serán excluidas perdiendo el estatus de persona al no cumplir con los roles y, por ende, con las expectativas sociales que les demanda la sociedad.

REFERENCIAS

- Armaza, E. J. (2013). *El tratamiento penal al delincuente imputable peligroso*. Comares.
- Buscaglia, E. (2015). *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*. Debate.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1981). Convención Americana de Derechos Humanos. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf
- Fix-Zamudio, H. (2010). La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos. En A. von Bogdandy, E. Ferrer y M. Morales (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* (t. II, pp. 583-584). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Jakobs, G. (2000). *Persona, norma y sociedad en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas.
- Jakobs, G. y Polaino Navarrete, M. (2006). *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Grijley.
- Jakobs, G. y Polaino-Orts, M. (2013). *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*. Flores Editor y Distribuidor.
- Lamas, G. L. (2019). *Cibercrimen, bitcoins y lavado de dinero*. Dykinson.

- Mata, N., Dopico, J., Lascuraín, J. A. y Nieto, M. (2018). *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson.
- Morales, A. (2019, 1 de junio). Conocimientos básicos en PLD/FT. https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/1-1_Conceptos_basicos.pdf
- Naciones Unidas (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) (s. f.). Delincuencia organizada. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>
- Otero, P. (2015). *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*. Dykinson.
- Pardo, M. del C. (2016). *Una introducción a la administración pública*. Colegio de México.
- Polaino-Orts, M. (2013). *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*. Flores Editor y Distribuidor.
- Prado, V. (2007). *El lavado de dinero y la financiación del terrorismo*. Grijley.
- Rodríguez, G. (2019). Suspensión de garantías, interpretación y aplicación. En C. Steiner y M.-C. Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2.^a ed., pp. 835-884). Konrad Adenauer Stiftung.
- Silva, J. M. (2010). ¿Es la custodia de seguridad una pena? *InDret*, (2), 1-3.
- Silva, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de F.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022, 10 de agosto). N.º 287/2022 [Comunicado de prensa]. <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7010>
- Vázquez, E. D. (2022a). Derecho penal del enemigo para combatir el delito de lavado de dinero en México. *Miradas*, 17(2), 83-94. <https://doi.org/10.22517/25393812.25247>
- Vázquez, E. D. (2022b). *Derecho penal del enemigo y lavado de dinero en México* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vásquez, E. D. (2022c). El camino a la relatividad normativa: bases metodológicas. *Revista Revoluciones*, 4(9), 192-204. <https://doi.org/10.35622/j.rr.2022.09.0010>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 71-107

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.714

Corrupción, democracia y derechos humanos: una relación en construcción

Corruption, democracy, and human rights:
A relationship under development

Corrupção, democracia e direitos humanos:
uma relação em construção



EDWIN FIGUEROA GUTARRA
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: efigueroag@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

*La ignorancia, el olvido o el menosprecio hacia los derechos del hombre
son las únicas causas de las calamidades públicas
y de la corrupción de los gobiernos*

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789

RESUMEN

Las relaciones entre democracia y derechos humanos suelen ser de progresividad, a diferencia de la corrupción, fenómeno histórico que plantea condiciones de regresividad. Establecer una vinculación

entre estos tres conceptos nos conduce, necesariamente, a una pretensión de reforzamiento de la democracia, de un lado, así como a una aspiración por la mayor vigencia de los derechos humanos. Reducir los efectos nocivos de la corrupción es hoy una tarea urgente para todo Estado, y de ahí la necesidad de repensar el tema de medidas que se deben adoptar, una y otra vez. Se trata de retos impostergables.

Palabras clave: corrupción; democracia; derechos humanos; medidas contra la corrupción.

Términos de indización: corrupción; democracia; derechos humanos (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The relationship between democracy and human rights are often progressive, in contrast to corruption, a historical phenomenon that poses regressive conditions. Establishing a link between these three concepts necessarily leads us to an attempt to reinforce democracy, as well as a desire to make human rights more effective. Therefore, reducing the harmful effects of corruption is now an urgent task for every Government, and from then on, to constantly rethink the measures needed to be taken. These are urgent challenges.

Key words: corruption; democracy; human rights; measures against corruption.

Indexing terms: corruption; democracy; human rights (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

As relações entre democracia e direitos humanos são frequentemente de progressividade, ao contrário da corrupção, fenômeno histórico que apresenta condições de regressividade. Estabelecer uma relação

entre estes três conceitos leva-nos necessariamente a um desejo de fortalecer a democracia, por um lado, e a uma aspiração a uma maior validade dos direitos humanos. Reduzir os efeitos nocivos da corrupção é, na atualidade, uma tarefa urgente para cada Estado e, por conseguinte, a necessidade de repensar constantemente a questão das medidas a serem tomadas. Esses são desafios inadiáveis.

Palabras-clave: corrupción; democracia; derechos humanos; medidas contra a corrupción.

Termos de indexação: corrupção; democracia; direitos humanos (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 12/03/2023

Revisado: 19/04/2023

Aceptado: 09/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla Ivon Vilchez Guiuar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)
lvilchez@contraloria.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
asaenz@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un término que presenta ribetes de complejidad. En rigor, no todo acto de corrupción implica, en estricto, una violación de derechos humanos, y cuando sí tiene lugar un esbozo de afectación de estos derechos por parte del acto corruptor, entonces suele ocurrir una violación muchas veces indirecta. En ese orden de ideas, resulta necesario realizar una delimitación de cuál es el nivel de lesión a los derechos humanos, ya que los

estándares de transgresión directa e indirecta pueden a su vez variar en función de determinados factores.

En esa escena con pretensiones definicionales aparece la referencia a la democracia como un elemento relevante, pues he aquí la necesaria consideración de que la corrupción constituye una suerte de traición directa a los principios de ética democrática, una de cuyas vertientes kantianas la constituye el imperativo categórico de hacer el bien sin distinción. Y, en propiedad, la corrupción vacía de contenido formal y material la democracia, puesto que no solo implica una conducta que prevalentemente transgrede las normas procedimentales de rigor de un correcto funcionamiento de la Administración pública, estamento base de todo Estado, sino que lesiona el deber de corrección que toda democracia importa, lo cual a su vez evidencia que fallan las bases mismas del Estado de derecho cuando la corrupción asciende a niveles de macrocorrupción.

Enlazadas las ideas que graficamos *supra*, buscamos esbozar, sin pretensiones de autoridad, qué implica la corrupción, aproximarnos a una definición de esta, escrutar su contenido y dar cuenta de la complejidad de su definición, pues deviene necesario contextualizar la corrupción, más aún cuando esta sí implica una transgresión normativa.

De la misma forma, importa desarrollar un análisis del nivel de afectación de la democracia, como norma de convivencia social, cuando la corrupción mina esa confianza necesaria que implica el *pactum societatis* hobbesiano, de acuerdos mínimos para convivir socialmente. Aquí la corrupción —nuestra mención es enfática— es una de las tantas expresiones de esa alegoría del *homo homini lupus*, u hombre lobo del hombre, en tanto describe una especie de rompimiento de reglas del pacto social. Más aún, debe preocuparnos que la corrupción, en casos extremos, adquiera niveles

preocupantes de distorsión que convierten democracias plenas en Estados fallidos, desnaturalizando así la esencia del Estado de derecho.

A continuación, una idea eje siguiente en este estudio es desarrollar una aproximación a la noción de vinculación entre corrupción y derechos humanos, sobre la idea central de que no todo acto corruptor va a significar una transgresión manifiesta de los derechos humanos. Interesa aquí efectuar una correlación de contenidos de ambos conceptos, para una mejor delimitación de cuándo ocurre, a partir de un acto corruptor, una afectación de los derechos humanos.

En suma, es nuestra intención armar un trípode en el cual advirtamos que la corrupción ha trascendido desde tiempos inmemoriales, pero en la actualidad lo ha hecho con más énfasis, y ha escalado para convertirse en una de las amenazas más serias a la democracia y al Estado de derecho.

De igual forma, en esa visión triangular de dichos elementos, es menester entender que los derechos humanos, en una gran mayoría de situaciones acotadas, resultan igualmente afectados, con lo cual se supera la idea anquilosada, como se entendía antaño, de que la corrupción constituía un fenómeno aislado. Hogaño, es de suyo necesario asumir que la corrupción ha llegado a vulnerar el corazón mismo del Estado de derecho, a tal punto que existen Estados que han pasado a ser, de «democracias plenas», en la clásica definición del Índice de Democracia 2022 de *The Economist*, a «democracias defectuosas», «regímenes híbridos» y «regímenes autoritarios».

La pregunta vital es, entonces, qué hacemos para frenar la corrupción, cómo logramos aminorar sus índices, y cuáles esfuerzos son necesarios, en un plan de más largo plazo, para erradicarla de nuestras democracias. He aquí que pretendemos construir un glosario de medidas necesarias para ese propósito, todas ellas

políticas públicas que, bajo reglas de mayor transparencia, apunten a la consolidación del Estado de derecho. Y solo si este se afianza, estamos ante una democracia plena. Es esta última el ámbito al que nos corresponde aspirar como ciudadanos convencidos, y nos sirve de ejemplo el caso de los griegos, al referirse a que la democracia no es la mejor forma de gobierno, pero es objetivo señalar que es la menos mala de todas las formas de gobierno existentes.

2. LA CORRUPCIÓN Y LA COMPLEJIDAD DE SUS CONTENIDOS

Es complejo definir el fenómeno de la corrupción. De pronto argüimos un contexto peyorativo respecto al acto corruptor y sus partícipes y, sin embargo, asumiendo que no todo acto de corrupción lesiona gravemente los derechos humanos, podríamos acaso tentar preguntarnos si hay una corrupción benigna y otra, aquella que lesiona derechos humanos, de carga enteramente negativa. Consideramos que todo acto corruptor constituye una transgresión moral, en mayor o menor grado. Si el contexto es de vulneración de derechos humanos, por cierto, la carga moral negativa es mayor. Si se trata de un acto de corrupción que no transgrede el ordenamiento penal de un Estado, esa anomia de persecución penal no implica que no haya un dilema ético. Por cierto, que lo hay, diremos en menor grado, pero finalmente habrá reprobación moral.

Malem (2015) señala con acierto que cuatro aspectos caracterizan a la corrupción; en un primer orden de ideas, ha atravesado todas las épocas; a renglón seguido, identifica que se ha manifestado en todas las zonas del planeta; en tercer lugar, ha afectado todos los sistemas políticos; y, finalmente, ha afectado toda actividad humana, pública o privada (p. 65).

La aseveración que antecede es enteramente gráfica: la corrupción se remonta al origen mismo del hombre, a su estado incluso de naturaleza y, desde ya, ha convivido con el ser humano.

Entonces, se trata de un fenómeno de larga data. De otro lado, no existen Estados *welfare* o de bienestar ajenos a la corrupción, y una zona sur en vías de desarrollo más proclive a la corrupción. Esta ha penetrado, validando la tesis de Malem, todo sistema de convivencia social, desde democracias plenas hasta regímenes autoritarios y, sin embargo, he aquí una necesaria atingencia con pretensiones de taxatividad: donde hay más corrupción, existe, como lógica de necesaria conclusión, mayor violación de los derechos humanos.

Finalmente, las fronteras de la corrupción se difuminan hoy entre lo público y lo privado. Contemporáneamente, la separación hoy es más tenue. La actividad pública tiene incidencia sobre la privada y esta, a su vez, interactúa, en mayor o menor grado, con la pública. Sin perjuicio de lo expuesto, hay una mayor gravedad en la corrupción de funcionarios públicos, pues la lesión al correcto funcionamiento de la Administración pública, como bien jurídico protegido, tiene un efecto transversal de mayor connotación.

En definiciones complementarias, podemos observar que la ONG Transparencia Internacional considera la corrupción como el «abuso de poder encomendado para obtener beneficios privados» (Oficina Antifraude de Catalunya, 2020, p. 12). La premisa aquí sostenida es objetiva: la corrupción, en su condición de desvalor, representa un exceso frente al poder del cual se goza. El agente corrupto abusa de las facultades encomendadas en beneficio propio, y con ello causa perjuicios, en mayor o menor grado, a los derechos humanos de un colectivo determinado de personas.

Normativamente, en esta misma línea definicional, la Convención de las Naciones Unidas, del año 2003, contra la corrupción alude que

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. (Naciones Unidas, 2004, p. iii)

La definición anotada es, desde nuestro punto de vista, bastante completa. Como plaga, la manifestación es objetiva en el sentido de que la corrupción no ha podido ser erradicada, y hemos de arriesgarnos a convivir con ella si no se intensifican las políticas públicas encaminadas a ello. Por otro lado, calza la noción de corrupción ofrecida en el propósito de este estudio, en la medida que significa una deconstrucción de la democracia como modelo de Estado de derecho, además de reafirmarse que viola derechos humanos. Por último, es la corrupción fuente de alimentación de diversas amenazas a la seguridad de las sociedades, en tanto ella suele asociarse a otras modalidades endémicas de delincuencia.

Las acotaciones formuladas son claras. De un lado, la corrupción parece haberse afianzado en los últimos lustros, al ostentar cierta impunidad, dado que no siempre es sancionada, y cuando lo es, suele ocurrir que ello tiene lugar sin la contundencia necesaria. De otro lado, las perspectivas de crecimiento de las sociedades se reducen, pues la corrupción, muchas veces, al existir ausencia de fiscalización, genera servicios públicos sin la calidad de supervisión necesaria.

A modo de ejemplo concreto, si un proveedor logra, bajo prácticas desleales, un beneficio en una obra determinada, es muy probable que, rota la regla de la sana competencia, aquel servicio encarecido por la dádiva a desembolsar, represente un sobrecosto que se traduce, al final, en que el Estado paga más por menos.

En otro ámbito de enfoque, las modalidades de actos de corrupción son recogidas por la Convención Internacional contra la Corrupción, y el artículo VI de dicha norma prevé, en su numeral primero, diversas formas de enriquecimiento ilícito, soborno, obtención general de beneficios ilícitos, aprovechamiento doloso y ocultación de bienes, y asociaciones ilícitas, además de hechos que sean catalogados en la legislación interna de cada Estado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2019, p. 22).

Podemos concluir que esta enunciación es referencial, a la luz de la evolución incluso tecnológica que ha adquirido la corrupción. Referimos, con esta atingencia, que el avance de formas de corrupción se adapta al desarrollo de las sociedades, y es previsible que los Estados se vean en la necesidad de regular, normativamente, la persecución de nuevas formas de corrupción. Es evidente que la corrupción busca, continuamente, modalidades de adaptación al mercado.

La trascendencia económica de la corrupción es otro fenómeno para considerar: ella fue, según cifras estimadas del Banco Mundial de 2004, de unos 50 billones de dólares hacia el año 1995. Esta cifra se disparó a 1000 millones al año 2005 (Malem, 2015, p. 66). El crecimiento, a todas luces y tan solo diez años después, ha sido exponencial.

Estas cifras tienen una connotación colateral que nos hace reflexionar: ¿cuánto se dejó de construir en obra pública a causa de estas ingentes cantidades? Advirtamos un aspecto muy importante: la corrupción hace desaparecer las reglas de eficiencia del mercado. Si una obra pública es sobrevalorada, entonces es menos probable un esfuerzo del proveedor por mejorar la calidad del producto. Este tiende a ser de notoria calidad inferior y, por tanto, la fiscalización de calidad en la obra o bien desaparece, o bien es muy tardía.

Un ejemplo de relevancia es el terremoto en Turquía en 2023: no solo tuvo lugar una cifra superior a las 40 000 muertes por dicho fenómeno telúrico, sino que además de muchas muertes de personas en edificios endebles, tras el movimiento sísmico decenas de miles de condominios necesitaron ser demolidos. ¿La causa? Flagrantes omisiones en los ámbitos de seguridad de muchas construcciones. ¿La causa anterior a esta? Corrupción en la concesión de permisos de construcción y ausencia de control.

Un intento de levantamiento de datos sobre la regionalización de la corrupción no aporta buenas noticias para las Américas (Seinfeld, 2023, párr. 2), según señala el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2022, de Transparencia Internacional, que clasifica a 180 países y recoge opiniones del Banco Mundial, el Foro Económico Mundial, empresas privadas de consultoría y evaluación de riesgos, entre otros. El informe a que aludimos arroja una media de 43 para las Américas en una tabla que va de 0 a 100, esto es, estamos en menos de la mitad del conteo. Canadá (74), Uruguay (74) y Estados Unidos (69) aparecen mejor ubicados, en tanto Nicaragua (19), Haití (17) y Venezuela (14) denotan serios problemas de percepción. Perú llega a un puntaje de 36.

En relación con los factores que generan la corrupción, la Oficina Antifraude de Catalunya (2020, p. 8) nos brinda un esbozo de interés que amerita ser desarrollado. Señala al efecto que la tesis más difundida es la de Klitgaard, la cual indica que concurren, respecto al fenómeno de la corrupción, las siguientes circunstancias: monopolio de poder, discrecionalidad en las decisiones y ausencia de mecanismos de control, asumiéndose que estos son factores de base. Como elemento contributivo, acota Klitgaard el rol que cumple la impunidad como un factor que incrementa las prácticas corruptas. Cierra su cita con los factores socioculturales que permiten la sostenibilidad de este fenómeno.

Advirtamos que se trata de elementos que fomentan la corrupción. Un monopolio va a implicar ausencia de competidores y, por tanto, un manejo vertical de la oferta de determinados bienes y servicios. A su vez, si la discrecionalidad de los funcionarios es demasiado amplia, entonces hay un problema de configuración de las normas sobre la materia en el ámbito de potestades. Por otro lado, un elemento central en estas causas es la falta de mecanismos de control, lo cual nos lleva a poner de relieve la exigencia de transparencia en las contrataciones públicas. En estas, debe ser posible que los ciudadanos puedan fiscalizar los movimientos que realizan entidades públicas, cuando de inversiones del Estado se trate. Deberíamos poder contar con mecanismos que permitan a los ciudadanos escrutar, sin mayor dificultad, los detalles de importantes compras de bienes y servicios que el Estado realice. Hay un avance al respecto en los países de la región, pero es notoriamente insuficiente.

En palabras de Almagro, adicionalmente, tenemos que «la corrupción es una enfermedad hereditaria, autoinmune, de cualquier sistema político donde los seres humanos son sus operadores. No reconoce fronteras de ningún tipo, ya sean ideológicas, de color político, incluso de niveles de fortaleza institucional» (Tablante y Morales, 2018, p. 13).

La heredad a que se alude nos remonta a tiempos inmemoriales y hemos de aceptar, con pesar, que, antes que haber sido erradicada la corrupción, los últimos lustros han evidenciado un reforzamiento de este fenómeno. Por último, la corrupción invade todos los escenarios de la vida humana, aún las democracias plenas o más prósperas, esto es, ser una democracia plena no es óbice para que allí germine la corrupción. Por tanto, la corrupción no es sectorial, es global, transversal e invasiva respecto de todas las actividades humanas.

3. DEMOCRACIA Y CORRUPCIÓN: UNA RELACIÓN DE OPOSICIÓN

Aun siendo la democracia la forma menos mala de gobierno, es pertinente que señalemos que, conforme indica Malem (2015), ella no ha sido capaz de eliminar la corrupción (p. 63). No se trata, en este orden de ideas, de acusar de insuficiencias al modelo de democracia, mas no debemos dejar de advertir que, por excelencia, la democracia es el modelo de las libertades y, por consiguiente, también de los excesos que acarrearán esas libertades.

La corrupción vendría a ser, de acuerdo con lo sostenido, un exceso, en sentido negativo, de la libertad que implica la toma de decisiones respecto a los deberes de función que involucra el correcto funcionamiento de una institución, sea pública o privada. Por su trascendencia, nos hemos de centrar en el ámbito público, sin dejar de señalar que la corrupción también atraviesa el sector privado, mas esta adquiere otros matices que se deben escrutar. Lo grave de la referencia al sector público reside en que la acotación tiene lugar respecto a fondos públicos y, por tanto, pertenecientes a un erario de todos. Por ende, atañe al destino de un colectivo humano más amplio.

Nuestra afirmación se extiende y engarza con otro signo distintivo de la corrupción. La corrupción en sí misma, según Malem (2015), constituye una deslealtad hacia el sistema democrático (p. 67). Esta afirmación parte de la idea de que, en democracia, existe un *deber de sujeción* a los valores éticos de esta forma de gobierno. Por ello, funciona el pacto social de que cada quien se sujeta a un mínimo de obligaciones para con la sociedad: deberes ciudadanos, respeto por las normas, observancia del Estado de derecho, entre otros.

Esas lealtades fundamentan la ética pública que indicamos y sostienen, a su vez, el *Volksggeist*, o espíritu de confianza del pueblo

en sus instituciones. La corrupción, en sí misma, socava las bases de esa pirámide democrática, rompiendo el acotado *deber de sujeción* ciudadano, en cuanto el acto corruptor no solo va en contra de la ley, las más de las veces, sino que rompe la necesaria sujeción al conjunto de reglas éticas que implica la democracia, así como expresa una deslealtad o apartamiento de un correcto accionar.

Chávez (2022) cita, en esa misma línea, una interesante definición de Garzón y señala que «la corrupción [...] implica siempre un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema normativo relevante» (p. 34). Hemos de sumar, a lo reseñado, que la traición efectivamente ocurre con relación a los deberes funcionales que se deben ostentar en todo sistema democrático. La corrupción, entonces, no solo constituye un desvío de la forma correcta de desempeño de un funcionario público, sino que este traiciona sus principios de debida diligencia.

Por otro lado, podríamos anotar que la corrupción identifique un contexto donde se logra un beneficio particular, por la comisión de un ilícito u omisión de determinado deber. Y, sin embargo, Malem (2015) anota que la corrupción no es un juego cooperativo donde todos ganan (p. 68).

Todos pierden, en rigor, con la corrupción: aquel que promete, en tanto evade reglas de competencia, por ejemplo, en un concurso público de obras. Las personas y las instituciones que prometen pierden prestigio en este tipo de situaciones. A su vez, el corrompido fue desleal con la democracia y cortó el camino, tomando un atajo indebido de percepción de un beneficio usualmente económico. Pierde la sociedad, pues la corrupción significa un envilecimiento de las reglas mínimas de correcto funcionamiento de la Administración pública y, a su vez, dicha pérdida se traduce en la prestación de servicios de menor calidad: precios encarecidos, productos de menor valor en cuanto ya no hay verdadera competencia, bienes sin garantías, etc.

Señala Malem (2015) que la corrupción tiene un impacto gravísimo en el sistema democrático, además de subrayar que «el principio de la mayoría, como rector de la toma de decisiones democráticas, que es a su vez piedra basal de la idea misma de democracia, se destruye» (p. 68).

He aquí una anotación de mayor valor en la medida que la corrupción acarrea que las decisiones políticas ya no sean adoptadas con el sentido propio del interés general, sino en función de intereses particulares corruptores. El *corsi e ricorsi* de la democracia, esto es, el ir y venir de la democracia parte de una idea matriz de que es un interés difuso, amplio y extendido aquel que ha de ser beneficiado por las decisiones políticas. La corrupción, valga el énfasis, rompe esa voluntad general rousseauiana para desviarse hacia intereses particulares.

A tenor de lo expuesto, podemos pensar en una relación de oposición entre democracia y corrupción, basados en la idea de que esta última es de suyo incompatible con la primera. Y si bien la corrupción es transversal respecto a la democracia, es decir, que tiene presencia incluso en el modelo más sostenido de democracia, resulta necesario trabajar con énfasis en su erradicación. ¿Es una tarea sumamente compleja? Por supuesto que sí. ¿Es una labor imposible? En definitiva, no.

En esa misma ruta de ideas, si «la corrupción es uno de los más serios obstáculos para consolidar un sistema democrático sólidamente fundado en el respeto del Estado de derecho y los derechos humanos» (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 7), hemos de inferir que el Estado de derecho plantea exigencias y niveles, cuando menos mínimos, de respeto por las reglas de convivencia en sociedad. Si la corrupción desvía fondos públicos que deben satisfacer necesidades de una colectividad, se vuelven las espaldas a la confianza en las autoridades que el acto eleccionario significa, en cuanto se desnaturaliza un mandato popular. En otros

términos, ese funcionario público corrupto defrauda la confianza popular puesta en su persona.

En adición a lo expuesto, Almagro señala que «la enfermedad de la corrupción hace que la democracia se debilite y empieza a generar importantes disfuncionalidades» (Tablante y Morales, 2018, p. 16). De esta afirmación se desprende que, efectivamente, una democracia deviene en fallida cuando sus distorsiones son excesivas. La democracia necesita ser fuerte para un pleno disfrute de las libertades públicas que el Estado de derecho acarrea. En estado de falencia, esas libertades decaen, sin más. La corrupción, entonces, es una de las disfuncionalidades más graves del Estado de derecho.

Nash (2019) destaca, en este mismo análisis y como otro valioso planteamiento, que

la centralidad de los derechos humanos en las últimas décadas se funda en un acuerdo ético y legal de que estos constituyen un pacto mínimo —moral y jurídico— sobre la forma en que el Estado (poder legítimo) debe tratar a los individuos sujetos a su jurisdicción y cuya protección no solo queda entregada a la soberanía nacional, sino que también es asumida como un compromiso con la comunidad internacional. (p. 19)

La acotada centralidad de los derechos humanos no debe ser entendida como una forma de *human rightism* (Tablante y Morales, 2018, p. 76), es decir, una especie de *derecho humanitis* en cuanto a que todo devenga derechos humanos, y que haya que proteger una situación determinada simplemente porque involucra derechos humanos. Esto equivaldría a una especie de hiperactivismo judicial, desbordado, irreflexivo, voluntarista.

Aquí es de relevarse que los derechos humanos expresan un rol de valor en cuanto a la persona, y de suyo, habrá que proteger, en condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, los derechos de quienes resultan afectados por los efectos de un fenómeno de corrupción, así como el Estado se ve en la necesidad, igualmente, de tutelar el derecho al debido proceso de aquella persona que resulta agente activo de corrupción. Esta debe ser condenada con el máximo rigor legal, pero, por supuesto, dentro del marco de la ley y la Constitución.

A tenor de lo expuesto, entonces, no hay un exceso de los derechos humanos, sino un rescate de su centralidad, expresada en que corresponde un rol de equilibrio en la dilucidación de cuestiones que atañen a los derechos humanos a partir de fenómenos de corrupción.

Desde otro ángulo de enfoque, la democracia expresa, cualitativamente, un ejercicio más amplio de la libertad de contratar y de los efectos de esta, en cuanto hay mayor libertad económica. Pero esta históricamente ha estado sujeta a diversos niveles. Las experiencias controlistas de los años setenta del siglo pasado en América Latina transcurrieron y cedieron su espacio a corrientes de apertura. De esa forma, «la liberalización de los mercados, los procesos de privatización de empresas públicas y de servicios públicos, sentaban las bases para nuevas figuras ilícitas de actos de corrupción en la región» (CIDH, 2019, p. 20).

Veamos que no señalamos una contradicción, esto es, no alegamos que no sea buena en esencia la democracia, sino que la ausencia de mejores controles en esta, precisamente, genera el espacio para que se produzcan distorsiones. Resulta así, entonces, que la propia apertura de los mercados en los años ochenta del siglo pasado generara, sin que ese fuera su propósito objetivo, escenarios de megacorrupción, a nivel de distintos actores del sistema, y

ello por cierto desnaturalizó la esencia positiva de la apertura de los mercados. Y reiteramos: esto no debe conducirnos a la conclusión inválida de que la liberalización en sí es nociva, sino que esta, sin controles adecuados, genera consecuencias distorsionadas.

Por otra parte, no dejemos de considerar que la corrupción origina, como señala Malem (2017, p. 11) pobreza e inseguridad jurídica, dos elementos que crean complejas situaciones en democracia. Los efectos de la corrupción, en consecuencia, son transversales. Sus efectos en lo ético, económico, político y jurídico, a modo de reseña de lo que indica Malem (Gómez-García, 2008, p. 330), socavan la democracia, y las experiencias de diversos países del mundo son aleccionadoras. Regímenes que comenzaron como democracias con expectativas de grandes avances en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, vieron sus proyectos de desarrollo truncados, pues la corrupción sobrepasó la institucionalidad y la aminoró.

4. CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS. ¿VINCULACIONES IMPLÍCITAS?

De inicio podemos evaluar y considerar que hay ausencia de referencias directas a los vínculos entre corrupción y derechos humanos, en sus marcos teórico y práctico (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 5). Ello nos conduciría a la idea de que no todo acto de corrupción va a implicar una violación manifiesta de los derechos humanos. Esta tesis es aceptada y, sin embargo, se requeriría construir conceptualmente elementos diferenciadores para identificar cuándo la corrupción sí implica una afectación de los derechos humanos y cuándo ello no tiene lugar.

Proponemos, en ese sentido, una tesis amplia y no restrictiva. Nos explicamos gráficamente. Si una obra pública de enorme envergadura ha significado un acto corruptor grave, y ha involucrado la

prestación de un servicio sin las condiciones de calidad del caso, entonces la afectación de derechos humanos se expresa en cuanto un número considerable de personas ven lesionado su derecho a recibir un servicio público en las condiciones adecuadas.

Podemos aquí enunciar la calidad de acabados de una carretera importante o bien los materiales médicos necesarios para emprender una correcta campaña de vacunación. En ambos casos, la afectación a los derechos humanos a la salud o la integridad corporal puede devenir manifiesta y, por tanto, aludimos a un nivel grave de lesión a los derechos humanos.

A su vez, si existe una dádiva indebida a efectos de no formar una cola, podríamos asumir que aquí la lesión de contexto es menor, y quizá le asignaríamos a este hecho solo una menor dimensión moral de afectación. El nivel de lesión es leve. Y, sin embargo, también hay vulneración, pues aun cuando estemos frente a un hecho de contexto menor, igualmente se trata de un menoscabo a un deber de rectitud. La transgresión a los derechos humanos es ínfima, pero existe.

Nos sería de utilidad, para direccionar nuestra afirmación *supra*, la teoría de la escala triádica que sostiene Alexy (2017, p. 468), en cuanto respecto de un derecho fundamental se pueden distinguir tres niveles de afectación: grave, medio y leve. En el primer caso, por su propio nombre, la vulneración a un derecho es manifiesta, ostensible y grave. Por lo tanto, requiere y demanda reparación. En el segundo caso, si la afectación es media, entonces deberá dilucidarse, a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si se concede tutela y reparación. En el tercer caso, por último, la afectación es tan leve que, en definitiva, no hay exigencia alguna de protección.

Advertimos que el escenario que describe Alexy es mucho más complejo, en la medida que alude a niveles de afectación y satisfacción, así como a subexámenes de idoneidad, necesidad y

proporcionalidad en sentido estricto, propios de los criterios sustantivos de la ponderación y de las reglas procedimentales del test de proporcionalidad y, sin perjuicio de ello, hemos procurado adaptar algunos aspectos para graficar mejor nuestra propuesta.

En suma, reconvertido el planteamiento nuestro, la corrupción genera afectación a los derechos humanos, pero los niveles de lesión varían. Los escenarios graves, sin duda, van a acarrear la tutela del caso. Las circunstancias de afectación media demandarán juicios de esclarecimiento para adoptar una posición de tutela. Y en el último caso de mella leve, la vulneración es ínfima, pero ello no implica que deje de existir.

Es muy importante tener en cuenta, en este aporte de conceptos, que «los derechos humanos tratan de limitar el poder y la corrupción es un abuso de poder» (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 17). La atingencia es importante: si el poder se convierte en exceso, existe implícitamente un abuso de este, y frente a ello tienen lugar las medidas correctivas del caso, dentro de la ley y la Constitución de cada Estado, pues responder al abuso de poder con abuso de poder desnaturaliza la misma esencia de una democracia.

Se critica que «en ocasiones, la lucha contra la corrupción no atiende a todos los derechos humanos porque su fin último no están siendo las personas sino objetivos como el crecimiento económico» (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 20). A mérito de esta afirmación, es de advertirse que encontramos aquí una crítica contextual a los derechos humanos frente a la corrupción en sí misma. Y, sin embargo, creemos que esta crítica pierde oxígeno, dado que todos los derechos tienen, en mayor o menor grado, un nivel de connotación económica, es decir, hay una vinculación directa o indirecta de los derechos humanos a un efecto económico determinado, y no se trata de conceptos opuestos, contrarios ni excluyentes. Por tanto, hay un nivel de conexión más allá de la esfera formal.

En la misma ruta de análisis, nos cuestionamos si podemos proyectar un desarrollo sostenible en contexto global y así podemos advertir que

la lucha contra la corrupción y la garantía de los derechos humanos son también factores clave para la consecución de los Objetivos del Desarrollo Sostenible. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible constata la necesidad de integrar los derechos humanos y la lucha contra la corrupción, en particular, en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, relativo a la paz, la justicia e instituciones fuertes. (Oficina Antifraude de Catalunya, 2020, p. 23)

A tenor de lo referido, entonces, es parte de un desarrollo que acuse la condición de sostenible la señalada eliminación de la corrupción. La humanidad, en efecto, lograría mucho con políticas públicas transparentes, una de las cuales es la reducción drástica, sino desaparición, de la corrupción. ¿Hay mucho que hacer para ese propósito? De eso no nos quepa la menor duda. La condición es un conjunto de políticas públicas fuertes en ese sentido.

Citando nuevamente una investigación del Instituto de Estudios Constitucionales, en referencias que hace Almagro, tenemos que

En lo que hace a la conexión entre corrupción y derechos humanos, se han analizado al menos dos perspectivas diferentes. Por un lado, se estudia si la corrupción en sí, en tanto acción llevada a cabo por funcionarios públicos, implica una violación a los derechos humanos. Indudable y esencialmente lo es, en tanto lesiona los principios básicos de una democracia de igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Solo accede a derechos quien puede comprarlos. También colide con el interés público, al originarse en la superposición de interés público y privado de los responsables.

Es la segunda perspectiva, que claramente es consecuencia de la primera, la que más nos preocupa. Esto es, cuando la corrupción llega a extremos de debilitamiento institucional que conllevan a la consolidación de la impunidad. Cuando ello ocurre, las garantías del derecho desaparecen por completo. Los derechos se relativizan, haciendo tambalear o desnaturalizando por completo el Estado de derecho. (Tablante y Morales, 2018, p. 14)

Ciertamente, el debilitamiento institucional constituiría uno de los más graves efectos de la corrupción, pues dado ese escenario, se resquebraja gravemente el Estado de derecho y ya no hay confianza de los ciudadanos, puesto que se asume que ninguna institución funciona. He aquí un efecto devastador de la corrupción, en tanto dada esa coyuntura es la desconfianza la moneda corriente de intercambio en el diario quehacer entre ciudadanos e instituciones.

A lo arriba enunciado Peters, en el cuerpo del mismo estudio, suma una reflexión que grafica de la siguiente forma: «El número de sentencias condenatorias por soborno nacional e internacional es notoriamente bajo a nivel mundial. La corrupción continúa siendo asociada a la impunidad» (Tablante y Morales, 2018, p. 27). La mención resulta aquí categóricamente un complemento de lo antes señalado, pues la desconfianza en las instituciones va acompañada de una sensación de impunidad, lo cual deviene en un escenario más grave, en tanto transmite un mensaje distorsionado, en cuanto la idea es que quien delinque por corrupción no resulta sancionado por el brazo de la ley.

Debemos aquí acotar algunas notas, siempre según Peters, y la interrogante formulada es

¿puede conceptualizarse la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos? Y segundo, ¿deberían clasificarse y sancionarse los actos corruptos como violaciones

a los derechos humanos? Mi respuesta es que dicha reconstrucción es jurídicamente contundente, y sus ventajas superan a los riesgos, por lo que podemos emprender esta construcción jurídica. (Tablante y Morales, 2018, p. 28)

Respaldamos la tesis de Peters desde diversos ángulos y sumamos, como elemento nuestro, que es sostenible argumentar siempre una vulneración de los derechos humanos, pero variando los niveles de afectación. Por ende, la propuesta de Peters goza de arraigo en gran parte del derecho comparado. Queda el reto de desarrollar conceptualmente esas interacciones de grados de afectación, análisis que merece otro amplio espacio de escrutinio.

Sumamos otro ángulo de debate cuando analizamos, según Peters, que

la cuestión no es si hay o debería haber un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción. Tal derecho no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello. Más bien, la corrupción afecta a los derechos humanos ya reconocidos y que están codificados en los pactos sobre derechos humanos de la ONU. (Tablante y Morales, 2018, p. 32)

La propuesta de Peters aquí es de sumo interés, en la medida que resulta tan valioso sostener el derecho humano a vivir libres de corrupción, así como es viable describir doctrinaria y conceptualmente esa sostenida vinculación por afectación con otros derechos humanos. Nos inclinamos por esta segunda tesis, dada su mayor amplitud de interacción con otros derechos humanos.

Debemos también observar que

el Estado moderno liberal es legítimo solo si protege los derechos humanos y según el grado en que los proteja. La

diferencia restante es que la corrupción es un delito de conducta, mientras que las violaciones de los derechos humanos pueden encontrarse solo si se produce realmente un daño concreto. (Tablante y Morales, 2018, p. 61)

La diferencia argüida es, a nivel de nociones, correcta, pero mencionamos un elemento diferenciador: la corrupción es un delito de conducta centralmente; no obstante, ello no impide que afecte, simultáneamente, diversos bienes jurídicos. Por tanto, no se debe visualizar la corrupción bajo un efecto mimetizado expresado solo en una conducta determinada. Por otro lado, los derechos humanos afectan derechos en concreto, igualmente es cierto, pero a su vez acarrearán daños colaterales por la corrupción, la cual, a pesar de identificarse como conducta, tiene un efecto múltiple de afectación. Por lo tanto, esta diferencia no deviene categórica.

Finalmente, Nash (2019) sostiene que

para establecer un vínculo sustantivo entre un hecho o situación de corrupción y una violación de derechos humanos es necesario que el acto de corrupción tenga la capacidad de generar una infracción a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. (p. 28)

La acotación aportada es de interés, pues la lesión a los derechos humanos, para ser asimilable a cuestión jurídica en el ámbito supranacional exige, como requisito necesariamente concurrente, la responsabilidad de los Estados. Esto deviene determinante, insistimos, pues de existir un litigio privado, de suyo aquello no ha de trascender al ámbito supranacional. En el caso que nos ocupa, el Estado no adopta medidas adecuadas frente a la corrupción y esta omisión acarrea la lesión sustantiva de varios derechos humanos, por una figura de omisión o falta de debida diligencia.

5. UN GLOSARIO DE MEDIDAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Un balance liminar de lo hasta aquí esbozado nos conduce a la necesaria idea de si la situación que describimos a lo largo de este estudio denota ser tan compleja cuando la corrupción amenaza, en sus diversas variantes, tanto la esencia de la democracia como el núcleo central de diversos derechos humanos. Es de verse, entonces, que llega a ser ineludible que, tras esos escenarios complejos que describimos, consideremos un conjunto de medidas para aminorar los efectos de la corrupción, en un primer rango de trabajo frente a este fenómeno, así como pensemos, en serio, en su erradicación.

Hemos ya hecho una reseña muy puntual de algunos instrumentos normativos en la lucha contra la corrupción. Aportemos ahora algunos detalles adicionales. Tenemos, desde el sistema universal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que fue adoptada el 31 de octubre de 2003 y entró en vigencia el 14 de diciembre de 2005.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana contra la Corrupción fue adoptada el 29 de marzo de 1996, y entró en vigor el 3 de junio de 1997. En esta misma línea, la Resolución 1/18, del 2 marzo de 2018, propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que

la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad. (Nash, 2019, pp. 24-25)

Igualmente, la Cumbre de las Américas, llevada a cabo en el año 2018, impulsó que los Estados avalaran el Compromiso de Lima sobre «Gobernabilidad democrática frente a la corrupción». De ello fluye:

que la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo. (CIDH, 2019, p. 33)

Cerrando estos esfuerzos normativos, agregamos que la CIDH (2019) en su Resolución 1/18 sobre «Corrupción y Derechos Humanos», destacó la necesidad de «crear un ambiente libre de amenazas [...] de quienes investigan, informan y denuncian actos de corrupción y que la seguridad de las personas que se involucran en denuncias contra la corrupción [...] es esencial para erradicarla» (p. 37).

Los instrumentos internacionales antes reseñados constituyen un marco normativo de valor para enfrentar, desde una perspectiva integral, esto es, Estados internamente, y en condiciones de sistema externamente, el mal de la corrupción. Pero impulsemos una de las primeras conclusiones de este estudio: es insuficiente lo que se ha previsto, hay que hacer más, y ello trasciende hacia un conjunto de pautas, entre principios y políticas públicas determinadas.

Hacer más, según acotamos, implica varios esfuerzos de consolidación. Uno de ellos sería, con suficiente razón, la estructuración de principios marco en la lucha contra la corrupción. En esa línea de pensamiento, señala Chávez (2022) que, con relación

a los principios, «la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cita cuatro de ellos que cobran especial relevancia: (i) igualdad y no discriminación; (ii) transparencia; (iii) rendición de cuentas; y (iv) participación» (p. 54).

La propuesta de estos principios es fundamental. Igualdad y no discriminación nos refieren la noción de interdicción de la arbitrariedad. La discriminación solo puede ser positiva, si acaso concurren reglas de razonabilidad y proporcionalidad. En los demás casos, es una discriminación negativa y, por ende, arbitraria, excesiva y contraria a los derechos humanos. Por su lado, la transparencia es un eje vital frente a la corrupción, en la medida que esta pretende ser oculta, disimulada y busca siempre pasar desapercibida. Con reglas de transparencia, de suyo la corrupción se reduciría a su mínima expresión.

La rendición de cuentas es otro aspecto vital. Si acaso hay un mandante en las relaciones democráticas, esa es la población que mayoritariamente eligió a determinadas autoridades. En estas, entonces, se crea el deber moral de rendir cuentas sobre sus actividades, y ello tiene lugar en vía de correspondencia con el depósito de confianza hacia los funcionarios por parte de la población. Finalmente, la participación nos da una visión de protagonismo de la sociedad en las decisiones más trascendentales en democracia. No es concebible un autismo democrático que mantenga a la sociedad alejada de sus autoridades. Es necesario fiscalizarlas dentro de reglas de democracia, y ello tiene lugar a través de un impulso de la participación ciudadana.

Lo señalado se refuerza al tenerse en cuenta que «en la lucha contra la corrupción, la rendición de cuentas y el *accountability* son esenciales y pueden ser herramientas muy eficaces para la protección de los derechos humanos» (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 34).

Desde otro enfoque, Malem (2015) propone un conjunto de sugerencias, que acogemos plenamente, para frenar la corrupción, entre ellas, que se debe penalizar como delito tanto el ofrecimiento como la exigencia de dádivas (p. 73). Ello ciertamente pasa por una tarea legislativa de configuración penal del delito de corrupción. A su vez, se requiere una mejora de los sistemas contables de los Estados, a nivel nacional y transfronterizo, en la medida que, a mayor control técnico en forma adecuada, menor espacio para el desarrollo de la corrupción.

Prosigue Malem proponiendo una mayor liberalización del secreto bancario en las investigaciones por corrupción, planteamiento que es inobjetablemente útil bajo una premisa clara: a mayor transparencia, mayor posibilidad de una vigilancia ciudadana. Ello se enlaza con la siguiente propuesta de una mayor publicidad de las transacciones mercantiles, aspecto que se inscribe con el propósito de transparencia que, en rigor, reduce ostensiblemente los niveles de corrupción.

Finalmente, propone esfuerzos educativos para prevención de la corrupción, herramienta que constituye una base conceptual de ejecución sostenida de todo esfuerzo por transparentar un mejor y más correcto funcionamiento de entes de la Administración pública.

Por su parte, Nash (2019) señala que hay un trabajo incluso incompleto por parte de la Corte IDH, pues esta «ha tenido oportunidad de referirse al fenómeno de la corrupción como parte de su competencia contenciosa, pero hasta ahora solo lo ha hecho de manera indirecta» (p. 297). De esta afirmación se desprende una situación de disconformidad. La Corte IDH necesita abordar la corrupción, con más amplitud conceptual, en sus decisiones. Lo desarrollado hasta ahora resulta insuficiente, pues si bien se trata de elementos guía en la lucha contra la corrupción, no existe, hasta

donde alcanza este estudio, un abordaje integral por parte de la misma Corte respecto a este fenómeno invasivo de nuestra vida moderna.

Tengamos en cuenta, por otra parte, que

la corrupción no solo afecta al desarrollo económico y desalienta la inversión extranjera en un país, afectando de manera indirecta a los más precarizados, sino que además reduce el ingreso neto de quienes viven en la escasez, distorsiona las políticas, programas y estrategias dirigidas para satisfacer sus necesidades básicas y desvía los recursos públicos para inversiones en infraestructuras, que son elementos cruciales para reducir la pobreza en un país. (Oficina Antifrau de Catalunya, 2020, p. 43)

Queda así explicitado que la corrupción es una distorsión en democracia y que uno de sus efectos más adversos es, precisamente, afectar a quienes realmente padecen necesidades y requieren de políticas públicas de sostenimiento. La ecuación es muy puntual: los ingentes recursos de los cuales se apropia la corrupción significan menos presupuesto para obras y servicios públicos. Ello ciertamente incide en una menor calidad de vida.

En este rango de reflexiones, es pertinente preguntarnos si se puede medir el comportamiento de los seres humanos cuando aludimos a la corrupción, y debe señalarse que

Naciones Unidas constata que la medición de la corrupción es problemática, ya que, en última instancia, se trata de medir el comportamiento humano. Por esa razón, los recursos dedicados a la medición pueden distraer la atención sobre otras cuestiones principales. La utilización del índice de condenas para evaluar la eficacia de las medidas de lucha contra la corrupción plantea problemas. Si bien la corrupción

no puede erradicarse por completo, es preferible adoptar un enfoque de evolución, y no de revolución. La tecnología tiene un gran potencial con miras al fortalecimiento de la lucha contra la corrupción, aunque no es la solución a todos los problemas, y su uso indebido puede dar a lugar a una situación distorsionada de violaciones de los derechos humanos. (Oficina Antifraude de Catalunya, 2020, p. 53)

Poner la esperanza en la tecnología en la lucha contra la corrupción goza de una base conceptual amplia: la inteligencia artificial está hoy más presente que nunca en nuestras vidas y, de suyo, la fiscalización de las operaciones de contratación de bienes y servicios por parte del Estado puede ser objeto de políticas de transparencia en su dimensión más amplia. Por tanto, advertamos que un aliado frontal en la lucha contra la corrupción, en el marco de un debido proceso, lo es la tecnología en sus diversas manifestaciones.

Adicionalmente, y en vía de cuestión sobre las dimensiones que nos generan las obligaciones de derechos humanos, hemos de considerar que

todos los tipos de derechos humanos dan origen a tres clases de obligaciones; concretamente: obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetar es esencialmente una obligación negativa de evitar las intromisiones. La obligación de proteger se refiere principalmente a la protección contra peligros que surgen de terceros. La obligación de cumplir requiere una acción positiva por parte del Estado. (Tablante y Morales, 2018, p. 37)

La lucha contra la corrupción asume diversos frentes, lo vemos. Una de las variables que puede adoptar la macrocorrupción es la de cooptación institucional. Esta forma de corrupción se

caracteriza porque, a través de actos lícitos e ilícitos, se captura una institución del Estado y se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias (Nash, 2019, p. 38).

Este riesgo puede tener lugar y de ahí la necesidad de reforzamiento de las competencias de los estamentos policiales y fiscales para una lucha amplia contra la corrupción. Una Policía débil o un Ministerio Público sin autonomía no constituyen garantías del Estado de derecho y, por lo tanto, acarrearán la penetración del Estado por parte de bandas delincuenciales y corruptas.

A nivel de lucha en el marco del derecho penal, Nash (2019) propone:

Son tres las cuestiones a las que se debería dar preponderancia en materia penal para una eficaz lucha contra la corrupción con perspectiva de derechos humanos: a) la política criminal para enfrentar la corrupción, b) las condiciones de regulación de la justicia criminal en casos de corrupción y, c) el respeto por el debido proceso. (p. 47)

La propuesta que antecede es de interés en tanto la política criminal ancla su esencia en la idea de una política pública que atienda a la necesidad de entender la corrupción como una seria amenaza a la democracia contemporánea, y de ahí la necesidad de adecuar una política criminal que parta de la aceptación de la exigencia de altos baremos de respuesta. Por tanto, he ahí la importancia de consolidar una política criminal.

A su vez, la referencia a condiciones de regulación de la justicia criminal de cara a los casos por corrupción atiende a una noción de especificidad. La corrupción implica incluso el tratamiento de una justicia especializada frente a ese problema, pues las condiciones regulares de impartición de la justicia penal parecerían resultar insuficientes.

Por último, es ancla de esta propuesta el respeto por el debido proceso, en cuanto ausente este componente, regresaríamos a una guerra de todos contra todos, en la cual, con el solo afán de condenar, podrían los Estados avasallar los derechos de los perseguidos por este delito. Y la lección es clara: la justicia del derecho internacional de los derechos humanos es para todos, no solo para las víctimas de corrupción. Por tanto, he aquí una exigencia necesaria de que todas las garantías judiciales que componen el debido proceso sean escrupulosamente observadas, bajo apercibimiento de responsabilidad internacional del Estado infractor.

En relación con el ítem de debido proceso, es de advertirse que Perú aplica, en casos complejos, hasta 36 meses de prisión preventiva (Nash, 2019, p. 50). Esto, desde ya, es sumamente problemático, en tanto que nos cuestionamos si acaso esta figura no constituye ya una onerosa pena anticipada. Aquí la discusión se centraría en si se detiene para investigar, o si se investiga para detener. En suma, el sistema peruano, a juicio nuestro, no responde a los estándares interamericanos de razonabilidad en la persecución de las conductas vinculadas a la corrupción.

Nash (2019) plantea, en esta misma línea de sugerencias, algunas medidas «que parecen apropiadas para erradicar los factores institucionales y culturales que permiten, fomentan y generan situaciones de corrupción» (p. 52). Entre ellas tenemos, desde una perspectiva general, el fortalecimiento del Estado de derecho (vía prevención), una respuesta institucional adecuada frente a los casos de corrupción (protección y sanción), el fortalecimiento de la participación ciudadana (prevención y corrección), el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial (prevención y sanción), el fortalecimiento del goce y ejercicio de derechos humanos (prevención y corrección), y el fortalecimiento de una cultura del respeto de la ley (prevención y corrección). La constante en esta referencia es, sin duda, un fortalecimiento de las instituciones, y

aquí es importante, trascendental diríamos, la percepción de funcionamiento del Estado de derecho.

Lo acotado es de mucho valor: no debería sorprendernos que ocurra la corrupción en sí misma aun cuando la desaprobamos radicalmente, pero sí nos sorprendería que no funcionen las instituciones cuando tienen lugar estos fenómenos de corrupción. Esa percepción es relevante, pues es aquella que determina cuánto confiamos los ciudadanos en nuestras instituciones.

En un glosario de sugerencias propias de un enfoque regional, Nash (2019) propone que los organismos de derechos humanos del SIDH deberían:

- Asumir el fenómeno de la corrupción como un elemento de análisis en materia de control y protección de derechos humanos.
- Considerar la situación de corrupción al momento de analizar las situaciones más graves de violaciones de derechos humanos [...]
- Considerar la situación de corrupción al momento de realizar visitas o informes de países. [...]
- Considerar la situación de corrupción estructural en la región al momento de estudiar informes temáticos y resoluciones.
- Considerar la situación de corrupción al momento de dar prioridad a la tramitación de casos individuales y solicitudes de audiencias temáticas.
- Visibilizar las formas en que la corrupción está violando derechos humanos y aquellas situaciones en las que es un elemento coadyuvante para que estas se produzcan. [...]
- Establecer criterios probatorios que permitan efectivamente dar cuenta del impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos.

- Tener especial preocupación por visualizar a las víctimas de la corrupción en todos los mecanismos de control y protección de derechos humanos [...]
- En materia de protección de personas en situación de riesgo, considerar el fenómeno de la corrupción como un agravante para determinar medidas cautelares (CIDH) y provisionales (Corte IDH) de personas encargadas de luchar contra la corrupción [...]. (pp. 308-309)

El glosario de medidas que acotamos es amplio, en tanto recoge diversas posiciones institucionales y doctrinales sobre la materia. Más allá de estos planteamientos, consideramos que la toma de conciencia de medidas de transparencia es una disposición frontal en la lucha contra la corrupción.

Es a partir de una voluntad política de transparencia que pueden ser configuradas diversas medidas que, de seguro, van a ir en la misma línea de hacer más visibles las actividades diversas de las instituciones en el marco estatal.

En suma, es la transparencia el punto de apoyo de Arquímedes a partir del cual se podrá mover y sostener el mundo de la lucha anticorrupción. Desde esa pauta y enfoque, la transparencia constituye un motor a partir del cual deberá decaer manifiestamente la corrupción en sus más diversas expresiones.

6. IDEAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

Glosados los conceptos que anteceden, pretendemos construir algunas conclusiones de relevancia que pasamos a enumerar, a fin de determinar las ideas más relevantes materia de estudio:

1. Construir una relación conceptual entre corrupción, democracia y derechos humanos conduce a importantes escenarios. Hemos de acotar que definir la corrupción no es una tarea sencilla en

cuanto presenta contenidos complejos. Aquí resulta importante delimitar qué entendemos por corrupción, y corroboramos que se trata de un fenómeno muy amplio, universal e histórico.

2. De otro lado, entre democracia y corrupción se establece una relación de oposición. Una es incompatible con la otra y, sin embargo, a la luz de los datos y las estadísticas ofrecidas, constatamos que históricamente ambos elementos han convivido por mucho tiempo, aspecto que nos hace reflexionar sobre el nivel de peligro de la megacorrupción para la estabilidad de las democracias. En muchos casos, la corrupción ha sido un elemento determinante para que democracias plenas hayan tenido que transitar a los otros incómodos estamentos de democracias defectuosas y regímenes híbridos y autoritarios. Por consiguiente, la corrupción necesita ser combatida.
3. En la misma línea de ideas, hemos construido la tesis amplia de vinculaciones implícitas entre corrupción y derechos humanos. Es verdad que no todo acto de corrupción genera una transgresión de derechos humanos, no obstante, hemos sostenido un criterio contextualmente más difundido en el sentido de que aún la corrupción menor es también una transgresión a los derechos humanos, aunque en forma leve. De ese modo, podemos sostener, con cierta suficiencia, que la corrupción vulnera siempre los derechos humanos, aunque ciertamente variando los niveles de afectación. Para ello tomamos prestadas algunas ideas de Robert Alexy y sostenemos que la afectación es grave, media y leve.
4. Por último, hemos procurado armar un glosario de medidas para combatir la corrupción, a partir de las ideas de varios autores, e incluimos un conjunto de ideas propias que se expresan en el impulso de políticas públicas adecuadas que apunten a reducir drásticamente la corrupción y sus efectos. Al respecto, hemos argüido que no sería propio enunciar, aunque sí sería lo deseable, erradicar completamente la corrupción. Una dosis de realismo,

sin embargo, nos conduciría a que, aun no siendo un objetivo inalcanzable, hemos de centrar nuestros esfuerzos en propósitos que sí sean alcanzables, entre ellos, rebajar con fuerza la corrupción en las democracias contemporáneas, al punto de volverla anómica. Sabemos, en ese orden de ideas, que se trata de una tarea titánica.

5. El trípode que entonces describimos —corrupción, democracia y derechos humanos— consta de dos elementos trascendentes, valiosos, de progresividad, y uno de retroceso. La corrupción cuanto hace, en efecto, es reducir la expansión material de la democracia y producir riesgos tangibles de que esta sea fallida, con lo cual se producen distorsiones de los valores de este modelo de convivencia social.
6. En sentido opuesto, si la democracia es fuerte, plena y de proyecciones, esto es, si existe verdaderamente un *Etat de droit*, o Estado de derecho, la corrupción va a retroceder, inobjetablemente, pero somos conscientes de que hay mucho por hacer al respecto. Ello exige trabajar mucho en políticas públicas eficaces.
7. En el mismo orden de ideas, la corrupción podrá avanzar poco o muy poco, si existen democracias que apunten a un mayor respeto por los derechos humanos. En la misma secuencia de oposición, la corrupción podrá avasallar los derechos humanos cuando existan democracias defectuosas o regímenes híbridos o autoritarios en los cuales se limiten seriamente las libertades ciudadanas. La ecuación que proponemos vuelve a ser puntual: si hay corrupción generalizada, es prácticamente un escenario seguro una masiva violación de los derechos humanos. Al contrario, donde se respeten los derechos humanos, habrá menos posibilidades de desarrollo de la corrupción.

Frente al fenómeno de la corrupción, podemos coincidir, de seguro, con la percepción de Agustín de Hipona, según la cual

los Estados que no se rigen por la ley y la justicia no son más que bandas de ladrones, afirmación que, en su verdadero contexto, no ha perdido su vigencia después de casi dos mil años.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra Editores.
- Chávez, T. (2022). Corrupción, democracia y derechos humanos. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 11(12), 29-68.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2019). *Corrupción y derechos humanos. Estándares interamericanos*. Organización de los Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- Gómez-García, C. F. (2008). Reseña de *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* de Jorge Francisco Malem Seña. *Dikaion*, 22(17), 329-333.
- Malem, J. (2015, enero-junio). Corrupción y derechos humanos. *Derecho y Realidad*, 15(25), 63-74.
- Malem, J. (2017). *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491234081.pdf>
- Naciones Unidas (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Nash, C. (2019). Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias. En C. Nash y M. C. Fuchs (eds.), *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos* (pp. 15-67). Konrad Adenauer Stiftung. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39615.pdf>

- Oficina Antifrau de Catalunya (2020). *Estudio sobre los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos*. https://www.idhc.org/arxius/recerca/Estudio_CorrupcionDerechosHumanos_ESP.pdf
- Seinfeld, J. (2023, 6 de febrero). Híbridos y corruptos. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/peru-autoritarismo-democracia-hibridos-y-corruptos-por-janice-seinfeld-noticia/>
- Tablante, C. y Morales, M. (eds.). (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 109-136

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.696

Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú

Most serious public corruption crimes: A review of
Section 41 of the Peruvian Constitution

Os crimes mais graves de corrupção pública: uma
revisão do artigo 41 da Constituição Política do Peru



RONALD VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

Universidad de Piura

(Piura, Perú)

Contacto: ronald.vilchez@udep.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9468-6669>

RESUMEN

El trabajo revisa una medida de política criminal para luchar contra la corrupción pública: la imprescriptibilidad para los delitos contra la Administración pública más graves. El autor concentra la atención en el análisis del funcionamiento de esa medida, así como en los inconvenientes y los problemas que suscita su puesta en marcha tanto desde un aspecto doctrinal como de ejecución.

Propone, finalmente, una salida para hacer posible la ejecución de dicho precepto constitucional.

Palabras clave: imprescriptibilidad; prisión; Administración pública; corrupción; política criminal.

Términos de indización: prisión; Administración pública; corrupción; prevención del crimen (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This paper analyzes a criminal policy measure to fight against public corruption: non-applicability of the statute of limitations to the most serious crimes against Public Administration. The author focuses on the analysis of the use of this measure, as well as the disadvantages and problems that its implementation raises from both scholar doctrine and enforcement perspectives. Finally, the author makes an alternative proposal for the implementation of said constitutional provision.

Key words: non-applicability of the statute of limitations; prison; Public Administration; corruption; criminal policy.

Indexing terms: prisons; public administration; corruption; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O documento analisa medidas de política criminal para lutar contra a corrupção pública: a imprescritibilidade para os crimes contra a administração pública mais graves. O autor centra-se na análise do funcionamento desta medida, bem como nos inconvenientes e problemas associados à sua aplicação, tanto desde o aspecto doutrinal como de execução. Por último, propõe-se uma saída para permitir a execução deste precepto constitucional.

Palavras-chave: imprescritibilidade; prisão; Administração pública; corrupção; política criminal.

Termos de indexação: prisão; Administração pública; corrupção; prevenção do crime (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 15/02/2023

Revisado: 19/04/2023

Aceptado: 19/04/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla luon Vilchez Guiuar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)

lvilchez@contraloria.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaengt@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

Corren tiempos —más, si caben— convulsos en nuestro país. La preocupación sobre la corrupción pública (Shack, Pérez y Portugal, 2020, p. 52)¹, que es uno de los principales problemas actualmente (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2022, p. 2), ha tomado por completo la atención ya no solo de los abogados —o, en general, del sistema legal— y empresarios, sino también de la población; ha generado una gran expectativa sobre el derecho penal y las formas que implementará para luchar contra la corrupción. La continua aparición de casos de altos funcionarios públicos envueltos en sobornos, tráfico de influencias, peculados y otras conductas ilícitas, y los grandes perjuicios que generan (por ejemplo, colegios sin construir, carreteras sin terminar) han provocado

1 Según dicho informe, en el año 2019, el costo de la corrupción y la inconducta funcional representó, en términos de perjuicio económico al Estado, alrededor del 3 % del PBI.

que la sociedad exija una acción inmediata y efectiva para hacer frente a dicho flagelo, pero *repensando* las medidas de actuación y sanción o incorporando otras que —aparentemente— sean más efectivas.

El legislador ha prestado atención a esta exigencia de la sociedad y por eso ha ido implementando a lo largo de los últimos quince años distintas formas que van desde las que se califican como medidas de política criminal (incremento de penas, tipificación de nuevas conductas) hasta aquellas que son propiamente de configuración de los tipos penales (el contenido de determinados términos penales, el conocimiento exigido) con distintos resultados. Aunque ya de ambas me he ocupado en otro lugar (Vílchez, 2021, *passim*), me referiré en este trabajo a la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la Administración pública, una medida que se ha incorporado, después de numerosos proyectos de ley (Abanto, 2022, p. 806), a propósito de la modificación del artículo 41 de la Constitución.

El mensaje que deja la inclusión de la imprescriptibilidad es claro: los delitos contra la Administración pública se perseguirán por siempre y no acabarán sin sanción. Y parece que esto calma —o al menos a esto se orienta— la «sed de justicia» que todos tenemos. Sin embargo, la puesta en marcha del *ius puniendi* a través del derecho penal no debe llevarnos a olvidar que, en primer lugar, es el último recurso aplicable en tanto las otras ramas (por ejemplo, la civil, la mercantil, entre otras) no hayan podido encargarse de su solución. Y está fuera de discusión —conviene recordarlo— que el derecho (penal) no cubre ni sustituye la enseñanza de valores que recibimos en casa, en la escuela, en la universidad. En segundo lugar, que la implementación de distintas medidas y respuestas penales no supondrá automáticamente la desaparición de los casos de corrupción pública. Hay otros factores de los que también debemos ocuparnos como, por ejemplo, la formación de los funcionarios

públicos y la idoneidad de la estructura del marco jurídico propuesto. Porque de no ser así, señalan Rose-Ackerman y Palifka (2019), «si un funcionariado débil se combina con un marco jurídico deficiente, los funcionarios se enfrentan a la tentación de crear normas y regulaciones arbitrarias y de usarlas para exigir sobornos por la fuerza o justificar la inacción» (p. 197). Y, en tercer lugar, que incluso con la implementación de la imprescriptibilidad no se asegura un cambio radical ni efectivo en la lucha contra esta forma de criminalidad por muchos motivos. Así, Montiel (2018) afirma que aun cuando se pueda contar con la imprescriptibilidad —y, agregaríamos aquí, con la amenaza del cumplimiento efectivo de la pena— siempre hay forma de que esto no sea así, por ejemplo, a través de unas investigaciones y juicios «expres» que terminen —sostiene Montiel— rápidamente en un sobreseimiento o absolución de los funcionarios procesados (p. 178). Por su parte, Ragués i Vallès (2004) se encarga de matizar la afirmación de que los delitos se perseguirán *sine die*, diciendo que

la declaración de imprescriptibilidad solo supone la prolongación de los plazos de prescripción de ciertas infracciones hasta el fin de la vida de sus autores. De este modo incluso para los delitos imprescriptibles existe siempre un punto y final en el tiempo. (p. 93)

Con este escenario, se propone en el siguiente trabajo —que se elabora en el marco de la lucha contra la corrupción, tema seleccionado como eje temático para la *Revista Oficial del Poder Judicial* del Perú— realizar un examen concreto de la medida de imprescriptibilidad (2), deteniéndonos en el detalle de su relación con la duplicidad de plazo de prescripción para estos delitos (2.1), la situación de los artículos 80 CP y 41 Const. (2.2), y si era necesaria su incorporación (2.3). Con posterioridad, nos ocuparemos de sus problemas (3) con la finalidad de revisar cómo se

ha implementado esa medida, cuáles son las propuestas de interpretación (3.1 y 3.2) y cómo se puede interpretar la última parte del art. 41 Const. que hace depender del principio de legalidad la determinación de la gravedad de los delitos contra la Administración pública y así dar paso a la imprescriptibilidad (4). Se culminará este trabajo con la presentación de las conclusiones (5). Comencemos.

2. UN POCO DE HISTORIA

Antes de abordar la imprescriptibilidad prevista para los delitos que ahora nos ocupan en el art. 41 Const., pienso que es importante referirse al art. 80 CP, donde si bien no se reguló nunca la imprescriptibilidad, puede hallarse una semilla de dicha medida o encontrarse una relación en tanto se previó la posibilidad de duplicar el plazo de prescripción de la acción penal para los casos de delitos contra la Administración pública. Frente a la ya mencionada relación y, eventual, confrontación que tendrán ambos artículos —teniendo en cuenta las cuestiones sobre la primacía de la Constitución sobre una ley como el Código Penal, Decreto Legislativo n.º 635— resulta de especial interés conocer de qué modo se fueron dando las modificaciones por el legislativo y el constituyente, los argumentos y la toma de posición que presentaron los autores y la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.1. La duplicidad del plazo de prescripción ¿también alcanza a los *extranei*?

El art. 80 CP, en su redacción original, establecía que el plazo de prescripción de la acción penal se duplicaba —y esto era así, según la opinión de la Corte Suprema expuesta a lo largo del Acuerdo Plenario n.º 1-2010, por el desvalor de la conducta y el resultado producido— en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este.

A partir de esta regulación y de la peculiar configuración, de intervención necesaria, de algunos de los delitos contra la Administración pública se empezó a cuestionar si dicha duplicidad de la prescripción alcanzaba no solo a los *intranei* (funcionarios y servidores públicos), sino también a los *extranei* (particulares, no vinculados a la Administración pública). A causa de la diversidad de soluciones de los tribunales, la Corte Suprema consideró dicho tema y el 6 de diciembre de 2011, a través del Acuerdo Plenario n.º 2-2011, concluyeron, entre otras ideas, que (a) los delitos contra la Administración pública son delitos de infracción de deber y el autor de estos delitos solo puede ser un funcionario público en tanto ocupa un estatus especial (fundamento jurídico 9.º); (b) se admite la participación del *extraneus* y este es quien no ostenta un estatus especial (fundamento jurídico 11.º); (c) los *extranei* al no tener ese estatus y, por tanto, no infringir el deber jurídico especial que sí tienen los funcionarios, no son merecedores de mayor reproche penal; en consecuencia, no les alcanza la extensión de la duplicidad del plazo de prescripción (fundamento jurídico 16.º); (d) es necesario, por proporcionalidad y razonabilidad, que exista una diferenciación entre los *intranei* y los *extranei*, esto es, por la existencia o la ausencia respectivamente de ese deber jurídico especial (fundamento jurídico 17.º); (e) la pena de los *extranei* se rige por la correspondiente al delito cometido por el autor, pero no le alcanzará la duplicidad de la prescripción (fundamento jurídico 18.º).

La solución expuesta sobre la inaplicación de la duplicidad del plazo de prescripción para los *extranei* planteada por la Corte Suprema era un modo de uniformizar la respuesta penal y, al mismo tiempo, una toma de posición en un campo ciertamente difícil, tanto por el resultado final como por hacer frente a la variedad de argumentos jurídicos expuestos que incluso hasta hoy siguen siendo materia de discusión: la participación del *extraneus* en los delitos (especiales) de infracción del deber. Sobre el tema basta,

por ejemplo, con dar cuenta de lo dicho por el gran referente que es el profesor alemán Jakobs (2012), en tanto sostiene que los *extranei* pueden ser partícipes en un delito de infracción del deber (pp. 83-87). Por otro lado, en la doctrina en nuestro idioma se pueden destacar las siguientes posiciones, desde aquellas que rechazan la posibilidad hasta las que sí la reconocen; así, se puede mencionar la postura de Robles Planas y Riggi (2014) en tanto para ellos —a propósito del análisis del art. 65.3 del Código Penal español— en los delitos especiales de infracción no cabe la atenuación o responsabilidad de los *extraneus*, pues no podría comunicarse el elemento que fundamenta la responsabilidad penal (pp. 72-73). Por su parte, García (2019) precisa que no se le puede imputar al *extraneus* responsabilidad penal por una competencia institucional, pero esto no significa que no se le pueda castigar. Se puede hacer, pero deberá moverse en un escenario distinto al de esa competencia (pp. 800-801). Para Caro (2020), «la comunicación que se da entre el particular y el funcionario público es por el lado organizativo del tipo penal, en la base del deber negativo que sirve de fundamento sobre el cual se edifica el delito funcional» (p. 381).

Con todo, se puede afirmar que la solución planteada por la Corte Suprema ya en ese Acuerdo Plenario n.º 2-2011 sirve para aclarar también (junto al tema del alcance de la duplicidad del plazo de prescripción) que la cuestión esencial no es preguntarse si el *extraneus* responde penalmente —¡claro que responde!—, sino más bien cómo ha de tratarse la infracción de esa competencia no institucional (Vílchez, 2018, p. 94). Esta es una idea que incluso puede ser útil para entender el funcionamiento del actual art. 25 CP mientras cada uno de los sujetos responde, pero en función de ese distinto deber infringido (Vílchez, 2018, p. 96).

2.2. El art. 80 CP y el art. 41 Const.

Retomando el análisis sobre el art. 80 CP, este precepto se modificó —para los efectos que aquí interesan ahora— el 20 de agosto de

2013, a través de la Ley n.º 30077, para incluir también aquellos delitos cometidos como integrantes de una organización criminal manteniendo la duplicidad del plazo de prescripción. La redacción —del último párrafo— quedó del siguiente modo:

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

Así, se dio una línea de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que señala que «cada Estado Parte establecerá [...] un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención».

En este punto de la exposición vale la pena resaltar que —como se dijo anteriormente— en el Código Penal no se incorporaría la medida de la imprescriptibilidad para los delitos contra la Administración pública, sino que sería a través de la Constitución Política, concretamente por una reforma al artículo 41 Const., que se produciría exactamente cuatro años después de la modificación al art. 80 CP, debido a un proyecto de ley presentado en 2016 por el expresidente Kuczynski y los grupos parlamentarios Peruanos por el Cambio, Frente Amplio y Acción Popular, y que fuera aprobado en dos legislaturas consecutivas (según lo previsto en el art. 206 Const.).

A efectos del presente trabajo dejaremos la referencia al art. 80 CP hasta aquí, pues ya hemos visto cómo se consideró la duplicidad del plazo de prescripción. A partir de aquí vamos a dar un paso más, concentraremos la atención en el último párrafo del art. 41 Const., donde se establece lo siguiente:

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

El texto constitucional, según se puede observar, hace referencia —una vez más— a la duplicidad del plazo de prescripción como hacía el art. 80 CP (aunque con algunas modificaciones) y la incorporación, ahora sí, de la imprescriptibilidad. Sobre la base de todo lo anterior se pueden presentar las siguientes reflexiones:

En primer lugar, que en el sistema actualmente vigente la duplicidad del plazo de prescripción no se ha limitado a los casos de delitos que afectan patrimonialmente al Estado (ni a los cometidos por organizaciones criminales), sino que, en general, puede aplicarse a todos los delitos contra la Administración pública, aunque no se haya menoscabado al patrimonio estatal. Este sería un cambio significativo frente a lo dispuesto en el art. 80 CP y rompería así un (primer) gran límite establecido por el legislador penal.

En segundo lugar, que la duplicidad del plazo de prescripción se extiende tanto a los funcionarios o servidores públicos (*intranei*) como a los particulares (*extranei*). Esta modificación del texto constitucional es una precisión que no se encuentra en el Código Penal y significa además una ruptura importante con el (segundo) límite, si bien no legal, sí establecido por la Corte Suprema, en ese Acuerdo Plenario n.º 2-2011, que defendía la inaplicabilidad de la duplicidad del plazo de prescripción para los particulares. Pueden entenderse las razones de política criminal que han orientado al cambio (como, por ejemplo, la necesidad de combatir la corrupción pública) y el mensaje que se quiere dar a la población (como,

por ejemplo, que las autoridades no son ajenas al problema y que se están tomando acciones para luchar contra la corrupción). Incluso podría parecer una razón mucho más apropiada y coherente que se extienda también la posibilidad de persecución penal —tanto como la del funcionario— a aquel sujeto no vinculado con la Administración que contribuyó a la afectación de la Administración pública. Sin embargo, pienso que todo esto no debe llevar a desconocer sin más las razones dogmáticas (los distintos deberes infringidos) que fundamentan la imputación penal de cada uno de los sujetos a los que les corresponderá una consecuencia jurídica que el legislador penal deberá establecer.

En tercer lugar, que en cuanto a la pena del *extraneus*, no estoy diciendo que deba atenuarse (aunque es una posición defendible, como sostiene Jakobs [2012, p. 86]), al menos no necesariamente (y de hecho en el art. 25.III CP no se ha considerado una atenuación: «El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él»), sino que valdría la pena sincerar los marcos penales aplicables a los particulares y, especialmente, revisar qué otras consecuencias jurídicas podrían aplicarse. Al respecto, es muy clara la idea expuesta por Silva Sánchez (2011):

No se trata de distinguir [*scil.* respecto al derecho penal de primera y segunda velocidad] —ni me parece que nadie lo haya pretendido— según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas. Sobre el significado relativo de los «hechos» —previo a la distinción entre los mismos, a la imposición de consecuencias jurídicas, y a la decisión sobre el régimen aplicable— puede y debe discutirse, obviamente, como ocurre siempre que están en juego valoraciones sociales. Sin embargo, una vez traspasado el filtro anterior, resulta

más que clara la necesidad de distinguir los diversos regímenes en función de cuáles sean las consecuencias jurídicas que se decida imponer, pese a su común carácter jurídico-penal. (pp. 176-177)

Considero que el esquema propuesto por el profesor Silva Sánchez es interesante, y aunque está refiriéndose propiamente a las cuestiones de las «velocidades del Derecho penal» —dejando, por ahora, los temas sobre la validez de su planteamiento. Sobre esto, en cualquier caso, pueden consultarse las distintas opiniones donde se matiza la estructura propuesta (García, 2022, p. 91) o se le critica (Gómez y Sanz, 2013, pp. 63-68)—, me parece oportuno tomarlo como referencia porque puede ser de utilidad en cuanto a esa concreción de la responsabilidad de los particulares por su intervención en un delito contra la Administración pública o, dicho de otra forma, sirve para reflexionar sobre las posibles consecuencias jurídicas que podrían aplicarse.

Entiéndase aquí que la eventual revisión sobre la pena no supone desconocer el desvalor de la conducta del particular o del funcionario, sino más bien pretende que, como señala la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.º 2-2011, la respuesta punitiva considere esa diferente condición y ausencia del deber jurídico especial (fundamento jurídico 17.º). Ello sobre la base, por ejemplo, de examinar la posibilidad de aplicar (o repotenciar) inhabilitaciones —complementando o variando lo dispuesto en el art. 36 CP— para ambos sujetos que supongan un impedimento muy amplio para contratar con el Estado (que ya se establece en la Ley de Contrataciones del Estado) y, al mismo tiempo, imposibilitarle la postulación a un puesto público o ejercer la función pública (esto último como ya se establece en el art. 39-A Const.), multas por el doble o el triple de la ganancia obtenida por el delito. Esta línea estaría orientada, pues, a que, en un nivel legislativo, se planteen las revisiones sobre las consecuencias jurídicas de conformidad

con lo dispuesto en el subsistema de los delitos contra la Administración pública (Vílchez, 2021, pp. 67-ss.).

En cuarto y último lugar quisiera plantear lo siguiente: si bien ya está aclarado que el *extraneus* responde penalmente y que según el art. 41 Const. se le aplica la duplicidad del plazo de prescripción, cabe preguntarse si le alcanzará también —ya que no se ha especificado en el texto constitucional— la imprescriptibilidad. En mi opinión, no habría motivo para impedirlo. Es cierto que el texto constitucional no lo ha previsto expresamente. Sin embargo, no hay una razón válida para distinguir —en cuanto a la persecución— entre funcionarios y particulares, más aún cuando el motivo de la incorporación de dicha medida es luchar contra las conductas (tanto de los funcionarios como de los particulares) más graves y, por supuesto, que se ha previsto que al particular le alcance la duplicidad del plazo de la prescripción cuando se cometa cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio público. De la misma opinión es Abanto (2022), quien señala que no hay motivo para hacer una distinción en cuanto a la imprescriptibilidad para los sujetos no vinculados (p. 808). Y esto es así, básicamente, porque el fin de la regulación prevista en el mismo art. 41 Const. —que contempla la inclusión del particular en el momento de determinar la duplicidad del plazo de prescripción— hace posible interpretar que la imprescriptibilidad también le alcanza al *extraneus* en tanto se mantiene la misma lógica anterior, es decir, encontramos a un sujeto (no vinculado) a quien por intervenir en un hecho cometido por un funcionario público se le puede perseguir, si se trata de un delito *no* grave, duplicando el plazo de la prescripción; y, de tratarse de un delito grave, esa persecución no tendría límite temporal. La exclusión, esto es, la posibilidad de perseguir temporalmente solo al particular, aun tratándose de un delito grave, daría lugar a una distinción extraña que rompería el sentido interno previsto en el mismo artículo (aun cuando el legislador lo hiciera de modo expreso). Vale la pena

recordar, en este contexto, que esto no significa colocar al particular en una situación de indefensión o de una afectación ilegal a sus derechos. Goza de todas las garantías y los derechos previstos dentro del proceso penal. Aquí solo se está haciendo hincapié en la posibilidad de procesar penalmente al sujeto.

En este estado de la cuestión, se comprueba que la imprescriptibilidad existe y que se ha impuesto constitucionalmente. Por eso, corresponde a partir de ahora examinar su composición y cómo se puede hacer operativa atendiendo a «los supuestos más graves, según el principio de legalidad».

2.3. ¿Era necesaria la imprescriptibilidad?

No obstante, antes de pasar a la cuestión anunciada en el apartado anterior, debemos reflexionar sobre la conveniencia de la incorporación de dicha medida para la lucha contra la corrupción pública. Por un lado, podría mencionarse que en otros países de nuestro entorno se ha dado la implementación (así, por ejemplo, en Ecuador [art. 233 de la Constitución de 2008], Argentina [art. 36 de la Constitución de 1853] y Bolivia [art. 112 de la Constitución de 2009]) y que en buena cuenta responde a los compromisos internacionales que se han ido impulsando para luchar contra estas formas de conducta. Por otro, es mejor incluir todas las formas posibles para que los implicados no puedan escapar —por distintas razones, legales o no— de la justicia penal. Por mi parte, pienso que las medidas que se prevean no solo deben representar un cambio formal (la incorporación en un cuerpo legal o, en este caso, en la Constitución), sino que deben venir acompañadas de otros elementos. Dicho de otro modo, no es suficiente el ánimo del legislador de aumentar los marcos penales abstractos (Miró, 2017, p. 18), o, como en este caso, que se pueda perseguir la comisión de un delito sin un tiempo límite, sino que también debe contarse con recursos (humanos y económicos) para que los sujetos que cometen los delitos puedan

ser investigados, procesados, sentenciados y se les pueda ejecutar la condena. Así, la puesta en marcha del sistema penal no (solo) debe estar basada en la aparición de más medidas (severas o estrictas), sino que requiere que se construya sobre la base de la eficiencia y la certeza en la investigación y la persecución. Y, aún más, de rapidez. Todo esto implica que se pueda invertir en la selección, la incorporación y la formación de jueces, fiscales, abogados, policías, peritos, etc.; en la infraestructura de los locales de la Policía (las unidades de investigación), del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Contraloría General de la República, etc.; y también (principalmente) en la revisión del organigrama de cada institución pública para sincerar procedimientos, número de personal, etc. Sin estos otros elementos, la imprescriptibilidad (y otras) pasará a ser una más de las tantas figuras bien intencionadas, pero —irónicamente— de poco alcance o ineficaz (Queralt, 2022, p. 311). En resumen, pienso que la incorporación de la imprescriptibilidad puede ser necesaria, sin embargo, requiere que se cuente con el respaldo adecuado del sistema para que pueda «llegar el mensaje». Por lo pronto, considero que este mensaje no llegará —o no en la medida que se ha previsto— debido a los inconvenientes, como veremos a continuación, que presenta la redacción del último párrafo del art. 41 Const.

3. PROBLEMA: LA OSCURA REDACCIÓN DEL ART. 41 CONST.

Conviene recordar que, como señala Ragués i Vallès (2004), el cuestionamiento a las bases más esenciales de la sociedad «tiene como consecuencia que sea imprescindible el transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables» (p. 92). Todo esto encaja muy bien con la duplicidad del plazo de prescripción que se ha dispuesto en nuestro sistema penal a propósito de los delitos que analizamos.

Ahora bien, las medidas no acaban ahí, sino que entra en juego también —como sabemos— la posibilidad de persecución penal sin una limitación temporal. Este escenario se da, por ejemplo, para delitos frente a los que no se está dispuesto a olvidar con la finalidad de preservar un determinado orden social (Abanto, 2022, p. 804). Así pues, el art. 41 Const. instauro la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración pública, pero no para todos, sino que la hace depender de su mayor gravedad. Sin embargo, no determina un criterio para ello, sino que simplemente alude a su concreción según el principio de legalidad. Ante este estado actual, es conveniente efectuar una revisión que permita dar un contenido a ese «criterio de legalidad» [¿?] que informará sobre la gravedad de los delitos. Por eso, a continuación se realizará el siguiente trabajo: por un lado, se analizará la conveniencia de utilizar el marco penal abstracto de los delitos como criterio para la determinación de la mayor gravedad (3.1); y, por otro lado, se revisará la «ayuda» que puede brindar el principio de legalidad en dicha concreción (3.2). Veámoslo.

3.1. El marco penal abstracto ¿una buena solución?

Ante la falta de un desarrollo legal y doctrinal sobre el tema, una primera idea que se puede proponer es referirse al marco penal abstracto y, concretamente, a la pena privativa de libertad establecida para cada uno de los delitos contra la Administración pública. Así, podría entenderse que serían imprescriptibles aquellos delitos cuya pena sea cuantitativamente alta (de esta opinión, por ejemplo, es Ragués i Vallès [2004, p. 94]). Sin embargo, este camino abre, a su vez, una nueva línea: ¿se requiere de un solo año o de varios años de cárcel para ser considerados como graves? Y, en este último caso, ¿cuántos deberían ser?

Siguiendo esa línea, podemos advertir que, en función del escenario nacional, la solución no es sencilla debido a la diversidad

de penas. Si nos limitamos a los delitos recogidos en el Título XVIII del Código Penal se pueden encontrar (a) ocho tipos penales con penas alternativas (prisión o prestación de servicios comunitarios) y (b) setenta y tres tipos solo son penas de prisión. Dentro de este grupo, (b.1) catorce prevén una pena no mayor a uno, dos, tres o cuatro años; (b.2) cuarenta y uno tienen una pena prevista entre los cuatro y ocho años; y, finalmente, (b.3.) dieciocho prevén un marco entre los ocho y los veinte años.

Así entonces, en este estado de cosas y parafraseando a Gómez (2017), se podría decir que —excluyendo el grupo b.3— no se entiende muy bien cómo si, en no pocos casos (por ejemplo, grupo a, grupo b.1 y grupo b.2), existe una escasa gravedad —o, podría decir, solo una gravedad, si cabe, moderada cuantitativamente— de la pena prevista para los delitos contra la Administración pública (por ejemplo, del grupo a, como los delitos de ostentación de títulos u honores que no ejerce, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; del grupo b.1, como los delitos de abuso de autoridad, denegación de apoyo policial, abandono de cargo, nombramiento indebido para el cargo público, patrocinio ilegal, entre otros; del grupo b.2, como el delito de usurpación de funciones, desobediencia a la autoridad) tales sean merecedoras de ser declaradas imprescriptibles (pp. 58-59). La poca coherencia y la nula sistematización proyectada en cuanto a los marcos penales abstractos lleva a descartar este criterio del marco de prisión —en todo caso— para definir la gravedad. Por eso, no sorprende que Abanto (2022), afirme que

Si la duración de los plazos de prescripción se construye sobre la *gravedad de los delitos* [...] y, por su penalidad, los delitos contra la administración pública todavía son considerados como menos graves que los delitos contra la vida, no hay una explicación lógica, desde la perspectiva de

la «proporcionalidad», para la «imprescriptibilidad» o incluso para una elevación considerable del plazo en relación con otros delitos de mayor penalidad. (p. 808)

A lo expuesto anteriormente podría achacársele, por lo menos en lo que aquí alcanzo, dos críticas. Por un lado, que existe un grupo, el b.3, donde se ubican preceptos penales que contemplan una pena de prisión entre ocho y veinte años que podrían sí ser considerados como imprescriptibles. Al respecto, cabe señalar que de esos dieciocho preceptos seleccionados, solo once prevén una pena que va hasta los quince o los veinte años y son los siguientes: arts. 367.III, 368-D.I, 368-D.III, 368-E.I, 368-E.II, art. 384.II, art. 384.III, 387.II, 395.I, 395.II, 401.II. De la revisión de estos delitos (que van desde aquellos de violencia contra la autoridad, desobediencia a la autoridad, hasta algunos supuestos de colusión, de peculado, de cohecho y de enriquecimiento ilícito) se puede concluir que no hay una línea clara ni tampoco parece ser una medida de política criminal bien definida si se asume que esos —y solo esos— delitos serán imprescriptibles atendiendo a su pena de cárcel. Si bien coinciden, muchos de ellos, con los que se contemplan como imprescriptibles en otros sistemas penales (como en Ecuador o Bolivia), hacerlo sin un criterio claro o definido no parece coadyuvar a la seguridad jurídica que se está buscando precisamente para saber cuándo se puede considerar o no imprescriptible un delito.

La segunda crítica que se podría presentar sería que no se está considerando la existencia de un parámetro ya establecido por el legislador y que orientaría en la determinación de la gravedad del delito sobre la base de la pena de prisión. Dicho de otro modo, que podría tomarse como punto de corte la exigencia de los cuatro años como sanción a imponer debido a que se emplea como elemento esencial para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 57 CP) o presupuesto para la prisión preventiva (art. 268 CPP).

Sin embargo, está fuera de discusión que la determinación de los marcos penales por parte del legislador no siempre tiene en cuenta una sistemática ni un orden interno, sino que responde más bien a exigencias sociales que son atendidas a través de una rápida (aunque ineficiente) «reacción legal» para dar solución a un problema (Vílchez, 2017, pp. 36-38) y si bien ha servido como criterio para las mencionadas figuras previstas en el Código Penal y Procesal Penal, pienso que no resulta conveniente dicha vinculación. Y, además, la redacción del art. 41 Const. no nos limita a ese entendimiento sobre la gravedad del delito definido por los años de prisión. Por eso, puede resultar oportuno revisar otras alternativas. Pero, antes de entrar en ellas, conviene referirse al principio de legalidad como forma —mencionada en el mismo art. 41 Const.— útil para determinar la mayor gravedad de los delitos.

3.2. ¿Qué podría «decir» el principio de legalidad sobre la gravedad de los delitos?

Es conveniente, antes de responder la pregunta con la que se inicia este apartado, precisar que el principio de legalidad está reconocido en el art. 2.24.d de la Constitución Política. Se presenta como una exigencia liberal del Estado de derecho (Sánchez-Ostiz, 2012, p. 103) y se formula con el enunciado *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale certa, scripta et stricta*. Así, se presentan las manifestaciones del principio de legalidad que son aceptadas por la doctrina: irretroactividad (*lex praevia*), mandato de certeza o determinación (*lex certa*), reserva de ley (*lex scripta*) y prohibición de analogía (*lex stricta*). Para el desarrollo de cada una de ellas puede consultarse la bibliografía especializada (entre otros, por ejemplo, García [2019, pp. 137-ss.]; Mir [2003, p. 128]), aquí lo que nos ocupa es referirnos a cómo es que a través de este principio (consúltese la interesante propuesta de Sánchez-Ostiz [2012, *passim*]) o de esas manifestaciones del principio puede definirse la gravedad de los delitos.

No parece, en mi opinión, que pueda ser así, salvo que se entienda —con la finalidad de «salvar» la interpretación del precepto constitucional— que la referencia a la legalidad es que no se puede dejar de observar el marco penal abstracto o, en palabras del maestro Yacobucci (2017), «la pretensión de una verdadera coacción psicológica sobre el ciudadano a través de la amenaza de la pena enunciada» (p. 379). Ello llevaría a plantear que todos los delitos contra la Administración pública serían imprescriptibles. Pero no hay que olvidar que el precepto no dice que todos lo son, solo se refiere a los más graves. La simple mención a la legalidad entonces no serviría para señalar qué delito es más grave que otro. Incluso si la pretensión del constituyente era hacer referencia al marco penal, debió haberlo dicho así expresamente. Lamentable o afortunadamente, como se sostiene aquí, no lo hizo.

La designación expresa fundamentada en la realización del delito concreto sin depender (o no necesariamente) del marco penal era el camino que pretendía tomar el legislador a través del Proyecto de Ley n.º 04319/2018-CR, del 10 de mayo de 2019 —pero que debido al cierre de ese Congreso, no vería la luz—, para definir aquellos delitos graves. En el apartado 3 del mencionado proyecto de ley aparecería un catálogo de delitos graves y serían los siguientes: colusión, peculado, cohechos, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Aunque lo parezca —porque dichos delitos están sancionados, hoy en día, con una pena de prisión máxima de veinte, quince, quince, ocho y quince años respectivamente—, el legislador no se basa en un criterio cuantitativo, pues de haber sido así, la lista debió incluir otros supuestos que no estaban ahí como, por ejemplo, la usurpación de funciones (art. 361 CP), sancionada con una pena máxima de ocho años; la violencia contra la autoridad agravada (art. 367.III), sancionada con una pena máxima de quince años; el ingreso indebido de armas en establecimientos penitenciarios (art. 368-E CP), sancionado con una pena máxima de veinte años; la concusión (art. 382 CP), sancionada con una pena

máxima de ocho años; entre otros. Esto confirma que la gravedad de la conducta se estableció no con base en la pena, sino atendiendo a unas características que, aunque se podrían intuir, no se hacen evidentes en la exposición de motivos. Se intentó cambiar ello en el Proyecto de Ley n.º 7285-2020-CR, del 15 de diciembre de 2020, donde se presentó como un elemento a tener en cuenta para determinar la gravedad al perjuicio (por eso, se incluyeron, dentro de la propuesta, como delitos imprescriptibles los previstos en los arts. 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401), aunque no se descartó considerar los marcos penales abstractos. Pero ya sea en el primero o en el segundo de los proyectos de ley presentados, a modo de ejemplo, en ninguno de los dos se tuvo en cuenta como criterio al principio de legalidad. Esto puede servir de ayuda para demostrar que no hay mucho que hacer con tal referencia.

4. OTROS CRITERIOS Y UNA PROPUESTA

Si la gravedad de la pena, según se argumentó previamente (véase *supra* 3.1), no es un criterio fiable para satisfacer la exigencia del art. 41 Const. y tampoco es de utilidad la referencia al principio de legalidad (véase *supra* 3.2), entonces, podría preguntarse ahora, ¿qué es aquello que los hace graves para merecer la imprescriptibilidad? Como criterios se pueden mencionar, por lo menos (Sáenz, 2018, p. 158 sugiere otros más), los siguientes: número de agentes; modalidad de la conducta (violencia, amenaza, engaño); resultado producido (de peligro, de lesión); número y condición de los agraviados. Cada una de estas opciones —que ya el legislador ha tomado (art. 46 CP) como agravantes de la responsabilidad penal— no excluyen a las otras. Evidentemente, no hace falta que concurren todas las aquí mencionadas.

Ahora bien, al ser ese un posible camino, pienso que puede, en este contexto, emplearse la propuesta de los delitos de abuso,

gestión y oportunidad que desarrollo para clasificar las conductas contra la Administración pública (Vílchez, 2021, pp. 191-209) y decidir, atendiendo a la esencia de cada uno de ellos, si cabe o no la imprescriptibilidad. Se hace hincapié en la esencia, pues cada uno responde a unas notas características (contextos, deberes infringidos, cooperación de terceros) que se podrían tomar como baremos en el momento de definir la gravedad de la conducta, que es aquello que está detrás de todo y define la aplicación de la medida. A modo de aclarar la idea que se acaba de presentar, es pertinente desarrollar, aunque sea brevemente, lo esencial de cada uno de estos delitos.

En los delitos de abuso existe una *conducta de prevalimiento* por parte del funcionario público que coacciona, intimida, engaña o induce a error a los particulares imponiendo así su voluntad. Pertenecen a esta clase, por ejemplo, los delitos de concusión, exacciones ilegales o abuso de autoridad. En los segundos, esto es, en los de gestión, existe una *conducta de desobediencia* a sus deberes especiales específicos en tanto el funcionario público interviene de acuerdo con su cargo, en el control de operaciones, la administración y contratación pública de determinados bienes y servicios, y saca provecho de todo esto. Pertenecen a esta clase, por ejemplo, los delitos de colusión, peculado, malversación. Y, en los terceros, es decir, en los de oportunidad, el funcionario público también realiza una *conducta de desobediencia* a sus deberes especiales (distintos a los de administración y contratación) o genéricos sacando provecho de su situación, sin necesidad de violentar o abusar (según los sentidos antes expuestos en los delitos de abuso), por el solo hecho de ser funcionario público. Los supuestos típicos se concretan también —muchas veces— con el apoyo de particulares que le «solicitan negociar». Pertenecen a este último grupo, por ejemplo, los delitos de cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. La propuesta que se ha presentado, en síntesis, se construye

sobre dos de las tres estructuras básicas de formas de agresión (Sánchez-Ostiz, 2020, p. 23), a saber: la *violencia*, tanto física como psíquica, para el caso de los delitos de abuso; y la *desobediencia*, como una forma de incumplimiento agravado de las obligaciones, para el caso de los delitos de gestión y oportunidad.

Visto así, se podría afirmar que los tres grupos contienen suficientes elementos que permitirían calificarlos como graves: la violencia o amenaza (para los de abuso); gran perjuicio por las contrataciones arregladas o la apropiación de los bienes públicos (para los de gestión); y la compraventa de la función pública (para los de oportunidad). Sin embargo, se puede establecer una escala que vaya desde los supuestos leves, los de gravedad intermedia a los más graves, reservando solo para estos últimos —según lo previsto en el art. 41 Const.— la imprescriptibilidad. La cuestión está entonces únicamente en exponer los criterios.

En concreto, pienso que es esencial el reconocimiento de aquello que es propio para los delitos contra la Administración pública, esto es, que se trata de sujetos que asumen un compromiso de actuar en pro de la sociedad. Por eso, tienen unas obligaciones y competencias de actuación. El castigo penal que se plantea contra esos sujetos, en consecuencia, se fundamenta en la manifestación contraria a aquellas relaciones institucionalizadas que facilitan contar con unas expectativas de comportamiento y mantener así un desarrollo normal dentro de la sociedad (Vílchez, 2018, pp. 250-ss.). De los tres grupos, si bien se requiere a un funcionario público y, por eso, entran en juego unas competencias institucionales, hemos visto que solo dos (los de gestión y de oportunidad) responden al paradigma de la desobediencia, entendida —según se ha dicho ya— como una forma de incumplimiento grave de sus obligaciones. En lo que aquí interesa, se puede observar que los funcionarios públicos actúan de modo muy grave por no atender a sus competencias institucionales de gestionar, contratar, administrar y por

aprovecharse de su posición (sin violencia ni amenaza). Esto no significa que los delitos de abuso, presentados como conductas de prevalimiento mediante violencia o intimidación, no sean graves. También lo son, pero en la escala que se propone corresponderían más bien a unos de gravedad intermedia en tanto, se puede decir, el funcionario público actúa como si fuera un particular, pero «con más fuerza» (por usar el uniforme), infundiendo miedo en los particulares (anulando su voluntad) y consiguiendo lo que desea. En cambio, en los otros dos grupos, el funcionario público obtiene un provecho ilegal al faltar a las obligaciones que se le han encomendado (sean genéricas o específicas).

El efecto práctico del esquema propuesto es que solo en los grupos de desobediencia, es decir, en los delitos de gestión y de oportunidad, se podrán incluir en la lista a aquellos que tienen la gravedad suficiente para ser considerados imprescriptibles. Así, por ejemplo, los delitos de colusión, peculado, negociación incompatible, malversación y otros diecinueve preceptos legales previstos en todo nuestro sistema penal (a saber: arts. 141, 142, 155, 157, 160, 200.IV, 228.II, 229, 309.3, 314, 388, 393, 393-A, 395, 395-A, 404, 409-B, 414 y 418) pertenecientes a los de gestión; así como los de tráfico de influencias, cohechos, enriquecimiento ilícito y otros dieciocho preceptos (que son los siguientes: arts. 352, 379, 380, 381, 385, 393.I, 393.II, 393-A, 395.I, 395.II, 395-A.I, 395-A.II, 395-B.I, 395-B.II, 396; 422, 423, 424) pertenecientes a los de oportunidad. De este modo, se presenta una propuesta que va más allá del marco penal y que guarda —o al menos eso pretende— un sentido coherente que puede servir para informar en el momento de decidir la puesta en marcha de la última parte del párrafo final del art. 41 Const. La evaluación, la utilidad (o no) y la viabilidad (o no) de esta propuesta se pone en manos de los operadores jurídicos y en las suyas, estimado lector.

5. CONCLUSIONES

Con base en el desarrollo planteado en este trabajo ha quedado establecido que la cuestión de la gravedad que hace posible que los delitos contra la Administración pública sean calificados como imprescriptibles debe venir respaldada no por un sistema de penas (que no es coherente ni estructurado y que responde a distintos criterios en función del clamor popular), sino más bien por la mayor peligrosidad de la conducta o, en la lógica aquí utilizada, por la clase de conducta desplegada. Por eso, sobre la base de los delitos de gestión y de oportunidad, que responden al paradigma de la desobediencia, se propone considerarlos como delitos imprescriptibles. La ventaja adicional que tiene esta propuesta es que no se limita a unos cuantos delitos que se encuentran en una determinada sección o capítulo del Título XVIII del Código Penal, sino que, debido a su estructura y su esencia, abarca todas las conductas contempladas en nuestro sistema penal que afectan a la Administración pública.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública* (2.^a ed., t. II). Instituto Pacífico.
- Caro, J. (2020). La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos. En R. Martínez (dir.), *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal* (pp. 359-383). Editores del Centro.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2010). VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116. Lima: 16 de noviembre de 2010.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 2-2011/CJ-116. Lima: 6 de diciembre de 2011.
- García, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- García, P. (2022). *Derecho penal económico. Parte general* (4.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Gómez, M. y Sanz, I. (2013). *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (3.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez, V. (2017). *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. Editorial B de F.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2022). Percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones. Informe técnico n.º 3. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad_ene_jun22.pdf
- Jakobs, G. (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Vittorio Klostermann.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método* (2.ª ed.). Editorial B de F.
- Miró, F. (2017). La función de la pena ante «el paso empírico» del derecho penal. *Revista General de Derecho Penal*, (27), 1-45.
- Montiel, J. (2018). Sobre la inoponibilidad de la prescripción y de la cosa juzgada en casos de corrupción (pública). En V. Gómez, J. Montiel y H. Satzger (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (pp. 171-193). Marcial Pons.

- Queralt, J. (2022). La corrupción: un enfoque político-criminal. En V. Gómez, C. Bolea, J.-I. Gallego, J. C. Hortal y U. Joshi (dirs.), *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 305-316). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Ragués i Vallès, R. (2004). *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*. Atelier.
- Robles, R. y Riggi, E. (2014). El extraño artículo 65.3 del Código Penal. En R. Robles (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad* (pp. 59-97). Editorial B de F.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2019). *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas* (2.^a ed.; trad. F. Pou Giménez). Marcial Pons.
- Sáenz, A. (2018). La prohibición de la prescripción o la imprescriptibilidad como reforma penal constitucional. *Vox Iuris*, 36(2), 147-161.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020). *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*. Atelier.
- Shack, N., Pérez, J. y Portugal, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria*. Contraloría General de la República.
- Silva, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial B de F.
- Vílchez, R. (2017). El derecho penal, la impresión social, el feminicidio y su autor. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (102), 35-42.

Vílchez, R. (2018). El caso «Odebrecht» y sus repercusiones en nuestra forma de entender los delitos contra la Administración pública. *Actualidad Penal*, (46), 85-103.

Vílchez, R. (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro.

Yacobucci, G. (2017). *El sentido de los principios penales*. Editorial B de F.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 137-162

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.705

El *compliance* penal: un mecanismo que ayuda a la prevención de la corrupción en las contrataciones del Estado

Criminal compliance: A mechanism to help prevent corruption in State procurement

Criminal compliance: um mecanismo para ajudar a prevenir a corrupção nas contratações do Estado



JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: jgeronimo@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-9899-7552>

RESUMEN

La presente investigación surge ante la necesidad de frenar el crecimiento de la corrupción que ocurre dentro de las instituciones públicas, específicamente, en las contrataciones del Estado. En la actualidad, es evidente que la corrupción se ha expandido a todos los rincones del sector estatal, llegando incluso a consolidarse en los aparatos más complejos del Estado como son las contrataciones

públicas, donde se destina una gran cantidad de dinero para alcanzar un fin colectivo; sin embargo, tal fin social queda truncado por los actos de corrupción que se llevan a cabo dentro de la entidad pública al momento de ejecutarse las contrataciones. En tal sentido, a fin de frenar dichos actos ilícitos en las contrataciones públicas, cabe la necesidad de supervisar las actuaciones de los agentes que llevan a cabo la contratación, surge así la figura del *compliance* penal como una solución para frenar este problema social, configurándose como un programa de cumplimiento normativo que reduce el riesgo de actos de corrupción.

Palabras clave: *compliance* penal; corrupción; contrataciones públicas; meritocracia y transparencia.

Términos de indización: Administración pública; corrupción; derecho de los contratos; derecho penal (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

This research arises from the need to reduce corruption within public institutions, specifically, in government procurement. At present, it is clear that corruption has reached every sector of the government, even in the most complex government systems, such as public procurement, where a large amount of money is spent to achieve a collective goal. However, such a social goal is cut short by corruption acts within public agencies when executing contracts. In this regard, to stop such illegal acts in State procurement, it is necessary to supervise the actions of procurement agents. Criminal compliance thus emerges as a solution to curb this social problem in the form of a regulatory compliance program designed to reduce the risk of corruption acts.

Key words: criminal compliance; corruption; public procurement; meritocracy and transparency.

Indexing terms: public administration; corruption; contract law; criminal law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A presente investigação decorre da necessidade de reduzir o crescimento da corrupção que ocorre dentro das instituições públicas, especificamente nas contratações do Estado. Na atualidade, é evidente que a corrupção foi propagada a todos os cantos do setor estatal, mesmo se consolidando nos aparelhos estatais mais complexos do Estado, como as contratações públicas, onde destina-se uma grande quantidade de dinheiro para alcançar um fim coletivo; no entanto, esse objetivo social é truncado pelos atos de corrupção que são levados a cabo no interior da entidade pública no momento da execução das contratações. Nesse sentido, para impedir tais atos ilícitos nas contratações públicas, há a necessidade de fiscalizar a atuação dos agentes que realizam a contratação, assim, a figura de *compliance* criminal surge como uma solução para deter esse problema social, configurando-se como um programa de cumprimento regulamentar que reduz o risco de atos de corrupção.

Palavras-chave: compliance criminal; corrupção; contratações públicas; meritocracia e transparência.

Termos de indexação: Administração pública; corrupção; direito contratual; direito penal (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 06/03/2023

Revisado: 19/04/2023

Aceptado: 19/04/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)

lvilchez@contraloria.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaenz@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

No resulta extraño que, actualmente, al encontrarnos ante un mundo globalizado se exija que las actividades que ejecutan los seres humanos estén en constante evolución toda vez que, a diario, como parte de nuestra naturaleza humana nos centramos en mejorar nuestras cualidades ya sean buenas o malas para la sociedad. En esa línea de ideas, la delincuencia que conocemos hoy en día no es la misma de hace tiempo atrás, ya que la criminalidad se ha transformado a tal punto de que sus actos ilícitos son desarrollados dentro del seno de una institución pública. Así, la persona natural utiliza como medio a la persona jurídica para cometer sus actos ilícitos.

Ante este hecho innegable y lamentable, la corrupción ha tomado fuerza cada vez más a tal punto de enraizarse en las contrataciones del Estado, proceso de contratación en el cual debería resaltar el principio de transparencia y la meritocracia; es decir, lo que debe primar son los méritos y no factores externos: influencia o contactos. Por tanto, un proceso de contratación ha de ser ajeno a todo acto de corrupción entre el contratante (institución pública que requiere un servicio o bien) y el contratista (empresa privada que brinda un servicio o bien), «que gane el mejor». Sin embargo, la realidad nos ha demostrado que en las contrataciones del Estado prima el amiguismo, el compadrazgo, el favoritismo y el nepotismo. Ello significa que la balanza de igualdad de condiciones que debería primar en un proceso de contratación se inclina a favor de un determinado grupo de personas, lo que perjudica a los demás concursantes.

Entonces, surge la necesidad y la urgencia de que el derecho, como ciencia que define o direcciona la conducta del ser humano, esté a la par de la criminalidad organizada que se desenvuelve

dentro de las instituciones públicas. En tal sentido, debemos dejar atrás la idea de que solo basta controlar y sancionar el comportamiento de la persona natural, ya que, actualmente, la creación de una persona jurídica está siendo desnaturalizada para cometer actos ilícitos. Por ende, el ordenamiento jurídico debe supervisar las actividades que se desarrollan dentro de una persona jurídica; para tal fin la figura del *compliance* penal resulta ser un mecanismo idóneo para combatir y frenar la corrupción que se desenvuelve dentro de las contrataciones del Estado, pues exige que toda institución tome la iniciativa para implementar mecanismos de cumplimiento normativo; es decir, evitar que dentro de ella se incurra en la comisión de delitos y detectar aquellos actos ilícitos que se han cometido para su posterior denuncia y la sanción correspondiente.

2. UNA APROXIMACIÓN AL TÉRMINO CORRUPCIÓN

Para poder abordar la problemática tratada es necesario entender a la corrupción como tal. En esa línea de ideas, la palabra corrupción no tiene un significado único, sino que existen multiplicidad de definiciones realizadas por diversos autores. Así, tenemos que

La corrupción se da cuando alguien que detenta el poder encargado de hacer ciertas cosas [...] es inducido mediante recompensas monetarias o de otro tipo [...] a realizar acciones que favorecen a quien ofrece la recompensa y en consecuencia dañan al grupo o a la organización a la que el funcionario pertenece. (González Llaca, 2005, p. 50)

Por otra parte, Peters (2018) la define como «el abuso del poder encomendado para beneficio particular. Tal abuso puede ocurrir en el nivel de la administración y los servicios públicos cotidianos (“corrupción menor”) o en los cargos políticos de alto nivel (“gran corrupción”)» (p. 28).

De igual forma, se puede entender por corrupción «el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público» (Montoya, 2015, p. 18). Finalmente, la corrupción es «todo acto tendiente a causar un daño, una alteración o un vicio sobre una cosa determinada, en general se le considera como el aprovechamiento indebido de la administración de un patrimonio común» (Zavala, 2013, p. 17).

Ahora bien, de las definiciones brindadas podemos resaltar tres elementos de la corrupción:

- i. Antijurídico, todo acto corrupto del ser humano es contrario al ordenamiento jurídico.
- ii. Interés particular, la persona que comete actos de corrupción los realiza para obtener un beneficio privado o para terceros.
- iii. Abuso de una función, la persona que comete actos de corrupción se vale de la función pública que el Estado le ha asignado y a la vez lo defrauda.

En consecuencia, la corrupción puede ser definida como aquellos actos ilícitos que desnaturalizan el poder encomendado por el Estado para fines (pecuniarios o de otra índole) netamente privados, ya sea para uno mismo o para terceros, generando un daño social irreversible.

3. DEFINICIONES DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO

Para una definición exacta sobre las contrataciones del Estado es necesario citar a Guzmán (2015): «Los contratos del Estado son aquellos que celebran los órganos de la Administración para el cumplimiento de los fines competenciales que les incumben» (p. 8).

En esa línea de ideas, una contratación del Estado se celebra para alcanzar fines, netamente colectivos, es decir, en beneficio de la sociedad.

Por su parte, Córdova (2009) señala que

Significa una contratación pública de mercancías, servicios o ambos, los cuales son contraídos a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o el arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción y contratos de concesiones de obras públicas, incluyendo a la contratación pública cubierta de adquisición de productos digitales. (p. 20)

De las dos definiciones brindadas podemos extraer la importancia de las contrataciones del Estado en la sociedad. Así, cuando este realiza una contratación con un particular lo hace con el fin de satisfacer un interés general; por ejemplo, cuando se ejecuta una contratación pública respecto a la construcción de pistas y veredas se hace con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Sin embargo, es menester aclarar que, actualmente, está desfasada la idea de que el interés general está por encima de los intereses particulares. De este modo, podemos observar que el artículo III del Título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone: «La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados». Entonces, las contrataciones del Estado, hoy en día, deben entenderse como la obtención de una correcta ponderación entre los intereses de los administrados y el interés general buscado, y ambos deben estar tutelados por el ordenamiento jurídico (Morón, 2017, p. 58).

Entonces, no cabe duda de la trascendencia que tienen las contrataciones del Estado en la vida de cada persona. Por tal motivo, dichas contrataciones deben celebrarse y ejecutarse con observancia a los principios que rigen en las contrataciones del Estado a fin de que se lleven con total transparencia, objetividad e imparcialidad.

4. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1. Principio de promoción del desarrollo humano

Este principio predica que la contratación pública tiene como fin coadyuvar al desarrollo humano en una sociedad; es decir, a través de la inversión estatal en obras, bienes o servicios se estaría generando una mejora de los estándares de vida de la sociedad. A *contrario sensu*, como indica Guzmán (2009): «la contratación administrativa realizada de manera deficiente perjudica dicho desarrollo humano, puesto que implica un uso indebido de los recursos que son empleados para satisfacer necesidades públicas» (p. 206). Un ejemplo de lo citado se observa en la construcción de un hospital, cuando por temas de actos de corrupción esta obra se paraliza, perjudicando a la población y privándola de su derecho al acceso a la salud. Otro caso donde podríamos ejemplificar lo anotado es en la construcción de una sede del Poder Judicial, netamente para los juzgados de familia, que por cuestiones de corrupción se interrumpe, con ello se priva a miles de madres y niños de su derecho a demandar por alimentos a su progenitor.

4.2. Principio de imparcialidad

Según este principio, las decisiones de los funcionarios o servidores públicos encargados de la contratación pública deben estar sujetas a criterios objetivos y con sustento en la norma jurídica (Morón y Aguilera, 2019, p. 77). Por ejemplo, en los concursos para

postular como juez de paz letrado, si se desea favorecer a determinada persona se adiciona un requisito especial que no está contemplado en la Ley n.º 29277, Ley de la Carrera Judicial, transgrediendo así el principio de imparcialidad.

4.3. Principio de transparencia

Tal principio exige que todo proceso de contratación debe estar sujeto a criterios objetivos y accesibles a los postores; en consecuencia, para una mayor transparencia en las decisiones tomadas al interior del proceso de contratación, los postores tendrán acceso a la documentación correspondiente. En esa línea de ideas, comenta Moraga (2007):

La administración debe publicitar [...] la información básica relativa a sus contrataciones. Por cierto que dicha información debe ser completa y oportuna, refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas, aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras. Con lo anterior, se da un paso fundamental en la transparencia del sistema: se pone a disposición de los interesados información suficiente, permanente, oportuna y útil, a través de un medio de fácil acceso y de bajo costo o sin cargo. (p. 252)

4.4. Principio de igualdad de trato

Para Rodríguez (2011) este principio «impide, según el TJCE, que el poder adjudicador tenga en cuenta una modificación realizada por un licitador, porque tal situación provocaría una situación de ventaja para uno de los oferentes» (p. 51). En esa línea de ideas, la transgresión al principio de igualdad de trato sería una clara forma

de discriminación; por tanto, está prohibido que dentro de una contratación del Estado se aplique algún criterio de distinción.

5. CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Un escenario donde se desarrollan actos de corrupción por la discrecionalidad y la facultad desmedida de los individuos investidos por un cargo público o político es en las contrataciones del Estado; en estas se manejan grandes sumas de dinero que pese a estar destinadas a un interés general o un fin colectivo son desviadas a intereses netamente particulares.

En ese sentido, comentan Scheller y Silva (2017):

Durante las etapas de contratación: precontractual, contractual, ejecución, poscontractual, de liquidación, etcétera; pueden presentarse actos de corrupción, debido a la amplia potestad que tiene el funcionario a cargo en: la elaboración de los documentos y estudios previos, los análisis de mercado y del sector; y los pliegos de condiciones en los que se incluyen los factores de selección, ponderación y demás documentos. Las facilidades de manipular las condiciones y direccionar los procesos son demasiado altas y por supuesto, con altos beneficios, de la misma manera que resulta adjudicar procesos con personas jurídicas o naturales; procesos estos que finalmente no se van a ejecutar pues, en muchos de los casos, la remuneración recibida por la comisión de la infracción penal y disciplinaria es más alta que las sanciones impuestas en la ley para estas, o en el peor de los casos, la escasa posibilidad de ser procesado y sancionado. (p. 14)

Entonces, el fenómeno de la corrupción es un hecho innegable que se presenta en las diferentes etapas de las contrataciones del Estado. Por tanto, tratar de erradicar de forma total esta

problemática es una utopía inasequible toda vez que la corrupción pareciera ser intrínseca de la persona humana; sin embargo, pese a esta amarga realidad se tienen que ejecutar mecanismos coordinados para reducir el índice de corrupción en las contrataciones del Estado, ya que son procesos de contratación de suma trascendencia social; y, por ende, los actos de corrupción tienen que ser nulos.

En tal sentido, no cabe duda de la importancia de prevenir estos actos de corrupción en las contrataciones del Estado por la gran cantidad de dinero que se mueve para fines colectivos, en caso contrario, los efectos serían perjudiciales no solo para el Estado como ente regulador, sino también para la propia población civil, la figura del *compliance* penal es la óptima para combatir la corrupción.

Las políticas de *compliance* han ganado terreno en el ámbito de la contratación pública. La incorporación de planes de cumplimiento suscribe un compromiso expreso por parte de todo proveedor interesado en contratar. Estos pactos de integridad refuerzan la cultura del cumplimiento, procurando advertir preventivamente cualquier eventual quiebre de la ley y, a su vez, contar con herramientas idóneas para la detección, gestión interna y denuncia en aquellos casos donde se hayan producido irregularidades. (Quispe, 2022, párr. 11)

6. COMPLIANCE PENAL

Velasco y Saura (2016) entienden por *compliance* penal

Al cumplimiento normativo, a la cultura de ética corporativa y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por parte de las empresas. De manera que dicho término incluye desde la normativa de otros países para impedir situaciones de cohecho o blanqueo de capitales en las transacciones internacionales, hasta cualquier tipo de normas dirigidas

a la persona jurídica de las que en nuestro país regulan su funcionamiento, incluyendo los riesgos penales, laborales, etc. (p. 35)

Otra definición que resulta interesante es dada por Artaza (2013), quien afirma que el programa de cumplimiento normativo «consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos llevados a cabo por los integrantes de la empresa tendentes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable» (p. 118). Desde un punto más general, se puede entender al programa de *compliance* penal como aquel documento preciso en el que se describe cómo se van a ejecutar en la institución las obligaciones y los compromisos que han pactado en su política interior. Asimismo, debe estar provisto de diversos elementos o mecanismos necesarios para hacer efectivos los compromisos que conlleva y cumplir exhaustivamente con los requisitos normativos (Enseñat, 2016, p. 36).

Por su parte, Gallego (2014) sostiene que dicho programa de cumplimiento normativo se puede entender como

Un conjunto de deberes de actuación y reglas técnicas que tiene que reflejar el «estado de la ciencia» en relación con la diligencia debida de una persona jurídica determinada en aras de la evitación de la lesión de bienes jurídico-penales que se encuentren en su esfera de actuación (interna y externa). (p. 216)

Desde nuestra perspectiva, el término *compliance* penal no solo abarca la prevención de riesgos penales, sino además administrativos, toda vez que la infracción administrativa por el sujeto significa la antesala de la infracción penal (Antich, 2017, p. 20). Desde este punto de vista, el primer plano terrenal que debería importar al ordenamiento jurídico, en aras de prevenir actos de

corrupción en la esfera institucional, sería en la sede administrativa, es decir, supervisar que la persona jurídica haya implementado el programa de cumplimiento normativo.

6.1. Elementos del *compliance* penal

6.1.1. Elaboración del programa de cumplimiento normativo

El primer paso para llevar a cabo el *compliance* penal dentro de una persona jurídica es su elaboración. En tal sentido, comenta Antich (2017):

En la elaboración de un *Programa de cumplimiento penal* deben participar distintas personas. Así de un lado tendríamos al especialista en el diseño de Programa de cumplimientos, tendríamos la persona que se va a encargar de la Función de Cumplimiento en la PJ [persona jurídica] (de dentro de la PJ), tendríamos también a un representante del órgano directivo, y deberían realizarse entrevistas con determinadas personas de la organización. El Programa de cumplimiento es un traje a medida, y las «medidas» deben tomarse con rigor. Cada sector tiene sus particularidades, pero es que además cada PJ tiene su propia idiosincrasia, y por ello la elaboración del Cumplimiento debe ajustarse a esa realidad. (p. 43)

En esa línea de ideas, el primer paso que debe ejecutarse será conocer la organización de la persona jurídica, tanto su estructura como su funcionamiento. Incluso hablar con cada responsable dentro de la persona jurídica y así se irá elaborando el mapeado de riesgos que puedan existir dentro de la persona jurídica. Posteriormente, una vez identificados los riesgos se tendrán que determinar los protocolos necesarios para prevenir, evitar, detectar y reaccionar ante las posibles infracciones. Entonces, una vez

desarrollados los protocolos se tendrá que ver la forma de implementarlos dentro de la persona jurídica.

Un hecho fundamental es que dentro de la persona jurídica se tiene que priorizar la creación de canales de denuncias por medio de los cuales se pongan en conocimiento de la persona jurídica los posibles delitos en los que han incurrido sus integrantes. De igual forma, se tendrán que ejecutar las investigaciones internas para sancionar administrativamente a la persona que incurrió en el delito.

6.1.2. Implementación del programa de cumplimiento normativo

Respecto a este punto, debe tenerse en cuenta que una cosa es adquirir el programa de cumplimiento y otra muy distinta implementarlo dentro de la persona jurídica. En tal sentido, antes de la implementación del programa de cumplimiento normativo se tiene que proyectar en qué etapas se va a ejecutar, qué plazo aproximado va a tomar su concreción, con qué posibles dificultades u obstáculos se enfrentará su implementación, entre otros (Antich, 2017, p. 46).

Por tanto, la implementación del programa de cumplimiento normativo exige de un cálculo y de una determinación de fases, tiempos y controles de funcionamiento. Por ende, no es suficiente la mera idea de adquirir un programa de cumplimiento penal, sino que su efectividad radica en su debida implementación. La omisión de la persona jurídica en implementar el programa de cumplimiento normativo será la clave esencial para que pueda responder penalmente por los hechos ilícitos desarrollados dentro de su organización; por ende, su exención penal dependerá de la implementación del programa de cumplimiento normativo.

6.1.3. Contenido del programa de cumplimiento normativo

Es fundamental que la persona jurídica en la implementación del programa de cumplimiento normativo observe los siguientes contenidos de esta.

a) Mapa de riesgo

Diseñar un mapa de riesgo significa que la persona jurídica tendrá que identificar las actividades cuyo desarrollo podrá ser susceptible de hechos ilícitos, los cuales deben prevenirse a través del programa de cumplimiento normativo.

Ahora bien, el mapeado de riesgos no necesariamente debe ser netamente penal, sino también puede acoger otro tipo de riesgos extrapenales como pueden ser riesgos administrativos. En tal sentido, lo más conveniente y lógico para la persona jurídica es abordar en su mapeo todos los riesgos posibles tanto penales como extrapenales, ya que estos últimos, fuera de generar un perjuicio en la reputación de la persona jurídica, pueden conllevar a la imposición de multas muy exorbitantes para la persona jurídica (Antich, 2017, p. 49).

b) Protocolos de adopción de decisiones y códigos éticos

En este acápite se hace referencia a la creación de controles, protocolos y medidas de actuación con el objetivo de neutralizar los riesgos detectados dentro de la persona jurídica. En tal sentido, una vez que se hayan identificado los riesgos penales y extrapenales, se procederá a crear los protocolos o procedimientos de actuación con el único objetivo de prevenir la concurrencia de delitos dentro de la persona jurídica, así como la sanción correspondiente ante la comisión de estos.

En tal sentido, ante la elaboración del programa de cumplimiento normativo, una vez que se hayan detectado los riesgos posibles, es momento de implementar los mecanismos propios para evitar tales comisiones, protocolizándolo todo por escrito, es decir, documentándolo. Así, por ejemplo, si se detectó un posible riesgo respecto al delito de corrupción entre particulares, se analizará de qué manera aparece el riesgo y cómo puede ser neutralizado, ya sea total o parcialmente (Antich, 2017, p. 62).

Por ende, si se detectan posibles actos de corrupción entre el funcionario y servidor público bien se pueden neutralizar con la instalación de cámaras en el lugar de los hechos para así evitar tales actos de corrupción u otras medidas que considere pertinente la persona jurídica en la implementación del programa de cumplimiento normativo.

c) Recursos financieros adecuados

Este elemento tiene un doble significado, en primer lugar, aduce que el programa de cumplimiento normativo tiene que prever la forma en que se manejarán los recursos financieros, y las operaciones que puedan desarrollarse han de ser registradas cuidadosamente para así detectar con mayor facilidad la comisión de delitos. En otras palabras, se trata de controlar la caja o los fondos de la persona jurídica y quién puede tener acceso a ella. En segundo lugar, implica que el programa de cumplimiento normativo debe contener una previsión, es decir, un presupuesto gestionado acorde con un modelo, con el objetivo de poder realizar lo planificado. En esta segunda cuestión entendemos que la falta de dotación de medios reales para la prevención de delitos es sinónimo de maquillaje (Antich, 2017, p. 73).

Así, Gómez-Jara (2016) también resalta esta doble cuestión al señalar que «Los recursos incluyen recursos financieros y humanos, así como el acceso a asesoramiento externo y a habilidades especializadas, infraestructura organizativa, material de referencia actual sobre gestión de Cumplimiento y obligaciones legales, desarrollo profesional y tecnología» (p. 206).

d) Canales de denuncia

No cabe duda de que el canal de denuncias es un elemento esencial en la implementación del programa de cumplimiento normativo toda vez que sin dicho canal o con uno defectuoso, el programa de cumplimiento normativo no será efectivo. En esa línea de ideas, el

canal de denuncia vendría a ser aquel mecanismo por medio del cual se recogen las denuncias que pueden realizar los empleados, y puede que también proveedores, e incluso terceros ajenos a la persona jurídica, que hayan presenciado o tomado conocimiento de conductas irregulares dentro de la entidad (Antich, 2017, p. 78).

La persona encargada de recibir la denuncia de las personas contra las irregularidades que se desarrollan dentro de la persona jurídica tendría que ser un equipo especializado independiente a la persona jurídica, pero que tenga su sede dentro de ella. Así, no habría lógica en que quien reciba las denuncias sea subordinado de la entidad, ya que en este caso concreto se podrían desarrollar actos de corrupción a fin de archivar tales denuncias. Pensemos, por ejemplo, que determinada persona denuncia al gerente o al presidente de la entidad, no sería lógico creer que tal gerente o presidente tratará de corromper al empleado que recibió la denuncia.

e) Sanciones disciplinarias

Una vez realizada la denuncia, la persona jurídica tiene la obligación de investigar tales actos de corrupción que ocurren dentro de su organización. En consecuencia, al detectarse a las personas responsables, se tendrán que realizar las sanciones disciplinarias correspondientes y si se determina que las conductas contravienen normas penales, ello se deberá poner inmediatamente en conocimiento de las autoridades competentes a fin de que actúen según sus atribuciones.

6.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

En primer lugar, es necesario mencionar dos principios que rigen en el derecho penal: fragmentariedad, es decir, el Estado solo sancionará penalmente aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos importantes para la convivencia social. En esa línea de ideas, cabe preguntarnos si las actividades ilícitas que realizan las personas jurídicas lesionan o ponen en peligro bienes

jurídicos importantísimos para la sociedad. No cabe duda de que la respuesta a la interrogante es un rotundo sí, a causa de las actividades que puedan ejecutar las personas jurídicas, tales como daño a la salud de los consumidores, poner en riesgo la vida de la población por un producto defectuoso puesto en el mercado, contaminación de ríos, entre otros. Entonces, cómo podemos prevenir la delincuencia dentro de una persona jurídica, si las normas penales no se encaminan contra los defectuosos procedimientos o programas de cumplimiento normativo allí institucionalizados.

Ahora bien, no cabe duda de que tanto críticos como defensores de responsabilizar penalmente a la persona jurídica comparten que tales conductas ilícitas deben ser sancionadas por lo menos administrativamente. En esa línea de ideas, comenta González Sierra (2012):

Dentro de la discusión de la necesidad político criminal de responsabilizar penalmente a las empresas, esto es, de considerarlas sujetos de Derecho Penal e imponerles sanciones penales en base a su culpabilidad, se plantearon las tesis que, negando dicha necesidad, no niegan en cambio la diversa de controlarlas por algún otro medio, pues reconocen que a través de las personas jurídicas se cometen múltiples delitos y que en ese sentido tienen una peligrosidad muy importante para la supervivencia de los bienes jurídicos de las personas que viven en sociedad. (p. 72)

Así, los críticos sobre la postura de responsabilidad penal de las personas jurídicas postulan que no pueden responder por los actos de las personas físicas, ya que la persona jurídica no tiene capacidad de acción ni de culpabilidad. Respecto al primero, argumentan que la incapacidad de acción proviene del hecho de que la persona jurídica es solo una ficción creada por el derecho y, en consecuencia, las acciones que se pretende reputar a la persona

jurídica son en realidad acciones provenientes de las personas físicas, quienes son la representación de dicho ente ficticio. Respecto al segundo, aducen que la culpabilidad es, netamente, personalísima, pues por medio de ella se concretiza el reproche social individual al sujeto del delito. Además, la culpabilidad tiene su fundamento en la conciencia y es ello lo que no tiene una persona jurídica (González Sierra, 2012, p. 73). Sin embargo, los acérrimos críticos tendrían que fundamentar las sanciones administrativas y civiles en contra de la persona jurídica, ya que tales sanciones al igual que una sanción penal requieren la demostración de culpabilidad.

6.3. Modelos de responsabilidad penal

6.3.1. Modelo de responsabilidad vicarial

En Estados Unidos, desde el año 1897, las personas jurídicas responden penalmente por los actos ilícitos que se desarrollan dentro de su organización. Así, en el caso *Coleman vs. Mills* por primera vez se observa que las empresas responden penalmente por las conductas de sus representantes. En esa línea de ideas, Laufer (2006) argumenta que «existen ciertos trabajadores o empleados de la empresa que pueden considerarse la mente y la voluntad directriz de la empresa, el verdadero ego y centro de la personalidad de la empresa» (p. 72). Por ende, la persona jurídica actúa por medio de sus representantes, lo que significa que los motivos y los propósitos de la persona física son en realidad de la persona jurídica. Según la teoría vicarial, la persona jurídica es penalmente responsable de las conductas de sus representados, en la medida que estos últimos realizan las actividades en el marco de sus competencias funcionales y con el objetivo de beneficiar a la persona jurídica.

6.3.2. Modelo del hecho de referencia

Las características fundamentales de esta teoría son las siguientes: i) un hecho de conexión: la persona jurídica es responsable de las

conductas de la persona física (representante); ii) el actuar dentro del «seno» de la persona jurídica: la conducta contraria al ordenamiento jurídico que despliega la persona física debe llevarse en el marco de la empresa; iii) el actuar en provecho de la persona jurídica: los actos ilícitos deben estar destinados a beneficiar a la empresa y; iv) las conductas que despliega un empleado común (no representante de la persona jurídica) también pueden conllevar a la responsabilidad de la persona jurídica (González Sierra, 2012, p. 166). La teoría de hecho de conexión a diferencia de la anterior no solo defiende la idea de sancionar a la persona jurídica por las acciones ilícitas desplegadas por su representado, sino también por cualquier empleado que labora dentro de la entidad por omisión de deber.

6.3.3. Modelo por defecto de organización

Esta teoría exige que el ordenamiento jurídico tipifique taxativamente los delitos en los cuales puede incurrir una persona jurídica. Por tanto, si una ley penal subsumía una prohibición, no a una persona física, sino taxativamente a una persona jurídica; por ende, al ser destinataria de esta, tendría capacidad de acción. En otras palabras, si el legislador direcciona normas penales a las personas jurídicas, se debe a que ellas también pueden producir las consecuencias previstas por la norma; es decir, las personas jurídicas pueden producir acciones u omisiones. En cuanto a la culpabilidad, dicha teoría predica que se puede entender la culpabilidad de la persona jurídica como «culpabilidad por defecto en la organización». En esa línea de ideas, comenta Tiedemann (1997):

Los hechos individuales (hechos de contacto) tienen que ser contemplados como hechos de agrupación en razón de que y en tanto que la agrupación, a través de sus órganos o representantes, ha omitido la adopción de medidas de

precaución que son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de empresa. (p. 39)

De lo citado se desprende que la culpabilidad de la persona jurídica radica en su omisión en ejecutar programas de cumplimiento normativo o si de estar regulados estos son defectuosos y, en consecuencia, al tener un deber de cuidado respecto a las actuaciones de sus representantes puede responder penalmente.

6.3.4. Modelo de culpabilidad ético social

Este modelo plantea que la persona jurídica responderá penalmente siempre que se cumplan los siguientes principios de imputación: i) lesión punible imputable a la persona jurídica: la persona física deberá actuar autorizadamente, es decir, dentro de su competencia funcional; ii) antijuridicidad: los actos corruptos desplegados por la persona física se posibilitaron por la deficiente ejecución de programas preventivos dentro de la organización de la persona jurídica; iii) dolo e imprudencia: la persona jurídica pese a tener conocimiento de que en su interioridad existe riesgo de actos de corrupción no ejecuta programas de cumplimiento normativo eficaces; y, iv) delito o sanción administrativa: distingue cuando la persona jurídica ha cometido un delito o, simplemente, una infracción administrativa. En esa línea de ideas, será delito cuando un directivo o representante de la persona jurídica ha actuado antijurídica y culpablemente respecto de sus obligaciones dentro de la organización; en cambio, si la persona que ha cometido actos de corrupción no pertenece al círculo directivo de la empresa, aunque exista dolo o imprudencia por parte de la persona jurídica, la sanción que se impondrá será netamente administrativa (González Sierra, 2012, p. 196).

7. CONCLUSIONES

- i. De lo esbozado, podemos concluir que la criminalidad evoluciona a tal punto de inmiscuirse en el seno de las entidades para facilitar la comisión de sus actos ilícitos; por ende, el ordenamiento jurídico no debe ser ajeno a esta realidad, ya que las consecuencias de tales actos generan un daño irreversible en la sociedad en conjunto, a diferencia de los delitos cometidos por personas físicas, en las cuales solo tienen como víctima a una o pocas personas.
- ii. Así, el centro de atención para que se lleven a cabo actos de corrupción está direccionado, mayormente, en las contrataciones del Estado, y ello se debe a un motivo: manejo de fuertes sumas de dinero. Tales actos de corrupción al realizarse dentro de una contratación pública generan un perjuicio para los miembros de la sociedad, puesto que el Estado al celebrar una contratación con un particular la realiza para obtener un fin social o colectivo; es decir, en beneficio de la sociedad: construcción de puentes, hospitales, carreteras, comedores, universidades, etc.
- iii. En tal sentido, a fin de brindar una solución contundente a los actos de corrupción en las contrataciones del Estado surge la figura del *compliance* penal, lo que involucra que toda persona jurídica dentro de su organización adopte, ejecute y supervise programas de cumplimiento normativo; esto es, implementar mecanismos de monitoreo y prevención de actos de corrupción que se puedan desplegar al interior de la entidad para así neutralizar cualquier conducta que contravenga normas penales.
- iv. De esta forma, el *compliance* penal es el mecanismo idóneo para prevenir, detectar y sancionar actos de corrupción que puedan estar llevándose a cabo dentro de una persona jurídica. Así, la implementación de tales programas involucra que la persona jurídica, en primer lugar, detecte todos los posibles riesgos de

actos de corrupción y, posteriormente, tendrá que poner en marcha protocolos para prevenir (charlas), detectar (investigaciones propias de la persona jurídica) y reaccionar (canales de denuncia).

- v. En esa línea de ideas, a través del *compliance* penal las personas jurídicas tienen menos probabilidades de estar expuestas a actos de corrupción, y de realizarse tales actos, facilita la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que de comprobarse que omitió o implementó defectuosamente los programas de prevención, habrá infringido un deber de cuidado respecto a la supervisión de las actuaciones de sus representantes.

REFERENCIAS

- Antich, J. (2017). *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/458613#page=1>
- Artaza, O. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Marcial Pons.
- Córdova, J. (2009). *La nueva Ley de Contrataciones del Estado: estudio sistemático*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Enseñat, S. (2016). *Manual del compliance officer: guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*. Aranzadi.
- Fortuny, M. (2021). La Ley Sapin II: un nuevo marco para la prevención y persecución internacional de la corrupción. En I. Gómez (coord.), *Compliance & anticorrupción. Visión práctica de la normativa internacional* (pp. 159-201). Aranzadi.

- Gallego, J. I. (2014). «Criminal compliance» y proceso penal: reflexiones iniciales. En S. Mir Puig, M. Corcoy, V. Gómez y J. C. Hortal (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 195-272). Edisofer.
- Gómez-Jara, C. (2016). La culpabilidad de la persona jurídica. En M. Bajo, B. Feijóo y C. Gómez-Jara (eds.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 143-220). Aranzadi.
- González Llaca, E. (2005). *La corrupción. Patología colectiva*. Instituto Nacional de Administración Pública. https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/corrupci%C3%B3n._patolog%C3%ADa_colectiva_-_gonzalez_llaca_edmundo.pdf
- González Sierra, P. (2012). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* [Tesis doctoral, Universidad de Granada]. <https://digi-bug.ugr.es/bitstream/handle/10481/22250/2098800x.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guzmán, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 204-216. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022/14644>
- Guzmán, C. (2015). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento*. Gaceta Jurídica.
- Laufer, W. S. (2006). La culpabilidad empresarial y los límites de derecho. En C. Gómez-Jara (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas* (pp. 69-92). Aranzadi.
- Miralles, I. (2021). ¿Cómo abordar el *compliance* desde la empresa? En B. Pareja, J. García y P. de Pitta (coords.), *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica* (pp. 63-82). Dykinson.

- Montoya, Y. (coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP); Open Society Foundations. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>
- Moraga, C. (2007). Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación. En J. Fernández y J. Santiago (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 235-260). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.
- Morón, J. C. y Aguilera, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170356/Aspectos%20juridicos%20de%20la%20contratacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Peters, A. (2018). Corrupción y derechos humanos. En C. Tablante y M. Morales (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos* (pp. 23-82). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>
- Quispe, G. (2022, 24 de octubre). Dr. Ignacio de la Riva. «Las contrataciones “gobierno a gobierno” en obras no están exentas de abusos». *Blog UDEP Hoy*. <https://www.udep.edu.pe/hoy/2022/10/las-contrataciones-gobierno-a-gobierno-en-obras-no-estan-exenta-de-abusos/>
- Rodríguez, J. (2011). Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Derecho PUCP*, (66), 29-54. https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_066.html

- Scheller, A. y Silva, S. (2017, julio-diciembre). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Revista Via Iuris*, (23), 1-36.
- Tiedemann, K. (1997). Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado. En J.-L. Gómez y J.-L. Gonzáles (coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Karl Tiedemann* (pp. 23-48). Universitat Jaume I.
- Velasco, E. y Saura, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*. Aranzadi.
- Villegas, M. A. y Encinar, M. A. (2020). *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del derecho estadounidense*. Aranzadi.
- Zavala, J. R. (2013). *Apuntes sobre la historia de la corrupción*. Universidad Autónoma de Nuevo León. http://eprints.uanl.mx/3759/1/Apuntes_sobre_la_historia_de_la_corrupcion.pdf

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 163-183

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.719

La corrupción en el Perú: situación, respuestas y resultados

Corruption in Peru: situation, responses, and results

Corrupção no Peru: Situação, respostas e resultados



RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: rmartinezh@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6549-9821>

RESUMEN

El autor, basándose en data estadística, observa el aumento de la tasa de denunciabilidad sobre los delitos de corrupción. A partir de ello identifica la política criminal represiva para hacerle frente a la citada criminalidad, como el aumento de penas y la creación de nuevos ilícitos de corrupción; no obstante ello, se aprecia, a nivel de población penitenciaria, que no se ha dado un aumento de personas condenadas con penas privativas por casos de corrupción, una de las explicaciones estaría vinculada a la conversión de penas, a pesar de que el artículo 57 del Código Penal establece su efectividad.

Palabras clave: denunciabilidad; conversión de pena; corrupción; efecto penitenciario; sobrecriminalización.

Términos de indización: corrupción; crimen; prisión; derecho penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The author, based on statistical data, observes the increase of corruption crime reports. Based on that, he analyzes the existing repressive criminal policies to fight against said crime, such as sentencing increase or new corruption crime types. However, when observing the rate of imprisonments, it can be seen that the number of people convicted to prison due to corruption cases has not increased; one of the reasons would be linked to sentence conversion, despite the fact that Section 57 of the Criminal Code establishes its effectiveness.

Key words: crime reports; sentence conversion; corruption; penitentiary effect; sentencing enhancement.

Indexing terms: corruption; crime; prisons; criminal law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O autor, com base em dados estatísticos, observa o aumento da taxa de denúncia de crimes de corrupção. Com base nisso identifica a política criminosa de repressão para lutar contra a criminalidade mencionada, como o aumento das penas e a criação de novos ilícitos de corrupção; no entanto, no nível da população penitenciária, é evidente que não houve aumento das pessoas condenadas com penas de prisão por casos de corrupção, uma das explicações estaria ligada à conversão das penas, embora o artigo 57 do Código Penal estabeleça a sua eficácia.

Palavras-chave: denúncia; conversão da pena; corrupção; efeito penitenciário; criminalização excessiva.

Termos de indexação: corrupção, crime, prisão, direito penal (fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 14/03/2023

Revisado: 25/04/2023

Aceptado: 09/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)
lvilchez@contraloria.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaenz@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

En estos tiempos complicados, social y económicamente, las exigencias sobre la adecuada actuación de los sujetos públicos (Jareño, 2011, pp. 18-19), en el desarrollo de sus funciones y cualidades a nivel de la Administración pública son más intensas, más aún sobre la comisión de delitos de corrupción debido a que genera la pérdida de los valores esenciales de nuestra sociedad, la solidez de las instituciones públicas y el crecimiento económico (Prieto, 2008, p. 93). Tomamos lo señalado por el maestro Díez, quien precisa que la corrupción «afecta adversamente el desarrollo sostenible de un país» (Díez et al., 2004, p. 41). Por ello, la sociedad demanda al sistema penal una actuación más eficaz sobre los posibles actos de corrupción, lo que ha repercutido en modificaciones y creaciones

normativas por parte del legislador¹. En tal sentido, corresponde establecer si estas exigencias se encuentran sustentadas y si la forma de confrontar la corrupción ha tenido los resultados anhelados.

2. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción [pública], como fenómeno social, afecta gravemente a las instituciones del Estado y proyecta sus efectos en la percepción ciudadana y los actores del mercado (Díez et al., 2004, p. 41), debido a que genera desconfianza en las instituciones públicas², lo cual repercute, como menciona Caciagli (1996), en la maduración de una conciencia ciudadana participativa e intereses colectivos (pp. 84 y 91), más aún si su actuar se conecta con las actividades de una organización criminal³. Dicho impacto también ha sido resalado por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Exp. n.º 00017-2011-PI/TC-Lima, al indicar que «la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra el desarrollo integral de los pueblos y contra las bases mismas del Estado». De igual forma, se ha señalado, en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, las consecuencias negativas de la corrupción, al precisar que «resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de derecho» (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2018, p. 81). De todos los efectos perjudiciales que ocasiona la corrupción, el

1 Véase Ortiz de Urbina (2012), quien precisa que en la actualidad las políticas contra la corrupción son de mayor interés por parte de los agentes políticos y el gobierno, dentro del marco de promesas políticas (p. 619).

2 Salas (1997) nos indica que un problema relevante vinculado a los actos de corrupción es la desconfianza ciudadana sobre las entidades públicas (p. 203).

3 Prado Saldarriaga y Prado Manrique (2021) apuntan que una de las manifestaciones en el Perú con mayor presencia y operatividad en las organizaciones criminales es la corrupción (p. 175).

más significativo está relacionado con los principios esenciales de la sociedad. Ello ha desencadenado que se establezca como principio constitucional (implícito) a la lucha contra la corrupción, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional peruano⁴, que se desprende de los arts. 39 y 41 de la Constitución Política, los cuales consideramos propiamente de carácter universal, pues, como se ha observado en la historia de la humanidad, en los distintos países y tipos de sistema social se han dado casos relevantes de corrupción con efectos muy dañinos (Vásquez, 2011, p. 362); sin embargo, esos actos han sido más incisivos en aquellos países donde sus instituciones fueron más débiles.

Por otro lado, resulta pertinente establecer una definición de corrupción. Al respecto, Transparencia Internacional (Transparency International, 2019) define la corrupción como «el abuso del poder para beneficio propio»⁵. Por su parte, Sabán (1991) comprende por corrupción aquellos actos en los que se emplea el poder que se otorga para un interés privado, que no corresponde con el fin del titular que lo otorgó (p. 16). Adicional a dicha perspectiva, se encuentra la posición que exige, como parte fundamental, la necesidad de un intercambio ilícito de beneficios⁶ (económico) (Kubiciel, 2020, p. 20), visión con la que no estamos de acuerdo, debido a que en casos como el delito de colusión (art. 384 del CP) o patrocinio ilegal (art. 385 del CP) no es exigido. Para nosotros, desde la perspectiva de la corrupción pública, consideramos que se presenta cuando un sujeto público abusa de sus facultades, para afectar los intereses institucionales, como puede ser el interés

4 Como ha indicado el Tribunal Constitucional en el Pleno Sentencia 1035/2020, Expediente n.º 00016-2019-PI/TC, del 3 de diciembre de 2020.

5 Crítico con esta definición asumida por la doctrina mayoritaria, Kubiciel (2020, pp. 16-17).

6 Textualmente, Kubiciel (2020, p. 20).

privado (p. e., en el caso del peculado o el cohecho)⁷, transformándose así, como lo establece Saliger, en un «servir a dos amos» (citado por Rotsch, 2018, p. 231).

3. LA CORRUPCIÓN COMO PROBLEMA PRINCIPAL EN PERÚ

Hoy en día se observan —en los medios comunicación— titulares sobre el aumento de los actos de corrupción, escasos resultados satisfactorios en el combate contra la corrupción, penas benignas contra esta; sin embargo, no se presenta información real que respalde las citadas noticias. Por ello, en el presente apartado analizaremos si efectivamente la corrupción es un problema social real, para a partir de ahí establecer si se cuenta con resultados positivos en relación con las decisiones que se han tomado para hacerle frente (Martínez, 2015, pp. 381-382). Una política —pública— penal debe partir de una data empírica (estado situacional), para desde dicho escenario plantear respuestas idóneas (que a la larga deben culminar en una política eficaz y eficiente); como apunta el maestro Díez (2007), la política criminal gira sobre la aplicación de medidas más eficaces (racionalidad pragmática) (p. 120).

Para el año 2017, el principal problema en el Perú era la inseguridad ciudadana (delincuencia), en tanto, el segundo problema era la corrupción⁸. Dicha información resulta trascendental si tenemos en cuenta su evolución con los años hasta la fecha actual. Así, para el 2002 la corrupción, como problema principal en nuestro país, se encontraba en el cuarto lugar (29 puntos), distante del desempleo (75 puntos), la pobreza (60) y la delincuencia común (31 puntos). No obstante, con los años fue aumentado y preocupando más al

7 Indica Muñoz (2010) que el funcionario representa los intereses generales (p. 1017).

8 Como lo ha señalado Vásquez (2011), el desarrollo de la política criminal requiere de mecanismos de medición, por lo que resultan obligatorios los análisis cuantitativos (p. 384).

peruano; por ello, el 2018 llegó a ocupar el segundo puesto como principal problema del país, escenario que también se apreciaba en los países de la región, como lo ha resaltado en sus estadísticas el Latinobarómetro (Corporación Latinobarómetro, 2018, p. 61). Desde el 2019 hasta marzo de 2022 la corrupción es el principal problema en el Perú, muy por encima de la delincuencia, la pobreza y la falta de empleo, aumento que se ha originado por los actos vinculados al poder político y al cobro de porcentajes sobre contratos y licitaciones (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2022, p. 3).

Dicha situación resulta más preocupante si a nivel de América Latina y el Caribe los peruanos perciben con mayor intensidad la corrupción, en comparación con países vecinos. Así, el Perú ocupó el primer puesto en relación con el nivel de corrupción, con 96 %, seguido por Colombia con 94 %, tercero Argentina con 93 % (Transparency International, 2019, p. 12). Ese panorama va de la mano con el descontento del peruano, que está en total desacuerdo con hechos de corrupción y se pronuncia ante dicha situación, p. e., realizando marchas de protestas que en varios momentos han determinado que los funcionarios de más alto poder, como los legisladores, tomen decisiones de acuerdo con las exigencias de estos grupos de presión, quienes vienen ocupando cada vez más espacios importantes en las tomas de decisión. Este descontento se condice con el desacuerdo del peruano (menos tolerante) con guardar silencio ante actos de corrupción (65 %) (Corporación Latinobarómetro, 2018, p. 63). Esta situación ha generado que el Perú, a diferencia de los demás países de la región, se ubique dentro de los países con escasa confianza sobre las principales instituciones (poderes clásicos) del Estado, para el caso del Poder Ejecutivo (13 %), Judicial (16 %) y Legislativo (8 %) (Corporación Latinobarómetro, 2018, pp. 51-54).

4. AUMENTO DE LOS NIVELES DE DENUNCIABILIDAD

De un tiempo a la fecha, se aprecia que el nivel de denuncias a nivel del Ministerio Público sobre los delitos vinculados a la corrupción ha aumentado. Así, los delitos contra la Administración pública en el año 2018 representaban 19 542 casos, en tanto que al 2019 eran 21 916 casos (Ministerio Público, 2019, p. 49), con lo cual la carga procesal aumentó alrededor de 12 %.

A nivel policial también se aprecia el aumento en las denuncias policiales sobre delitos vinculados a la corrupción; así, en el año 2018 el nivel de denuncias fue de 2324 (Policía Nacional del Perú [PNP], 2018, p. 293), para el 2019 era de 2800 (PNP, 2019, p. 291). En tanto que para el 2021, el nivel de denuncias se elevó hasta alcanzar 3788 casos (PNP, 2021, p. 288), con ello se aprecia un aumento en solo estos tres años de 63 % de casos. Esto conlleva a establecer que la percepción de la ciudadanía sobre el aumento de la corrupción se corresponde con el crecimiento de las cifras de delitos de corrupción.

5. VARIACIÓN DEL MARCO NORMATIVO

Ante estas circunstancias, se aprecia un cambio a nivel legislativo, encaminado a intensificar la respuesta punitiva como forma de hacerle frente al aumento de la corrupción, un claro ejemplo lo tenemos en los delitos asociados a la corrupción (cohecho, peculado, etc.) regulados en el Código Penal peruano, los cuales se han modificado en un 338 %, siempre en un sentido de creación de nuevos ilícitos (política penal reactiva) y mayor represión, siguiendo una línea de sobrecriminalización⁹, que como bien mencionan Prado Saldarriaga y Prado Manrique (2021) ha originado un desorden legislativo (p. 228). Por ejemplo, en el año 2021, a través de la

9 Término utilizado por Prado (2017, p. 19).

Ley n.º 31178, se modificó por quinta vez el delito de colusión, regulado en el art. 384 del CP; en esta ocasión se aumentó la pena hasta veinte años, además, se establecieron nuevas agravantes y la pena de inhabilitación perpetua. Asimismo, se ha modificado y establecido, a través del Decreto Legislativo n.º 1351, en el art. 57 del CP, como excepción a la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad para los delitos de corrupción (colusión, cohecho, entre otros)¹⁰, por lo que las penas en los casos de corrupción, por más que sean mínimas (en el Perú la pena mínima es de dos días), tendrán que aplicarse de forma efectiva (con prisión).

En el ámbito procesal, se ha establecido la posibilidad de la aplicación del proceso especial de colaboración eficaz para los casos de corrupción, además, la prisión preventiva para casos de corrupción en organización criminal puede tener un plazo de hasta treinta y seis meses; de la misma forma, no resulta procedente la aplicación de la terminación anticipada si nos encontramos en casos de corrupción vinculados a organizaciones criminales. Por su parte, en el espacio penitenciario, se aprecia que en el art. 55 del Código de Ejecución Penal se ha modificado y establecido que los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional, los principales beneficios, no son procedentes para aquellos internos que hayan cometido delitos relacionados con la corrupción. En tal sentido, se puede apreciar que el legislador ha seguido una línea de endurecimiento del marco normativo en los casos de delitos de corrupción, por lo que corresponde establecer si este proceder ha obtenido los resultados esperados.

10 Sobre dichas restricciones en el delito de colusión, véase a Martínez (2019, p. 260).

6. RESULTADOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Al respecto, podemos observar que la respuesta a la corrupción requiere de priorización por parte del Estado a través del *ius puniendi*, buscando incrementar la celeridad y la eficiencia de los procesos, así como reforzar las herramientas de lucha contra la corrupción (entre otros aspectos, a través de sanciones proporcionales, procesos céleres, una mejor definición de los delitos, e incentivos penitenciarios)¹¹; sin embargo, la forma de proceder del legislador peruano se ha centrado en la creación de tipos penales o aumento de penas sin mayor sustento y aporte técnico, al no obtener los resultados esperados; por ejemplo, la Comisión de Alto Nivel Anti-corrupción (CAN, 2014, p. 3) ha precisado que en el 2013, del total de sentencias condenatorias a nivel nacional (59613), las condenas por corrupción con penas privativas de la libertad de carácter efectivo alcanzaron los 188 casos¹², es decir, el 0.0031 %. Situación que después de diez años se mantiene, pues para diciembre del año 2022, si uno observa las estadísticas de los delitos con mayor incidencia, relacionados con la población penitenciaria en los distintos establecimientos penitenciarios, no aparecen los delitos de corrupción (peculado, colusión, cohecho, etc.); resalta que ni siquiera se aproxima a los 744 internos, entre condenados y procesados.

Ello resulta más preocupante si conforme con las estadísticas del Poder Judicial (2022, p. 16): para el 2017 se impusieron 1413 condenas por delitos contra la Administración pública; para el 2018 en total fueron 908 sentencias condenatorias; en el año 2019 fueron 935 condenas; en el 2020, un total de 989 resoluciones

11 Así lo precisa la Organización de los Estados Americanos (MESICIC, 2013, p. 14). Por su parte, Cruz (2015, p. 82) precisa la justificación del tipo de reacción punitiva actual, como es el endurecimiento de las penas.

12 Por su parte, Krauth (2018) ha señalado que en Argentina la incidencia de condenas penales es baja, lo cual no es un aliciente a los desincentivos para la comisión de delitos, como lo exige la sociedad (p. 47).

condenatorias; y para el 2021, 295 condenas. Sobre el particular, si tenemos en cuenta que en el 2021 se desarrolló el fenómeno de la COVID-19, del 2017 al 2020 la emisión de sentencias relacionadas con delitos contra la Administración pública disminuyó en un 30 %.

Igualmente, sobre la afectación económica se aprecia que la contratación pública es el espacio donde con mayor énfasis han colocado sus actividades los agentes corruptos¹³. Al respecto, indica Rodríguez-Arana (2020) que el espacio de las prácticas corruptas en las contrataciones es el de mayor crecimiento (p. 871). Así, por ejemplo, en el caso de Odebrecht vinculado al delito de colusión, como es la construcción de los tramos 2 y 3 de la carretera interoceánica sur del Perú, el daño patrimonial al Estado bordea los S/1400 millones (Perú21, 2020). Por su parte, en el tramo 5 de dicho caso, la Contraloría General de la República ha determinado un perjuicio de S/34 074 668 (Shack et al., 2020, p. 21). De ello se advierte que un solo caso de corrupción implica un daño (económico) enorme a los peruanos.

7. PROBLEMAS EN LOS RESULTADOS

En tal sentido, no se observa un resultado que corresponda en un inicio con el aumento de las denuncias por corrupción y con el endurecimiento del trato normativo penal para los delitos contra la Administración pública; todo lo contrario al tratamiento judicial para los casos de criminalidad vinculada a la seguridad ciudadana (Prado, 2019, p. 107). Ello nos permite establecer distintas respuestas que expliquen dicha situación, en la primera, conforme se aprecia, la Defensoría del Pueblo, a través del Informe n.º 168, arribó a que, aproximadamente, del total de denuncias por los delitos de

13 Entre los años sesenta y noventa, a través de la participación de mafias italianas, se dio un crecimiento significativo de los actos de corrupción, como lo ha precisado Caciagli (1996, pp. 63-ss.).

peculado y colusión (delitos de corrupción más emblemáticos) la fiscalía ha archivado el 50 %, un gran porcentaje de dichos archivos engloban lo que la Defensoría ha denominado como «archivos inadecuados»¹⁴, denuncias que no debieron archivarse, por distintas razones, p. e., omisión de realizar peritajes necesarios imprescindibles o la desidia del representante del Ministerio Público para obtener información adecuada, o por efectuar una mala calificación de los hechos, es decir, problemas técnico-jurídicos: «no juicio de subsunción» (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 118), entre otros. Es decir, a pesar del endurecimiento en el marco normativo por parte del legislador, este no se ha preocupado en realizar una adecuada capacitación a los operadores jurídicos sobre los nuevos marcos legales, lo cual conlleva a una falta de conocimiento para resolver actos que propiamente engloban los supuestos de corrupción.

Asimismo, con relación a condenados por corrupción con penas limitativas de derechos, se aprecia que para la citada fecha en total eran 717 personas (Instituto Nacional Penitenciario [INPE], 2022, pp. 27-59). De igual modo, se distingue que las penas limitativas sobre casos de corrupción han aumentado; así, entre el año 2010 al 2013 no aparecía dentro de las estadísticas, debido a que era mínimo, en el año 2014 eran 110 condenados, en el 2015 eran 149, en el 2016 eran 214, en el 2017 eran 277, para agosto de 2018 eran 354, para el 2019 eran 453, en el 2020 eran 508 personas, finalmente, en el 2021 eran 571¹⁵. Con lo que se aprecia que los jueces, en vez de imponer sanciones efectivas, pues el art. 57 del CP prohíbe la suspensión, recurren a la conversión de penas, lo cual genera una óptica de impunidad.

14 Para mayores detalles, véase Defensoría del Pueblo (2014, p. 16).

15 Sobre los informes estadísticos del INPE véase: <https://www.inpe.gob.pe/estad/C3%ADstica1.html>

Igualmente, los pocos resultados frente a la lucha contra la corrupción desembocan en una falta de confianza de la sociedad sobre sus gobernantes, que conlleva a su vez a que seis de cada diez personas no denuncien casos de corrupción (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 27). De la misma forma, dicho espacio de impunidad para los agentes delictivos de supuestos de corrupción nos manifiesta un derecho penal benévolo para con los corruptos¹⁶, que conforme lo ha precisado la profesora Prieto (2008), podría denominarse como «derecho penal del amigo», el cual nos presenta «la transformación —a través de diversas vías— del instrumento punitivo en un tigre de papel frente a sujetos que ocupan posiciones destacadas social, económica y políticamente» (pp. 106-107)¹⁷.

8. PROPUESTAS

A partir de las estadísticas presentadas (Ministerio Público, INEI, PNP, etc.), se observa que la corrupción perjudica gravemente al Estado, y se han identificado los ámbitos más afectados. Es por ello que lo coherente es que el Estado, a través de sus principales instituciones, focalice su actuación —con los instrumentos más adecuados— en la lucha contra la corrupción sobre esos espacios sensibles, de tal forma que se obtengan resultados satisfactorios en la represión de dichos ilícitos; sin embargo, de la información, por ejemplo, del INPE, no se aprecian tales resultados¹⁸;

16 Por ejemplo, en Estados Unidos, el daño económico de los delitos de robos, hurtos, asaltos, todos combinados, es superado en diez veces por los daños de la corrupción, con ello se aprecia el efecto gravoso de esta para cualquier sociedad actual (Marcus, 2015, p. 119). Por lo tanto, resulta necesaria una correcta persecución penal para dichos actos de corrupción (Cruz, 2015, p. 82).

17 Marcus (2015) precisa que no es fácil una investigación y acusación para los casos de corrupción, debido a que los sujetos cuentan con factores a su favor, como son los espacios económicos, políticos y judiciales (p. 124).

18 Como lo mencionan Díez et al. (2004) son escasas las acusaciones por casos de corrupción en delitos de lavado de activos, fraude y corrupción (p. 41).

se cuenta con escasas sentencias condenatorias, a pesar del aumento de la tasa de denunciabilidad.

En tal sentido, corresponde a los funcionarios pertinentes, decisiones apropiadas en el ámbito normativo, como mejorar dichos espacios, sea a través de la creación, la modificación o la derogación de normas, con el correspondiente manejo técnico, de tal forma que no se permitan incongruencias dentro del ordenamiento jurídico, además de generar espacios para una efectiva punición. Estos espacios, desde luego, deben ir acompañados de los recursos oportunos para su efectividad, pues toda creación de norma implica de por sí actividades de sensibilización y capacitación a los actores jurídicos y la sociedad; pues se observa que muchas veces existe confusión en cuanto a la aplicación de los tipos penales vinculados a la corrupción, y se configuran, como en el caso de la contratación ficticia, supuestos como peculado, cuando lo pertinente es el delito de colusión, lo cual ha desembocado en archivos y sobreseimientos inadecuados.

De la misma forma, y teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno de la corrupción, resulta apropiado mejorar y crear nuevos indicadores que nos permitan realizar un seguimiento en la lucha contra esta¹⁹. Por ello, en lo referente al espacio represivo (sistema de justicia penal) corresponde la creación de indicadores por cada sistema (MP, PJ, etc.), pero también la creación de indicadores interinstitucionales, los cuales deben ser compartidos y publicados para que la sociedad también realice el control respectivo²⁰. Por ejemplo, establecer el número de sobreseimientos en relación

19 La Organización de los Estados Americanos ha recomendado generar información cuantitativa detallada relacionada con el proceso penal sobre los delitos de corrupción, ello a través del *Informe final* del Mecanismo de Seguimiento de la OEA sobre la corrupción en el Perú (MESICIC, 2013, p. 37).

20 Indica Salas (1997) que comúnmente se carece de datos empíricos para establecer metas (indicadores) (p. 217).

con las acusaciones por casos de corrupción, e indicar el medio utilizado (excepción de improcedencia de acción, prescripción, etc.), el total de sentencias absolutorias sobre condenas, el tipo de pena, las conversiones de pena, la incidencia de las condenas con penas privativas de la libertad efectivas; sobre el total de penas, verificar si el número de sentencias condenatorias ha aumentado en relación con los años anteriores, el seguimiento en el cumplimiento del pago de las reparaciones civiles, análisis cualitativos de los archivos, sobreseimientos y absoluciones, a fin de verificar su sustento y establecer —a su vez— nuevos indicadores, la incidencia respecto al pedido y la concesión de beneficios penitenciarios, el número de prisiones preventivas por corrupción que ha desembocado en condenas con penas efectivas. Ello nos permitirá establecer si existe una lucha eficaz contra la corrupción a nivel del sistema de justicia penal, pues actualmente en el Perú no se cuenta con información necesaria para establecer los indicadores pertinentes en el ámbito de la corrupción. Es a partir de ahí que podemos tener una concreta observación real de los avances en la lucha contra la corrupción. Con lo cual no negamos, todo lo contrario, la importancia de una visión más amplia sobre el tratamiento de la corrupción para generar resultados más plausibles (una visión interdisciplinaria)²¹.

Finalmente, el trabajo en la lucha contra la corrupción y la obtención de buenos resultados implica a todas las instituciones del Estado y a la ciudadanía en su conjunto, por lo que corresponde realizar una automirada que permita establecer los aspectos más complicados en el desarrollo de la identificación, el proceso y la sanción de los actos delictivos, de tal forma que se pueda brindar una respuesta idónea al problema.

21 Como bien señala Garland (2007), pensar que el sistema penal es el único mecanismo para el tratamiento del delito (corrupción) es errado, pues solo se tiene una visión reducida de este; el delito es un hecho social (pp. 192-193).

9. CONCLUSIONES

- La corrupción es un problema grave en nuestro país, lo cual ha sido advertido por el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 00017-2011-PI/TC-Lima, donde se establece que su lucha constituye un principio constitucional.
- Asimismo, se encuentra señalado que, con el devenir de los años, el peruano considera que actualmente (2019 al 2022) la corrupción es el principal problema en el desarrollo y el bienestar de nuestro país, lo cual ha generado que la confianza en las principales instituciones del país (ejecutivo, judicial y legislativo) sea escasa.
- El aumento en la preocupación por la corrupción se condice con el aumento de la tasa de denunciabilidad de casos de corrupción en los últimos años. Así, en el caso del Ministerio Público, se ha observado un aumento del 12 % en dos años, en tanto que para la Policía Nacional un aumento de 63 % en tres años (2018-2021).
- Dicha situación ha generado que el legislador se decante por políticas reactivas, aumento de penas, creación de delitos y agravantes, inaplicación de suspensión de penas y beneficios penitenciarios, entre otros, para los casos de corrupción.
- No obstante, a nivel de resultados, no se aprecia una correspondencia con el crecimiento de sentencias condenatorias, especialmente las penas privativas de la libertad, pues la población penitenciaria no ha variado en casi diez años (2013-2021).
- Una de las razones por las que no varían los resultados en relación con la política criminal más reactiva —muchos casos son archivados por desconocimiento técnico del ilícito y medios adecuados para una persecución penal— se debe a una falta de coherencia del legislador al momento de elaborar las leyes, p. e. al no establecer la generación de fondos públicos pertinentes para la correcta implementación y aplicación de la norma.
- El panorama expuesto nos permite tener una idea clara sobre el fenómeno de la corrupción. Ante tal situación, se exige al

legislador un trabajo racional al momento de crear, modificar o derogar una norma, debe analizar el impacto de esta y la aplicación de los recursos oportunos. De la misma forma, a fin de contar con seguimiento adecuado sobre los resultados en la lucha contra la corrupción, se deberán crear y mejorar los indicadores, de la mano con el trabajo conjunto de las distintas instituciones relacionadas con dicha labor.

REFERENCIAS

- Caciagli, M. (1996). *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) (2014, julio). *Boletín de la CAN n.º 3*.
- Corporación Latinobarómetro (2018). *Informe 2018*. <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp?CMSID=InformesAnuales&CMSID=InformesAnuales>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2018). Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, reparaciones y costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf
- Cruz, C. (2015). Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção (das novidades no direito penal aos problemas para o processo penal). En F. R. D'Avila e D. L. dos Santos (coords.), *Direito penal e política criminal* (pp. 81-103). EDIPUCRS.
- Defensoría del Pueblo (2014). *Informe Defensorial n.º 168. El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1189429/Informe-Defensorial-N-168.120200803-1197146-1d7hvve.pdf?v=1596480251>

- Díez, J. L. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. B de F Editorial.
- Díez, J. L., Gómez, A., Prieto, A. M., Stangeland, P. y Vera, D. J. (2004). *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*. Tirant lo Blanch.
- Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Siglo de Hombres Editores.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2022, julio). *Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones. Octubre 2019-marzo 2020. Informe técnico n.º 2*. https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad_2.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario (INPE) (2022). *Informe estadístico agosto 2022*. https://siep.inpe.gov.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_agosto_2022.pdf
- Jareño, Á. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*. Iustel.
- Krauth, C. M. (2018). Corrupción, crimen organizado y actividad política. *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación*, (1), 38-50. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/nomeniuris/article/view/21365/20888>
- Kubiciel, M. (2020). Corrupción y *compliance* en el derecho penal alemán. En M. Kubiciel y A. Carrión (dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado* (pp. 15-39). Editores del Centro.
- Marcus, P. (2015). Combatendo a corrupção nos Estados Unidos. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, 3(1), 117-124.
- Martínez, R. E. (2015). Corrupción en el Perú: ¿es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción? En

- A. Gaspar (dir.), *Estudios de política criminal y derecho penal: actuales tendencias* (pp. 383-403). Gaceta Jurídica.
- Martínez, R. E. (2019). *El delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Editores del Centro.
- Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) (2013). *República del Perú. Informe final*. Organización de los Estados Americanos. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_sp.pdf
- Ministerio Público (2019). *Boletín estadístico del Ministerio Público. Noviembre 2019*. <https://agenciafiscal.pe/Storage/modsnw/pdf/12055-k1Nl6Ag7Le1Bg4B.pdf>
- Muñoz, F. (2010). *Derecho penal parte especial* (18.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Ortiz de Urbina, Í. (2012). Delitos contra la Administración pública. En J. M. Silva (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (pp. 617-666). La Ley.
- Perú21 (2020, 21 de septiembre). Caso Interoceánica Sur: Procuraduría identifica más de S/1,400 millones en perjuicio al Estado. <https://peru21.pe/politica/caso-interoceanica-sur-procuraduria-identifica-mas-de-s1400-millones-en-perjuicio-al-estado-odebrecht-alejandro-toledo-corrupcion-noticia/>
- Poder Judicial del Perú (2022). *Estadística de la criminalidad. Primer trimestre 2016-2022. 2022-I*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5f65628047a797ff953a972a87435a1f/Resumen+Ejecutivo+Estadistica+de+la+Criminalidad+I+Trimestre+2016-2022FF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5f65628047a797ff953a972a87435a1f>
- Policía Nacional del Perú (PNP) (2018). *Anuario Estadístico 2018*. <https://www.policia.gob.pe/estadisticopnp/documentos/anuario-2018/anuario-estadistico-policial-2019-v.2.pdf>

- Policía Nacional del Perú (PNP) (2019). *Anuario Estadístico Policial 2019*. <https://www.policia.gob.pe/estadisticopnp/documentos/anuario-2019/anuario-estadistico-policial-2019-V2.0.pdf>
- Policía Nacional del Perú (PNP) (2021). *Anuario Estadístico Policial 2021*. <https://www.policia.gob.pe/estadisticopnp/documentos/anuario-2021/anuario-estadistico-policial-2021.pdf>
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2019). *Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos*. Gaceta Jurídica.
- Prado Saldarriaga, V. R. y Prado Manrique, B. V. (2021). *Políticas públicas y criminalidad. Una introducción a la política criminal*. Ideas Solución Editorial.
- Prieto, A. M. (2008). Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol. En Olaizola, I., Melón, A., Valeije, E., Duarte, R., Erice, E., Prieto, A. M., Giménez, J., Esnaola, J. Á., Torres, J., Alli, J.-C. y López de Hontanar, J. F., *Cuadernos penales José María Lidón. Núm. 5. Corrupción y urbanismo* (pp. 91-122). Universidad de Deusto.
- Rodríguez-Arana, J. (2020). *Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario)*. En R. Martínez (dir.), *La corrupción: criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal* (pp. 869-906). Editores del Centro.
- Rotsch, T. (2018). Corrupción y *compliance*. En V. Gómez, J. P. Montiel y H. Satzger (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (pp. 227-241). Marcial Pons.
- Sabán, A. (1991). *El marco jurídico de la corrupción*. Civitas.
- Salas, L. (1997). La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América

- Latina. En J. L. Gómez y J. L. González (coords.), *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)* (pp. 203-252). Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions.
- Shack, N., Pérez, J. y Portugal, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria*. Contraloría General de la República. https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf
- Transparency International (2019). *Global corruption barometer Latin America & the Caribbean 2019. Citizens' views and experiences of corruption*. https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_LAC_Report_EN1.pdf
- Vásquez, C. (2011). Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 361-408.



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 185-210

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.721

La certificación por niveles frente a la lucha contra la corrupción. El caso del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

Certification by levels in the fight against corruption.
The case of the Supervisory Body for Public
Procurement (OSCE)

A certificação por níveis para a luta contra a
corrupção. O caso do Organismo Supervisor das
Contratações do Estado (OSCE)



LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ
Universidad Nacional de Huancaavelica
(Huancaavelica, Perú)

Contacto: 2021814047@unh.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

RESUMEN

El autor del presente ensayo se enfoca en la certificación administrativa como técnica de derecho administrativo y hace notar que la noción voluntarista del acto administrativo es una figura que no

permite la comprensión del instituto analizado. Para ello toma en cuenta que la certificación no implica una mera declaración volitiva administrativa, sino que conlleva en su interior las declaraciones de juicio, deseo y conocimiento de la organización pública para luego analizar el papel de la actividad contractual como un espacio singular de las relaciones jurídico-administrativas en las que interactúan los poderes públicos con los particulares, estos últimos en un papel distinto a la noción elemental de administrados, a efectos de que ambas partes obtengan un beneficio mutuo al abrigo del régimen jurídico exorbitante de la administración que, aunque contratante, no pierde su calidad de administración. De este modo, con el uso de las técnicas hermenéutica e histórica, en la presente investigación se asume que la certificación por niveles exigible en el plano de las contrataciones públicas se constituye en una herramienta técnica interesante para reducir la falta de experiencia de quienes tienen a cargo los diversos procedimientos de selección y desincentiva conductas en las que se quiera sacar provecho de la ausencia de formación especializada.

Palabras clave: certificación por niveles; actividad administrativa contractual; OSCE; contrataciones públicas; corrupción.

Términos de indización: corrupción; Administración pública; contratación; competencia profesional (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

The author of this essay focuses on administrative certification as an administrative law technique and points out that the intentional notion of such administrative act is a concept that does not allow the understanding of the analyzed issue. To this end, it is taken into account that the certification does not imply a mere administrative intentional declaration, but involves statements that prove sense of judgment, desire and knowledge of public organization in order

to then analyze the role of procurement as a singular area of legal-administrative relations in which public authorities interact with individuals, being analyzed in a role different from the elementary one of administered subjects, so that both parties obtain a mutual benefit under the enormous legal administrative regime which, although intervenes as a contracting party, it does not lose its capacity as a public administration entity. Thus, with the use of hermeneutic and historical techniques, this research shows that certification by levels in the field of public procurement is an interesting technical tool to reduce the lack of experience of those in charge of the various procurement procedures and to discourage behaviors that tend to take advantage of the absence of specialized training.

Key words: certification by levels; administrative procurement activity; Supervisory Body for Public Procurement (OSCE); public procurement; corruption.

Indexing terms: corruption; public administration; recruitment; occupational qualifications (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O autor do presente ensaio centra-se na certificação administrativa como técnica de direito administrativo e assinala que a noção voluntarista de ato administrativo é um conceito que não permite a compreensão do instituto analisado. Para isso, leva-se em conta que a certificação não implica uma mera declaração administrativa voluntária, mas bem que leva no seu interior as declarações de julgamento, desejo e conhecimento da organização pública para analisar seguidamente o papel da atividade contratual como um espaço único das relações jurídico-administrativas em que os poderes públicos interagem com os indivíduos, estes últimos num papel diferente da noção elemental de administrados, a fim de que

ambas as partes obtenham um benefício mutuo no âmbito do regime jurídico excessivo da administração que, embora é parte contratante, não perca a sua qualidade de administração. Assim, com a utilização de técnicas hermenêutica e histórica, tem-se, nesta investigação, que a certificação por níveis exigível no âmbito das contratações públicas é um instrumento técnico interessante para reduzir a falta de experiência dos encarregados dos diversos processos de contratação pública e o desencorajamento de comportamentos que se aproveitam da ausência de formação especializada.

Palavras-chave: certificação por nível; atividade administrativa contratual; Organismo Supervisor das Contratações do Estado (OSCE); contratações públicas; corrupção.

Termos de indexação: corrupção, Administração pública, contratação, concorrência profissional (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 16/03/2023

Revisado: 25/04/2023

Aceptado: 09/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaengt@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

Vladimir Katherniak Padilla Alegre (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

upadilla@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5864-9705>

1. INTRODUCCIÓN

Las contrataciones públicas son un espacio jurídico formal-material enlazado al ejercicio de la denominada actividad contractual de la administración en el curso de sus potestades de derecho administrativo en el que, de acuerdo con Burzaco Samper (2016), «la relevancia de los fondos públicos dedicados a la contratación conduce inevitablemente a preguntarse si no es factible que, a través de la misma, puedan alcanzarse fines que trasciendan el objeto propio de cada contrato» (p. 285).

Su diaria práctica se enlaza a un entero manejo mixto de vigorosas potestades regladas y reducidas potestades discrecionales, sin perjuicio de la actividad técnica innata a esta disciplina, que regulan dicho quehacer dentro de un marco jurídico habilitante establecido por la ley de la materia, así como por su regulación reglamentaria y la copiosa actividad de nivel sublegal desplegada por la administración rectora. Ello independientemente de las opiniones vinculantes enfocadas a establecer parámetros de interpretación e integración necesarios para tal propósito que contribuyen a complementar, en gran medida, el universo jurídico de las contrataciones públicas (Tafur, 2021) bajo el desarrollo de un modelo consensual (Loo, 2018) entre lo que busca la administración y lo que el particular se encuentra en capacidad de brindar a través de un intercambio económico arropado bajo técnicas de derecho administrativo sobre el soporte de procedimientos de selección.

Ahora bien, en atención a los bienes, los servicios y las obras que la comprenden, es altamente posible que las relaciones entre el Estado y los particulares a través de dichas técnicas se vean influenciadas por la corrupción, que es un fenómeno social y jurídico que socava la marcha hacia una buena administración; desde dicha perspectiva, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) apuesta en el Perú por la certificación por niveles como un instrumento destinado a validar las competencias de

quienes tienen una relación directa con las contrataciones públicas, lo que será materia de análisis a través del presente trabajo académico.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente ensayo se realizó al amparo de una investigación cualitativa en tanto los métodos de investigación aplicados se basan en los de carácter hermenéutico e histórico relacionados con el estudio de la certificación por niveles como un medio destinado a hacer frente a la corrupción en el campo de las contrataciones públicas en el Perú. Cabe indicar que, atendiendo a la naturaleza propia de la investigación cualitativa, el estudio se limita a analizar tales aspectos acudiendo, en cuanto es necesario, a la doctrina y la jurisprudencia con el propósito de reforzar la interpretación realizada, de manera tal que no se pretende probar hipótesis alguna.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. La actividad contractual de la administración como poder público

Como poder público, la administración hace su aparición sobre el inicial sustento de la diferenciación entre las funciones administrativas y jurisdiccionales, y no cabe espacio para hablar, todavía, de una actividad contractual administrativa. El fragor de los tiempos no era el escenario propicio para tal preocupación más centrada en hacer efectiva la conquista de los nuevos derechos, el afianzamiento de la Administración pública como nueva organización y el posible retorno de la monarquía. La ocurrencia de tal situación no resulta circunstancial, sino que deriva del recelo de los constructores de la nueva organización frente a los tribunales, normalmente aliados del gobierno regio al punto tal de que son famosas las constituciones y leyes dadas al respecto para resguardar al naciente

poder público al abrigo del diseño de la separación de poderes, entendiendo que el contrato rivaliza con el poder político (Ariño, 2007, pp. 81-85). Años más tarde, ya fortalecido el desarrollo de los nacientes Estados, se hace necesario que la administración realice contratos con los particulares a efectos de poder efectuar sus cometidos de interés público, ello lleva a un amplio debate de si tal actuar representa o no la voluntad de la administración. Lo anterior acontece por la pronunciada importancia que se le ha dado al acto administrativo, al extremo inverosímil, por cierto, de entenderlo como un evento generador de las otras diversas formas de la actividad administrativa y no como lo que es: una especie (más) del quehacer de la nueva organización sobre las bases del derecho administrativo. Su paulatino crecimiento como organización, que se contrasta con la rápida habilidad de los burgueses para generar negocios, es lo que reclama que se deban delimitar los alcances de la actividad administrativa. De esto nos permite dar cuenta la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado documentada por la doctrina (Boquera, 1957) en el orden siguiente:

1. En la voz del *arrét Époux Bertin* (1956), que abre el espacio al tema contractual público al analizar las prestaciones alimentarias brindadas, mediante un contrato verbal donde era dudosa la existencia del régimen jurídico exorbitante, por una pareja de esposos al Centro de repatriación como órgano dependiente del Ministerio de Prisioneros.
2. Más tarde se emite el *arrét Consorts Grimouard* (1956), también de dicho cuerpo jurisdiccional, donde la repoblación forestal desarrollada por el Ministerio de Agricultura a través de un particular termina en un incendio generado por quien debía contribuir a materializar tal acción, generando que la administración y el particular sean identificados, por el Tribunal Administrativo de Poitiers, como responsables solidarios frente a la indemnización ante

los administrados afectados, quienes tenían la calidad de terceros en la relación surgida entre el Estado francés a través de la administración y el concesionario, lo que llevó a que se hable de una relación de naturaleza contractual.

Como se ve, el eje de análisis efectuado por el Consejo de Estado giraría en el campo procesal a efectos de determinar si era el juez administrativo o el juez común el que debía identificar la forma de actuación concreta de la administración, estando de acuerdo con Brewer-Carías (1981) cuando afirma que la determinación competencial del tribunal para dirimir controversias administrativas es parte del sustento del régimen jurídico del derecho contractual público. Sobre lo señalado, sirve tal contexto para sentar las bases de una actividad administrativa de concierto con los particulares para la provisión de bienes y servicios.

Con el paso del tiempo, la noción de actividad contractual administrativa se ha alejado de la noción de acto administrativo, pues, como precisa Muñoz Machado (2017), «siempre requieren el concurso de otra voluntad externa a la de aquella, normalmente de un sujeto privado» (p. 15); de manera tal que se llega a entender, en la actualidad, su entera autonomía.

3.2. La certificación como técnica de derecho administrativo

Como organización vicarial, la administración ha ido gestando diversas técnicas a efectos de concretar el ejercicio de su poder con el propósito de establecer una interacción uniforme en sus relaciones con los ciudadanos en su calidad de administrados. Para justificar dicho contacto no basta la noción del acto administrativo. De esta manera, entre otras, se han desarrollado la autorización, la delegación, la concesión, la habilitación y, por supuesto, la certificación. Respecto de esta última, debemos dejar establecido que se

constituye en una declaración administrativa de juicio, así como de conocimiento y deseo con la que la administración valida determinada situación a tono con las previsiones del Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001)¹. Veamos tal precisión tripartita:

1. La certificación se constituye en una declaración de juicio, ya que la autoridad administrativa emite un juicio de valor que lleva implícito el necesario escrutinio de las razones —fácticas, jurídicas, técnicas, discrecionales, regladas, etc.— que le llevan a asumir determinada posición; tal juicio se puede apoyar en las razones que reposan en el documento mismo que se emitirá para tal fin (un certificado de estudios, un certificado de nacimiento) o en las anteladas actuaciones administrativas de trámite (por ejemplo, en exámenes o registro de notas o de asistencia, participación en foros; la inspección técnico vehicular, etc.) que le sirven de respaldo. Cabe indicar que puede ser emitida por medios digitales o automatizados (certificados de antecedentes penales, policiales o judiciales).
2. La certificación es una declaración de conocimiento (Ahumada, 2001, p. 66; Muñoz, 2017, p. 15), puesto que la administración exterioriza el hecho o evento que se le noticia (un certificado de inspección técnico vehicular), no importa aquí si tal situación le es hecha conocer oficiosamente o a pedido de parte, atendiendo a que lo que cabalmente importa es lo que se acreditará de manera externa; en este punto, como declaración de conocimiento, se rompe la noción clásica de la voluntad como forma

1 Al respecto véanse los artículos 5, inciso 5.1; 73, inciso 73.2; 171, inciso 171.1; 245, inciso 245.1, de dicha legislación.

única de producción de efectos jurídicos, lo que revela que la noción de acto administrativo resulta insuficiente para dar respuesta a diversos fenómenos jurídicos, entre ellos, el referido a la certificación administrativa.

3. La certificación es también una declaración de deseo de la administración, puesto que materializa el interés de la administración enfocada en concretar la prestación, previo al cumplimiento de determinados requisitos, que emana de la situación alcanzada.

Desde la noción cerrada del acto administrativo como sinónimo de declaración volitiva, corresponde indicar que a la declaración de deseo siempre se le otorga un sitial secundario, se niega la posibilidad de que produzca efectos jurídicos externos por sí misma, y se procede a asimilarla a las actuaciones administrativas de trámite y a actuaciones de administración interna a efectos de aquietar la duda y la potencial ausencia de sintonía que pudiera producirse. Para tal propósito, con el fin de evitar el libre voluntarismo de la autoridad, se sostiene que se puede sustentar en actuaciones previas que validan, con detalle, la futura decisión administrativa que va a llevar a certificar positiva (el ganador de un procedimiento de selección) o negativamente (el perdedor en dicho procedimiento) determinada situación.

Sin embargo, en ella no siempre es fácil la distinción entre esta declaración proyectada a servir de sustento a una futura decisión administrativa (la convocatoria a una concesión, las bases para una contratación pública) o aquella que reclama su propia autonomía (una orden de servicio, una orden de compra, un certificado de estudios). Esto ha generado que el modelo teórico ligado al acto administrativo como noción enteramente volitiva la circunscriba a considerarla como una actuación sin efectos jurídicos externos.

Del escrutinio realizado, se advierte que la idea de acudir a la noción de acto administrativo para explicar a la certificación como técnica de derecho administrativo no siempre es un ejercicio fructífero y feliz, ya que sobrepasa la noción voluntarista del proceder administrativo; en tal orden de ideas, la certificación rompe el esquema de ser una simple declaración de conocimiento de la administración para insertarse en esta triple proyección en sustento de los argumentos antes desarrollados.

3.3. Contrataciones públicas y la corrupción como problema en dicho ámbito

La corrupción es un grave problema no solo nacional, sino global, su fuerte incidencia en el campo de las contrataciones públicas termina perjudicando los presupuestos públicos al igual que la finalidad pública innata a la realización de trabajos estatales, así como la propia operancia de lo que es materia de contratación (Salazar y Angles, 2018). Genera, en alto grado, la desviación de poder de los agentes públicos al hacer prevalecer los mezquinos intereses de ciertos particulares con el manejo de los recursos de todos los ciudadanos (Pérez, 2022), que se obtiene de su obligación constitucional de contribuir; más aún si se toma en cuenta que en el 2019, al abrigo de la metodología para la evaluación de los sistemas de contratación pública, generada en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el valor de las contrataciones públicas ha sido de €82.608 millones de euros (MAPS, 2023), en tanto que durante el trienio 2017-2019 más de S/40 000 millones se destinaron en materia contractual (Tafur, 2021, p. 73). No resulta casual que, además de las menciones diversas a la figura de la corrupción en el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones

del Estado (2019)², y en el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo n.º 377-2019-EF (2019)³, se establezca la definición de lo que constituye el acto de corrupción entendido en los siguientes términos:

Acto de corrupción: Es el requerimiento o aceptación por, o el ofrecimiento u otorgamiento a, ya sea directa o indirectamente, un servidor público o persona que ejerce funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, 2019, anexo 1)

Desde dicha perspectiva, para hacer frente a la corrupción, el legislador recoge diversos institutos y técnicas a efectos de racionalizar la actividad administrativa contractual, los cuales se enfocan en maximizar el ejercicio de lo público a tono con la exorbitancia de la contratación pública; entre ellas se encuentra la figura de la certificación por niveles.

3.4. La certificación por niveles en las contrataciones públicas

El ejercicio de la actividad contractual de la administración reclama un alto grado de especialización que está dentro del espacio de la discrecionalidad técnica, al que se aúnan los criterios enmarcados

2 Sobre el sustento de los artículos 11, inciso 11.1, apartados m y n; 32, inciso 32.3, b; y 36, inciso 36.2, de la aludida ley.

3 Al respecto, los artículos 7, inciso 7.1, apartado a; 46, inciso 46.5; 52, inciso b, apartado i; 115, inciso 115.1, apartado e; 138, inciso 138.2, apartado ii; 138, inciso 138.4, apartados b y c; 264, inciso 264.1, apartado g, del citado reglamento.

en las competencias regladas y discrecionales permitidas a los agentes de la administración que se encuentran desarrollados en la ley, el reglamento y los casi innumerables ejércitos jurídicos de directivas y opiniones técnico vinculantes emitidos por el OSCE. A ello se unen el manejo de ingentes recursos públicos que se presentan como una interesante oportunidad para echar mano de ellos por parte de quienes ven en el Estado un botín de fácil acceso.

Para cerrar filas contra todo potencial actuar denostable que pudiera producirse frente a la aludida situación, amén de otros institutos jurídicos, en el caso peruano se regula la exigencia (Directiva n.º 002-2020-OSCE/CD, 2020, puntos I, III, 7.1) de la certificación por niveles como un medio para hacer frente a la corrupción. El dato básico nos lo brinda el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, al amparo de la redacción siguiente:

Artículo 5. Organización de la Entidad para las contrataciones:

[...] 5.3. Los servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación, son profesionales y/o técnicos certificados. [...].

La certificación se constituye en un medio objetivo de acreditación competencial en una materia que, más allá de lo sostenido, se encuentra en constante cambio a efectos de asegurar el resultado exitoso de los diversos procedimientos de selección en general y de las diversas etapas de la contratación realizada por la administración en el curso de sus potestades de derecho administrativo orientada a «garantizar que realicen una gestión óptima, eficiente y competente» (Rondón, 2020, p. 25). Contribuye el presente cuadro de nuestra autoría a ilustrarnos al respecto:

Tabla 1

Certificación por niveles de los profesionales y los técnicos que prestan servicios en los órganos encargados de las contrataciones en el Perú

Criterios	Niveles		
	Nivel básico	Nivel intermedio	Nivel avanzado
Puntaje	Aprobar con treinta (30) puntos o más en el examen supervisado	Aprobar con cuarenta y tres (43) puntos o más el examen supervisado	Aprobar con cincuenta y ocho (58) puntos o más el examen supervisado
Instrucción	Ser egresado de educación superior a nivel técnico o universitario	Contar con el grado de bachiller o título profesional técnico	Contar con grado de bachiller o título profesional técnico
Años de experiencia			
Experiencia laboral general	Tres (3) años	Cinco (5) años	Siete (7) años
Experiencia laboral específica	Experiencia laboral en logística pública o privada por el plazo de un (1) año	Experiencia laboral en contratación pública por el plazo de dos (2) años	Experiencia laboral en contratación pública por el plazo de cuatro (4) años

Para tal propósito, luego de los pagos pertinentes y de su correspondiente validación ante el OSCE, el administrado debe acceder al Sistema Informático de Certificación de Acuerdo a Niveles (SICAN) con el propósito de rendir su evaluación, luego de la cual, en caso el resultado sea exitoso, constituye el título habilitante para desempeñarse al interior del órgano encargado de las contrataciones de la administración. En tal sentido, dicha evaluación se encuentra jurídicamente sustentada en la siguiente regulación a lo largo del tiempo:

1. La emisión de la Resolución n.º 407-2012-OSCE/PRE, del 20 de diciembre de 2012, que aprueba la Directiva n.º 021-2012-OSCE/CD, Procedimiento para la Certificación de los Profesionales y Técnicos que laboran en los Órganos encargados de las Contrataciones de las Entidades, y sus modificaciones establecidas a través de la Resolución n.º 374-2015-OSCE/PRE, del 6 de noviembre de 2015.
2. La expedición de la Resolución n.º 003-2017-OSCE/CD, del 31 de marzo de 2017, que aprueba la Directiva n.º 003-2017-OSCE/CD, «Procedimiento para la certificación de profesionales y técnicos que laboran en los órganos encargados de las contrataciones de las Entidades».
3. Dicha directiva es reformada, en atención a los cambios legales y reglamentarios propios del régimen jurídico de las contrataciones públicas, con la Resolución n.º 019-2017-OSCE/CD, que aprueba la Directiva n.º 013-2017-OSCE/CD, «Certificación por niveles de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades públicas», con entrada en vigencia a partir del 4 de septiembre de 2017.
4. Posteriormente, se emite la Directiva n.º 002-2018-OSCE/CD, «Certificación de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades públicas», aprobada mediante la Resolución n.º 001-2019-OSCE/PRE.
5. En la actualidad, se cuenta con la Directiva n.º 002-2020-OSCE/CD, «Certificación de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las Entidades Públicas», aprobada mediante la Resolución de Presidencia n.º 031-2020-OSCE/PRE, del

13 de febrero de 2020, con ampliación del plazo de vigencia de las certificaciones por mandato de la Resolución n.º D000244-2022-OSCE-PRE.

Llama la atención que en las primeras directivas, en lo referente a la finalidad, se llegara a precisar que la implementación de la certificación se enfoca en «garantizar una gestión eficiente y competente de las contrataciones por parte de las Entidades», para que más tarde se sostenga, en la última directiva, que su finalidad radica en establecer las líneas clave aplicables al examen de certificación y al conducto formal de este. Ello lleva a identificar que la certificación reclama la realización de un procedimiento administrativo previo al que se califica como un trámite sujeto a evaluación previa de la administración con silencio negativo en caso no haya respuesta de la organización competente consonante con la regulación establecida en el Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Presidencia de la República del Perú, 2019, artículo 5, inciso 5.3). Las diferencias detectadas entre las directivas no dejan de ser interesantes, pues en los orígenes de la certificación objeto de estudio, se advierte que se enfatiza la eficiencia y la competitividad de la actividad contractual y se llega a entender que, con el tiempo, el legislador administrativo asume que el uso de la técnica certificadora viene ya cumpliendo su propósito. Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva n.º 002-2020-OSCE/CD (2020) determina que la certificación es producto de un previo procedimiento electrónico (puntos VI y 7.3) enfocado en la acreditación de competencias, previa evaluación de la administración certificadora, de manera que se encuentra bajo potestades administrativas: dicho detalle reviste interés, puesto que al abrigo de requisitos enteramente reglados con una correlativa reducción de discrecionalidad administrativa, se procederá a la evaluación de acuerdo con el nivel requerido por el administrado. Cabe indicar que no estamos ante un

procedimiento electrónico total, pues no es completamente automatizado, ya que un órgano de la administración, como la Subdirección de Desarrollo de Capacidades en Contrataciones del Estado, procederá a la evaluación de los requisitos exigibles en cada nivel. Al respecto, la aludida directiva prescribe lo siguiente:

El servicio de rendición de examen de certificación y el procedimiento administrativo de certificación se realizan a través del SICAN. La certificación emitida por el OSCE es un documento virtual, disponible y accesible, que tiene plena validez, y puede imprimirse desde el SICAN. El certificado impreso cuenta con Código QR que permite constatar su veracidad a través de la tecnología del Blockchain. (Directiva n.º 002-2020-OSCE/CD, 2020, punto 7.3)

Nos encontramos ante una actuación administrativa de carácter certificador emitida al amparo de medios tecnológicos que, sobre la base de los criterios reglados establecidos a tal efecto en la actividad reglamentaria aludida, determinan el acceso a la certificación y el mantenimiento de esta en el tiempo, que se regula con especificidad para un plazo de dos (2) años, luego del cual, en caso de no haberse producido su renovación a pedido de parte, se asume que ocurre su pérdida automática (Directiva n.º 002-2020-OSCE/CD, 2020, punto 7.4). Esto no evita que, de manera prudencial, se solicite nueva certificación mucho antes de la culminación del período de vigencia; de modo tal que nos encontramos ante un título habilitante determinado, que es una excepción al carácter indeterminado de estos, conforme a la previsión desarrollada en el Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Presidencia de la República del Perú, 2019, artículo 5, inciso 5.3). Este se encuentra a tono con el mandamiento previsto en el artículo 42 del Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba

el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001), el cual prevé que por mandato de la ley o por decreto legislativo se determine tal temporalidad o que se haga por decreto supremo de manera excepcional. Ello, precisamente, ocurre con la previsión establecida en el aludido decreto supremo, que se constituye en el debido soporte jurídico para compaginar el buen propósito de la certificación por niveles a tono con la finalidad pública que se pretende alcanzar frente al mandamiento del artículo 42 de la ley general administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación jurídica de la materia delinea la necesidad de abogar por una certificación constante que se oriente a enriquecer los procesos de aprendizaje en materia de contrataciones públicas y de la racionalidad de la toma de decisiones.

Ahora bien, con independencia de la fiscalización posterior, la regulación objeto de análisis determina que la no certificación del personal que interviene en los procesos de contratación no tiene incidencia sobre ellos (Directiva n.º 002-2020-OSCE/CD, 2020, punto 7.8, segundo párrafo), ya que se entiende que debe primar la finalidad pública de la actividad contractual de la administración por sobre las incidencias que se pueden presentar; en este punto, la regulación reglamentaria no establece distinción entre el personal interviniente no certificado o aquel que, habiendo tenido la certificación, ha generado el decaimiento de su título habilitante.

3.5. La certificación por niveles a nivel de las contrataciones públicas, ¿es una herramienta efectiva contra la corrupción?

Desde la comprensión del fenómeno materia de análisis, cabe indicar que la certificación por niveles es una técnica depurada de racionalidad en las contrataciones públicas, atendiendo a que permite que el personal ligado a las contrataciones públicas pueda desplegar sus competencias con un alto grado de eficiencia con la

consiguiente reducción de imprevisión y negligencia de quien se encuentra involucrado en las compras públicas.

Aboga, en tal orientación, la exigencia de la experiencia general y específica requerida al personal en contacto con la actividad administrativa contractual, que es un importante filtro para quienes tienen diario contacto con el ejercicio de las atribuciones exorbitantes de la administración, las cuales reclaman un alto nivel de especialización con miras a resultados concretos y determinados en un marco de gestión por resultados, en un espacio donde las obras públicas constituyen un medio no solo para satisfacer el interés público, sino también para hacer efectivas las expectativas de los ciudadanos frente a las mejoras en su entorno. Ello constituye un valioso soporte para cerrar filas ante la falta de experiencia que pudiera tener el agente de la administración, lo que podría conllevar, en ausencia de lo señalado, a una fácil manipulación de los requisitos para una buena contratación y por ende a un exceso de discrecionalidad del agente público, dejando espacio para un potencial escenario de corrupción en la definición que se hace de dicho instituto previsto en el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo n.º 377-2019-EF (Presidencia de la República, 2019).

En tal orden de ideas, pese a la formulación de los criterios de valoración para el acceso a la certificación administrativa por niveles, Rondón Valderrama (2020) identifica problemas en el diseño (pp. 35-46) que pueden servir de insumo para la mejora de esta técnica, que no se agota en la labor supervisora entregada competencialmente al jefe de administración de cada organización pública involucrada con la actividad contractual administrativa. Resulta necesario que cada organización jurídico-pública en el país inserte la validación previa del cumplimiento de la certificación como parte de sus programas de cumplimiento, con miras a prevenir potenciales escenarios lindantes con la corrupción (Madrid y Palomino, 2020).

En este aspecto, la labor del OSCE debe verse complementada con la previsión antes señalada; con el propósito de reducir riesgos en la contratación pública, dado que la carencia de especialización en temas complejos, como los de las contrataciones públicas, genera un potencial concierto con miras a generar beneficios indebidos para quienes proyectan un resultado favorable para sí o para terceros.

Al esfuerzo del OSCE hoy, que se fortalece con la implementación de una base de datos donde se puede identificar a quienes se encuentran certificados, se une la entera obligación de la administración en verificar la previa acreditación de tales competencias como parte de sus buenas prácticas administrativas (Doria, 2019). Esto con el propósito de evitar problemas futuros no solo ligados a las fases de los diversos procedimientos de selección, sino también en cuanto a la potencial intervención de la Oficina de Control Interno (OCI) de cada administración (Ruíz y Delgado, 2020), así como de la Secretaría Técnica en materia disciplinaria.

Sobre este último aspecto, hemos encontrado la posición institucional de dos administraciones públicas con posiciones divergentes que se han hecho conocer públicamente por la aplicación del principio de transparencia:

1. En cuanto al Gobierno Regional del Callao, se ha determinado que la certificación por niveles si bien se enlaza con la falta disciplinaria referida a la negligencia en el ejercicio de funciones del artículo 85, inciso d, de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil, encuadrada en el artículo 5, inciso 5.3, del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no alcanza al investigado. Si bien la regulación jurídica aplicable recoge la obligatoriedad de la certificación, ello no significa forzosamente «que el jefe del órgano encargado de las contrataciones (en el caso del Gobierno Regional es el jefe de la

Oficina de Logística) cuente con dicha certificación para el ejercicio del cargo» (Resolución Jefatural n.º 020-2021-Región Callao-GRC/GA-ORH, 2021, punto IV). Se llega a sostener, en otra decisión, que tal certificación, «el no contar con un certificado al momento de asumir la Jefatura de la Oficina de Logística no es un requisito sine qua non para asumir dicho cargo como tal» (Resolución Jefatural n.º 037-2021-Región Callao-GRC/GA-ORH, 2021, punto IV), y se genera, en ambos casos, el archivo del disciplinario.

2. En cuanto a la Universidad Nacional del Callao, respecto del procedimiento disciplinario seguido a dos exfuncionarios, se invoca la transgresión del artículo 85, inciso d, de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil. Se establece, dentro de su soporte argumentativo, que la carencia de vigencia de la certificación genera la producción de la falta materia de imputación, puesto que «como ex funcionario de la OASA y participante directo en lo relacionado a la gestión de contrataciones de la Universidad Nacional del Callao, debió tener actualizada» tal certificación (Resolución n.º 425-17-R, 2017, puntos 4.1 y 4.2), lo cual conlleva a la sanción impuesta a los ex funcionarios públicos.

El análisis de estos tres pronunciamientos de la administración, a nivel de gobierno regional y universitario, sirve de importante insumo para la comprensión de las acciones ante la exigencia de contarse con la certificación por niveles frente a la corrupción. Ello constituye un dato relevante para entender que la plena necesidad estatal de la certificación se orienta a reducir situaciones de imprevisión en la toma de decisiones a nivel de la actividad administrativa contractual, lo que genera la profunda reducción de arbitrariedad y con esto la minimización de conductas destinadas a obtener provecho, para sí o para terceros, de los fondos públicos;

aboga en tal comprensión que, de acuerdo con información oficial del propio OSCE (7 de febrero de 2023), se cuente con más de quince mil profesionales y técnicos con certificación por niveles. Esta información es de interés para comprender los esfuerzos del Estado en la reducción de situaciones anómalas en un espacio de la actividad administrativa proclive a la corrupción.

4. CONCLUSIONES

El derecho administrativo nace como una disciplina jurídica de corte jurisprudencial sobre la base de la previsión legislativa de la prohibición constitucional y legal de no turbar a los administradores al no tener pronta aparición el ejercicio de la actividad administrativa contractual.

Más tarde, la administración repara en la necesidad de requerir bienes y servicios y hace su aparición el tema contractual, que constituye un forado en el espacio administrativo que se entendía excluyente a las relaciones civiles. Ello genera voces discrepantes que se dividían entre quienes consideraban invasivo pensar que la administración se sirviera del derecho civil para determinar las necesidades de tales requerimientos y quienes asumen que es necesario ir construyendo las bases de este nuevo espacio siempre bajo la égida del derecho administrativo. Abonan, en esta última precisión, el *arrét Époux Bertin* y el *arrét Consorts Grimouard* (1956) al ligar el aspecto contractual a la prestación de servicios públicos. Con el paso del tiempo, la actividad contractual se ha ido asentando hasta ser parte del gasto público en un alto porcentaje, al punto del riesgo de ser horadada por la corrupción, que compromete la maximización de los beneficios producto de las obras públicas y de la finalidad pública que implica desarrollar obras para el beneficio de los ciudadanos. Esto ha llevado a que se tomen técnicas clásicas de derecho administrativo para su repotenciación

enfocándose en cerrar filas frente a este fenómeno anómalo. Para el caso peruano, se recoge la certificación por niveles como una herramienta enfocada en el cierre de brechas de conocimiento y de reducción de la negligencia de quienes se vinculan a las contrataciones públicas. Se trata de un esfuerzo interesante del Estado peruano que se centra en la profesionalización del personal ligado a la actividad administrativa contractual. Obviamente, el uso de esta técnica no resuelve por sí solo los problemas ligados a la corrupción, pero se expone como una herramienta enfocada en la eficiencia de las contrataciones públicas y en la reducción de potestades discrecionales de quien interactúa con la administración en materia contractual pública y del particular que pretende obtener provecho del inadecuado manejo de la técnica contractual.

Por último, corresponde dejar establecido que si bien la certificación por niveles representa un gran avance frente a la lucha contra la corrupción, necesita mejoras en diversos aspectos, como los del monitoreo, que pueden ser materia de perfeccionamiento a través de la previsión dentro de los programas de *compliance* gubernamentales al interior de las propias administraciones públicas. El propósito de lo señalado es reducir conductas de imprevisión y negligencia que puedan dar lugar a situaciones de potencial corrupción en un espacio de alto impacto en la comunidad, como es el referido a las contrataciones públicas.

REFERENCIAS

- Ahumada, F. J. de (2001). *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*. Dykinson.
- Ariño, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, (172), 79-102.

- Boquera, J. M. (1957). La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española. *Revista de Administración Pública*, (23), 193-210. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/219851957023193.pdf>
- Brewer-Carías, A.-R. (1981). La evolución del concepto de contrato administrativo. En *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet* (t. I, pp. 41-69). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- Burzaco, M. (2016). Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (86), 281-310. <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/6935/11529>
- Doria, J. D. (2019). La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 429-450. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.17>
- Gobierno Regional del Callao (2021a). Resolución Jefatural n.º 020-2021-Región Callao-GRC/GA-ORH. Callao: 23 de julio de 2021.
- Gobierno Regional del Callao (2021b). Resolución Jefatural n.º 037-2021-Región Callao-GRC/GA-ORH. Callao: 5 de noviembre de 2021.
- Loo, M. (2018). Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 50(1), 129-155. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000100129

- Madrid, C. y Palomino, W. (2020, enero-junio). Oportunidades de corrupción y pandemia: el *compliance* gubernamental como un protector eficaz al interior de las organizaciones públicas. *Desde el Sur*, 12(1), 213-239. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2415-09592020000100213
- MAPS (2023). Estudio de casos. Perú.
- Muñoz, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2015-75
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) (2013, 7 de febrero). *Más de 15 mil profesionales y técnicos se encuentran certificados en contrataciones con el Estado* [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/697313-osce-mas-de-15-mil-profesionales-y-tecnicos-se-encuentran-certificados-en-contrataciones-con-el-estado>
- Pérez, A. (2022). Corrupción en las contrataciones públicas: investigaciones recientes y tendencias de investigación. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(4), 1652-1670. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2686
- Rondón, M. E. D. (2020). *Propuesta de mejora del procedimiento de certificación de los profesionales y/o técnicos que laboran en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades públicas* [Trabajo de investigación para optar el grado de magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/17912>
- Ruíz, S. y Delgado, J. M. (2020). El control interno en el proceso de contrataciones en las instituciones públicas. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 4(2), 1333-1350. <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/159>

- Salazar, D. A. y Angles, A. (2018). *El diseño institucional de la corrupción: vacíos regulatorios en contrataciones públicas con el Estado. Análisis del Programa Nacional de Dotación de Materiales Educativos del Perú*. Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/126889>
- Tafur, S. (2021). El orden de prelación de las normas aplicables en la contratación estatal: hacia dónde puede llevarnos esta premisa. En M. Nuñez y A. Talavera (eds.), *Contrataciones con el Estado: perspectivas desde la práctica del derecho* (pp. 73-87). Universidad del Pacífico, Fondo Editorial. <https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/3254/Nu%C3%B1ezMonica2021.pdf?sequence=5>
- Universidad Nacional del Callao (2017). Resolución n.º 425-17-R. Callao: 19 de mayo de 2017. <https://www.unac.edu.pe/images/transparencia/documentos/resoluciones-rectorales/2017/425-17-R%20IMPONER%20SANCION%20TORRES%20TITULO%2030%20DIAS.pdf>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 211-235

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.716

La acusación alternativa en el Código Procesal Penal peruano: retos y vicisitudes

Alternative indictment in the Peruvian Criminal
Procedural Code: Challenges and difficulties

Acusação alternativa no Código de Processo Penal
Peruano: Desafios e adversidades



MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ

Ministerio Público

(Callao, Perú)

Contacto: mfernandezu@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9212-1384>

RESUMEN

La acusación alternativa se encuentra regulada en el actual Código Procesal Penal peruano de 2004 como parte de las facultades discrecionales e inherentes del Ministerio Público como titular de la acción penal y director de la investigación. Su uso se ha acrecentado en los procesos penales complejos e hipercomplejos, en los cuales el representante del Ministerio Público postula más de una calificación penal para el hecho objeto del proceso, generando

controversias en su utilización y su aplicación, tanto para el Ministerio Público como para la defensa. En ese sentido, el presente artículo de investigación analizará y profundizará sobre la naturaleza y los fines de la acusación alternativa, sobre la vulneración o no de los derechos del imputado ante la utilización de esta figura, su empleo en las medidas cautelares personales, entre otros aspectos más.

Palabras clave: acusación alternativa; proceso penal; Ministerio Público.

Términos de indización: derecho penal; ministerio; sanción penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The alternative indictment is regulated in the current Peruvian Criminal Procedural Code of 2004 as part of the discretionary and inherent powers of the Government Attorney General's Office as the operator of the criminal action and head of the investigation. Its use has increased in complex and hypercomplex criminal proceedings, in which the representative of the Government Attorney General's Office applies more than one charge for the fact being prosecuted, creating issues in its use and application, both for the Government Attorney General's Office and for the defense. In this sense, this research will analyze and delve into the nature and purposes of alternative indictment, the infringement or not of the rights of the defendant when using this option, its use in personal preliminary injunctions, among other aspects.

Key words: alternative indictment; criminal proceedings; Government Attorney General's Office.

Indexing terms: criminal law; government departments; penal sanctions (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A acusação alternativa está regulamentada no atual Código de Processo Penal peruano de 2004 como parte dos poderes discricionários e inerentes do Ministério Público como titular da ação penal e diretor da investigação criminal. A sua utilização aumentou nos processos-crimes complexos e hiper complexos, nos que o representante do Ministério Público pede mais de uma qualificação criminal para o fato que é objeto do processo, gerando controversas na sua utilização e aplicação, tanto para o Ministério Público quanto para a defesa. Nesse sentido, o presente artigo de investigação analisará e aprofundará a natureza e a finalidade da acusação alternativa, sobre a vulneração o não dos direitos do indiciado perante o uso desta figura, sua utilização em medidas cautelares pessoais, entre outros aspectos mais.

Palavras-chave: acusação alternativa; processo-crime; Ministério Público.

Termos de indexação: direito penal; ministério; sanção penal (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 13/03/2023

Revisado: 25/04/2023

Aceptado: 30/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaengt@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

Javier Alejandrino Neyra Villanueva (Universidad Ricardo Palma, Perú)

javier.neyra@urp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4644-5008>

1. INTROITO

La acusación alternativa o también conocida como calificación alternativa se encuentra regulada en el artículo 349, numeral 3, del Código Procesal peruano de 2004, y prescribe, en líneas generales, que el Ministerio Público podrá incorporar en su acusación una tipificación penal alternativa, diferente a la calificación jurídica principal, cuando los hechos objeto de proceso así lo permitan. Esta institución procesal no fue regulada en el Perú en el Código de Procedimientos Penales de 1940 ni en el Código Procesal Penal de 1991, pero sí en el plano internacional, a través del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1989, que sirvió como base para los nuevos sistemas procesales acusatorios de Latinoamérica.

Estos tipos de acusaciones generalmente son utilizados en casos penales complejos o hipercomplejos, como lo son, por ejemplo, las investigaciones fiscales por delitos de corrupción de funcionarios, crimen organizado, lavado de activos, delitos tributarios, etc., ya que al tratarse de hechos sumamente densos que requerirán de una gran cantidad de actos de investigación (documentales, testimoniales y periciales) para lograr determinar la realidad delictiva del hecho, se necesitará manejar hipótesis delictivas alternas a fin de evitar la impunidad del caso ante una errónea calificación jurídica. La institución procesal de la acusación alternativa cuenta mayoritariamente con aceptación en la doctrina procesal penal, como por ejemplo los autores peruanos Del Río (2010), Sánchez (2009) y Arbulú (2015), o los autores argentinos Maier (2004) y Gimeno (2012); así como su regulación en las legislaciones procesales de países como Argentina, Chile, Guatemala, Costa Rica, El Salvador y República Dominicana. En cambio, otro sector de la doctrina como Arana y Bernabé (2016), De Luca (2010), Lucana (2018) y Iuspa (2015) se oponen a la utilización de esta alternativa en la calificación jurídica, pues demostraría la falta de decisión o seriedad en la acusación por parte del Ministerio Público, y no

garantizaría realmente el derecho de defensa de los acusados, así como tampoco una congruencia procesal en la pretensión del Ministerio Público.

El sistema acusatorio que rige el actual sistema procesal penal peruano ha traído consigo como una de sus principales innovaciones el principio acusatorio, que significa una división de funciones en los operadores de justicia que intervienen en el proceso penal, pues ahora el representante del Ministerio Público será el titular de la acción penal y el director de la investigación. Mientras que el juez del Poder Judicial se encargará de tener una doble participación en el proceso, primero como juez de garantías para toda la etapa de investigación preparatoria formalizada y, a la vez, como juez de saneamiento de la etapa intermedia; y, segundo, como juez deliberador del proceso, a través de una sentencia, después de un juicio oral. De acuerdo con Armenta (1998), «el principio acusatorio se ha convertido en elemento recurrente cuya apelación resulta común y frecuente en todas las recientes reformas procesales» (p. 216).

A estas funciones asumidas por el Ministerio Público, que antes no tenía a gran escala en el Código de Procedimientos Penales de 1940, se le suma que, como titular único de la acción penal pública, debe establecer los hechos que se investigarán, la calificación jurídica de toda la investigación fiscal, tanto preliminar como preparatoria formalizada, y los actos de investigación de cargo y de descargo; todo ello a fin garantizar una imputación de cargos adecuada para que el investigado se pueda defender apropiadamente. Para San Martín (2020), el fiscal, «como conductor de la investigación preparatoria, de un lado permite acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal y de otro simplificar y dinamizar la tarea de investigación» (p. 255). En ese contexto, la acusación alternativa es una facultad discrecional absoluta del representante del Ministerio Público en relación con sus potestades inherentes de calificación penal y debe circunscribirse siempre en función de la objetividad y la razonabilidad.

Ahora, esta pretensión punitiva alternativa que establece el Código Procesal Penal podría determinar sus presupuestos y sus características de manera similar a las reglas de la pretensión alternativa y subordinada que establece el Código Procesal Civil en su artículo 87, asumiendo una estructura similar desde una teoría general del proceso, ¿o es que las pretensiones, en cada tipo de proceso, se estructuran de manera distinta por su propia naturaleza y la finalidad que persiguen? Por otro lado, ¿estas pretensiones punitivas alternativas pueden ser utilizadas solo cuando se llega al estadio de la etapa intermedia o podrían ser utilizadas desde el inicio de la investigación fiscal? Asimismo, ¿cómo será su análisis cuando se discuta una medida de coerción procesal?

Estas y muchas interrogantes más surgen cuando se analiza y se discute esta institución procesal que ha tenido poco tratamiento doctrinario y jurisprudencial. La finalidad del presente artículo de investigación es desentrañar la naturaleza y los fines de la acusación alternativa, sus principales escenarios de aplicación en todo el curso del proceso penal, su relación con el principio de favorabilidad penal, derecho de defensa y debida motivación, los principales retos y las vicisitudes que debe afrontar el representante del Ministerio Público al utilizar dicha figura procesal y otras cuestiones más.

2. SOBRE LA PRETENSIÓN PUNITIVA PENAL: NATURALEZA Y FINES

La pretensión punitiva penal se manifiesta y se materializa por excelencia a través de la acusación fiscal, pues es ahí donde el Ministerio Público requiere recién una sanción penal para los imputados. Para que el Poder Judicial pueda ejercer válidamente su *ius puniendi* a través de una sentencia, debe existir previamente una acusación fiscal (*nullum iudicium sine accusatione*), pues el Ministerio Público detenta a exclusividad en los delitos públicos el

ius persequendi, ello en congruencia con el octavo axioma del garantismo penal de Ferrajoli (2009).

Esta pretensión penal se caracteriza por ser el puente entre lo recabado en la investigación preparatoria y el juicio oral, en búsqueda de una sanción penal. Se materializa a través de un requerimiento acusatorio por parte del representante del Ministerio Público y debe cumplir de manera obligatoria con ciertos presupuestos formales y sustanciales. Su contenido constituirá la hoja de ruta de lo que se debatirá en juicio oral, pues así como en el proceso civil en la etapa de saneamiento se determinan los puntos controvertidos del proceso, en la etapa intermedia con la acusación fiscal se fijará la imputación fáctica, jurídica y probatoria final en contra del imputado que será materia de debate en el juicio oral. En ese mismo sentido, Lucana (2021) expresó que «la acusación fiscal, además de constituir una pretensión penal, es el núcleo del proceso penal, en tanto que abre las puertas para llevar el caso a juicio oral» (p. 77).

Cuando el representante del Ministerio Público inicia una investigación fiscal o formaliza la investigación preparatoria, no está generando propiamente un acto de postulación punitiva, sino una imputación progresiva y provisional como manifestación del ejercicio de la acción penal, que será objeto de contrastación a lo largo de toda la investigación, pues cabe la posibilidad de que no se emita un requerimiento acusatorio, sino uno de sobreseimiento; se desistiría así de emitir una pretensión punitiva y de continuar con el ejercicio de la acción penal. Para Oré (2013), «con el ejercicio de la acción penal no se persigue una sentencia favorable al actor ni condenatoria del imputado, simplemente que se lleve adelante la investigación, el proceso y concluya con la sentencia a que haya lugar» (p. 380). Entonces, la naturaleza de la pretensión punitiva consiste en que es una manifestación por excelencia de la acción penal del Ministerio Público, que tiene como finalidad la búsqueda

de una sanción penal en contra de determinadas personas, y sirve como eje central de lo que se discutirá en el juicio oral.

3. LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA: CONCEPTUALIZACIÓN, DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CIVIL PERUANO

La acusación alternativa es en esencia otra pretensión punitiva del Ministerio Público, pues cuenta con su propia calificación jurídica y sanción penal, a pesar de que comparta los mismos imputados, hechos y medios de prueba con la calificación jurídica principal. Entonces, plasmar en un requerimiento fiscal una calificación jurídica principal y una alterna no es más que reunir dos pretensiones punitivas del Ministerio Público en un solo documento. Muy parecido resulta con la acumulación objetiva originaria de pretensiones del Código Procesal Civil, que a través de su artículo 87 regula las pretensiones subordinada, alternativa y accesorio. La primera se da cuando «la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada»; la segunda tiene lugar cuando «el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir»; y la tercera aplica cuando «habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás».

El Código Procesal Penal peruano ha optado por incorporar solamente en su normativa a las calificaciones jurídicas alternativas como pretensiones alternas, por lo que ameritaría verificar si su regulación sigue la esencia del Código Procesal Civil.

Debemos partir indicando que la forma de accionar en el proceso civil y en el penal es distinta. Para el proceso penal el ejercicio de la acción penal para delitos públicos lo tiene monopolícamente el Ministerio Público, que de acuerdo con Neyra (2010) «actúa en el proceso penal con independencia de criterio y adecua sus actos a un criterio objetivo» (p. 228); y en el proceso civil lo

tiene todo ciudadano con legitimidad para obrar. Por otro lado, en el proceso penal existe la persecución penal pública obligatoria de las personas que han cometido un delito y su correspondiente sanción penal a través de una pena, mientras que en el proceso civil se discuten derechos e intereses privados que no son de obligatoria acción y continuación, sino que depende de la voluntad de las partes y su impulso. En ese escenario, se podría indicar que la forma en que se materializan las pretensiones en ambos tipos de procesos difiere en uno y otro caso, por lo que no podría compartir los mismos presupuestos para su materialización, pero sí algunas características generales.

En el proceso penal se descartaron los tipos de pretensiones punitivas accesorias, ya que una persona no puede ser condenada por delitos accesorios al principal cuando cada delito es independiente por sí mismo y necesita su propio acervo probatorio. En el proceso penal no puede operar la aprobación automática de pretensiones punitivas por el simple hecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Tampoco podría operar ello en materia de medidas cautelares personales o reales.

Respecto a la pretensión alternativa del proceso civil en contraposición con la pretensión alternativa penal, es un imposible jurídico que sea el investigado quien decida el delito por el cual va a ser sentenciado, así como lo propugna el proceso civil, lo más idóneo es manejar una conceptualización propia para el derecho procesal penal.

Ahora, la jurisprudencia penal peruana no ha hecho una diferencia como tal de una calificación jurídica alternativa de una subsidiaria. Es más, ni el propio Código Procesal Penal lo ha realizado, como sí lo ha hecho el Código Procesal Civil. Por ejemplo, la Casación n.º 696-2015-Arequipa en su fundamento cuarto indicó:

La acusación alternativa o subsidiaria tiene como antecedente próximo y principal el llamado principio de determinación alternativa —ahora denominado desvinculación procesal— que es un mecanismo procesal por el cual el juez o el tribunal realiza una readecuación de la calificación jurídica [...]

La acusación alternativa se presenta cuando, respecto de un mismo hecho, se acusa con más de una calificación jurídica. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017b)

Por su parte, la Casación n.º 82-2012-Moquegua en sus fundamentos cuarto, parte *in fine*, y quinto estableció que

La acusación alternativa se presenta cuando un mismo hecho se acusa con más de una calificación jurídica. El fiscal, frente a ese único hecho, señala alternativa o subsidiariamente, las circunstancias que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al principal. Estas figuras proceden cuando, frente a un mismo hecho, hay más de una ley penal que, en apariencia, discute al hecho. Por lo que se entiende que, la imposición de una de ellas desplaza a la otra u otras calificaciones jurídicas que fueron establecidas de manera alternativa o subsidiaria. [...]

Quinto. [...] el Fiscal al momento de emitir su acusación puede indicar —la calificación jurídica— una pretensión principal y también una alternativa o subsidiariamente, pues si indicaran hechos distintos ya no cabría plantear pretensiones alternativas, porque se trataría de diferente acto delictivo que deberían ser calificadas [*sic*] de forma autónoma o independiente. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013)

Posteriormente, las casaciones n.º 617-2015-Huaura (fundamento 6.49) y n.º 723-2017-Apurímac (fundamento jurídico segundo) ratificaron lo establecido en la Casación n.º 82-2012-Moquegua.

Luego, de manera clarificadora la Casación n.º 790-2018-San Martín en su fundamento jurídico segundo determinó:

El Código Procesal Penal califica erróneamente de «alternativa o subsidiaria». En pureza se trata del expreso reconocimiento de las denominadas «pretensiones subordinadas» —también llamadas «eventuales»—, pues, conforme al artículo 87 del Código Procesal Civil, en este caso la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal por defectos de prueba sea desestimada, por lo que, de ser el caso, el órgano jurisdiccional debe absolver por la pretensión principal y condenar por la pretensión subordinada si la prueba así lo confirma —el pronunciamiento de la pretensión subordinada está claramente condicionada a la suerte de la pretensión planteada como principal—. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019)

Por su parte, el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 03057-2008-PHC/TC, en su fundamento 9, dispuso:

El Ministerio Público puede establecer calificaciones legales alternativas en las que puedan ser subsumidos los hechos imputados en caso de que el órgano jurisdiccional considere que los hechos probados deben ser subsumidos en un tipo penal y no en otro. Asimismo, pueden incluirse calificaciones legales alternativas en las que se pueda subsumir el hecho en caso de que dentro del juicio no haya podido ser demostrada determinada circunstancia que conforma la imputación principal. En todos estos casos, la posibilidad de que el imputado sepa de antemano las posibles opciones de subsunción del hecho materia de proceso, porque la acusación incluyó todas estas posibilidades, le permitirá un mejor ejercicio del derecho de defensa.

De las jurisprudencias expuestas se puede extraer que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú inicialmente no estableció una diferencia rayana entre una calificación jurídica alternativa de una subsidiaria, pues siempre se utilizaba de manera conjuntiva ambas; sin embargo, con la Casación n.º 790-2018-San Martín se determinó que estos tipos de pretensiones no son ni alternativas ni subsidiarias, sino subordinadas, de acuerdo con el artículo 87 del Código Procesal Civil, y no hay más necesidad en la doctrina y jurisprudencia de establecer una diferencia entre la alternatividad y la subsidiariedad para el proceso penal. En cambio, para cierto sector de la doctrina, como Del Río (2010), Vásquez (2021), Gálvez et al. (2008) y Lucana (2021), sí existe una diferenciación entre alternatividad y subsidiariedad. Para el primero, tanto el tipo penal principal como el alternativo no deben pertenecer a una misma familia de delitos y deben tener los mismos hechos; mientras que para el segundo necesariamente deben pertenecer a una misma familia de delitos y los mismos hechos, en la cual cuando quede descartada la agravante, se pasa subsidiariamente al tipo penal base. Como se puede advertir, no hace más que generar confusión para los operadores de justicia la distinción entre alternatividad y subsidiariedad, motivo por el cual es acertada la unificación de la Corte Suprema de Justicia del Perú en su Casación n.º 790-2018-San Martín.

Así, la acusación alternativa o subsidiaria, bajo una conceptualización propia del derecho procesal penal, sería aquella que utiliza el Ministerio Público cuando el hecho objeto de proceso penal puede calificar en otro delito distinto a la calificación principal. Ello se materializaría en una pretensión punitiva alterna en el requerimiento acusatorio. Luego del debate probatorio en el juicio oral, el juez penal deberá determinar el tipo penal aplicable sentenciando con la calificación alternativa solo ante el decaimiento probatorio de la calificación principal.

Esta definición propia del derecho procesal penal respecto a la calificación alternativa y subsidiaria, a pesar de las diversas conceptualizaciones que se le pretenda dar, no hace más que fortalecer la hermenéutica jurídica y marcar un distanciamiento propio del proceso civil, pues a pesar de que exista una teoría general del proceso con rasgos generales para todo tipo de proceso (Diddier, 2015), ambos se materializan de distinta forma.

4. OPORTUNIDAD DE USO DE LA CALIFICACIÓN ALTERNATIVA

De acuerdo con la propia redacción típica del artículo 349, numeral 3, del Código Procesal peruano se puede desprender que la calificación alternativa se encuentra regulada para la etapa intermedia a través de un requerimiento acusatorio; sin embargo, de la revisión del artículo 336, numeral 2, literal b, del Código Procesal Penal peruano se advierte que el representante del Ministerio Público en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria puede también consignar tipificaciones alternativas, es decir, la calificación alternativa no es una institución exclusiva de la etapa intermedia, sino que puede usarse igualmente en la investigación preparatoria. En la práctica se puede apreciar que en muchas investigaciones fiscales se utiliza la calificación alternativa desde la investigación preliminar o investigación preparatoria.

Ahora, en la investigación preparatoria no se puede tomar la calificación alternativa como una pretensión punitiva alterna, pues no se está solicitando una pena concreta contra los imputados, ya que aún el caso se encuentra en plena etapa de investigación, sino solamente como una manifestación del ejercicio de la acción penal y de la dirección de la investigación por parte del representante del Ministerio Público de poder determinar una hipótesis de calificación alterna de acuerdo con su estrategia de investigación.

La variación de la calificación jurídica principal no solo se encuentra regulada en la etapa intermedia o investigación preparatoria, sino también, *mutatis mutandis*, en el juicio oral a través de la institución de la desvinculación procesal y la acusación complementaria. En dichos escenarios el juez penal puede desvincularse de la calificación jurídica inicial del Ministerio Público en su sentencia, previa advertencia de ello hacia las partes y de una acusación complementaria del Ministerio Público, pues de acuerdo con el artículo 397 del Código Procesal Penal, el juez no puede sentenciar por un delito distinto al postulado por el Ministerio Público. Para Escobar (2009), «la figura de la desvinculación procesal penal guarda relación con el objeto del proceso penal, la pretensión punitiva, el objeto de debate y la acusación fiscal» (p. 104).

La calificación alternativa en la investigación preparatoria, en la etapa intermedia y, *mutatis mutandis*, en el juicio oral, exige que se respete el derecho de defensa de los imputados, esto es, correr traslado, con la anticipación debida, de la calificación alterna a fin de que ejerzan su derecho de contradicción y ofrecimiento de medios probatorios. Entonces se puede desprender que son presupuestos para su utilización: a) comunicación válida y oportuna; b) oportunidad de contradicción; c) oportunidad de aporte probatorio.

Respecto a la comunicación oportuna, significa que el Ministerio Público debe informar o poner en conocimiento válidamente a los imputados que, en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia, se está manejando una calificación jurídica alterna. No bastará solo con poner formalmente en conocimiento la calificación alterna, sino que esta debe tener la suficiente justificación (interna y externa) para que el imputado conozca por qué su actuar encajaría en otra calificación distinta a la principal. De acuerdo con Liza (2022), hay falta de justificación interna cuando «no existe mínimamente una estructura silogística de las premisas seleccionadas

para resolver la controversia, esto es, premisa mayor (o normativa), premisa menor (o fáctica) y conclusión (decisión o pronunciamiento). Ello impide que el razonamiento siga un orden lógico» (p. 300); y existe falta de justificación externa cuando:

No se corrobora, no se fundamenta, menos se analiza la validez y la solidez de las premisas normativas y fácticas del razonamiento seleccionadas para asumir la posición del caso. Así tenemos que, en cuanto a la premisa jurídica, particularmente respecto a la norma, no se contrasta su vigencia en el ordenamiento jurídico, su sentido y su alcance jurídico, su pertinencia y su relevancia para resolver el caso; por otra parte, en relación con la premisa fáctica, orientada a precisar los hechos informados y la interacción de todos los medios probatorios, de igual forma, poco o nada se hace para reforzar fácticamente las premisas y asumir una convicción sólida en este extremo. (pp. 300-301)

Ahora, en cuanto a la oportunidad de contradicción, significa que luego de conocer motivadamente los argumentos de la calificación alternativa, el imputado pueda tener la oportunidad de ejercer, en el estadio en que se encuentre, las instituciones procesales de defensa que correspondan con la finalidad de contradecir la calificación alternativa, pues cabe la posibilidad de que a través de un medio técnico de defensa se pueda archivar o sobreseer la calificación alternativa, sin necesidad de llegar al juicio oral, pues si desde la investigación preparatoria se utiliza la calificación alternativa, esto significa que los actos de investigación de cargo o de descargo también estarán enfocados en corroborar o desacreditar esta calificación alternativa en aras de que el representante del Ministerio Público dilucide mejor la imputación jurídica. También podría surgir el escenario de que a través de un medio técnico de defensa se archive o sobresea la calificación jurídica principal, quedando solo

la calificación jurídica alternativa para la investigación preparatoria o la etapa intermedia, pues justamente esta entra a tallar ante el decaimiento de la calificación principal.

En relación con la oportunidad de aporte probatorio, el imputado no solo debe tener la facultad de ejercer defensas netamente jurídicas a través de determinadas instituciones procesales, como los medios técnicos de defensa, sino también la capacidad de requerir que se realicen determinados actos de investigación de descargo o aportar con pruebas para el proceso a fin de que se garantice de manera global y completa el derecho de defensa del imputado respecto a la calificación alternativa.

En la investigación preliminar también se puede hacer uso de la calificación jurídica alternativa, pues al ser la etapa inicial y más gaseosa en la determinación de los hechos y la imputación jurídica, se podría manejar la calificación alternativa con el objetivo de que sea la investigación preliminar la que vaya contrastando las hipótesis delictivas. Por otro lado, bajo el principio lógico del derecho de «el que puede lo más puede lo menos» (Suárez y Conde, 2009, p. 32), si para etapas más avanzadas como la investigación preparatoria formalizada, la etapa intermedia y el juicio oral se permite la utilización de calificaciones alternativas, con mucha más razón justificaría su uso para la investigación preliminar, que es la etapa inicial de realización de diligencias con el fin de corroborar los hechos denunciados y su delictuosidad de ser el caso. Ello permitiría garantizar el derecho de defensa del investigado respecto a calificaciones jurídicas alternas desde una etapa temprana, sin necesidad de esperar que avance el proceso penal para poder realizar recién ello.

5. OPORTUNIDAD DE USO EN LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Como se indicó en líneas *ut supra*, en la disposición de formalización de la investigación preparatoria formalizada el Ministerio Público puede indicar tipificaciones jurídicas alternativas que serán materia de corroboración en la investigación fiscal. Ahora, de ser el caso que el representante del Ministerio Público, además de emitir su disposición de formalización de la investigación preparatoria con calificación alternativa, requiera una medida cautelar de prisión preventiva, como sería el desarrollo de la audiencia y el análisis jurídico respecto a esta calificación alternativa, ¿se tendrán que discutir los presupuestos de la medida cautelar por cada delito o es que acaso solo se debe discutir la calificación jurídica principal, ya que la alternativa recién entrará a tallar en el juicio oral?

En las medidas cautelares personales se exige generalmente que el delito objeto de investigación tenga una prognosis de pena superior a los cuatro años, el *fomus bonus delicti* y el peligro procesal. De acuerdo con Cáceres (2009), «la imposición de medidas cautelares debe incluir conjuntamente con la valoración de los presupuestos materiales, los principios y derechos fundamentales del justiciable» (p. 28). Estos dos últimos presupuestos varían en intensidad según la medida que se solicite.

En el caso de la prisión preventiva, resulta necesario que en la audiencia se discutan ambos tipos penales, tanto el principal como el alternativo, y que la resolución judicial resuelva sobre ambos, pues para el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción, ambos delitos deben tener el grado de intensidad de sospecha grave, fuerte o vehemente. Ello ya que de ser el caso que aparezcan nuevos elementos de convicción que hagan decaer la intensidad de la sospecha para la calificación principal, pero aún se mantenga la intensidad de sospecha grave para el tipo penal alternativo, se tendría que mantener incólume la prisión preventiva como tal,

pues aún existe un delito con elementos de convicción graves que necesitaría el aseguramiento del imputado hasta el juicio oral para garantizar los fines del proceso penal. Si los nuevos elementos de convicción decaen la intensidad de sospecha para ambas calificaciones, inevitablemente se generaría un cese de prisión preventiva o lo que corresponda conforme a ley. En el mismo sentido, si el juez de investigación preparatoria solo advierte una intensidad de sospecha grave o fuerte para una de las calificaciones, tendría que de igual forma imponerse mandato de prisión preventiva, pues necesitaría el aseguramiento del imputado hasta el juicio oral para garantizar los fines del proceso penal.

En el escenario del presupuesto de prognosis de la pena, si el representante del Ministerio Público, en su requerimiento de prisión preventiva, para ambos tipos penales, tanto principal como alternativo, solicita más de cuatro años de pena privativa de libertad, no habría ningún problema; sin embargo, si el tipo penal principal es el único que tiene la prognosis de pena superior a cuatro años y en el ínterin del proceso decae la calificación principal, no se podría sostener la prisión preventiva solo con la calificación alternativa a pesar de que cuente con sospecha fuerte, grave o vehemente.

Respecto a los peligros procesales (fuga y obstaculización), como son presupuestos que no dependen tanto de la calificación jurídica del proceso penal, sino de la actitud del imputado en el proceso, no tendría mucha incidencia la calificación alternativa para estos.

Ahora, para el caso de la detención preliminar judicial, impedimento de salida del país y comparecencia con restricciones, se deberán seguir los mismos lineamientos generales antes descritos para la prisión preventiva, pero aplicables a sus propias particularidades como medidas menos intensas procesalmente hablando.

6. SOBRE LA UNIDAD EN LA TIPIFICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL EN RELACIÓN CON LA CALIFICACIÓN ALTERNATIVA

De acuerdo con el principio de unidad de la tipificación penal (Caro, 2005, pp. 340-342), todo hecho debería subsumirse solo en un delito, y ante un escenario de conflicto aparente de normas penales¹ o concurso de delitos², se debe resolver por los principios de absorción, especialidad y consunción (respecto al primero) y concurso ideal o real de delitos (respecto al segundo). Por otro lado, para los novedosos delitos conexos-subsiguientes, en términos de Balmaceda (2017), estos también tendrían que resolverse sobre la base de la conexidad procesal, accesoriedad o doctrina de los concursos, y no tienen relación intrínseca con las calificaciones alternativas.

Ahora, las calificaciones alternativas parecería que infraccionarían estos preceptos, pues el Ministerio Público postularía más de una calificación legal por un mismo hecho, lo que podría denotar aparentemente signos de falta de decisión y certeza, que deberían resolverse bajo la elección plena de una calificación penal para todo el proceso penal, con los riesgos que ello implique. Sin embargo, la institución de la calificación alternativa significa que el representante del Ministerio Público, a pesar de tener a la mano los principios que resuelven el conflicto aparente de normas penales o concurso de delitos, no puede determinar rayanamente la calificación legal aplicable, pues para ello necesitaría de la actuación de los medios probatorios en juicio oral y no solo un análisis *a priori* de los

1 «La diferencia del concurso aparente de leyes con el concurso ideal es que precisamente en el concurso aparente hay unidad de ley en tanto que en el concurso ideal hay pluralidad de leyes» (Villavicencio, 2006, p. 711).

2 «Así, los concursos de delitos son casos de concurrencia de tipos penales sin que ninguno excluya al otro —como el caso del concurso aparente de leyes— en los que se afectan diferentes normas penales» (Villavicencio, 2006, p. 680).

elementos de convicción que conforman el proceso penal. Lo que trata de evitar esta institución jurídica de la calificación alternativa es la impunidad del delito, en la que, por una errónea calificación jurídica en el proceso, el agraviado del delito no pueda obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

Toda parte en cualquier proceso tiene la opción de pretender, ya sea principal, alternativa, subordinada o subsidiariamente, aquello que considere pertinente siempre y cuando esté motivado y ajustado a ley, ya que será finalmente el juez como conocedor del derecho (*iura novit curia*) quien determine la pretensión amparable. No nos debemos olvidar de que el Ministerio Público, si bien es un órgano constitucionalmente autónomo y titular de la acción penal, no deja de ser una parte del proceso penal y como tal tiene la facultad de plasmar las pretensiones que considere pertinentes, como lo puede hacer cualquier otra parte del proceso penal.

Ahora, se podría postular que, en mérito al principio de favorabilidad penal, ante la no certeza o decisión del Ministerio Público de escoger una sola calificación legal se deba optar por resolver siempre por el delito menos grave para el imputado, lo cual generaría que se vacíe de contenido y no se utilice la institución de la calificación alternativa.

De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, la favorabilidad penal opera solamente en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. Cuando el Ministerio Público utiliza la calificación alternativa necesita de actuación probatoria para poder determinar que el hecho se subsume en uno u otro tipo penal y no solo un análisis *a priori* de los elementos de convicción, pues siempre postula una calificación principal y como tal es la que ha escogido para el caso penal. Asimismo, en favor del principio de justicia y para evitar impunidad, se manejan pretensiones alternas o subordinadas, ya que existe también una tutela jurisdiccional efectiva de la víctima que se tiene que cumplir. Si la calificación

legal probada es la que contiene la pena más grave, no se puede automáticamente sentenciar por el delito menos leve en aras de la favorabilidad penal, porque el hecho es uno solo y debe ser subsumido en un solo delito independientemente de su gravedad. La calificación alternativa gira en torno al tema probatorio y la favorabilidad penal opera más que todo en problemas de interpretación de normas y su aplicación en el tiempo.

7. CONCLUSIONES

7.1. La naturaleza de la pretensión punitiva es una manifestación por excelencia de la acción penal del Ministerio Público, cuya finalidad es la búsqueda de una sanción penal en contra de determinadas personas, y sirve como eje central de lo que se discutirá en el juicio oral.

7.2. La acusación alternativa es, en esencia, otra pretensión punitiva del Ministerio Público, pues cuenta con su propia calificación jurídica y sanción penal, a pesar de que comparte los mismos imputados, hechos y medios de prueba con la calificación jurídica principal.

7.3. La Corte Suprema de Justicia del Perú inicialmente no estableció una diferencia rayana entre una calificación jurídica alternativa de una subsidiaria, ya que siempre se utilizaban de manera conjunta ambas; sin embargo, con la Casación n.º 790-2018-San Martín, se llegó a determinar que estos tipos de pretensiones no son ni alternativas ni subsidiarias, sino subordinadas, de acuerdo con el artículo 87 del Código Procesal Civil, y no hay más necesidad de establecer una diferencia entre la alternatividad y la subsidiariedad.

7.4. La calificación alternativa en la investigación preparatoria, en la etapa intermedia y, *mutatis mutandis*, en el juicio oral, exige que se respete el derecho de defensa de los imputados, esto es, correr traslado, con la anticipación debida, de la calificación alterna a

fin de que ejerzan su derecho de contradicción y ofrecimiento de medios probatorios.

7.5. En el caso de la prisión preventiva, resulta necesario que en la audiencia se discutan ambos tipos penales, tanto el principal como el alternativo, y la resolución judicial resuelva sobre ambos, pues para el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción, estos delitos deben tener el grado de intensidad de sospecha grave, fuerte o vehemente.

8. RECOMENDACIONES

8.1. Que el Ministerio Público utilice la acusación o calificación alternativa en los procesos penales cuando el escenario así lo amerite (excepcionalidad) y de manera motivada, justificada, proporcionada y razonable.

8.2. Que se modifique el artículo 349.3 del Código Procesal Penal a fin de que se emplee una redacción que no genere confusión entre alternatividad y subsidiariedad; lo ideal es que se elimine el término subsidiario.

REFERENCIAS

Arana, M. y Bernabé, E. (2016). *Acusación alternativa dentro del contexto del derecho de defensa en nuevo proceso penal* [Tesis de licenciatura]. Universidad Señor de Sipán.

Arbulú, V. (2015). El control de la acusación fiscal en la etapa intermedia. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100727_01.pdf

Armenta, T. (1998). Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no. *Ius et Veritas*, 9(16), 216-230. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15774/16208>

- Balmaceda, J. (2017). *Delitos conexos-subsiguientes*. Fondo Editorial USIL.
- Cáceres, R. (2009). *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal*. Jurista Editores.
- Caro, J. A. (2005). ¿Combinación de leyes penales? En J. Hurtado (dir.), *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal* (pp. 333-351). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial; Universidad de Friburgo.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2013). Casación n.º 82-2012-Moquegua. Sala Penal Permanente. Lima: 15 de abril de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017a). Casación n.º 617-2015-Huaura. Sala Penal Transitoria. Lima: 10 de enero de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017b). Casación n.º 696-2015-Arequipa. Sala Penal Permanente. Lima: 16 de octubre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación n.º 723-2017-Apurímac. Sala Penal Permanente. Lima: 15 de noviembre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Casación n.º 790-2018-San Martín. Sala Penal Permanente. Lima: 13 de noviembre de 2019.
- De Luca, J. (2010, septiembre). Acusación, su ampliación, imputación alternativa, defensa y congruencia. *Suplemento Penal y Procesal Penal* [Suplemento extraordinario], 140-148.
- Del Río, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Ara Editores.
- Diddier, F. (2015). *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. Raguel Ediciones.

- Escobar, C. (2009). Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5(5), 103-112. <https://doi.org/10.35292/ropj.v5i5.181>
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Gimeno, G. (2012). *Derecho procesal penal*. Civitas.
- Gálvez, T., Rabanal, W. y Castro, H. (2008). *El Código Procesal Penal: comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores.
- Iuspa, F. J. (2015). La acusación en el nuevo Código Procesal de la nación. *Revista Pensamiento Penal*. <https://www.pensamiento penal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41097.pdf>
- Liza, L. M. (2022). Importancia de la motivación de las resoluciones. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(18), 289-304. <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.610>
- Lucana, N. (2018). *Acusación alternativa o subsidiaria prevista en el Código Procesal Penal como instrumento de vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Lucana, N. (2021). *La acusación en el proceso penal constitucionalizado*. San Bernardo Editores.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal I. Fundamentos* (2.^a ed.). Editores del Puerto.
- Neyra, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. IDEMSA.
- Oré, A. (2013). *Manual de derecho procesal penal* (t. I). Reforma.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.^a ed.). Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Sánchez, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. IDEMSA.

Suárez, M. y Conde, N. (2009). *Argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Tribunal Constitucional (2008). Expediente n.º 03057-2008-PHC/TC. Lima: 30 de junio de 2010.

Vásquez, M. (2021). *Código Procesal Penal comentado* (2.ª ed., t. III). Gaceta Jurídica.

Villavicencio, F. A. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.

Artículos sobre diversas ramas del derecho



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023

ISSN: 2663-9130 (En línea)

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 239-260

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.749

Labor Arbitration in the Public Sector

El arbitraje laboral en el sector estatal

A arbitragem trabalhista no setor estatal



JAVIER ARÉVALO VELA

Supreme Court of Justice of the Republic
(Lima, Peru)

Contact information: jarevalo@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>

ABSTRACT

Based on a study of the law and case law concerning collective labor relations, this document describes the types of collective bargaining at the centralized and decentralized levels in the public sector, analyzing arbitration as an alternative to settle economic labor disputes. After describing the structure of the arbitration award and its execution, it is concluded that it is a mistake to grant executory force to an arbitration award derived from a public collective bargaining, since it does not recognize a certain and enforceable obligation in favor of a worker, but general obligations in favor of a group of workers.

Key words: public collective bargaining; optional arbitration; arbitration award.

Indexing terms: collective bargaining; arbitration; labour law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMEN

A partir de un estudio legal y jurisprudencial de las relaciones colectivas del trabajo se describen las clases de negociación colectiva de nivel centralizado y descentralizado en el sector estatal, analizando el arbitraje como alternativa para la resolución de conflictos laborales económicos. Luego de describir la estructura del laudo arbitral y su forma de ejecución, se concluye que es un error otorgar mérito de título ejecutivo al laudo arbitral derivado de una negociación colectiva estatal, pues este no reconoce una obligación cierta y exigible a favor de un trabajador, sino obligaciones de carácter general a favor de una colectividad de trabajadores.

Palabras clave: negociación colectiva estatal; arbitraje potestativo; laudo arbitral.

Términos de indización: negociación colectiva; arbitraje; derecho laboral (Fuente: Tesouro Unesco).

RESUMO

Com base em um estudo jurídico e jurisprudencial das relações coletivas de trabalho, descrevem-se os tipos de negociação coletiva centralizada e descentralizada no setor estatal, analisando a arbitragem como uma alternativa para a resolução de conflitos trabalhistas de natureza econômica. Após descrever a estrutura do laudo arbitral e sua forma de execução, conclui-se em que é um equívoco conceder o mérito como título executivo ao laudo arbitral derivado de uma negociação coletiva estatal, uma vez que não se reconhece uma obrigação certa e exigível em favor de um trabalhador, mas sim obrigações de natureza geral em favor de uma coletividade de trabalhadores.

Palavras-chave: negociação coletiva estatal; arbitragem eletiva; parecer arbitral.

Termos de indexação: negociação coletiva; arbitragem; direito do trabalho (Fonte: Tesouro Unesco).

Received: January 18, 2023

Evaluated: April 19, 2023

Accepted: May 29, 2023

Published online: June 14, 2023

Financing: Self-financed.

Conflict of interest: The author declares that he has no conflict of interest.

Article reviewers:

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)

snunez@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

1. INTRODUCTION

The use of arbitration to settle disputes related to collective bargaining in the public sector is a long-standing practice in Peru. As such, Section 26 of the repealed Supreme Executive Order No. 003-82-PCM referred to a Court of Arbitration that would act when the parties failed to reach an agreement through direct negotiation. Section 31 of such order provided that the aforementioned court would consist of four (4) arbitrators appointed as follows: two (2) arbitrators appointed by the trade union and two (2) arbitrators appointed by the government department; the parties had to elect the president by mutual agreement and, if no agreement was reached as to the election, the president would be elected by the Presiding Judge of the Court of Appeals in and for the appropriate judicial district at the request of the head of the government department.

Act No. 30057, Civil Service Act, and its regulations, Supreme Executive Order No. 040-2014-PCM, considered that optional arbitration was a valid alternative to settle disputes arising from collective bargaining in the absence of an agreement between the bargaining parties.

Emergency Decree No. 014-2020 “Emergency Decree that regulates the general provisions for collective bargaining in the public sector,” contained in its Section 7 provisions on labor arbitration and stated that Act No. 30057 would apply to this proceeding on a supplementary basis.

The above Emergency Decree was expressly repealed by Act No. 31114, published on *El Peruano* Official Gazette on January 23, 2021; therefore, Act No. 30057 and its regulations became applicable to arbitration matters once again.

Lastly, Act No. 31188 “Act on State Collective Bargaining,” published in *El Peruano* Official Gazette on May 2, 2021, was enacted. It was regulated by Supreme Executive Order No. 008-2022-PCM, published in the same gazette on January 20, 2022, which approves the guidelines to implement said Act.

Below is an analysis of the provisions of Act No. 31188 (hereinafter, the LNCSE) and of its regulations, Supreme Executive Order No. 008-2022-PCM (hereinafter, the “Guidelines”), including an explanation of the development of arbitration for the settlement of economic labor disputes in the public sector.

2. NATURE OF LABOR RELATIONS IN THE PUBLIC SECTOR

In Peru, the relations between the State and its workers have evolved from a conception of administrative law, as was the case with Act No. 11377 and Legislative Decree No. 276, to one of a special labor nature, as is currently the case.

The labor nature of the relationship between the State and its workers was recognized for the first time in Act No. 28175, Framework Act on Public Employment (hereinafter, LMEP). Thus, Section II (4) of its Preliminary Title stated that one objective of such law was to “regulate labor relations in public employment”; Section IV (8) of the same Preliminary Title, recognized the “principles of labor law” as one of the principles of public employment; and, finally, Section 1 of the LMEP pointed out that the State-employee relationship linked the State as an employer with the persons who provide it with remunerated services under subordination, i.e. a relationship of a labor nature.

From the above rules, it is clear that the State-employee relationship is personal, remunerated and subordinated in nature, i.e. a special labor relationship and not an administrative one.

This position is further supported by the judgment issued by the Constitutional Court (2010) in connection with the proceeding where the constitutionality of Legislative Decree No. 1057—which regulates the administrative services contract—was discussed, which established that this type of contracting was “strictly speaking, a ‘special’ labor contracting system for the public sector” (Ground 47). Said judgment acknowledged that the State maintained special labor relations with its workers.

It is worth noting that the special nature of this type of relations is based on the possibility for the employer to establish restrictions on the broad exercised of labor rights, relying on the assumption that some situations of public interest justify limiting certain labor rights.

Now that it has been demonstrated that the relations between the State and its workers are of a special labor nature, it is perfectly acceptable that a collective bargaining proceeding may be carried out between such parties.

3. TYPES OF COLLECTIVE BARGAINING

There are two types of collective bargaining in the public sector: centralized and decentralized (LNCSE, Section 5).

In the centralized collective bargaining, agreements are effective for all the workers of State entities such as the Executive Branch, the Legislative Branch, the Judiciary, regional governments, local governments, agencies endowed with autonomy by the Peruvian Constitution and its organizational acts, and other State agencies, projects and programs whose activities involve the exercise of administrative powers (LNCSE, Section 5, paragraph a).

Decentralized collective bargaining takes place “at the sectorial, territorial and individual public entity level or in such area as deemed appropriate by trade unions” (LNCSE, Section 5, paragraph b), according to the following rules:

- a) The trade union in the corresponding area is competent to negotiate. If there is more than one trade union, the majority one is competent to negotiate.
- b) The trade union negotiates on behalf of all the workers of the respective area.
- c) The trade union who affiliates most of the workers of the respective area is the majority one.
- d) The number of trade union representatives for each decentralized bargaining process is determined by a resolution at the proposal of the most representative trade unions.

On the other hand, the local governments with less than twenty (20) workers may either be covered by the federal collective agreement of their branch organization or join the agreement of their choice with which they have an affinity as to area, territory or otherwise.

4. STAGES OF COLLECTIVE BARGAINING IN THE PUBLIC SECTOR

As already explained, collective bargaining in the public sector can be centralized or decentralized. They differ from each other in that they have different stages, as detailed below.

4.1. Stages of centralized collective bargaining

The centralized collective bargaining in the public sector starts with the submission of the collective agreement draft to the Office of the Prime Minister between November 1 and January 30 of the following year (LNCSE, Section 13, subsection 13.1, paragraph a).

Direct negotiation must start ten (10) calendar days after the collective agreement draft is submitted. Said term may be extended for up to thirty (30) days following start of direct negotiation (LNCSE, Section 13, subsection 13.1, paragraph b).

If the parties fail to reach an agreement, they may have recourse to the statutory mechanisms for a term of up to thirty (30) days from the end of the direct negotiation process (LNCSE, Section 13, subsection 13.1, paragraph c).

The agreements reached that have an economic impact are forwarded through the pertinent channels by the Office of the Prime Minister within a term of five (5) days from their execution so that they may be included in the Public Budget Act (LNCSE, Section 13, subsection 13.1, paragraph d).

On June 30, 2022, the 2022-2023 centralized collective agreement was entered into by and between the employer representation of the Peruvian State and the trade union representation made up of the state confederations CITE-CTE-UNASSE in the centralized collective bargaining committee.

As a consequence of the above-mentioned agreement, by Supreme Executive Order No. 311-2022-EF, published in *El Peruano*

Official Gazette on December 25, 2022, an increase was approved in the monthly salary of the servants, executives and officials working under the regimes established by Legislative Decrees No. 728 and 1057, as well as Laws No. 30057, 29709 and 28091; and the criteria and provisions for the implementation of such increase were set forth.

By Ministerial Resolution No. 035-2023-PCM, published in *El Peruano* Official Gazette on February 14, 2023, the employer representation was set up for the 2023 centralized collective bargaining process.

4.2. Stages of decentralized collective bargaining

The decentralized collective bargaining in the public sector starts with the submission of the collective agreement draft between November 1 and January 30 of the following year (LNCSE, Sections 12 and 13, subsection 13.2, paragraph a).

The direct negotiation stage “must start within ten (10) calendar days after the collective agreement draft is submitted. Said term may be extended for up to thirty (30) days following start of direct negotiation (LNCSE, Section 13, subsection 13.2, paragraph b).

The Guidelines have established some clarifications to the provisions of the LNCSE. They state that direct negotiation starts when the notice for the meeting to install the bargaining committee is served by the president of the employer representation. Said notice must be served within ten (10) calendar days following submission of the collective agreement draft (Guidelines, Section 17, subsection 17.1). Furthermore, the direct negotiation stage may be extended for up to thirty (30) business days after it has started (Guidelines, Section 18).

The direct negotiation stage comes to an end when the parties agree to sign a collective agreement (Guidelines, Section 22,

subsection 22.1) or when they sign a statement of non-agreement establishing their positions concerning the requests contained in the collective agreement draft (Guidelines, Section 22, subsection 22.2).

If no agreement is reached, the parties may have recourse to the conciliation mechanisms for a term of up to thirty (30) days from the end of the direct negotiation process.

The request for conciliation must be filed directly with the Administrative Labor Authority (LNCSE, Section 13, subsection 13.2, paragraph c).

The Guidelines specify that the conciliation stage starts with the filing of a conciliation request with the Ministry of Labor and Employment Promotion by either party, within three (3) days after the statement of non-agreement is signed (Guidelines, Section 25).

The Ministry of Labor appoints a conciliator within three (3) business days of receiving the conciliation request (Guidelines, Section 26, subsection 26.1).

The agreements reached during the conciliation stage are formalized through the record of conciliation, which has the same nature and effects as the collective agreements reached through direct negotiation (Guidelines, Section 28).

In the conciliation stage, if no agreement is reached, either party may request the commencement of an optional arbitration proceeding, which must end on June 30, unless the workers decide to organize a strike (LNCSE, Section 13, subsection 13.2, paragraph d).

5. THE LABOR ARBITRATION

In accordance with the Guidelines, if no agreement is reached during the conciliation stage, “either bargaining party may request

the commencement of an optional arbitration proceeding within a term of thirty (30) business days, unless the servants decide to exercise the right to strike as an alternative” (Guidelines, Section 31).

Arbitration can be defined as an alternative dispute resolution method where the parties submit their disputes to private third parties to be settled by means of an arbitration award, which has similar effects to those of a court decision.

The use of arbitration proceedings is a valid alternative for the settlement of labor disputes, inasmuch as it is the parties who choose the arbitrators, they consider to be suitable and impartial to solve their disputes. According to the Constitutional Court (2006), arbitrators must respect the due process, given that the nature of arbitration as an independent jurisdiction does not mean that they may exercise their powers in disregard of the constitutional principles that govern the activities of the bodies in charge of administering justice, such as the principles of independence and impartiality of judicial bodies, as well as the principles and rights thereof. In particular, as a jurisdiction, arbitration is not exempted from directly observing all the due process guarantees (Ground 9).

In the opinion of the Constitutional Court (2011), the arbitration jurisdiction is not exempted from the duty to respect the fundamental rights and the procedural and substantial guarantees of the due process. Likewise, the constitutional precepts and principles must be observed, according to the interpretation thereof resulting from the Constitutional Court’s judgments, as well as the binding precedents and the regulatory judgments issued by such court, given its capacity as the supreme interpreter of the Constitution (Ground 16).

The labor arbitration applicable to collective bargaining between the Peruvian State and its workers is optional in nature, because it starts at the request of one of the parties. It differs from

the optional arbitration applicable to collective bargaining in the private sector in that the latter may only be invoked by the representation of workers, as provided for in Section 46 of the Regulations to the Single Consolidated Text of the Collective Labor Relations Act, as amended by Supreme Executive Order No. 014-2022-TR.

6. THE ARBITRATORS

The arbitrator may be an individual or a collegiate court appointed to solve an economic labor dispute through a decision known as arbitration award, which is binding on the parties involved. In the state collective bargaining, the arbitrator will always be an Court of Arbitration consisting of three (3) members (LNCSE, Section 18, subsection 18.1).

In order to participate as an arbitrator in an arbitration proceeding in the public sector, it is an essential requirement to be registered in the National Registry of Collective Bargaining Arbitrators (*Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas*), as established in Section 2 of Supreme Executive Order No. 014-2011-TR.

Section 2 of Supreme Executive Order No. 014-2011-TR, published in the Official Gazette *El Peruano* on September 17, 2011, created the National Registry of Collective Bargaining Arbitrators, which is managed by the Ministry of Labor and Employment Promotion and is made up of professionals of proven track record.

The arbitrators are selected by the professionals registered in the above-mentioned Registry. Each of the parties appoints one arbitrator and these in turn select the president of the court. The notice sent by one of the parties to the other informing on its decision to have recourse to arbitration must also include the appointment of its arbitrator (LNCSE, Section 18, subsection 18.2).

If the summoned party fails to appoint its arbitrator within five (5) days after receiving the notice of resort to arbitration, the Labor Authority appoints such arbitrator by raffle pursuant to the rules applicable to the private regime. Regarding the appointment of the president of the Court of Arbitration, the LNCSE provides that, if the arbitrators do not reach an agreement on the appointment of the president within five (5) business days following the appointment of the second arbitrator, the Labor Authority will choose the president by raffle according to the rules established for the private regime (LNCSE, Section 18, subsection 18.3).

The Guidelines state that, if the arbitrators fail to reach an agreement on the appointment of the president of the Court of Arbitration, such situation must be notified to the administrative labor authority of the Ministry of Labor and Employment Promotion (MTPE) so that they may appoint the arbitrator by raffle from among the arbitrators registered in the National Registry of Collective Bargaining Arbitrators, within five (5) business days after becoming aware of such fact (Section 34, subsection 34.5).

“Arbitrators do not represent the interests of any of the parties in conflict and perform their duties with strict impartiality and absolute discretion.” (Guidelines, Section 32, subsection 32.2).

7. IMPEDIMENTS TO BE APPOINTED ARBITRATOR

There are two cases in which a person cannot be appointed arbitrator: those persons who have a relationship with the parties and those who perform a public function.

The first group includes lawyers, counsels, attorneys-in-fact or, in general, any person who had a direct relationship with the public sector or the trade union organization in the last twelve (12) months prior to their appointment. The above list does not include the arbitrators selected by either of the parties in previous arbitration proceedings (Guidelines, Section 33, subsection 33.1).

The following persons who perform or have performed a public function in the last twelve (12) months prior to their appointment, as the case may be, may not be appointed as arbitrators:

- a) The President and Vice Presidents of the Republic, members of the Congress of the Republic, Cabinet Ministers, Vice Ministers, heads and members of the collegiate body of Autonomous Constitutional Organizations.
- b) Judges, except for Justices of the Peace, and Prosecutors.
- c) The Comptroller General of the Republic and Vice Comptrollers.
- d) The heads of public agencies or institutions of the Executive Branch.
- e) The regional governors, mayors, and members of the Regional or Municipal Council.
- f) The directors of State-owned companies.
- g) The military and police personnel on active duty.
- h) Civil servants, regardless of the position they hold, not included in the previous items, while they perform their duties.
- i) The spouse, common-law spouse or relatives up to the fourth degree of consanguinity or the second degree of affinity of the persons listed in the preceding items. (Guidelines, Section 33, subsection 33.2)

8. ARBITRATION PROCEDURE

As previously explained, arbitration to settle a dispute concerning collective bargaining in the public sector is optional. The steps to process it are described in the following lines.

8.1. Commencement

After accepting his designation as such, the president of the Court of Arbitration must summon the parties to an installation hearing; thus, the arbitration has been formally commenced (LNCSE, Section 18, subsection 18.4; Guidelines, Section 35).

8.2. Challenge of arbitrators

The parties may challenge the arbitrators on the grounds provided for in Legislative Decree No. 1071 and those set forth in the Guidelines (LNCSE, Section 36, subsection 36.1).

Arbitrators may also be challenged on the following grounds:

- a) When they are not registered in the National Registry of Collective Bargaining Arbitrators;
- b) When they are subject to the grounds set forth in Section 28 of Legislative Decree No. 1071” (LNCSE, Section 36, subsection 36.2).

8.3. Duration of arbitration

The arbitration proceeding, together with the service of notice of the arbitration award, may not extend for more than forty-five (45) business days (LNCSE, Section 18, subsection 18.4).

The Guidelines specify that the above-mentioned maximum term of forty-five (45) business days is calculated from the commencement date and that the arbitration award must be rendered within such term (Guidelines, Section 37, subsection 37.1).

8.4. Supplementary application of the legislation governing the private sector

The LNCSE and its Guidelines expressly establish that the Single Consolidated Text of the Labor Collective Relations Act approved

by Supreme Executive Order No. 010-2003-TR (hereinafter, TUOLRCT), its regulations, and Legislative Decree No. 1071 shall apply to labor arbitration in the public sector on a supplementary basis, as long as they are not inconsistent with the LNCSE (LNCSE, Section 18, subsection 18.7; Guidelines, Section 37, subsection 37.2).

9. THE ARBITRATION AWARD

It is the final decision handed down by arbitrators which puts an end to the dispute submitted to their consideration. It becomes enforceable once it is declared final or once the remedies that may be filed against it have been exhausted.

The Guidelines define the arbitration award as “the final outcome of the arbitration proceeding, containing the Arbitration Court’s decision concerning the dispute submitted to its jurisdiction” (Section 38, subsection 38.1).

10. CONTENTS OF THE ARBITRATION AWARD

The LNCSE and its Guidelines consider that the arbitration award may reflect the final approach of one of the parties or an alternative that combines both proposals (LNCSE, Section 18, subsection 18.5; Guidelines, Section 38, subsection 38.2).

The Guidelines strictly establish that “an arbitration award may not contain concessions that differ from, are additional to, or exceed those expressly requested by the trade union in the Collective Agreement draft” (Guidelines, Section 38, subsection 38.2).

In the event that “due to equity reasons, the Arbitration Court deems it necessary to attenuate any aspect of the proposal chosen because it is excessive, it must state in the arbitration award what the modification or modifications are about and the reasons for their adoption” (Guidelines, Section 38, subsection 38.3).

The Guidelines (Section 38, subsection 38.4) provide that the following reports are considered in rendering the arbitration award, as the case may be:

- a) The report prepared by the employer representation designated by the Office of the Prime Minister, specifying the cost of implementing the collective agreement draft and the budget availability.
- b) The report prepared by the entity's Budget Office in coordination with the Administration Office or those acting in such capacities as identified in the list of demands.
- c) The final report on the status of the financial administration of the public sector, issued by the Ministry of Economy and Finance.

11. APPEAL FOR ANNULMENT OF THE ARBITRATION AWARD

Arbitration awards in state collective bargaining matters are unappealable. However, unappealable should not be confused with unchallengeable, since an arbitration award may be challenged through the appeal for annulment referred to in Section 62 of Legislative Decree No. 1071. Said appeal must be processed pursuant to the provisions set forth in such decree, as long as they are compatible with the provisions contained in the Guidelines (LNCSE, Section 42, subsection 42.1).

The provisions on nullity of arbitration awards contained in Section 63 of Legislative Decree No. 1071 that apply to the labor proceeding include the following:

- a) One of the parties has not been duly notified of the appointment of an arbitrator in an arbitration proceeding or has otherwise being unable to enforce its rights.

- b) The composition of the arbitration court or the arbitration procedures have not been in accordance with the agreement between the parties or the arbitration provisions set forth in the LNCSE.
- c) The arbitration court has resolved on matters not submitted to its consideration.
- d) The Arbitration Court has resolved on matters that are manifestly non-arbitrable pursuant to law.

We are of the opinion that, applying Section 66 of the TUOLRCT on a supplementary basis, an arbitration award may be challenged when it is manifestly contrary to the Constitution and to law or when it recognizes lesser rights than those contemplated by law in favor of workers.

12. ADMINISTRATIVE ENFORCEMENT OF THE ARBITRATION AWARD

Arbitration awards in labor matters are enforced within the term established therein and must conform to the provisions set forth in Section 14, subsection 14.5 of the Guidelines (LNCSE, Section 19, subsection 19.3; Guidelines, Section 39, subsection 39.3).

Based on the above, in order to implement any provisions with an impact on the budget, collective bargaining must come to an end on June 30 of each year. Pursuant to subsection 5.3 of the regulations, if such term is exceeded, any provisions with an impact on the budget shall be implemented during the stages of budgeting and shall take effect from January 1 of the year following their registration (Guidelines, Section 14, subsection 14.5).

It is understandable that, since the arbitration award is the result of a proceeding followed before a court of autonomous jurisdiction, it will remain in full force until a final court decision renders it ineffective.

The LNCSE provides that the untimely enforcement of the arbitration award entails administrative liability for the officials responsible for authorizing such enforcement (LNCSE, Section 19, subsection 19.2). With regard to this matter, it is worth reflecting on what will happen when the necessary budget resources are not available despite the officials' willingness to comply with the arbitration award. We are of the opinion that, in this case, said officials will be exempted from any liability if they documentarily evidence that they took the pertinent steps to obtain the resources, but they were not delivered.

13. JUDICIAL ENFORCEMENT OF THE ARBITRATION AWARD

Arbitration awards rendered in state collective bargaining have executory force; they are enforced through an executory proceeding, as provided for in Section 57 of the New Labor Procedural Act (LNCSE, Section 19, subsection 19.6; Guidelines, Section 41).

We consider that this is an erroneous provision, since arbitration awards are granted executory force without taking into account that this type of decisions must contain a certain and enforceable obligation recognized in favor of someone, in this case a worker.

An arbitration award arising from state collective bargaining recognizes obligations in favor of a group of workers. It might be necessary to discuss whether the state worker falls within the scope of the arbitration award, which is not possible in an executory proceeding, but in an ordinary labor proceeding that includes an extended evidentiary stage.

14. MOTION TO DISMISS BASED ON NONCOMPLIANCE WITH THE ARBITRATION AWARD

The failure to enforce the arbitration award disqualifies the employer from challenging the award or from continuing the proceeding if during it such failure is proven. For this purpose, the trade union may file a motion to dismiss based on noncompliance with the arbitration award at any stage of the proceeding (LNCSE, Section 19, subsection 19.4).

We consider that this provision is also erroneous, since it prevents the exercise of the right to effective judicial protection, as the entity will not be able to start or carry on with the challenge procedure if it has not previously complied with an award that, in its opinion, is null and void.

The correct course of action would have been for the entity to carry on with the challenge procedure, without prejudice to requiring the entity to comply with the arbitration award through the ordinary labor proceedings, given that, as these are two different proceedings, the arbitration award remains in force, unless it is suspended through an interim measure.

The Guidelines expressly establish that the consequences of noncompliance with the arbitration award do not apply when such noncompliance is due to the enforcement of an interim measure ordered by the Judiciary (Guidelines, Section 40, subsection 40.3).

15. VERIFICATION OF NONCOMPLIANCE WITH THE ARBITRATION AWARD

At the request of the trade union, the competent supervision and control bodies verify the noncompliance with the arbitration award. The record of verification is sufficiently valid for the courtroom in charge of the nullity proceeding to dismiss the complaint on the merits (LNCSE, Section 19, subsection 19.4).

We consider that the competent body to verify the noncompliance is the National Superintendence of Labor Inspection (SUNAFIL), created by Act No. 29981. SUNAFIL performs its duties and responsibilities in accordance with the General Labor Inspection Act, Act No. 28806, and its regulations, Supreme Executive Order No. 019-2006-TR, as supplemented and amended.

16. NOTICE OF ARBITRATION AWARD

The arbitration award is formalized in writing in three (3) copies and is notified to the parties within a term not to exceed five (5) business days after it is issued. The president of the Arbitration Court sends the third copy to SERVIR for registration and filing within the same term established for giving notice to the parties (Guidelines, Section 43, subsection 43.1).

The president of the employer representation forwards the arbitration award to the Office of the Prime Minister or to the highest administrative authority of the public sector entity, according to the bargaining level, within a term not to exceed three (3) business days from its receipt (Guidelines, Section 43, subsection 43.2).

17. CONCLUSIONS

- a) Arbitration in state collective bargaining is optional and may be commenced at the request of either party, without this affecting the workers' right to strike.
- b) The arbitration award in state collective bargaining may be formulated on the basis of the proposals made by both the trade union and the employer. This represents a major difference with the arbitration awards issued in collective bargaining processes between private entities and their workers, where the arbitrators must select the proposal of one of the parties, with the possibility of attenuating it.

- c) By granting executory force to an arbitration award derived from a state collective bargaining process, the legislator committed a serious mistake, insofar as such type of award does not recognize a certain and enforceable obligation in favor of a worker, but general obligations in favor of a group of workers. While in some cases such obligations may be individualized, in other cases they must be determined in a proceeding that includes an evidentiary stage for discussing the existence or certainty of the obligation.
- d) The motion to dismiss based on noncompliance with the arbitration award incorporates the *solve et repete* principle, which violates Section 139, subsection 3 of the Peruvian Constitution, as it prevents the public entity that considers to be affected by an arbitration award from resorting to a judicial body; in other words, it is a violation of the right to effective judicial protection.

REFERENCES

- Congress of the Republic (2021). Act No. 31188, Act on Collective Bargaining in the Public Sector. Lima: April 30, 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-negociacion-colectiva-en-el-sector-estatal-ley-n-31188-1949247-8/>
- Peruvian Administration (2022). Supreme Executive Order No. 008-2022-PCM. Supreme Executive Order approving the Guidelines for implementation of Act No. 31188, Act on Collective Bargaining in the Public Sector. Lima: January 20, 2022. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-lineamientos-para-la-implementac-decreto-supremo-n-008-2022-pcm-2032503-1/>
- Peruvian Constitutional Court (2006). Docket No. 6167-2005-PHC/TC. Lima: February 28, 2006. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

Peruvian Constitutional Court (2010). Docket No. 00002-2010-PI/TC. Lima: August 31, 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-AI.html>

Peruvian Constitutional Court (2011). Docket No. 02851-2010-PA/TC. Lima: March 15, 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02851-2010-AA.html>



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 261-277

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.739

Entre los derechos a la intimidad y protección de los datos personales en el trabajo y el poder fiscalizador del empleador: las cámaras de videovigilancia

Between the right to intimacy and the personal data
protection at the workplace and the supervisory
power of the employee: Video-surveillance cameras

Entre os direitos à privacidade e dados pessoais no
trabalho e o poder de supervisão do empregador:
câmeras de vídeo-vigilância



EDWIN RICARDO CORRALES MELGAREJO
Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)

Contacto: ecorrales@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0008-3983-9889>

RESUMEN

El presente artículo versa sobre el análisis de la incidencia tecnológica de las cámaras de videovigilancia laboral en los derechos fundamentales a la intimidad de los trabajadores y el derecho a la

protección de los datos personales, y los alcances o límites del poder fiscalizador del empleador en su uso, según los aportes doctrinarios y jurisprudenciales en su debida regulación.

Palabras clave: intimidad; protección de datos; videovigilancia.

Términos de indización: derecho a la privacidad; protección de datos; vigilancia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article analyzes the technological impact of video-surveillance cameras at the workplace on the fundamental right to the privacy of the workers and the right to the protection of personal data, as well as the scope or limits of the supervisory power of the employer in their use, according to the doctrinal and jurisprudential contributions in its regulation.

Key words: intimacy; data protection; video-surveillance.

Indexing terms: right to privacy; data protection; monitoring (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O presente artigo trata da análise do impacto tecnológico das câmeras de vídeo-vigilância sobre os direitos fundamentais à privacidade dos trabalhadores e do direito à proteção de dados pessoais, e o alcance ou limites do poder de supervisão do empregador em seu uso, de acordo com as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais em sua devida regulamentação.

Palavras-chave: privacidade; proteção de dados; vídeo-vigilância.

Termos de indexação: direito à privacidade; proteção de dados; vigilância (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 10/01/2023
Aceptado: 29/05/2023

Revisado: 19/04/2023
Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Sandro Alberto Núñez Paq (Universidad de Lima, Perú)

snunez@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

1. INTRODUCCIÓN

El advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) en el mundo laboral ha modificado las condiciones en la prestación de servicios, como son la deslocalización de los puestos laborales a los domicilios del personal en teletrabajo o trabajo remoto, el tratamiento telemático de datos, el uso de la telefonía celular 5G, los correos electrónicos, las redes sociales en internet, la utilización de la geolocalización y las cámaras de videovigilancia en la supervisión laboral, la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en los sistemas informáticos de las empresas, los *chatbots* GPT, entre otras nuevas tecnologías.

Ello está causando, también, ciertas reconfiguraciones de las instituciones jurídicas en la intersección normativa de los derechos fundamentales y el derecho laboral, que debemos dilucidar, pues los contratos de trabajo y los reglamentos internos de las empresas están siendo impactados, por ejemplo, en regulaciones interpartes sobre la protección de datos personales, domicilio digital, notificaciones electrónicas, la firma digital y los e-contratos, el pago de la remuneración en criptomonedas, la supervisión visual de los

trabajadores mediante dispositivos electrónicos fijos o móviles de audio y video, programas de control de la calidad del teletrabajo, en la época de las empresas virtuales y los gobiernos digitales.

En esta oportunidad, desarrollamos los avances doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos sobre el impacto de la videovigilancia en los derechos de los trabajadores y las obligaciones patronales.

2. LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS

La constitucionalización y la transversalidad de los derechos humanos en todas las ramas jurídicas nos trajo la categoría de los derechos laborales inespecíficos del ciudadano trabajador, de tal modo que el derecho del trabajo comprendería una división previa: los derechos laborales específicos y los inespecíficos, los primeros serían los que las diversas fuentes normativas ya tienen debidamente instituidos, los cuales no pueden ejercerse fuera del ámbito laboral. En cambio, los segundos, por ser universales, inalienables e inherentes a la condición humana, se ejercen dentro o fuera de la relación de trabajo, pues:

Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. (Palomeque, 2001, p. 148)

Así, la expansión normativa constitucional *in toto* garantiza la eficacia vertical (entre el ciudadano y el Estado) y horizontal (entre particulares) de los derechos fundamentales de la persona humana (STC n.º 976-2001-AA, f. j. 5) y, cuando esta trabaja en relación de subordinación, será obligación del empleador respetar y cumplir sus derechos laborales no solo específicos,

sino también los inespecíficos, en observancia del deber de cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación, según su artículo 38.º. Por ende, el trabajador tiene el derecho al goce de aquellos sin más límite que la naturaleza de la prestación del servicio, o en atención a la salud y la seguridad en el trabajo, puesto que el ejercicio de los derechos constitucionales no se puede limitar en una relación laboral, o desconocer la dignidad del trabajador, según prevé el tercer párrafo del constitucional, artículo 23.º.

Por ende, los poderes de dirección y fiscalización del empleador, las libertades de empresa y contratación se ejercen en concordancia práctica con la vigencia óptima de los derechos laborales específicos e inespecíficos en lo individual y lo colectivo del personal que contrate, sin que la estructura jerárquica en el centro laboral de propiedad privada o la subordinación del trabajador y la ajenidad de lo que produce, implique alguna restricción, salvo causas justificadas.

No obstante, los derechos fundamentales laborales inespecíficos no son absolutos, también están sujetos a restricciones, límites y condicionamientos, cuando las circunstancias, las situaciones y la modalidad de prestación laboral justifican la decisión del empleador, siempre que apruebe el test de razonabilidad y proporcionalidad. Por tanto, sin vaciarlas de contenido, cabe ponderar y adecuar tales derechos con las necesidades del servicio, la seguridad y salud en el trabajo, los intereses, las libertades y los derechos del empleador, la producción y la productividad, la continuidad de la empresa en el mercado, hasta el interés nacional, entre otros principios, derechos y prerrogativas que pudieran entrar en conflicto, siempre que no sea posible la concordancia práctica entre ellos. Vale decir, en lugar de adoptar medidas que los enfrenten, más bien elegir las que concilien, optimicen y los refuercen mutuamente mediante modulaciones mínimas.

En suma, la libertad de empresa, la iniciativa privada y el capital en todo emprendimiento en el mercado no tienen que estar reñidos con la eficacia de los derechos fundamentales del personal que contrate. Por el contrario, es un objetivo de desarrollo sostenible de los países y una obligación del Estado social que su economía esté al servicio de la promoción progresiva de la dignidad de la persona que trabaja.

3. DERECHO A LA INTIMIDAD

La Constitución de 1993 lo contempla en su artículo 2.º, numerales 6 y 7¹, también nuestro Código Civil en su artículo 14², cuyos fundamentos debemos esclarecer para luego apreciar el impacto en el derecho a la intimidad de las NTIC, en el ámbito laboral. Antes bien, siguiendo a Fernández (2015), debemos diferenciar entre «vida privada», «intimidad», «secreto» y «reserva»; la primera alude a nuestro ámbito personal y familiar, siempre que nuestra actividad no traspase sus fronteras, pues fuera de ellas es posible que nuestra vida pública se someta al escrutinio de los demás, con ciertos límites.

Este derecho, además, implica que la sociedad debe respetar nuestra vida privada, pues emerge una obligación negativa *erga omnes* de no hacer, de no entrometerse o informarse u obtener

1 «Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

[...]».

2 «14.º La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden».

datos en y de nuestro hogar, de lo que hacemos en él, siempre que no suponga comportamientos ilícitos. En este caso, hasta se cuida que tal conocimiento se obtenga lícitamente, ya que de lo contrario estaríamos ante la *prueba prohibida*, y que también es posible de relativizarse según ponderación con la magnitud e intensidad del bien público dañado.

Tal privacidad se extiende, asimismo, cuando nos reunimos con otra persona en un lugar público, cuya conversación —en el entendido de que ambos interlocutores lo hacen cuidando la discreción del encuentro— es escuchada, filmada y grabada por un tercero para luego difundirla ilegalmente, que logra subrepticamente penetrar a tal ámbito privado pese a que se llevó a cabo en uno público.

De igual modo, tal derecho se tutela cuando el trabajador, en el centro de trabajo, tiene la prerrogativa de usar determinados espacios de privacidad, *v. gr.*, baños, cambiadores, lactario y zona de refrigerio.

Así, la vida privada es el género y las especies en graduación de intensidad son la reserva, la intimidad y el secreto personal. La intimidad es el núcleo de la vida privada de la persona en su esfera vital, que contiene información exclusiva y excluyente, absolutamente restringida para ella, pues nadie tiene el derecho de averiguar o fisgonear lo que decimos y hacemos en nuestra intimidad. Y, claro, el secreto es la calificación en máximo grado que le damos a los datos que contiene dicha esfera personalísima.

Así como las empresas guardan bajo siete llaves sus secretos industriales, de igual modo, la persona natural tiene derecho a guardar secreto de cierta información, que solo puede ser revelada por su titular o sus herederos.

Finalmente, debemos anotar que el derecho a la intimidad personal y familiar tampoco es uno absoluto, como así lo ha

discernido la doctrina mayoritaria, y que nos lo recuerda Fernández (2015), quien indica que cuando está en riesgo el interés social, el derecho a informar y a ser informado predomina sobre el derecho a la intimidad, pues, en ciertos casos el bien común es superior al interés individual (p. 161).

Ahora bien, pasamos a analizar este atributo de la intimidad personal y familiar como derecho laboral inespecífico, en cuanto a su protección y eficacia por parte de la legislación y la jurisprudencia ante el impacto de las nuevas tecnologías en la relación de trabajo subordinado, pues recordemos que el empleador en el ámbito laboral ejerce sus facultades de dirección (*ius variandi*) y fiscalización sobre sus trabajadores, siempre que sus decisiones aprueben el test de razonabilidad y proporcionalidad (lo más cercano a la justicia y lo más alejado de la arbitrariedad), lo que se extrae del artículo 9, párrafo final, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR.

Las NTIC que, actualmente, se están empleando para materializar los poderes del empleador y alcanzar los fines empresariales, son el ordenador o computadora en su componente telemático o *software*, programas espías o *malware*, programas en línea de control remoto y supervisión instantánea, cámaras de videovigilancia fijas o móviles (incluye drones), micrófonos de escucha, geolocalización, aplicativos informáticos de mensajería instantánea, reporte y grabación de llamadas telefónicas o de los mensajes, uso del internet y las redes sociales, programas de recuperación de datos e información alojada en el disco duro, memoria externa o en la «nube», revisión de las páginas en internet visitadas o información publicada, marcada «me gusta» o compartida en las redes sociales del trabajador, aun así se hallan borrado, control informático biométrico, banco de datos digitales y el uso de la inteligencia artificial (IA) en la operatividad de las NTIC. Todos los

cuales podrían poner en riesgo, limitar o hasta violentar el derecho a la intimidad del trabajador, cuando realiza labor presencial o teletrabaja.

Cabe agregar que la reciente Ley n.º 31572, Ley del Teletrabajo, en su artículo 6.4 ha previsto que el personal tiene derecho: «A la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, considerando la naturaleza del teletrabajo»; y el Anteproyecto del Código del Trabajo en su artículo 55.º alude que «Toda medida de control deberá estar sustentada en causas objetivas y razonables, efectuándose por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, debiendo respetarse la dignidad e intimidad del trabajador»; prevé además la obligación de reserva del empleador respecto a la información y los datos privados del personal a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

4. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Del derecho a la intimidad se desprende el derecho a la confidencialidad y protección de datos personales, que ahora goza de autonomía, empero, las nuevas tecnologías de *big data* e IA la impactan en cuanto a su almacenamiento y traslado electrónico, atendiendo a la interconexión por internet y la interoperabilidad de las agencias públicas y privadas. Así también, en cuanto a los datos del personal que captan las cámaras de videovigilancia laboral, motivo por el cual, en la intersección del mundo del trabajo con el derecho a la intimidad y propiedad de los datos personales, aparecen nuevos derechos y obligaciones para ambas partes de la relación laboral; y que Goñi (2014) sistematiza desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TCE), el cual reconoció el derecho fundamental del trabajador al control de sus propios datos personales,

incrustado en el núcleo del derecho a la intimidad. Por tanto, a aquel le alcanza la prerrogativa de oponerse a su uso por el empleador o autorizarlo, salvo imperativo legal, subsecuentemente, la obligación de este de respetar tal decisión, ya que le alcanza la prohibición de no injerencia en el ámbito privado del personal que contrata.

A partir de ello, el TCE evolucionó del derecho fundamental al control de datos, al de autodeterminación informativa, que se fundamenta también en el derecho de propiedad, y que reconoce que toda persona tiene el poder de disposición sobre su patrimonio informativo (SSTC 254/93, 143/94, 11/98, 94/98, 202/99, 290/2000 y 292/2000). De los cuales dimanar la facultad del titular de expresar su consentimiento para que un tercero tome y use sus datos; así también, los derechos de autorización, información sobre el uso, guarda y destino, de acceso, rectificación y cancelación de estos (STC 254/1993); también el derecho de delimitación y oposición (STC 292/2000). Tal desarrollo jurisprudencial se ha producido a consecuencia de las malas prácticas empresariales de usar y transferir los datos de su personal sin informarles o pedirles su consentimiento.

En sede nacional, luego de producido este fenómeno, se emitió (3 de julio de 2011) la Ley n.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP), y su Reglamento aprobado por D. S. n.º 003-2013-JUS, cuya definición según el artículo 2.5 de la ley precisa acerca de los **datos sensibles** que son:

Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

Dicha normatividad cumple con regular las obligaciones, los derechos y las excepciones en cuanto a su tratamiento, autorizaciones, sanciones y prevenciones, que en resumen implica que el empleador debe proteger dichos *datos sensibles* que guarda en la carpeta personal del trabajador, empero, está autorizado a compartirlos cuando por ley se le permite, por ejemplo, con la Sunat respecto a las planillas electrónicas, o el Ministerio de Salud sobre los contagiados de COVID-19. Tales excepciones podrán apreciarse en su artículo 14.º, motivo por el cual no será necesario obtener el consentimiento del personal para tal tratamiento de los datos.

5. LOS DATOS PERSONALES Y EL USO DE LAS CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA LABORAL

Ahora bien, en lo relativo a la vigilancia de los trabajadores mediante cámaras de audio y video, el Tribunal Constitucional peruano emitió la emblemática sentencia (25 de septiembre de 2020) en el Exp. n.º 02208-2017-PA, Lima, en el caso Sindicato de Obreros P y A D'onofrio, cuyos dirigentes demandaron a su empleadora por instalar cámaras de videovigilancia en el centro de trabajo, lo que causó perturbaciones psicológicas que afectaron la salud de sus afiliados al someterlos a un control total y permanente, violando su derecho a la dignidad e intimidad.

Empero, el TC declaró infundada la demanda, y justificó su decisión, en el sentido de que el correcto uso de las videocámaras contribuye a los fines empresariales y a cumplir con su poder de fiscalización sobre los lugares sensibles del centro de trabajo, como son las zonas de atención al público o las áreas de caja o tesorería, como también vigilar el proceso productivo y controlar la calidad del servicio, siempre que no se invada ambientes calificados como «privados» para el personal. Su fundamento destacado es el siguiente:

16. Por otro lado, este Tribunal Constitucional considera que la parte accionante no ha señalado con claridad de qué forma las videocámaras que cuestiona lesionan los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados, limitándose a afirmar que las cámaras tienen como objetivo el control total, riguroso y permanente durante toda la jornada laboral de sus afiliados, impidiendo que trabajen con tranquilidad y sin margen a que se puedan distraer de su labor. En este sentido, se debe tomar en consideración que el empleador, como parte de su poder de dirección, reconocido en el artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR, puede optar por los mecanismos que estime necesarios para la supervisión de la prestación laboral (poder fiscalizador), siempre que ello no vulnere los derechos de los trabajadores, lo que en el presente caso no se ha acreditado.

Como podrá apreciarse, sin mencionarlo el TC justifica su decisión sobre la base del test de proporcionalidad, esto es, que la videovigilancia es idónea para cumplir con los fines de la fiscalización laboral, supervisión de la seguridad en el trabajo, monitorear el proceso productivo, y salvaguardar su patrimonio, esto es, que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el objetivo propuesto, siempre que no haya otra menos gravosa para su logro y con similar eficacia; por lo que resulta necesaria y adecuada en relación de medio a fin; y, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, al no invadir los espacios privados asignados a las trabajadoras y los trabajadores en el centro de trabajo (cambiadores, baños, lactario, zona de refrigerio, etc.), entonces, no afecta su derecho a la intimidad.

Sin embargo, el TC no profundizó el análisis en cuanto al tratamiento de los datos a la imagen y voz que las videocámaras graben al personal filmado, y el derecho de estos de contar con información sobre su existencia, el resguardo y la eliminación

de la captación de dichos datos. En razón a que toda persona es propietaria de sus datos, aún sean estos contenidos en soporte electrónico. Felizmente, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPDP) emitió la Resolución Directoral n.º 02-2020-JUS-DGTAIPD (10 de enero de 2020), que aprueba la Directiva n.º 01-2020-JUS/DGTAIP-1, sobre el tratamiento de datos personales por medio de sistemas de videovigilancia, en cuyos numerales del 7.9 al 7.25 regula sobre el particular, a saber:

Videovigilancia para el control laboral

Deber de Informar

7.9 El empleador se encuentra obligado a informar a sus trabajadores de los controles videovigilados, a través de carteles (o en su defecto de los avisos informativos mencionados en la presente directiva); ello, sin perjuicio de informar de manera individualizada a cada trabajador, si se considera pertinente. [...]

En cuanto al teletrabajo, en respeto a la intimidad del trabajador cuando teletrabaja desde su hogar, no cabe la videovigilancia, ni siquiera exigirle que prenda su cámara, cuando no es necesario o es irrazonable, salvo que aquel lo consienta.

En la jurisprudencia comparada, tenemos la Sentencia 29/2013 del Tribunal Constitucional español en esta materia, en la que rechazó la prueba de videovigilancia aportada por el empleador, por ilícita, al no haber cumplido previamente con informar al personal comprendido en su investigación, por ende, la sanción impuesta fue nula. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala de 17 de octubre de 2019. Caso López Ribalda y otras vs. España, validó un caso de videovigilancia temporal y específico, sin aviso a los empleados para descubrir un robo sistemático de mercancía que estaba sucediendo

en la empresa³. De modo, pues, que las cámaras ocultas, los micrófonos y el *malware* espías están proscritos de la fiscalización laboral. No obstante, casos excepcionales en los que la ponderación de derechos y principios harían prevalecer los del empleador merecen una atención jurisdiccional, caso por caso.

Por último, este derecho a la protección de datos también alcanza a la fase precontractual laboral, y obliga a las agencias de colocación o empleo a tratar dicha información que el postulante les proporciona solo para su posible contratación; también, cuando son filmadas sus entrevistas y videovigilados en sus establecimientos, según las recomendaciones respecto a la «Protección de datos personales de los trabajadores», aprobadas por la Organización Internacional del Trabajo (1997)⁴, pues solamente deben procesarse los datos para que se efectúe la finalidad por la que se ha dispuesto la vigilancia; en consecuencia, no deben utilizarse para controlar o vigilar el comportamiento del personal, si esta no es la finalidad declarada.

3 «El TEDH entiende que se cumplió con el test de proporcionalidad por los siguientes motivos:

1. Existían fundadas sospechas de que se han cometido irregularidades graves de alcance relevante, pues durante cinco meses se identificaron pérdidas de hasta 25.000 euros.
2. La videovigilancia no abarcó toda la tienda, sino que se centró en las zonas aledañas a las cajas, en las que probablemente se habían cometido robos.
3. Por lo que se refiere al alcance de la medida a lo largo del tiempo, la duración de la vigilancia por videocámara, en realidad duró diez días y cesó tan pronto como se identificó a los empleados responsables. Por lo que la duración del seguimiento no fue excesiva en sí misma» (Deloitte, s. f., párrs. 13-16).

4 Adoptadas en la Reunión de Expertos sobre la Protección de la Vida Privada de los Trabajadores de la OIT, efectuada del 1 al 7 de octubre de 1996, en cumplimiento de una decisión tomada por el Consejo de Administración de la OIT en su 264.^a reunión (noviembre de 1995).

6. CONCLUSIONES

El uso de las cámaras de videovigilancia laboral es de gran utilidad para el empleador con la finalidad de fiscalizar que sus colaboradores cumplan con sus trabajos, controlar los procesos productivos, supervisar la observancia del reglamento interno y del de seguridad y salud en el trabajo, así como cautelar su patrimonio. Por ello, su aplicación en el ejercicio del poder de fiscalización del empleador aprueba el test de proporcionalidad y razonabilidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Sin embargo, es imperioso e ineludible que el empleador informe a su personal la ubicación de las cámaras de videovigilancia, según la citada directiva de la ANPDP, caso contrario las grabaciones que exhiba no tendrán valor probatorio.

Además, tal obligación legal de advertencia debe incluirse en el Anteproyecto del Código del Trabajo, ya que su artículo 54.º no lo prevé, y el 55.º solo incluye el deber de reserva de los datos privados del trabajador.

Así, pues, el derecho a la protección de datos del trabajador se desprende de su derecho a la intimidad, ya que el empleador al grabar y guardar su imagen y voz, asume responsabilidad de tal patrimonio cuyo único titular es el ciudadano trabajador. Por tanto, aquel tiene el derecho a la debida información del uso y el destino que le daría el empleador, ya que su entrega a personas no autorizadas, o la fuga de dicha información, causaría una violación al derecho a la intimidad del trabajador, también a su derecho a la propiedad de tales datos en soporte electrónico, cuya difusión indebida le podría ocasionar perjuicios, toda vez que el solo hecho de saber que su imagen y su voz estarían circulando por el ciberespacio le irrogaría un daño moral.

No obstante, pueden existir posibles caso de excepción, como lo discernido por el TEDH, sobre el que dimos cuenta. Corresponde

a la magistratura, en sede judicial, realizar el juicio de ponderación de los principios y los derechos concernidos, caso por caso, pues las reglas al confrontarse con la realidad, no pocas veces, muestran insuficiencia normativa. Es así que los jueces y las juezas debemos resolver creando derecho para mejor resolver la controversia concreta.

Por ende, tales nuevas prerrogativas y obligaciones deben incluirse en las cláusulas contractuales y los convenios, el reglamento interno de trabajo, en el de seguridad y salud en el trabajo, o en las directivas empresariales específicas, y que la autoridad inspectiva de trabajo deberá fiscalizar. Asimismo, le corresponde al legislador en el futuro Código del Trabajo, unificar la normatividad dispersa y completar la regulación pendiente de los derechos laborales inespecíficos, para su correcto goce, ejercicio y protección.

Finalmente, la revolución digital 5.0 y las NTIC no deben hacer perder o precarizar los derechos de las personas que trabajan, menos causar discriminación y abusos sea del trabajador o el empleador. Por el contrario, corresponde que el sistema jurídico asuma el reto y el desafío de una debida regulación normativa que garantice el trabajo decente, facilite la progresividad y no regresividad de los derechos, prevea la interdicción de la arbitrariedad y el abuso en la utilización de las NTIC y la IA, cuando amenacen o violenten la vida, la salud, la integridad, la dignidad, la igualdad, la libertad, la intimidad, la propiedad y la protección de datos personales, entre otros derechos de los colaboradores, pero también validar medidas excepcionales y temporales del empleador en el uso de la videovigilancia en salvaguarda de su patrimonio y la disciplina en el trabajo, por el bien de la justicia social y la paz laboral en el Perú.

REFERENCIAS

- Deloitte (s. f.). Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Gran Sala de 17 de octubre de 2019. Caso López Ribalda. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/sentencia-tedh-caso-lopez-ribalda.html>
- Fernández, C. (2105). *Derecho de las personas*. Motivensa.
- Goñi, J. (2014). Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación? En AA. VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 17-81). Cinca.
- Organización Internacional del Trabajo (1997). *Protección de los datos personales de los trabajadores*. https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf
- Palomeque, M. (2001). *Derecho del trabajo* (9.^a ed.). Centro de Estudios Ramón Aceres.



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

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 279-318

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.751

Ética y derecho en México: reflexiones sobre su relación en el debido proceso

Ethics and law in Mexico: Reflections on their relationship in the due process

Ética e direito no México: reflexões sobre sua relação no devido processo



GUADALUPE JUÁREZ-QUEZADA
Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)

Contacto: gjuarezq@derecho.unam.mx
<https://orcid.org/0000-0003-0505-3884>

RESUMEN

Este artículo aborda la importancia de normas jurídicas éticas y acciones de jueces y servidores públicos en México para el debido proceso probatorio. Se centra en la ética en el derecho, particularmente en la función pública administrativa. La investigación emplea el método deductivo, conectando teoría filosófica y aspectos procesales. Se utilizan fuentes documentales, como legislación y doctrina nacional, para respaldar argumentos. El objetivo

es justificar la necesidad de códigos de ética en el poder público, principalmente en la función pública administrativa. Las conclusiones respaldan esta afirmación.

Palabras clave: ética; responsabilidad; servidor público; servicio público; función pública; Estado.

Términos de indización: ética; responsabilidad; funcionario público; Estado; procedimiento legal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article discusses the importance of ethical legal rules and actions of judges and civil servants in Mexico for the evidentiary due process. It focuses on ethics in law, particularly in the administrative public function. The research applies the deductive method, connecting the philosophical theory and procedural aspects. Documentary sources such as national legislation and legal literature are used to support arguments. The aim is to justify the need for codes of ethics in the public power, primarily in the administrative public function. The conclusions confirm this statement.

Key words: ethics; liability; public servant; public service; public function; State.

Indexing terms: ethics; responsibility; civil servants; State; legal procedure (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo aborda a importância das normas jurídicas éticas e das ações de juízes e servidores públicos no México para o devido processo de provas. Ele se concentra na ética no direito, nomeadamente na função pública administrativa. A pesquisa faz uso do método dedutivo, conectando teoria filosófica e aspectos

processuais. Fontes documentais, como a legislação e a doutrina nacional, são usadas para fundamentar os argumentos. O objetivo é justificar a necessidade de códigos de ética no poder público, principalmente na função pública administrativa. As conclusões apoiam essa afirmação.

Palavras-chave: ética; responsabilidade; servidor público; serviço público; função pública; Estado.

Termos de indexação: ética; responsabilidade; funcionário público; Estado; procedimiento jurídico (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 20/01/2023

Revisado: 22/04/2023

Aceptado: 10/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

Javier Alejandrino Neyra Villanueva (Universidad Ricardo Palma, Perú)

javier.neyra@urp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4644-5008>

1. INTRODUCCIÓN

La importancia de la ética no solo es de carácter filosófico, sino que tiene impacto en la vida cotidiana de la sociedad, en las relaciones entre individuos y en la conformación de sistemas políticos y jurídicos. Además, funciona como elemento justificante de la existencia de dichos sistemas y posibilita su correcto funcionamiento, lo cual se logra gracias a un marco jurídico sólido y conforme a objetivos tendientes a maximizar el bien común.

Desde la aparición del derecho en la sociedad, la ética jurídica ha estado basalmente presente. Así lo han afirmado importantes filósofos de Occidente, desde Platón hasta Kant; por ello, es trascendente llevar a cabo una revisión del diálogo filosófico en el que se denote la vinculación entre ambas disciplinas, además de identificar la relación que tienen con la sociedad y el Estado, principalmente con sus instituciones y sus normas jurídicas.

El presente texto se realizó con apoyo en el método deductivo, partiendo de lo general a lo particular, además de relacionar la parte teórica con la procesal; y tiene como objetivo justificar la necesidad de códigos de ética en todos los ámbitos del poder público, pero, principalmente, el enfoque está centrado en las funciones públicas judicial y administrativa.

Cinco apartados integran el desarrollo del trabajo. En primer término, se abordan aspectos conceptuales de la ética para hacer énfasis en su relación con lo social y el servidor público. En un segundo momento, se desarrolla la relación entre el Estado, el derecho y la ética para, posteriormente, en el tercer apartado, realizar un estudio particular sobre la importancia de la ética en el debido proceso.

El cuarto apartado está dedicado a revisar las actuaciones de los jueces y los abogados en torno del proceso probatorio, y el quinto hace alusión a la responsabilidad como medio ético de control del ejercicio público. Al final, en las conclusiones se esbozan ideas vinculadas con todo el desarrollo argumentativo, y que pretenden sustentar lo afirmado en la presentación: la necesidad de la ética como disciplina que rige —o debe regir— el comportamiento y la acción social de la función pública administrativa.

Cabe añadir que el marco espacial al cual se ciñe la presente investigación tiene lugar en México, por lo que se echa mano, principalmente, de la doctrina y la legislación nacionales.

2. SOBRE LA ÉTICA: SU RELACIÓN CON LO SOCIAL Y EL SERVIDOR PÚBLICO

La ética (del latín *ethica* desde el griego antiguo *θική* [*φιλοσοφία*] «filosofía moral», del adjetivo de *θος* *ēthos* «costumbre, hábito») proviene del griego «Ethikos» y su significado es «carácter»; su objeto de estudio es la moral y la acción humana (Ortega, 2009, p. 1).

Aristóteles (2001) señala que la ética parte de la «actividad y elección a un determinado bien; de ahí que algunos hayan manifestado con razón que el bien es aquello a lo que todas las cosas aspiran» (p. 47), por lo que la actividad que haga la persona deberá llevar una carga final (fines) con el principal objetivo de obtener un acto justo de acuerdo con su idea.

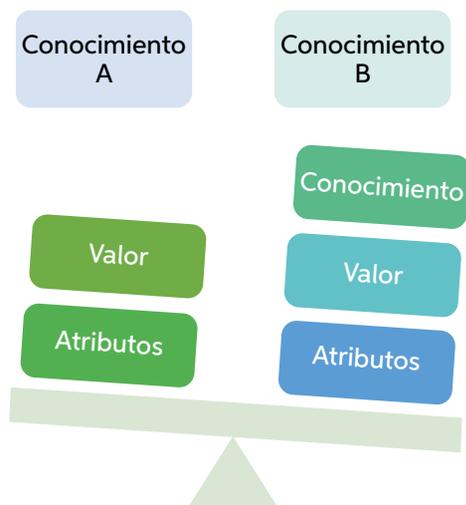
Baruch Spinoza (2000), en el planteamiento del manejo de la ética, sostiene que todo nace y deriva de Dios y toda conducta del hombre es permitida por Él (p. 40). En este sentido, toda conducta deriva en parte de la libertad, su razonamiento y el conocimiento del objeto. En consecuencia, si fuese el caso de impedimento de conocimiento, la decisión de la persona podrá estar viciada por el error en la conceptualización del objeto, así como por el nulo conocimiento de los atributos de la cosa.

Por ello, el filósofo en comento señala que la ética debe ser la herramienta de conocimiento de la sustancia de la cosa, sin que medie error o dolo de mala interpretación, pues solo podrá ser valorado de manera correcta si se tiene el conocimiento correcto del objeto.

Para ejemplificarlo se presenta el siguiente esquema:

Gráfico 1

El fiel de la balanza se inclina hacia el juicio correcto basado en el conocimiento de la cosa



Por su parte, Gerardo Ortiz Treviño (2003) menciona que «se trata de una disciplina filosófica práctica [...]. La ética es, por ende, una ciencia de gran solidez científica respecto de su objeto; la moralidad del acto humano» (pp. 12-13).

En este contexto y acercándonos a la moralidad en el actuar del ser humano, podemos definir a la ética como la forma correcta de desenvolverse o comportarse como individuo en una sociedad. Además, en ella también se forman nociones acerca de lo bueno y lo malo, de lo que está permitido o prohibido basado en el conocimiento y, finalmente, de lo que es obligatorio.

Encontramos así que una decisión ética sobre cualquier asunto social debe estar basada en la referencia filosófica de verdad, de bondad y de maldad, pero tal decisión, de acuerdo con Spinoza, solo puede alcanzar un rango de justicia en el conocimiento profundo del asunto de que se trate. Es decir, un funcionario público, un

juzgador, no pueden actuar «valorativamente» para alcanzar criterios éticos, si desconocen la raíz profunda del asunto.

Lo valioso que puede rescatarse de estas ideas consiste en no considerar a la ética o el comportamiento ético solo como una referencia abstracta, sino como consecuencia de una valoración basada en el conocimiento más profundo de la circunstancia, de la cosa, del asunto. Adelante, en las argumentaciones posteriores, retomaremos estas ideas.

Podemos mencionar, entonces, que el punto de partida para la ética es el entorno fáctico empírico de las relaciones interpersonales en las que se encuentra un sujeto y la construcción de elementos que sistematizan su observancia, su dirección y su cumplimiento. Estos son los conglomerados teórico-prácticos de moral-ética que se configuran en diversas materias como la religión, la moral pública y sobre todo en el derecho, materia que nos atañe. Dichas disciplinas están estrechamente relacionadas, de modo que así pueden subsistir en el referido plano fáctico.

Hubed Bedoya (2018) explica que

una de las formas institucionales básicas en que se traduce la eticidad es el derecho, en tanto en él se agrupa el manejo de los aspectos más importantes de la relación intersubjetiva entre los miembros de la comunidad y en él se depositan los sistemas de control más efectivos para el logro de los fines comunitarios y sociales. (pp. 140-141)

El autor plantea la relación que hay entre ambos sistemas (ética y derecho): uno no puede mostrarse ajeno a los valores éticos cuando interactúa con el ser humano, ya que crea organizaciones y sociedades que necesitan encontrarse encaminadas a un objetivo. Esta es la razón de existir de la ética y su aplicación ante la posible práctica social institucional que es el derecho. Además, añade que

«la institucionalidad hace de la comunidad —ahora comprendida, más propiamente, bajo el concepto de sociedad— un verdadero orden consciente de sí mismo y de los objetivos que a través de él se propone alcanzar» (Bedoya, 2018, p. 141).

Por consiguiente, se entiende a la ética como una clave neurálgica de la existencia y la funcionalidad del derecho, debido a que ambos son elementos normativos y se aplican herméticamente al amparo del poder del Estado como ente unificador. La conversación puede ir ahora dentro de la posibilidad de justificación del poder particular y con ello surge la pregunta ¿cómo se justifica el Estado que dirige su institucionalidad en torno de sistemas normativos como la ética y el derecho?

En ese sentido, la ética actúa como un conjunto de voluntades en torno de un objetivo y para alcanzarlo es necesario un espacio de acción y direcciones coordinadas. Esto es complejo y, ante su aplicación, surge la interrogante de cómo es menester extender la disertación alrededor de estas temáticas para facilitar la comprensión del eje Estado-poder-ética y relacionarlo con la ética-derecho y procedimiento, considerando al derecho y al Estado íntimamente ligados.

De acuerdo con lo anterior, es posible aseverar que las voluntades se organizan y las sociedades se construyen en un conjunto funcional para alcanzar los objetivos previstos. Esto es, la política se utiliza para la conformación de los intereses particulares. Así, podemos señalar que el poder es la forma en que se emplean las fuerzas para hacer que alguien o un conjunto de entes hagan algo, sí y solo sí el grupo de personas organizadas, las ejecutoras del poder, actúan con el fin de proteger los intereses generales, no solo los intereses personales o de grupo.

Al respecto, Bob Jessop (2014) menciona que «otra solución consiste en considerar la esencia del estado (tanto la pre-moderna

como la moderna) como la territorialización de la autoridad política. Tal acción involucra la intersección de un poder coercitivo y simbólico políticamente organizado» (p. 22).

Como resultado, podemos afirmar que el Estado gira sobre el poder, pero también sobre una sociedad políticamente organizada, esta es la cuestión diferenciada de solo el poder individualista a uno organizado. Bajo una postura finalista, el primero corresponde en un estado de barbarie desmedida en el que el poder simplemente es de quien pueda lograr detentarlo.

Jessop alude a que su capacidad física muchas veces es simbólica. Por otra parte, el Estado no es esto, sino que es un conjunto funcional y organizado sobre el poder, que al monopolizarlo o apropiarse de eso poco a poco va justificándose por el hecho de detentar dicha parafernalia, pues existen ambigüedades y dificultades sobre lo que representa este poder.

Siguiendo al mismo autor, el Estado es en sí una paradoja, ya que

por un lado, es solo un conjunto institucional entre otros dentro de una formación social. Por el otro, carga con la responsabilidad general de mantener la cohesión de la formación social de la cual no es más que una parte. (Jessop, 2014, p. 24)

Así, esa posición paradójica de todo y parte se encuentra constantemente sometida a la presión de las diferentes fuerzas sociales para resolver los problemas de la sociedad en su conjunto, no solamente los problemas o los intereses de una parte mínima de esa sociedad.

Con base en lo anterior, consideramos que no funciona solamente por la sociedad, sino para la sociedad, ya que resuelve en gran medida los problemas comunitarios y (al menos idealmente)

los atiende de forma correcta. Tratándose de la justificación del Estado, como ente fáctico del ejercicio del poder, consideramos que dentro de su potestad está el resolver los casos de interés general de manera organizada, dirigida a mantener la estabilidad y la paz de las personas.

Por lo anterior, el Estado requiere representarse en personas físicas para ejercitar el poder y las funciones públicas, y así lograr los objetivos y las metas que se plantea a la creación de dicho ente. Además, la persona física, para poder ingresar al empleo público debe expresar de manera precisa la aceptación del empleo, el cargo o la comisión, a fin de tener certeza de que la responsabilidad del cargo se está dando de manera libre y sin coacción externa. Aún más, si nos ceñimos a la argumentación que nace con Spinoza, la persona física debe manifestar la voluntad de servir con base en el conocimiento profundo de las funciones del puesto que asumirá, pues es la única forma en que podría ubicarse en la dimensión ética adecuada; y adicionalmente se debe tener conocimiento del Código de ética que rige a la institución para la cual se va a prestar el servicio.

Bajo esa lógica, es importante tener presente el concepto de servidor público. En la Constitución de la Ciudad de México, el artículo 64 estipula lo siguiente:

Se reputarán personas servidoras públicas de la Ciudad de México, los miembros de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, los integrantes de las alcaldías, los miembros de los organismos autónomos y en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo, función, mandato o comisión de cualquier naturaleza ante estos; así como las personas que ejerzan actos de autoridad, recursos públicos o contraten con entes públicos la ejecución de obra o servicios públicos, de adquisiciones, de subrogación de funciones o reciban concesiones. (Secretaría de la Contraloría General, 2023)

De acuerdo con la Ley General de Responsabilidades Administrativas, servidores públicos son todas las personas que desempeñan un empleo, un cargo o una comisión en los entes públicos, en el ámbito federal y local, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 3, fracción XXV). Sin embargo, en el ámbito constitucional solo se señala quiénes deben considerarse como servidores públicos y no una definición en concreto ni una sentencia acerca de su actuar como tales, además de que no se identifican cabalmente las diferencias entre funcionario, empleado o servidor público.

No obstante, la ley sí diferencia entre dos tipos de trabajadores del Estado, los trabajadores de base y los de confianza; su distinción radica en la naturaleza jurídica de la actividad desempeñada dentro de su actividad laboral. Al respecto, Ricardo Rivero Ortega y María Guadalupe Fernández Ruiz (2019) mencionan que

existe entre estos últimos una distinción entre los de libre designación y los del servicio profesional de carrera [...] el primero conlleva el propósito de integrar especializado de funcionarios públicos neutrales, que funcionen como su columna vertebral, consecuentemente, el servicio profesional de carrera está orientado por la finalidad de profesionalizar a ciertos agentes de la administración pública, tales como los ocupantes de los mandos medios y de los inmediatos a los mandos superiores del aparato burocrático, para asegurar la continuidad de los programas de la administración pública. (p. 87)

En la cita anterior, llaman la atención dos conceptos importantes para esta discusión: «funcionarios públicos neutrales» y «profesionalizar a ciertos agentes de la administración pública». Es obvio que la autora se refiere a la calidad del servicio de los funcionarios, empleados o servidores públicos (en esencia son lo mismo,

independientemente del tipo administrativo de contratación). Dicha calidad demanda de «neutralidad», es decir, su servicio no debe estar sesgado por intereses personales, sino por los buenos efectos de su actuar en beneficio de los demás, del público.

La idea de la profesionalización, por otra parte, implica que un servidor público, un empleado o funcionario, debe poseer una formación mínima, sea esta en valores o procedimientos. En ambos casos, si son valores, para identificar en sí mismo si su actuar o su servicio es correcto, transparente, sin sesgos o desvíos de ningún tipo; y si es en procedimientos, para que el empleado o servidor público proceda de manera correcta en la ejecución, sin los errores que la ignorancia conlleva, con el conocimiento certero de la utilidad social (o para el público) que tiene su actuar. Un conocimiento elemental contra el cual no cabe la argumentación de «perjudiqué a alguien porque no sabía o ignoraba que...».

Por su parte, Martínez Morales (2012) menciona que el utilizar el vocablo servidor público implica un concepto muy amplio, pues rebasa la idea sobre las relaciones entre el Estado y la persona física, por lo tanto, la manera correcta de referirse a dichas personas es como trabajadores al servicio del Estado (pp. 325-326). En este sentido, cualquier acto que realice el servidor público deberá estar apegado a la ética, sin importar la razón o el motivo que origine cualquier otro comportamiento, ya que él es un representante general de la sociedad.

García Máynez (1960) por su parte menciona:

El objeto que la ética, en cuanto disciplina filosófica, se propone definir y explicar, es la moralidad positiva, o sea, *el conjunto de reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno.* [...] Trátase en todo caso de formas de vida y reglas de conducta orientadas hacia la realización de aquel valor. (p. 12)

Esta postura se enfoca en el aspecto utilitarista y axiológico de la figura del «bien» o de «lo bueno», por lo que simplemente se mantendrá como punto de referencia al actuar de la ética y de la sociedad.

Por otra parte, cabe incorporar a esta acepción lo que el autor refiere sobre la costumbre, ya que es un fenómeno cultural entablado hacia una variabilidad notoria sobre algún tema, lo cual ocurre con las normas éticas y el derecho. Sobre ello, el autor liga claramente esas ideas, por lo que vale la pena referirlas textualmente:

Los ordenamientos jurídicos que han tenido vigencia hasta hoy difieren entre sí; pero podemos concebirlos y explicarlos unitariamente, ya que representan a su vez ensayos del hombre encaminados a la realización de la justicia [...] nunca representan una encarnación perfecta de los valores que tienden. Pero esta aspiración hacia un ideal común permite concebirlos de manera unitaria. (García, 1960, p. 14)

La razón por la que se puede eximir a la ética de llegar a un único apoyo en torno al bien y funcionar también por su utilidad no es plenamente teleológica, pues es la ciencia de lo correcto desde la costumbre o el entorno fáctico posible, lo que le da sentido. Además, lo que la une al Estado es la cuestión entre su cualidad práctica útil y la demarcación axiológica de la que procede. Contrario a aquel, no se encuentra institucionalizada ni pretendiente desde el poder organizado, entonces su posibilidad de sobreponerse al entorno en que se encuentra es prácticamente imposible.

La ética no dispone de un poder considerado como externo, sino que puede generarlo por su propia naturaleza. Contrario a la institución que mencionamos, no es un centro organizado determinado desde la realización de ciertas personas. Esto, pese a ello, lleva a problemáticas, pues no está aún definido su método para llegar a

los fines buenos y debe disponer del Estado para arribar a un punto de realización viable, lo cual se logra con la reglamentación normativa.

Sobre esta naturaleza se menciona lo siguiente: «En cuanto disciplina normativa, hállase referida a un complejo de normas. Pero estas, a su vez, encuentran su fundamento en una serie de valores, comúnmente agrupados bajo la denominación genérica de *valores de lo bueno*» (sic) (García, 1960, p. 15).

¿Y qué son los «valores de lo bueno» según García Máynez? Difícil es la respuesta, pero si retomamos el hilo de la argumentación basada en Spinoza, los *valores de lo bueno* son los valores de aquellos a quienes va destinado el servicio o el trabajo del funcionario. Y los destinatarios del servicio son «el público», o «el Estado», como se prefiera nombrar a la mayoría. «Los valores de lo bueno» no son los del individuo, no son los propósitos u objetivos del sujeto, sino de la colectividad, entendiendo aquí al bien común.

¿Y cómo saber cuáles son los valores de lo bueno para la sociedad, el Estado o el público? Bueno, hay dos vías, una elemental y la otra que no lo es tanto. La elemental son los reglamentos, los lineamientos y las leyes, hasta llegar a la Constitución, que da orden y sentido de los derechos y deberes de un pueblo o de una sociedad. La otra vía es la consideración del caso en específico: si una gestión, un actuar, demanda del funcionario público la toma de una decisión, esta deberá encontrarse determinada por un conocimiento certero de aquello que es justo y benéfico para la colectividad a la cual pertenece. Por ejemplo, si se decanta por una decisión que lo beneficia a él, o a un solicitante, estará cometiendo perjurio (es decir, contraviene la fe jurada) y corrupción (porque no favorece al total de la sociedad, sino solo a uno de sus miembros).

Como se puede ver, aquí se encuentra un nexo sobre el derecho (el mismo que se ha reiterado con anterioridad): es un medio normativo, pero a la vez es un mecanismo regulatorio. Más

allá de la concepción simple de este sistema jurídico, es necesario abarcar su profundidad ética. El derecho es la funcionalidad por la cual este no se sobrepone irracionalmente a las pretensiones del grupo que lo creó, esto refleja la justificación de la existencia de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) como un conjunto de autorregulaciones por sí mismas. Autorregulaciones que nacen del beneficio común, no del sátrapa, no del egoísta, no del grupo gobernante.

Ajeno a la idea de presuponer que el Poder Judicial sería el único que no necesita entonces de regulación o imperativos de los otros; sin embargo, no solo se requiere de un entorno dominado por las leyes, pues la necesidad de una eficiente y eficaz Administración pública y una separación entre quienes detentan la funcionalidad aplicativa de la ética y quienes le dan una forma de acuerdo con las pretensiones de lo bueno y de lo práctico del pueblo (Poder Legislativo), debe ser acotada para lograr una buena comprensión y solo así se enfocará la relación del Poder Judicial, el derecho, la ética, el poder, el Estado y la sociedad.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO, EL DERECHO Y LA ÉTICA

Para Jorge Fernández Ruiz (2014), el Estado es

El sistema integrado por un conjunto humano asentado permanentemente en una circunscripción territorial, organizado mediante la coincidencia constantemente renovada de voluntades de la parte más fuerte del conjunto, sujeto a un orden jurídico y a un poder soberano, cuyos objetivos, básicamente variables, son establecidos por la parte dominante del conjunto, aun cuando en ocasiones influya, en alguna medida, otra u otras de sus partes. (p. 19)

Por su parte, Pereznieto Castro (2012), siguiendo a Jellinek, señala que es el «grupo humano que se ha reunido como pueblo, que vive en un territorio determinado y que dispone un poder que descansa en una organización» (p. 350).

Para comprender al Estado se toma en consideración la funcionalidad estructurada que le permita ejercer todos sus fines en sentido práctico a través del poder. Como no lo ejerce directamente requiere de organismos institucionales para llegar a una adecuada funcionalidad y cumplir sus fines. Tomando en cuenta su relación con la ética, que de hecho abarca también a estas estructuras individuales, Jessop (2014) afirma lo siguiente:

El Estado es un conjunto de centros de poder que ofrecen oportunidades desiguales a diferentes fuerzas dentro y fuera del estado, para que actúen con diferentes fines políticos. [...] No es el estado el que actúa: se trata siempre de grupos específicos de políticos y funcionarios estables ubicados en sectores y niveles específicos del sistema estatal. [...] Al hacerlo, ellos tienen en cuenta el equilibrio imperante y, tal vez, el futuro equilibrio de fuerzas dentro y fuera del estado. (p. 34)

Las definiciones anteriores de lo que es el Estado denotan la profundidad del conflicto aquí examinado: de acuerdo con estos autores, el Estado, para poder funcionar existe primero sobre funcionarios y sobre individuos, humanos que tienen una perspectiva personal o de grupo, poseen intereses y que, por lo tanto, son corruptibles, dado que sus decisiones y su actuar pueden estar sesgados o determinados por un interés especial, distinto del bien común. Así, el funcionario público al que se le da esta posición poderosa corre el riesgo de velar por sus propios intereses, o en caso de un sentido más amplio, por los de un grupo determinado.

El enfoque debe encontrarse en lo ético de estas cuestiones; suponiendo que la ética es una fuerza que está ligada a la sociedad por su sentido práctico: en el Estado, conforme a su límite impuesto para no sobreponerse y en el derecho como medio de aplicación posible. En este sentido, nos encontramos con la problemática del derecho sobre la ética, luego ambos en cuanto a esta atomización estructural del Estado que debe tener un actuar de sus elementos (los funcionarios públicos de manera limitada) y luego en la medida en que esta sistemática no pierde su sentido en el conjunto social existente.

Sobre ello, García Máynez (1960) nuevamente tiene un acercamiento jurídico filosófico en torno a las unidades válidas del derecho, tanto para el estudio cuanto en su posible aplicabilidad y menciona lo siguiente:

Un primer grupo de reglas de conducta está constituido por las *reglas técnicas*, es decir, por *aquellos preceptos que señalan medios para el logro de finalidades*. El otro lo integran las normas, o reglas de acción cuya observancia implica un deber para la persona a quien se dirigen. (p. 20)

De aquí se estructura de manera básica el conjunto jurídico en torno de las normas que no son solamente instrucciones ordenadas para llegar a algo posible y fáctico, porque también son un medio por el cual la organización del comportamiento y las voluntades deben estar en ajuste con las pretensiones ya mencionadas, las de un fin «bueno» y posible, un mundo donde se logre alcanzar la armonía, como bien lo decía Platón, a partir de la justicia y el bien común.

En caso de que este sea el fin de los pobladores en la comunidad, ¿cómo se llega a él? Regulando la actitud, la conducta y la voluntad de sus miembros, y la manera en que se puede concretar

la ardua labor del derecho es el ejercicio de poder que lo liga al Estado. Solo mediante esta forma y ofreciendo los medios fácticos de las prerrogativas exigidas en el documento jurídico, se alcanzará el citado objetivo.

Resulta interesante que, en su posibilidad primero estructurada y organizada de la ética, se halla una forma de cumplir su razón de ser, y a través del Estado lo logra mientras este justifica su existencia, gracias a que no está realizando intereses o velando por el bienestar de unos cuantos, sino de toda la comunidad, dando los medios para el ejercicio correcto de la ética, incluidos los momentos en que la trifulca de intereses dificulta cómo llegar a lo que se considera correcto, bueno, justo.

Volviendo al punto de la relación derecho-Estado, la norma y el funcionario público son elementos unificadores, ya que, por una parte, el individuo con el poder debe justificar la existencia de este mismo sobre él, y lo hace ejerciendo el precepto dado por el derecho. Esto se empalma con la ética y, por último, con «lo bueno» que busca una sociedad, existe un punto de tensión que puede presentarse entre el funcionario y el derecho o con la ética.

Asimismo, debemos tener presente la figura de la responsabilidad para que no se vele solo por los propios intereses, en detrimento del bienestar de otros o de los objetivos «buenos» del conjunto; así, el funcionario público o el juzgador, en su caso, deben actuar con ética y a la luz del derecho, pero también para la ética y el derecho. Tal vez, si se explora una definición de ese «actuar» ético de un funcionario público, se pueda solucionar con la aseveración que se desprende de la teoría de los sistemas complejos. El vocablo funcionario, de acuerdo con su doble acepción, trata de incorporar el ejercicio de la ética en la relación entre el trabajador del Estado y la dependencia o entidad de la Administración Pública Federal; en este sentido, el cumplimiento de objetivos institucionales y el principio de legalidad, estaremos en el supuesto del fortalecimiento de

un comportamiento ético jurídico. Empero, si existe discrepancia entre el *input* y el *output* del acto, podríamos señalar que estamos en una suposición de falta administrativa, un acto de corrupción o una omisión de la ética pública (Lara-Rosano et al., 2017, *passim*).

Aunque es un tema que se profundizará con posterioridad, es importante aclarar que la actuación del juez o del operario se espera que sea en función de la unidad estatal, pero también en correspondencia con la ética que, a su vez, tiene una referencia empírica elemental. Al respecto, Vicente y Guerrero (2021) ilustra el siguiente punto:

la decisión práctica llevada a cabo por el profesional debe necesariamente fundarse en toda una serie de principios que, detrás de su función de orientación y de guía, contribuyen a que la decisión adoptada pueda alcanzar una cierta legitimidad ética. (p. 346)

Más adelante problematizaremos con profundidad este caso particular del actuar de los jueces en torno de la ética jurídica, así como la función que puede desempeñar el abogado, independientemente de sus objetivos personales o de grupo.

Finalmente, en esta disertación se destaca el complejo entorno socialmente funcional en el que se desenvuelven los individuos aludidos, con base en relaciones o puntos de conexión que sustentan la actividad pública (la función asignada), así como sus pretensiones o sus objetivos. Ética, derecho y estado se hallan imbuidos en la sociedad, al tiempo que se puede debatir si uno de estos aspectos podría sobrevivir sin el otro.

Otra vertiente en estas relaciones es la construcción coercitiva que generan ellas mismas, desplazando algunos intereses o cuestiones grupales como los aspectos más importantes de la convivencia social, incluidas las instituciones. Esto no podría entenderse

similarmente a los individuos como células sociales, sino como organelos que actúan en torno a un sistema para que sea correspondiente a variadas directrices.

Para aclarar esto, podemos incorporar la sociología jurídica, tomando en cuenta los postulados de Oscar Correas (2009), quien se pronuncia de la siguiente forma:

habrá entonces que aceptar que las normas son la forma de existencia concreta de las relaciones sociales. [...] Las conductas que han de repetirse son provistas con el sentido de lo obligatorio —de lo «bueno»— por las normas jurídicas. En este sentido es que las relaciones sociales tienen una forma concreta normativa. (p. 109)

De esta manera, se involucra el derecho en la sociedad. Gracias al nexo que hemos establecido anteriormente podemos concretar una funcionalidad en el contexto social de todos sus establecimientos. Todos los elementos tomados anteriormente, y en especial los del derecho y la ética, entrelazados en relaciones sociales. Con ello, en la medida en que como sujetos identificados de manera mutua se convierten en un apoyo o fuerza y un momento de conexión profunda entre los miembros de la sociedad, las relaciones son lo más importante para el hecho de pasar de humanos individuales a grupos colectivos en torno a la idea de la humanidad.

Sin embargo, existen otro tipo de relaciones sociales, para las que Oscar Correas (2009) asevera que

es propio [...] el «ocultarse». Esto quiere decir que el análisis histórico-social del acontecer humano es capaz de encontrar —o cuando menos esa es la pretensión de la actividad teórica— «realidades» que escapan a la conciencia de los actores cotidianos. [...] Todo sucede como si las relaciones sociales profundas exigieran garantizar ciertas conductas. (p. 111)

En los asuntos judiciales, en los que se desenvuelve la ética, la existencia de las relaciones sociales justifica su regulación, pero en ocasiones puede llegar a afirmarse que establecen la forma en que se debe hacer algo, sin que quepa algún cuestionamiento. Este es el punto en que quizá se podrá abonar algo a la idea del «bien», como la parte más profunda en las construcciones sociales que las direcciona hacia un fin concreto y no necesariamente ser basado en alguna necesidad ni llegar a un punto teleológico, sino simplemente puede ser un objetivo dado para la sociedad.

En cualquier caso, la ética podría formar parte de esta estructura para guiar el pensamiento y el comportamiento de las personas hacia algo, o la perspectiva de llegar a un punto desde un origen valioso, esto es, desde una perspectiva apriorística en una ética valorativa que de alguna forma pareciera estar en el exterior y no en el interior de la sociedad, como si fuese apreciada solamente porque sí y para sí, sin que otros la tengan que conocer antes.

Finalmente, cierra en esta idea sobre la disertación filosófica García Máynez (1960), al afirmar:

frente a las doctrinas morales empiristas, la filosofía de los valores afirma el carácter apriorístico del conocimiento ético. El concepto de valor no es adquirible partiendo de la experiencia, sino al revés: esta solo puede ser juzgada desde puntos de vista axiológicos. (p. 47)

Preocupa mucho esta idea de la noción ética apriorística, pues supone que un sujeto cualquiera (sea funcionario o no) puede realizar actos, tareas o tomar decisiones **antes** de estudiar o considerar el asunto en cuestión, pues, como se sabe, el *a priori* implica ir de la causa al efecto, una consideración que marcha en contra de la lógica científica, o del pensamiento lógico-crítico, ya que supone justificar un concepto o un actuar a partir de enunciados cuya validación carece de vínculos con la experiencia.

Para concluir este apartado, se puede apreciar que la ética también tiene cierta variabilidad. Así como responde a la utilidad y efecto práctico, que es el estudio sobre el que nos centramos, también se encuentra en la amplitud valorativa axiológica y por el simple hecho de existir es, de suyo, lo suficientemente valiosa. No solo debe estar presente el sentido teleológico o finalista, sino que, al considerar las estructuras como algo posible, se piensa que la misma ética existe por sí misma y, sin embargo, es estéril cuando no se le puede encontrar alguna utilidad que además se debe expresar en torno a un contexto organizativo para llegar a un buen puerto.

4. LA ÉTICA Y EL DEBIDO PROCESO

Llegado este punto se puede pasar a la cuestión procesal y se debe entender lo extensamente ligados que se encuentran el derecho y la ética. Es necesario atender la aplicación jurídica y cómo la ética se encuentra inmersa necesariamente en este momento. Asimismo, debe encontrarse sustentada y aplicada a cabalidad por quienes participan en el proceso.

Cabe aclarar que, en principio, se podría entender que toda parte relacionada con el derecho puede ser sujeto de la ética y solo se necesita saber de qué manera particular ocurre esto en el fenómeno jurídico y de qué manera aún más se da en torno a la etapa probatoria.

Con lo comentado anteriormente respecto a la ética, su fuerza en el poder del Estado y la disgregación viable en los funcionarios públicos, así también conforme a la función del derecho en ella y sus normativas como puntos privados, la estructura es la doble relación de normatizar y con esto llegar a otorgarle las herramientas necesarias al funcionario público para solucionar las problemáticas y encontrar el punto que lo orille a realizar acciones éticas, hacia lo justo, pero que al mismo tiempo no actúe conforme a sus intereses

personales y de manera egoísta cometa una acción que dañe a un particular u otros individuos o grupos.

Esta es la actuación máxima de la ética en un sentido práctico en gestión de su propia naturaleza e intereses, y corresponde de esta manera a las dos funcionalidades, la de la valorativa axiológica y la de un carácter más utilitario, siempre basado en la evidencia o el conocimiento de esta.

Por tal motivo, el momento cumbre de aplicación es el proceso, ya que el derecho, desde su relación con la ética, funciona como justificante y protector del acto humano para con sus semejantes. Como se mencionó antes, regula o media estas relaciones en conjunto con el poder. Además, cabe resaltar lo obtenido previamente en el acercamiento de lo que simboliza el derecho en torno a un contexto social, en el cual las voluntades deben ir dirigidas hacia cierto fin; sin embargo, este momento de dirección no ocurre de manera espontánea y aislada, sino que tiene una ejecución ordenada, de tal forma que se puede estar frente a un proceso.

Lima Silva (2016) menciona al respecto que jurídicamente:

«proceso» es la sucesión de actos procesales, concatenados entre sí, organizados de manera sistemática y producidos por los sujetos activos y pasivos de la relación jurídica procesal, bien así por los representantes del Estado-jurisconsulto y sus auxiliares, con el propósito de promover la decisión de la pretensión procesal (pedido) puesta en el juicio para la solución de un litigio que promueve la inquietud social efectuando el normal desenvolvimiento del Estado. (p. 110)

Esta definición da un acercamiento a lo que implica el proceso jurisdiccional. Con base en esto, el proceso es un conjunto de actos concatenados que ayudan en las inquietudes o los conflictos (litigios) entre miembros de una sociedad determinada, para

llegar a la resolución de un problema. Se entiende, por lo asentado previamente, que el conflicto tiene connotaciones éticas, las cuales, a través del marco jurídico deben ser respetadas y promovidas con la actuación de uno de los elementos decisorios cargados de este poder del Estado, este es el papel que desempeña el juez. Otro de los elementos personales que participan en este proceso son las llamadas partes (demandante y demandado), muchas veces representadas por un abogado, quienes tendrán las actuaciones para defender su postura ante el juez.

En otro acercamiento más sencillo (en apariencia), Ovalle Favela (2012) menciona:

El proceso es la solución heterocompositiva, es decir, la solución imparcial, a cargo de un órgano de autoridad del Estado, el juzgador, que interviene a instancia de una de las partes y cuya autoridad deriva del imperio del propio Estado y de la fuerza de la ley. (pp. 29-30)

La introducción de estos elementos muestra, aunque no a simple vista, cómo el proceso es el punto de prueba para la funcionalidad atomizada del Estado y de la ética jurídica al entablar las normas, incluyendo las procesales, que están en la contienda como la idea general de corrección en una sociedad. Todo esto con el objetivo de encontrar el camino para llegar (o al menos acercarse) a la finalidad, sin destruir el comportamiento indebido de sus miembros.

Ahora, cabe entablar la naturaleza jurídica del proceso con respecto de la fuerza de vinculación que este guarda. En relación con esto, se entiende que es el medio más paradigmático para el ejercicio específico de las cosas en cuanto al Estado, pero con todo lo que hemos asentado y en el conjunto total que representa la sociedad, el proceso y el Estado, deben estar configurados y ajustados

constantemente en torno de los valores éticos; y la actuación y la locución eficientes se refieren a eficacia, una acción pragmática que puede o no perjudicar a alguien.

Continúa Ovalle (2012): «la teoría general del proceso se ocupa del estudio de los principios que guían el desarrollo de los diversos procesos, algunos de estos principios rigen o deben regir todos los procesos: otros orientan solo determinado tipo de procesos» (p. 51).

En lo afirmado por el autor, no se destierra la organización y la justificación de la existencia del proceso ni la razón de que se encuentre en esos momentos dirimiendo los conflictos y la participación tanto de los funcionarios públicos (jueces) como de los abogados.

Como anteriormente se mencionó, consiste en una contienda ordenada concatenada y lógica que busca dirimir un conflicto sin violencia (o, en dado caso, sin violencia caótica por el poder del Estado) para mantener los estatutos de la ética ordenando el entorno social hacia la dirección que se desea. Esta es la trascendencia del proceso y su relación con la ética, es el punto de movimiento en que se encuentra en su posibilidad de ser aplicada ante los actores que sobre ella aceptan comportarse de alguna forma.

Así, se someten a la ética los mencionados actores, y los jueces, en particular, la deben tener presente para guiarse según lo que se pretenda como «lo correcto»: esto es la ética jurídica en la profesión y abarca todas las etapas del proceso. Sobre este punto, uno de sus momentos importantes es la etapa procesal de la prueba o probatoria, entendida de la siguiente manera: «es el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes» (Arellano, 2018, p. 220).

Continúa Arellano García (2018) afirmando que la etapa de la prueba es un momento cumbre en el proceso judicial, al transmitir el conocimiento necesario al juez acerca de los derechos o prerrogativas presentes o ausentes, según sea el caso. En torno a la controversia, se da cabida al momento en que este, como funcionario representante de este valor ético en la sociedad, debe actuar conforme al derecho, pero no solo en este sistema, sino también dentro del panorama axiológico máximo de la ética.

El punto de importancia del juez y de los abogados representantes de las partes es crucial, el primero debe recibir las pruebas para tomar la decisión y así tener la posibilidad de corresponder con el sistema ético, los otros deben entregar las pruebas necesarias para defender su postura (Arellano, 2018, p. 220).

Dada la relevancia, cabe citar textualmente a Arellano García (2018):

consideramos nosotros que, dentro de un proceso, es de relevancia inaudita conceder un lugar de privilegio a la prueba, pues los fallos son favorables no a los que hacen las mejores alegaciones, sino a los que apoyan sus aseveraciones con elementos crediticios. (p. 222)

Esto último muestra un punto relevante a considerar y que se aproxima a la argumentación que hemos iniciado en apartados anteriores, y es que se debe argumentar correctamente, ya que a través del lenguaje se genera información respecto a un hecho, en este caso, la relación de correspondencia entre la actuación de la parte (demandada o demandante) en torno al binomio ético jurídico en que se desenvuelve, pero estas argumentaciones deben estar correspondidas con *un elemento de veracidad comprobable* por los sentidos o por la percepción humana mental (piénsese en información escrita).

Esta es la naturaleza de la prueba y, como un elemento de tal magnitud, es posible que esta misma sea corruptible, que se encuentre falseada o se aplique de forma incorrecta; este es el punto de encuentro en donde el papel de la ética jurídica es de suma importancia en el debido proceso. Pero este actuar de la ética no puede estar precedido por una valoración anterior a la prueba, sino solo cuando la existencia de pruebas o evidencias sea equiparable en ambas partes, o cuando las pruebas presentadas sean de dudosa procedencia o no correspondan con los hechos.

De esta manera, hay correspondencia con el principio de la necesidad de la prueba ante el hecho que debe ser probado, a fin de cuentas, su objeto. Con ello, Carlos Carrasco (2009) concluye que «la prueba es la verificación de los hechos aducidos por las partes, mediante una comparación entre lo que se aduce y la realidad» (p. 223).

El entorno ahora de la problemática sobre la ética no es tanto preguntarse si existe o no el precepto ético en todo este proceso, sino de qué manera se encuentra y cómo es expresado particularmente por cada uno de sus elementos; al respecto, Ortiz Treviño (2003) argumenta que «la tarea de administrar justicia tiene profundas implicaciones sociales. La sentencia no solo resuelve un conflicto de carácter jurídico, sino también, como resultado, es causa de paz social» (p. 171).

Como se puede observar, la importancia de la ética no solo existe en el ámbito entre los sujetos que conviven día a día en una sociedad común, sino que también se mantiene dentro de la actuación de las mismas autoridades que regulan esa comunidad en que se encuentran inmersas. Este es un pensamiento en el que podemos encontrarnos sin inconvenientes, debido al avance que hemos tenido en torno a los argumentos relacionales entre ética, derecho y actuación humana de los jueces como entidades particulares del Estado.

Al respecto, podemos entender la trascendencia de la ética también en el proceso y cada entorno, porque no se supedita a nadie, ni siquiera a los que están encargados de su ámbito más aplicativo. Con mayor razón, estas figuras jerárquicas deben actuar conforme a los preceptos éticos, ya que la forma en que actúa esta fuerza social corresponde a lo que es el servidor público (juez) en relación con el proceso y, en consecuencia, debe darse con la mayor claridad posible y respetando en todo momento los objetivos sobre el derecho planteados. Por eso es que se construye un proceso detallado, de modo que cada paso esté expuesto de manera textual en el código procesal de cada materia y área específica.

El proceso no debe emplearse para empoderar o dañar a otros, sino sus sujetos, como parte del todo social (y el juez en un carácter particular) deben encontrarse sometidos a los preceptos éticos más relevantes para la realización de los fines humanos; y, finalmente, esto no ocurre si se obstruye la verdad en torno a la prueba, si se miente en sus testimonios, se presentan documentos falsos o si, en el caso del juez, se actúa en virtud de intereses parciales.

Finalmente, Londoño Jaramillo (2006) complementa con lo siguiente:

Las conductas procesales de las partes pueden estar dirigidas a la vulneración de normas de contenido ético o moral establecidas por el legislador; pero igualmente pueden traer como consecuencia la falta de colaboración en el proceso y, con ello, afectar la obtención de unos elementos probatorios necesarios para finalmente alcanzar la justa solución de la litis. (p. 143)

La ética, involucrada en el comportamiento de un funcionario, un juez, un servidor público, se corresponde con un valor axiológico superior, que reside en el objeto, en la prueba, en el conocimiento profundo del hecho. *Es un acto ético, en síntesis, informarse, obtener*

el conocimiento más completo del asunto, para expedir un juicio o realizar una tarea. Es una acción normada, no una mera actitud o una acción simple basada en una mera valoración *a priori*.

Arriesgamos aquí, la noción de *acción normada*, o *acción valorada*, es la disposición de búsqueda de la mayor información sobre el asunto, antes que la asignación apriorística de valor al mismo asunto. Es un procedimiento que, aunque simple y hasta obvio, la experiencia indica que no se trata de un proceder común, por parte de muchos funcionarios, jueces o servidores públicos.

5. ACTUACIONES DE LOS JUECES Y LOS ABOGADOS EN TORNO AL PROCESO PROBATORIO

Ortiz Treviño (2003), dentro de su análisis sobre el responsable jurídico de dirimir controversias entre particulares, señala que «el juez es el sujeto titular del órgano jurisdiccional que resuelve un conflicto de intereses jurídicos presentado ante él. En otras palabras, al juez le compete la justicia “animada” o sea, decir lo justo» (p. 151).

Esto expone que el juez es un tercero intermediario de los contendientes, pero siempre puede trastocar al orden ético si no se conduce correctamente en su actuación y en sus decisiones. Ambas cuestiones son trascendentes, puesto que es el sujeto quien dicta la sentencia determinada para corresponder (o no) con el derecho y la ética. Así, un buen juez debe ser, en este sentido, racional, imparcial e independiente de intereses externos o propios.

Sobre lo mencionado, Pérez Valera (2018) afirma que «un elemento fundamental de la objetividad del juicio lo constituye la imparcialidad y para esto el juez debe rechazar cualquier tipo de presión, sea de particulares, de grupos o de facciones políticas» (p. 229). Dicha cualidad es importante para que, en el proceso, la decisión no tenga que estar supeditada a un elemento externo o a una voluntad que vele por sus propios intereses, pues en ocasiones

podrían ser las partes las que generen presión, o sus abogados (lo cual corresponde, por ejemplo, a un conjunto de prácticas indebidas), o puede ser algún tercero que tenga interés en el conflicto.

Además de esto, el juez debe corresponder con ser independiente o tener un criterio, de modo que

para cumplir con este imperativo no basta la independencia exterior del juez, ni el que no tenga intereses personales en el conflicto, [sino también] es necesaria la plena libertad interior, [...] se trata de los prejuicios, sesgos, cegueras o ideas preconcebidas. El juez que sinceramente quiera librarse de estos obstáculos debe hacer permanentemente un cuidadoso autoexamen y autocrítica. (Pérez, 2018, p. 230)

En efecto, no solo es necesario estar libre de coacciones externas, sino que debe encontrarse ampliamente capacitado, con un conocimiento consciente sobre su persona, y estar dotado de la sabiduría necesaria para poder discernir los momentos en que se inclina hacia alguna perspectiva del todo personal. Esto no significa que un juez modelo debería ser un robot sin emociones que solo calcule la solución más viable con algoritmos, sino que debe ser consciente de su condición posiblemente parcial y evitar que esta se apodere de su razonamiento ante los momentos procesales y, desde el entorno probatorio, esto da pie a no darle más o menos peso a las pruebas que se le presenten, pero sí a ser crítico con dichas pruebas, comprobar a minuciosidad lo veraces que son o los medios con los que se obtuvieron.

Interviene así otro valor más: la rectitud que demanda un proceder libre de presiones, o sin temor a las presiones de otros que pudiesen sesgar una decisión. De ahí que históricamente sea muy festejado el valor de héroes, próceres o prohombres que se niegan a claudicar ante una tentación, una amenaza o una dádiva: «Roma premia a los cobardes, pero los desprecia».

En el otro punto, se encuentran las partes contendientes, que son representadas por sus abogados, estos últimos son los que suelen actuar para que la decisión del juez se incline por su razonamiento en protección de los intereses de su cliente representado, este es uno de los sentidos de la profesión del abogado, pero, por otra parte, se encuentra una función más extensa.

Cuitláhuac Salinas (2018) menciona:

siendo el abogado, en primer término, un servidor del derecho tiene un compromiso directo con la sociedad y el Estado de derecho, ya que ninguna sociedad puede funcionar sin él, toda vez que este comprende la razón que suple la violencia para la resolución de conflictos, además de que define las reglas para lograr una convivencia en armonía. (pp. 78-79)

El abogado no solo es el comerciante que ayuda a su cliente a salir de un apuro, la ética de esta profesión tiene muchos matices y es compleja. Se entiende como un sujeto que debe representar el ejercicio de los valores éticos desde su concepción procesal, pero a veces encuentra más importante ayudar a un cliente que en efecto no realizó algún ilícito o que quiera sobrepasar su derecho, incluso cuando esto supondría comportarse indebidamente. Esta —se estima— no es la forma en que debe desenvolverse el profesional del derecho.

Entre otras cosas, también implica en sus actividades el secreto profesional, la lealtad al cliente, el ejercicio debido de la práctica. Estos dos últimos representan la actuación con mayor tensión que puede experimentar este profesional, y parecieran irreconciliables, aunque no lo son. Los abogados pueden velar por el mayor bienestar de alguien, incluso cuando este cliente puede en principio no verse de acuerdo con ello y presentar sus exigencias, ante todo, incluso por encima de la ley y de la ética.

Llevando esta ética profesional al proceso, Rodolfo Vigo (1990) expresa:

pesan sobre las partes actuantes en el proceso una serie de cargas y obligaciones fundados en la ética profesional y en el derecho; y al respecto conviene señalar que mientras los fines de este son la justicia y la seguridad, aquella procura el bien del profesional a través del ejercicio de su profesión. (p. 103)

Un posible complemento a esta idea sería que la ética también contribuye al bienestar social y a su realización. Esta es la idea en la que seguimos en torno del derecho, su proceso y el actuar de sus partes; finalmente, se puede afirmar que los litigantes son quienes, principalmente, ponen en práctica y a prueba la ética jurídica (Salinas, 2018, p. 80).

Las prácticas en las que puede incurrir un abogado indebidamente son variadas, verbigracia, pedir términos para probar lo que no puede probarse, fundándose en documentos falsos o sin valor, o en testigos falsos; simular un escrito falso o alterar documentos de prueba; presionar a un testigo a contestar con falsedad, incluso cuando este sí vio los hechos, entre otros.

Se trata, por supuesto, de un dilema ético, puesto que el ejercicio práctico del derecho asume o debe asumir la ingrata faena de defender lo, en apariencia, indefendible, pero la ética profesional exige defender al cliente así se sospeche de su actuar. Pero ese asunto, como lo refiere Salinas Martínez, involucra una mirada ética específica sobre el ejercicio de cualquier otra profesión, y merece disquisición aparte.

Los artículos 231 al 233 del Código Penal Federal mexicano desglosan los actos indebidos del profesional del derecho y sus consecuencias jurídicas en mayor detalle (Cámara de Diputados, 2023a).

El objetivo de esta investigación no es enlistarlos todos, sino dar una aproximación de lo ligada que se encuentra la ética con la práctica judicial en todos los sentidos, incluyendo la etapa procesal. Finalmente, cabe mencionar que la buena práctica profesional, con la ética de los jueces, también se encuentra legislada en una normativa exclusiva. A esto hace alusión el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

6. LA RESPONSABILIDAD COMO MEDIO ÉTICO DE CONTROL DEL EJERCICIO PÚBLICO

La figura de la responsabilidad en un Estado de derecho se encuentra ligada al actuar de una persona física, moral o jurídica; por ello, el referirnos a esta voz se debe realizar de manera pulcra para no caer en errores.

El término responsabilidad procede del latín *sponsor*, cuyo significado es «el que se obliga», y de *respondere*, «hacer frente» (Castro, 2016, p. 42), «merecer, pagar o prometer» (López, 2013, p. 35). Dichas acepciones ponen diversos elementos, como la acción o la omisión de un acto que genere lesión a la esfera de un tercero, teniendo el deber de resarcir el daño, de acuerdo con el nivel de afectación ocasionado por su actuar.

Asimismo, el *Diccionario de la lengua española* define responsabilidad como «deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal» (Real Academia Española, s. f.). Por su parte, Fernández Ruiz (1997) estipula que «la responsabilidad es la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente» (p. 165).

Herbert Lionel Adolph Hart (2019), en su obra *Castigo y responsabilidad*, señala que la responsabilidad puede ser contemplada en cuatro vertientes:

- a) La responsabilidad como obligación o funciones derivadas.
- b) La responsabilidad en el sentido del factor causal.
- c) La responsabilidad como capacidad o estado mental.
- d) La responsabilidad como punible o moralmente reproachable. (p. 200)

Sin embargo, solo se explicará la primera, con el principal objetivo de desarrollar de manera correcta el tema. Así, la responsabilidad como obligación conlleva el comportamiento del ser humano dentro del ejercicio de su libertad en la toma de decisiones, sea actuando u omitiendo cualquier tipo de comportamiento. Dicho acto traerá consigo ciertas consecuencias de derecho que permearán con un resultado positivo o negativo a un tercero, ya sea con la disminución o el incremento de un derecho.

Para ello, Martínez Castañeda (2021) menciona que los elementos de la responsabilidad deben ser los siguientes:

- a) Se realiza por acción u omisión.
- b) La conducta es antijurídica.
- c) Produce un daño de manera directa.
- d) Existe o no voluntad en la realización del acto. (p. 56)

En este sentido, podemos mencionar que la responsabilidad como herramienta ética para el control del servicio público deberá llevarse a cabo por medio de un sistema de responsabilidades, así como mediante códigos de ética que busquen el correcto y adecuado ejercicio del servicio público. Y esos códigos, además de una referencia axiológica de un «actuar correcto», deben implicar la mayor cantidad de conocimiento sobre el asunto y la referencia eterna del bien común, antes que el bien individual.

La responsabilidad en México tiene su nacimiento en la Constitución de 1824 en los artículos 38 al 40, donde se estipulaban delitos cometidos por funcionarios del Estado. Esa fue la base de

las constituciones de 1836, 1843 y 1847 (López, 2013, pp. 21-27). Para 1857, el Estado mexicano vivió una revolución en cuestión de las responsabilidades de los servidores públicos, pues se enfocaba directamente en los delitos comunes y en el desafuero de todas aquellas personas que ocupaban cargos y ejercían las funciones públicas del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial).

Para 1917, Carranza instauró en el capítulo IV de la Constitución un paradigma de responsabilidades que con el tiempo iría cambiando y perfeccionándose, a fin de dar comienzo a la ética pública junto con la responsabilidad administrativa. Cabe destacar que esta última responsabilidad fue incorporada en el artículo 109, fracción III, de la Constitución en el año 1982, con Miguel de la Madrid Hurtado como presidente constitucional, con la llamada «renovación de la moral».

Considerando lo anterior, en el 2015 nació el Sistema Nacional Anticorrupción, el cual de acuerdo con el artículo 113 de la Constitución es «la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección, sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como de fiscalización y control de recursos públicos».

A fin de disminuir los índices de corrupción en México, además de dar respuestas a las demandas de la sociedad, en materia de rendición de cuentas, dicha reforma obligó en gran parte a reformar leyes del sistema de responsabilidades, como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 37, al facultar a la Secretaría de la Función Pública para llevar a cabo la creación de un código de ética de los servidores públicos, con el fin de regular el comportamiento de toda aquella persona que desempeña un empleo, un cargo o una comisión dentro de la Administración pública del Poder Ejecutivo.

El Código de Ética, publicado el 8 de febrero de 2022, instauró como eje principal el respeto por los derechos humanos e incorporó diversos valores como la legalidad, la eficiencia, la honradez, la lealtad y la imparcialidad, en el eje toral de toda actividad pública. Este instrumento jurídico-ético obliga a toda persona que desempeñe un empleo, un cargo o una comisión, así como a toda persona que reciba recursos públicos, a ejercer valores básicos en la conducción de su actividad con el órgano, con la finalidad de disminuir la corrupción.

Sin embargo, el referido código no define de manera correcta los valores que constituyen un instrumento de comportamiento, ejemplo de ello es la empleabilidad de conceptos de términos como «austeridad republicana», además de considerar como base los principios que la Constitución establece como eje rector del servicio público. Por lo anterior, es necesario que los valores y los principios constitucionales se tomen como base, pero es menester incluir en el código de ética de los servidores públicos otros como la sobriedad y la probidad.

En el ámbito judicial, el primer Código de Ética promovido por el ministro en retiro Mariano Azuela incorporaba por primera vez a los jueces, los magistrados y el personal de dicho poder, valores como independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, a fin de no permitir injerencias fuera del derecho en la toma de sus decisiones, incrementando así la confianza a esta función del Estado (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004).

Por lo anterior, se estima necesario pensar en la posibilidad de creación de un Código Nacional de Ética Pública para todas las funciones públicas, esto mandatado de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 113, y la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Dicho posible código tendría que poner como título rector de las acciones y las ordenanzas, la claridad de los valores en juego, siempre contrastados contra la acción práctica, así como la explicación amplia y documentada de lo que se entiende por ciertos parámetros de comportamiento.

Por ejemplo, al hablar de «austeridad republicana» (concepto desarrollado por Juárez y Lerdo de Tejada hace varios siglos), se refiere a poner un límite al pago o la percepción del funcionario, de manera que al fijar ese límite permisible se evita el sobresueldo que suelen darse los funcionarios públicos y que no corresponde con el esfuerzo, ni el trabajo, ni la responsabilidad de un determinado cargo, como ha ocurrido en años recientes en México, durante los cuales incluso magistrados, jueces y presidentes de institutos se han incrementado injustificadamente el pago, si no es por la vía directa, sí por vías poco transparentes como son las prestaciones, los fideicomisos, etc.

7. CONCLUSIONES

Primero. La ética es el ejercicio de los valores en la sociedad. En el ámbito público es ejercida por todos los servidores públicos, así como los particulares que tienen relación con el Estado. No es una actitud o una acción simple, sino que se trata de una acción normada. Es decir, una *acción valorada* en la mayor cantidad de información disponible.

Segundo. Los principios constitucionales de legalidad, eficiencia, honradez, lealtad e imparcialidad obligan a todos los servidores públicos a actuar de manera ética en cada acto administrativo emitido; sin embargo, debe considerarse necesario instrumentar de manera correcta cada uno de los valores de las funciones públicas del Estado. Esos valores, ineludiblemente, siempre son los dirigidos al bienestar común o de la mayoría de los integrantes de un Estado.

No son, en definitiva (aunque la práctica política suele así consagrarlos), los intereses de un individuo o de un sector de la sociedad.

Tercero. En los procedimientos y los procesos judiciales y administrativos hacen falta herramientas éticas para considerar que se tiene un avance en esta práctica. Por ello es necesario crear instrumentos idóneos para mejorar el comportamiento de los operadores del derecho.

Cuarto. Con la creación del Sistema Nacional Anticorrupción se abrió la oportunidad de incluir a la ética en diversas actividades estatales; no obstante, aún no se han establecido conceptos idóneos en cada uno de los valores positivizados.

REFERENCIAS

- Arellano, C. (2018). *Derecho procesal civil*. Porrúa.
- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Alianza Editorial.
- Bedoya, H. (2018). *La justicia en la perspectiva de la ética*. Universidad Externado de Colombia.
- Cámara de Diputados (2023a). Código Penal Federal. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>
- Cámara de Diputados (2023b). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Carrasco, H. C. (2009). *Derecho procesal civil*. Iure Editores.
- Castro, A. (2016). *Responsabilidad patrimonial del Estado*. Porrúa.
- Correas, O. (2009). *Sociología del derecho y crítica jurídica, escritos*. Fontamara.
- Fernández, J. (1997). *Derecho administrativo*. McGraw-Hill.
- Fernández, J. (2014). *Derecho administrativo y Administración pública*. Porrúa.

- García, E. (1960). *Ética. Ética empírica, ética de bienes, ética formal, ética valorativa*. Porrúa.
- Hart, H. L. A. (2019). *Castigo y responsabilidad*. Marcial Pons.
- Jessop, B. (2014, julio-septiembre). El Estado y el poder. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 19(66), 19-35. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27937089004>
- Lara-Rosano, F. de J., Gallardo, A. y Almanza, S. (2017). *Teorías, métodos y modelos para la complejidad social*. Centro de Ciencias de la Complejidad de la UNAM.
- Lima, A. (2016). Proceso, procedimiento y demanda en el derecho positivo brasileño posmoderno. En C. Gómez y M. E. Briceño (coords.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 109-122). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/10.pdf>
- Londoño, M. (2006). Los indicios conductuales en el proceso civil. *Opinión Jurídica*, 5(10), 143-158. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/135/119>
- López, M. A. (2013). *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Martínez Castañeda, F. J. (2021). *Un sistema integral y actual de responsabilidades administrativas, conforme al Sistema Nacional Anticorrupción*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Martínez Morales, R. I. (2012). *Derecho administrativo I Curso*. Oxford.
- Ortega, A. (2009). Ética y corrupción en el servicio público. *Epikēia. Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, (10), 1-17. https://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/10/epikeia_10-etica_y_corrupcion.pdf
- Ortiz, R. G. (2003). *Ética jurídica*. Iure Editores.

- Ovalle, J. (2012). *Teoría general del proceso*. Oxford University Press.
- Pérez, V. M. (2018). Ética judicial. En J. Saldaña (coord.), *Ética jurídica (Segundas jornadas)* (pp. 225-235). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Editorial Flores. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3970/24.pdf>
- Pereznieto, L. (2012). *Introducción al estudio del derecho*. Oxford.
- Real Academia Española (s. f.). Responsabilidad. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/responsabilidad?m=form>
- Rivero, R. y Fernández, M. G. (2019). *Derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Salinas, C. (2018). Ética del abogado. En J. Saldaña (coord.), *Ética jurídica (Segundas jornadas)* (pp. 77-88). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Editorial Flores. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3970/24.pdf>
- Secretaría de la Contraloría General (2023). Constitución Política de la Ciudad de México. http://www3.contraloriadf.gob.mx/prontuario/index.php/normativas/Template/ver_mas/70252/69/1/0
- Spinoza, B. (2000). *La ética según el orden geométrico*. Trotta.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2004). *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*.
- Vicente y Guerrero, G. (2021). Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 345-375. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.14>
- Vigo, R. L. (1990). *Ética del abogado. Conducta procesal indebida*. Abeledo-Perrot.



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 319-375

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.713

Guerrear a la Constitución: una refutación a los argumentos a favor de la innovación constitucional

Fighting the Constitution: A rebuttal to arguments for
constitutional innovation

Guerra contra a Constituição: Uma rejeição aos
argumentos em favor da inovação constitucional



RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

Investigador independiente

(Cochabamba, Bolivia)

Contacto: rodriggcruz@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-1043-5932>

RESUMEN

Tras el tragicómico intento de golpe de Estado del entonces presidente José Pedro Castillo Terrones, los rescoldos de formulación de una «nueva Constitución» se avivaron de tal forma que suscitaron propuestas —no novedosas— de emprender un proceso constituyente. La Constitución vigente en el Perú (1993) es un texto constitucional que ha sido acreedor de diversas críticas desde distintas perspectivas: política, jurídica y económica; pero que en función de

sus marcos normativos y la sociedad política que lo dinamiza, ha generado tolerables niveles de estabilidad en los órdenes precisados. Ergo, siendo esta la tesitura sociopolítica, es menester efectuar un buceo que presente a la comunidad académica y, a partir de esta, al pueblo, una evaluación de las razones expuestas a favor de una nueva Constitución, para determinar si estas son razonables o constituyen meros argumentos esgrimidos para guerrear contra ella.

Palabras clave: guerrear a la Constitución; nueva Constitución; reforma constitucional.

Términos de indización: Constitución; derecho constitucional; reforma jurídica (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

After the tragicomic attempted *coup d'état* performed by former President José Pedro Castillo Terrones, the embers of a «new Constitution» were fanned to such an extent that no innovative proposals for a constitutional process were raised. The current Peruvian Constitution (1993) has been criticized from different political, legal and economic perspectives, but based on its regulating framework and the political society enforcing them, it has generated acceptable levels of stability in the aforementioned areas. Hence, this being the socio-political situation, it is necessary to delve into the subject matter in order to present to the academic community and, thereafter, to the Peruvian population, a review of the reasons in favor of a new Constitution to determine whether these are reasonable claims or mere allegations used to fight against the Constitution.

Key words: fighting the Constitution; new Constitution; constitutional amendment.

Indexing terms: Constitutions; constitutional law; law reform (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Após a tragicômica tentativa de golpe de Estado do então presidente José Pedro Castillo Terrones, os membros da formulação de uma «nova constituição» foram de tal forma banidos que deram origem a propostas - não novas - para iniciar um processo constituinte. A atual Constituição do Peru (1993) é um texto constitucional que tem sido criticado sob diferentes perspectivas: política, jurídica e econômica; mas em termos de seus quadros normativos e da sociedade política que lhe deu dinamismo, gerou níveis toleráveis de estabilidade nas áreas acima mencionadas. Ergo, sendo essa a teoria sociopolítica, precisa-se realizar um mergulho para apresentar à comunidade acadêmica e, a partir daí, ao povo, uma avaliação das razões apresentadas em favor de uma nova Constituição, a fim de determinar se estas são razoáveis ou apenas argumentos apresentados para lutar contra ela.

Palavras-chave: guerra contra a Constituição; nova Constituição; reforma constitucional.

Termos de indexação: Constituição; direito constitucional; reforma jurídica (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 11/03/2023

Revisado: 18/04/2023

Aceptado: 19/04/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalominom@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

1. INTRODUCCIÓN

Las constituciones son el instrumento jurídico-político predilecto que los pueblos del mundo han implementado para racionalizar y organizar la dinámica del poder político; el Estado peruano no fue ajeno en adoptar una. No obstante, el instituir una Constitución y practicarla son dos planos distintos, en recurrentes ocasiones (y empleando expresiones del profesor Germán J. Bidart Campos) se posee una vigencia normológica, mas no una vigencia sociológica.

Por descontado este defecto no es endémico del Perú, es un fenómeno observable también en Estados aledaños como Bolivia, donde sus instituciones públicas (como la Gaceta Oficial y la Unidad de Investigación del Tribunal Constitucional) afirman que tendría a lo largo de su historia diecinueve textos constitucionales.

¿Por qué la asiduidad de las enmiendas? Porque estamos ante la norma directora de la vida jurídica, social, política y económica de un Estado. El mantenimiento de una Constitución es una magna empresa que queda constatada en la experiencia constitucional peruana: la Constitución de 1993 no computa a la fecha ni treinta años, pero la consigna de «nueva Constitución» la acompaña en su atmósfera hasta la fecha.

Mudadas de consignas a exigencias, la resonancia social de las peticiones tuvo tal vigor en 2022 —particularmente en sus postrimerías— que hoy es nuevamente una cuestión constitucional que se debe abordar; especialmente desde su formulación en las protestas ciudadanas que sucedieron al tragicómico intento de golpe de Estado del ahora expresidente José Pedro Castillo Terrones, el 4 de diciembre.

Fue entonces que se propalaron una serie de argumentos —algunos pasados— para fundamentar la necesidad apremiante de configurar una nueva Constitución; pero: ¿será necesario emprender un proceso constituyente que instituya un novicio texto

constitucional para resolver las problemáticas internas? ¿No será suficiente tan solo reformar una porción del articulado fundamental?

A fin de absolver las interrogantes debemos analizar las razones vertidas por los activistas de la innovación constitucional y sopesarlas, para así poder determinar si son argumentos razonables o meramente arietes discursivos para guerrear a la Constitución. Concluida dicha labor, se podrá constatar que las razones expuestas por diversas agrupaciones sociales y ciudadanos son insustanciales para promover una nueva Constitución.

Siendo este el objeto del presente artículo, la investigación es de índole esencialmente teórica, aplica una perspectiva multidimensional de la experiencia jurídica —considera elementos normativos, fácticos, principialistas y axiológicos— y la metodología bibliográfico-doctrinal.

2. SOBRE LA GUERRA A LA CONSTITUCIÓN

La locución que esgrimimos, *guerrear o guerra a la Constitución*, tiene su origen en un argumento vertido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Cooper vs. Aaron* de 1958: «Ningún legislador estatal o funcionario ejecutivo o judicial puede guerrear contra la Constitución sin violar su compromiso de apoyarla» (Supreme Court of the United States, 1958, p. 18).

Extrapolando este razonamiento al contexto vigente en Perú, sostenemos que no solo las autoridades públicas pueden pretender guerrear a la Constitución, sino que en ocasiones las arremetidas provienen del *demos* —o una porción relevante de él—, la misma entidad que la aprobó o legitimó en la práctica. ¿Cuándo obra el pueblo de esta forma? Cuando su comportamiento, manifestado en protestas o discursos, busca sustituir el orden constitucional sin apoyatura argumentativa razonable.

En caso la activación del poder constituyente pueda ser catalogada como una actitud beligerante hacia la norma suprema (en la medida en que fue descrito dicho actuar), esta no será un ejercicio legítimo y podrá ser tildada de mero capricho popular.

Es verídico que la Constitución es un instrumento de gobierno dispuesto en las democracias por el soberano, pero tan notable título demanda responsabilidades que se traducen en limitaciones a su potencia. Desde esta perspectiva, hemos avanzado un peldaño más, ya no se abriga cándidamente la anacrónica concepción de la democracia reducida a la fórmula de la mayoría: *vox populi, vox dei*, como afirmarían doctrinarios decimonónicos (Echeverría, 1873, p. 182); ahora el Perú es un Estado constitucional, una modalidad de organización jurídica y política donde, como ya precisaba la Corte Suprema de Iowa en el caso *Hunter vs. Colfax Coal Consolidated Coal Company* de 1915, la Constitución se erige como

el protector del pueblo, puesto en guardia por él para salvar los derechos del pueblo contra las lesiones del pueblo. Sostener que atacarlo es por el bien público es elogiar al soldado por derribar la muralla que le permite dormir con seguridad. (*Hunter v. Colfax Consolidated Coal Co.*, 1915, p. 272)

Quizás esta idea sea considerada contraria al sistema democrático y al principio de soberanía popular, pero es difundida por doctrina calificada en aras de evitar supremacías perniciosas para los bienes tutelados constitucionalmente; verbigracia, el profesor Aharon Barak (2021) sostiene que «Un régimen en el que la mayoría niega los derechos básicos de la minoría es un régimen de gobierno de la mayoría, sin embargo, no es un régimen democrático» (p. 272); respecto al segundo postulado, el profesor Eduardo Jorge Prats (2012) afirma que

Aunque la soberanía en el Estado reside exclusivamente en el pueblo, lo cierto es que, en un Estado constitucional, el pueblo que se ha dotado de una Constitución está sometido a ella. Y es que, en verdad el concepto de Constitución como norma suprema es totalmente incompatible con el reconocimiento de una soberanía al margen de la Constitución. Por eso, en un Estado con Constitución normativa el único soberano es la Constitución. (p. 63)

En corolario, puesto que la epítome del Estado constitucional es *la intolerancia a las potestades absolutas*, cualquier tentativa infundada de sustitución de la Constitución debe ser descartada por constituir un burdo ariete de guerra contra lo que ella representa. ¿Es acaso permisible, en una democracia, calificar al ejercicio del poder constituyente como una guerra a la Constitución? Sí, cuando no está justificado en el marco de la legitimidad —orden de principios y valores— de una nación. Nos enrolamos en esta línea en cuanto embeber la proposición que argumenta que la decisión del pueblo es incontestable o insusceptible de errar es contraria a los postulados del gobierno constitucional: «Los pueblos, como los individuos, tienen sus crisis de locura y de pasión» (Maurois, 1945, p. 113); y en consecuencia: «No todo lo que el público desea corrientemente es necesariamente constitucional» (Pritchett, 1965, p. 70).

3. RAZONES PARA LA INNOVACIÓN CONSTITUCIONAL

3.1. Argumento del progenitor inficionado

En materia política suele otorgarse la *paternidad constitucional* al apologista o redactor de sus principios arquitectónicos, como al impulsor vigoroso para su confección; dechados del primer tipo son Juan Bautista Alberdi respecto a Argentina, James Madison en Estados Unidos, o Simón José Antonio de la Santísima Trinidad

Bolívar Ponte y Palacios Blanco para Bolivia. En cuanto a los segundos, la historia nos alecciona que en la construcción de una Constitución suele ser decisiva la participación ya no de hombres virtuosos, sino de hombres despóticos: se tiene el caso de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, bajo cuyo régimen se formó la Constitución chilena de 1980.

La Constitución que en la actualidad rige la vida jurídica y política peruana puede enrolarse en el segundo grupo, en cuanto fue redactada y aprobada en el mandato de Alberto Kenya Fujimori Fujimori, autor del autogolpe de 5 de abril de 1992. Observado el asunto desde esta perspectiva, la experiencia constitucional peruana guarda un paralelismo con la chilena por dos razones: primero, ambos Estados tendrían una Constitución proveniente de un período dictatorial; y, segundo, en ambos contextos el gobernante déspota se traduce en un argumento para impugnar el sistema constitucional vigente y promover su sustitución.

La norma suprema es un dispositivo normativo impulsado por un personaje reprochable democráticamente, por ello es comprensible que una parte de la ciudadanía exprese su desafecto para con la Constitución de 1993; en especial si esta fue concebida «como un instrumento jurídico y político destinado a legitimar el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 [...]. Ella trató de consolidar al gobierno no democrático y autoritario del ingeniero Alberto Fujimori. Una Constitución a la medida» (Abad, 2017, p. 295).

A causa de este origen es plausible enrostrar a la Constitución de 1993 expresiones como las siguientes: «Es una Constitución impuesta», «Es la Constitución de un dictador», entre otras similares que se manifiestan para minar su legitimidad y exigir su sustitución. Empero, ¿estamos acaso frente a la estructura constitucional original de 1993? La respuesta es negativa.

Tras la caída del régimen fujimorista, se emprendieron actos destinados a instituir un texto constitucional que reportara los

dos requisitos básicos para que una Constitución sortee censuras: legitimidad y consenso; fue así que el presidente Valentín Paniagua, mediante el Decreto Supremo n.º 018-2001-JUS, de julio de 2001, permitió el funcionamiento de una Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional (con veintiocho integrantes), organismo que publicó un informe en julio de 2001, donde planteó tres alternativas para superar la tesitura política configurada: a) que el Congreso declare la nulidad de la Constitución de 1993 y paralelamente la vigencia de la de 1979; b) que se empleen los mecanismos de enmienda constitucional de 1993 para promover una reforma total incorporando el contenido deóntico de 1979, e introduciendo además simultáneamente actualizaciones a la última; y c) que se apruebe una ley de referéndum para que el pueblo decida si desea retornar a la Constitución de 1979 y, de ser positiva la respuesta, convocar una Asamblea Constituyente que efectúe su reforma, remozamiento y puesta en práctica. También propuso la emisión de una ley de referéndum para preguntar al soberano si quería una nueva Constitución elaborada por una Asamblea Constituyente que considerara lo más esencial de la tradición histórica peruana (Ministerio de Justicia, 2002, pp. 823-825).

A pesar de las sugerencias, el órgano legislativo optó por una alternativa no contemplada en el informe el 16 diciembre de 2001, cuando mediante la Ley n.º 27600 determinó que la reforma total sería emprendida por su entidad. El proceder del departamento legislativo no fue recibido aménamente, prueba de ello es la presentación de una demanda de inconstitucionalidad en su contra.

Aun cuando la ley fue criticada por desatender la opinión letrada de la comisión, esta constituye un documento de notable envergadura para rebatir el argumento de la paternidad corrompida. Este precepto tiene por epígrafe: «Ley que suprime firma [...]», y por artículo primero:

Suprímese la firma de Alberto Fujimori, del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República.

Quedose entonces la norma suprema desprovista del nombre del dictador. Alegóricamente hablando: *los hijos protestaron de la paternidad*, y apoyados en la firma de dos poderosos instrumentos de representación política en un Estado: aquel del cual se pregona representa a la nación, presidente del Congreso (Carlos Ferrero), y del que suele afirmarse que encarna a la nación, presidente de la República (Alejandro Toledo), decidieron raer de tan magno instrumento de gobierno las letras que exponían su origen ilegítimo.

Posteriormente, por efecto de la referida ley, se encomendó la elaboración de una nueva Constitución a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, que fue presidida por Henry Pease; esta institución presentó en julio de 2002 un proyecto de ley para efectuar reformas a la Constitución, el cual recibió una mayoría de votos para su aprobación. La situación parecía augurar un posible proceso de reforma, empero, el órgano legislativo decidió postergar el debate sobre esta cuestión desde el 25 de abril hasta el 5 de mayo de 2003.

Esta determinación fue objeto de crítica por el Tribunal Constitucional, que en la sentencia recaída en el Exp. n.º 014-2003-AI/TC de 10 de diciembre dispuso:

La indecisión permanente en el seno del Parlamento y las señales contradictorias de los distintos agentes políticos en torno al futuro de la Constitución de 1993, representan un retroceso en la tarea de afirmar la institucionalidad, objetivo que requiere de normas con vocación de perdurabilidad

en el tiempo, y cuyo sustento sea la aquiescencia política y cívica de consuno entre gobernantes y gobernadores.

Este Tribunal considera que al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable.

Por ello, invoca a este poder del Estado para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación. (f. j. 28)

Haciendo caso omiso a la exhortación, el Congreso no pudo construir consensos que permitirían reanudar el plan de emprender un proceso constitucional de enmienda serio.

Pero que la pretensión inicial haya quedado trunca no fue óbice para que se suscitara reformas importantes al articulado fundamental, verbigracia: la Ley n.º 27365, de 5 de noviembre de 2000, que reformó el art. 112 derogando la reelección inmediata del presidente y retornó a la regulación tradicional (la cual es evidencia de que la Constitución admitió enmiendas aun antes de la caída de Fujimori); por la Ley n.º 27680, de 6 de marzo de 2002, se introdujo una reforma íntegra a los preceptos que versaban sobre la descentralización; por su parte, la Ley n.º 28480, de 30 de marzo de 2004, modificó el art. 34 para permitir votar a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; en materia orgánica

legislativa, la Ley n.º 29402, de 8 de septiembre de 2009, aumentó el número de congresistas previstos en los arts. 90 a 130; entre otras.

Estas enmiendas por iniciativa del órgano legislativo habrían sido insuficientes, a criterio del profesor Enrique Bernales Ballesteros (2013), si no hubieran sido coadyuvadas por la jurisprudencia constitucional, que a través de una «interpretación más amplia y de sólido apoyo conceptual en favor de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho» constituyó un factor preponderante: «en el proceso de adaptación de la Constitución vigente al punto de hacerla compatible con la lógica, las necesidades y el funcionamiento de una democracia constitucional, que es lo que es hoy básicamente el Perú» (p. 41).

Sin ánimos de minusvalorar el esfuerzo desplegado por estas dos instituciones constitucionales, el autor exhibió en su momento cierta hesitación respecto a la perdurabilidad de la Constitución: «No estamos seguros de que este proceso de adaptación sea suficiente como para que esta Carta llegue al bicentenario de nuestra independencia, que celebraremos dentro de pocos años en 2021. Hagamos votos para que así sea» (Bernales, 2013, p. 41); estando en 2023, podemos contestar al profesor que los vaticinios de no resistencia fueron superados, aunque no acallados.

El iter histórico trajinado fue necesario para dar constancia de que la Constitución de 1993 ha dejado de ser la Constitución de Fujimori; a causa de la miríada de reformas introducidas por el Congreso y las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, es dable aseverar que esta ha experimentado un *proceso de legitimación a posteriori* con doble pretensión: desdibujar el pasado ignominioso de su procedencia, y perfilarla como la norma suprema y fundamental que representa y rige al pueblo peruano. Esto nos demuestra que los hijos de una nación, anoticiados de los errores de sus padres, pueden enmendar sus caminos.

3.2. Argumento del sistema económico

Que el Estado abandone su perfil de guardián de la noche para adoptar el de interventor ha sido un cambio de paradigma que ha demorado en la historia del constitucionalismo, debido a que la versión clásica de esta corriente jurídico-política estuvo engarzada con el liberalismo; surgió de esta forma el constitucionalismo liberal con un modelo económico que limitaba las labores del aparato estatal a la mera vigilancia o seguridad de las relaciones económicas. La consecuencia inevitable de proscribir al Estado del ámbito económico fue el empoderamiento de los actores económicos, cuyo poder llegó a rivalizar e incluso imponerse al mismo Estado.

Prueba de que el constitucionalismo estuvo despreocupado por la injerencia del Estado en la economía son los textos constitucionales del siglo XIX, que no poseen en su articulado un capítulo específico sobre regulación económica; por ejemplo, la Constitución boliviana de 1826.

Como esta concepción sumó diversos detractores, la doctrina y el influjo de las revoluciones y los acontecimientos políticos acaecidos en los primordios del siglo XX (que produjeron la Constitución de Querétaro de 1917, la Constitución de Rusia de 1918, y la Constitución de Weimar de 1919) propiciaron una mayor injerencia del Estado en el sector económico y social, lo que dio cabida a la eclosión del constitucionalismo social, un segundo momento de esta corriente cuya «preocupación básica está en la justicia social y en la economía de orden público» (Dermizaky, 2011, p. 36), y que tuvo por propósito complementar y en algunos casos atenuar al constitucionalismo liberal (Cruz, 2022a, p. 49).

Los Estados que prohicieron los postulados de este enfoque previeron en sus normas supremas un capítulo específico que versaba sobre su papel en lo económico y social: en el caso peruano «ninguna hasta la Constitución de 1979 tuvo un capítulo específico

sobre el régimen económico» (Castillo, 2013, p. 3); una incorporación tardía si la comparamos con el caso boliviano, donde esta doctrina tuvo lugar más de cuatro décadas antes por la reforma constitucional de 1938, que contemplaba una sección sobre el régimen económico y financiero (arts. 106-120).

¿Cuál fue entonces el resultado de la constitucionalización del sistema económico del Estado? Dos, uno de orden normológico: se adhirió a las constituciones una tercera parcela a las clásicas parte dogmática y parte orgánica; y una de índole disciplinar: se enfatizaron los abordajes jurídico-económicos al repertorio de disposiciones constitucionales que reglan las relaciones económicas en el Estado. Al fenómeno constitucional le sucedió la innovación conceptual, promoviéndose por los juristas el uso de las expresiones como «Constitución económica» y «derecho constitucional económico».

La Constitución vigente, orientada por la tendencia a prever un acápite sobre la economía (como el texto de 1979), contempla en su articulado (título III): El Régimen Económico del Estado, compuesto por cuatro capítulos: Principios generales, Del ambiente y los recursos naturales, De la propiedad, Del régimen tributario y presupuestal, De la moneda y la banca, y Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas.

Concluido el repaso teórico e histórico es menester señalar que al ser la economía uno de los asuntos de mayor trascendencia para la sociedad, el argumento del sistema económico es con seguridad una de las razones de más peso que se esgrime para exigir una nueva Constitución.

La Constitución de 1993 promueve la libertad de la iniciativa privada y perfila una economía social de mercado (art. 58); el modelo propugnado fue criticado por diversos sectores debido a que concentraría la riqueza económica en manos privadas en

detrimento de los intereses colectivos. Enlistemos los razonamientos en contra del actual sistema económico y los artículos impugnados:

a) El discurso del Estado subsidiario:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. (art. 60)

b) El discurso de los monopolios y oligopolios:

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. (art. 61)

c) El discurso de los contratos-ley:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o

contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente. (art. 62)

3.2.1. El discurso del Estado subsidiario

Este argumento censura la ínfima labor empresarial del Estado, que permite en los hechos que las empresas privadas aglutinen y, en consecuencia, decidan los costos por la prestación de servicios de diversa índole. Ante la posible tiranía de los precios dispuestos por dichas entidades, el Estado podría instituir empresas que brinden los mismos servicios a precios más módicos, pero, por efecto del art. 60 este solo puede realizar actividad empresarial (directa o indirectamente) si logra satisfacer determinados requisitos: ley expresa, y alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Pero ¿cuál es el móvil para que la Constitución limitara el accionar del Estado en este ámbito? Consideramos que una de ellas es la prueba histórica de la deficiente administración de las empresas en manos del Estado. Así lo expresó el Instituto Peruano de Economía (2021):

Las empresas públicas en el país cuentan con un historial de grandes pérdidas económicas y desempeño deficiente. En la última década, las actividades empresariales del Estado han significado pérdidas por casi S/ 9 mil millones a cuenta de todos los peruanos. En general, el manejo de empresas públicas distrae la atención del Estado de sus verdaderas competencias vinculadas con la protección de derechos y el cierre de brechas sociales mediante una adecuada provisión de servicios públicos. (párr. 1)

A la razón expuesta se suma la inspiración en la evolución de las economías en países del viejo mundo, Canadá y Australia a partir de la democracia postsocial, que fomenta un menor protagonismo del Estado en la economía (mas no un abandono):

Durante los años ochenta y noventa, estos países han reducido de manera decisiva la intervención estatal en la economía, llevando a cabo la privatización de empresas y servicios públicos, la liberalización de intercambios financieros y comerciales o la desregulación parcial de las relaciones laborales. Han rebajado moderadamente o han mantenido sin aumentarla la presión fiscal y han limitado en medida variable algunas prestaciones sociales en materia de subsidios o de asistencia sanitaria. Pero no han renunciado a una intervención reguladora pública que marque las reglas básicas a las que deben someterse actores públicos, privados y del «tercer sector» o asociaciones voluntarias. Con estas medidas se han intentado combinar las exigencias de la economía postindustrial y de la competencia internacional con la necesidad de conservar equilibrios internos, nacidos del pacto social que dio origen al estado del bienestar. (Vallès, 2007, p. 127)

Observando la historia económica nacional y la dinámica económica del mundo es comprensible el porqué del paradigma adoptado por la Constitución de 1993. Esto sin embargo no significa que el Estado esté impedido de realizar actividad empresarial, en cuanto el propio art. 60 lo habilita, aunque cumpliendo presupuestos.

El segundo componente discursivo de este argumento es la escasa tuición del Estado respecto a la industria nacional, ya que tanto la empresa extranjera como la nacional reciben un mismo tratamiento a los ojos de la Constitución.

Es un hecho cierto que las empresas nacionales de diversos Estados en vías de desarrollo no tienen el capital suficiente para equipararse y, por ende, competir en un plano de igualdad con las factorías extranjeras, en particular si estas son multinacionales. Habría entonces la necesidad de establecer cierto fomento o mayor cobertura a la iniciativa económica nacional, ya que incluso las economías de algunas potencias estatales han dispuesto en su momento políticas proteccionistas para su progreso; sobre este punto el profesor Mario Bunge (2009) opina:

En efecto, los economistas que repiten el mantra de las virtudes de la competencia pasan por alto el hecho de que la competencia es estimulante cuando se da entre pares, pero que resulta destructiva entre desiguales, motivo por el cual los hombres de negocios sagaces intentan evitarla. Más aún, todas las economías avanzadas, desde la de Gran Bretaña a la de Japón, crecieron bajo la protección del Estado y con el auxilio de las tecnologías de incremento de la productividad que fueron inventadas, en su mayoría, en universidades financiadas por el Estado. (p. 50)

En razón de esta realidad, el pedido de una reforma para promover políticas económicas proteccionistas a favor de las empresas nacionales no resulta irrazonable; empero, el historial competitivo es un argumento serio en contra de estas medidas.

3.2.2. El discurso de los monopolios y los oligopolios

Este argumento es una consecuencia sobreviniente de la anterior: si el Estado se limita a un perfil vigilante en el ámbito económico y no fomenta la industria doméstica para que pueda competir idóneamente con las extranjeras, es muy probable que el flujo comercial se concentre en escasas manos habilidosas para sortear las regulaciones legales: los monopolios o los oligopolios.

La preocupación porque el poder económico se aúne y pueda extender su radio de influencia al político no fue desatendida por la Constitución de 1993, ya que su art. 61 prohíbe las prácticas monopolísticas directa o indirectamente tanto por el Estado como por particulares.

Esta previsión no es sin embargo una norma peculiar del derecho constitucional peruano, también la posee la Constitución boliviana en su art. 314:

Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.

Incluso Estados Unidos, una de las potencias económicas del mundo, trató este asunto en su legislación por medio de la Sherman Antitrust Act de 1890, alertada por una sospecha fundada: «¿No sería de temer que las mismas libertades políticas se vieran amenazadas un día por una oligarquía económica?» (Maurois, 1945, p. 179); dicha ley fue reforzada posteriormente por la Clayton Antitrust Act de 1914 durante el gobierno de Woodrow Wilson.

Ahondando en el discurso, por las precauciones asumidas es dable sostener que los monopolios y los oligopolios pueden generar tensiones no solo en el sistema económico, sino también en el político, en especial si estos movilizan sus recursos para influir en las decisiones de los departamentos del poder en *pro domo sua; id est*, si se comportan como grupos de presión.

El influjo en las decisiones gubernamentales es tan crucial que, evitando mayores ambages, algunos autores los catalogan como «La tercera cámara legislativa» o «El Gobierno invisible»; cavilemos la descripción del contexto estadounidense en 1924, hecha por el profesor William Allen White:

La ficción de un voto por persona todavía es cortésmente mantenida en las clases de la escuela secundaria sobre instrucción cívica; pero los hombres y mujeres que participan de la política práctica, aunque sea incidentalmente, saben que hay hombres y mujeres que pueden tener tantos votos en el gobierno como intereses a los que quieran sacrificar tiempo, pensamiento y dinero... Si un ciudadano se satisface con un voto en la urna electoral, o con un voto y medio como miembro de su partido, es una hermosa pobre astilla de ciudadano. Está muy bien erguirse orgullosamente sobre sus derechos constitucionales y censurar al *gobierno invisible*. Pero es el gobierno real. Las clases gobernantes son las que usan sus sociedades profesionales, asociaciones de banqueros, ligas de mujeres, y similares para influir en el gobierno. Por supuesto que les exige tiempo e inteligencia y un poco de dinero, pero no demasiado. Por cincuenta dólares al año (en cuotas de socios) la familia media está en condiciones de obtener media docena de poderosos votos en el gobierno, cada voto diez veces más poderoso que el voto garantizado por la Constitución. (Linares, 1959, p. 119)

Con base en lo descrito, ¿es acaso cándido o ignorante guardar recelos de los directores de las grandes factorías? Por descontado que no, por lo menos si se confía en la aseveración del profesor John Kenneth Galbraith (1968): «El instinto que advierte los peligros que presenta la asociación del poder económico con el político es un instinto sano» (p. 430); y la del profesor Harold J. Laski (1945): «O bien la democracia política se adueña del monopolio económico, o el monopolio económico será el dueño de la democracia política» (p. 413).

Considerando los puntos precisados, vedar constitucionalmente la erección de monopolios u oligopolios es aceptable en

aras de proteger la armonía del sistema económico y enervar la autoridad de los colectivos oligárquicos en la toma de decisiones gubernativas.

Pero, en el ámbito peruano, a pesar de que el art. 61 dispone esta prohibición de forma expresa, se afirma que algunas empresas habrían tornado en monopolísticas a partir de la compra de otras, o en oligopólicas a partir de fusiones. No obstante, de reprochar a la Constitución su incompetencia para raer este tipo de conductas, su antecesora tampoco eludiría a esta crítica; según el profesor Alfredo Bullard Gonzáles (1994):

La Constitución de 1979 prohibió los monopolios, consagrando con ello una norma no solo incumplida, sino imposible de cumplir. Los monopolios existieron durante toda la vigencia de la Constitución, y hubiesen seguido existiendo en economías pequeñas como las nuestras aún en el caso que la norma siga vigente.

[...]

Prohibiciones a la existencia de monopolios o de oligopolios, como la contenida en la Constitución de 1979, se fundamentan en la idea que el Estado debe proteger a la empresa pequeña, sin perjuicio de que ello implique mayores costos de producción en perjuicio del consumidor. Simplemente no se quiere una o pocas empresas, es decir se quiere que el mismo mercado se reparta entre más productores, sin importarnos que ello incremente los costos de producción por la vía de duplicar los costos fijos.

La nueva Constitución ha comprendido adecuadamente el fenómeno. El monopolio no solo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia,

está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia. (pp. 8-9)

Considerando lo expuesto, es probable que la operatividad de algunas prácticas económicas empresariales haya logrado configurar relaciones comerciales próximas al monopolio u oligopolio, pero que no ameriten su calificación como tal por las particularidades de su constitución. Ergo, si la problemática a zanjar es proscribir este tipo de organizaciones, la Constitución de 1993 ya contempla la solución a la cuestión; si se desea profundizar la temática, para eso está la ley.

En caso el Congreso se niegue a emitir una ley sobre actos antimonopólicos y oligopólicos (o análogas) por iniciativa propia, el pueblo puede estimular a sus representantes para que la efectúen; esto funestamente exhibiría los resabios de una filosofía legalista: es imprescindible contar con una ley para hacer cumplir la Constitución.

3.2.3. El discurso de los contratos-ley

Los contratos-ley son una herramienta novicia en la historia constitucional peruana, eficiente para la promoción de inversión económica extranjera y nacional, por cuanto se dispone, mediante un instrumento contractual supralegal, una serie de garantías y seguridades que las empresas requieren para el desarrollo normal de sus actividades industriales, que impiden al Estado «desobligarse de su relación jurídica patrimonial con el inversionista, mediante la derogación de la ley» (Amado y Miranda, 1996, p. 19).

Por efecto de este tipo de contratos el Estado ha propiciado mayor flujo económico, empero, debido a que son insusceptibles de modificación por ley del Congreso, y tan solo admitiendo variaciones a partir de un consenso entre las partes suscribientes, una parte de la ciudadanía acusa a la Constitución de haber preceptuado

un dispositivo contractual de sumisión estatal a merced de los intereses de las empresas: ¿se prosternó la soberanía?

Es verídico que las inculpaciones son serias, en especial si los acuerdos a los que se arribó benefician en mayor medida a los intereses particulares que los colectivos. A pesar de ello, el crecimiento económico experimentado por Perú desde 1993 es notable, tanto que permitió al país superar la crisis de los ochenta. Así lo observó la profesora María McFarland Sánchez-Moreno (2002):

Por otra parte, en 1993 las medidas de liberalización económica de los primeros dos años del Gobierno fujimorista comenzaron a surtir efecto de manera positiva. Empresas nacionales se estaban vendiendo a altos precios, la inversión privada aumentó, y la inflación bajó marcadamente. Estas mejoras dramáticas, sucediendo inmediatamente después de la profunda crisis económica de fines de los años 80, aumentaron el apoyo a Fujimori. (p. 554)

La inyección de capitales extranjeros fue un factor importante para estabilizar económicamente al Estado, y por cómo se desarrollaron los hechos, es probable que sin el incentivo de los contratos-ley los inversores privados no hubieran arriesgado su patrimonio en proyectos de alta escala (con acuerdos de cinco a más años).

Ergo, esta medida fue necesaria y, aunque algunos la tilden de ser un mal para el país, quizás sea un mal necesario. La amplia inversión de capitales extranjeros (y, claro, nacionales) no podría ser posible si no se garantizase seguridad para la dinámica de sus labores; cuestionémonos, de ser un empresario: ¿sería apropiado invertir considerable patrimonio, por un plazo extenso, en un país inestable política y jurídicamente, donde el gobierno pudiera hacer y deshacer cómodamente transacciones de proyectos económicos de envergadura?

Sin ánimos de generar contradicción argumentativa, si los contratos-ley son un dispositivo efectivo para el desarrollo económico, en contrapartida, estos se erigen como instrumentos jurídicos que reducen el ámbito de legislación del Congreso y, por ende, del campo de decisión del pueblo, que puede no estar conforme con la administración de la explotación de los recursos o los servicios prestados por los emporios industriales.

De ser los contratos-ley acuerdos para el enriquecimiento indebido de las empresas y particulares en detrimento de los intereses del pueblo, este tiene los mecanismos constitucionales idóneos para su enmienda en el texto constitucional de 1993, debiendo tan solo modificar o suprimir el segundo párrafo del art. 62.

Con base en el iter discursivo trajinado es dable deducir que la subsidiariedad del Estado, los monopolios y los oligopolios, y los contratos-ley son una muestra del desafecto y el recelo que parte de la ciudadanía peruana expresa para con el predominio económico y la influencia política que ejercen las grandes empresas —en particular las extranjeras—; auténticos *Behemots* cuya potencia rivaliza (y quizás supera) a la potencia del *Leviatán*, a quien por fuerza de una Constitución encomendamos primero la salvaguardia de nuestro bienestar por sobre cualquier otra entidad política.

3.3. Argumento de los derechos sociales

La Constitución vigente fue moldeada en las postrimerías del siglo pasado (1993), un período en el que existía profusa doctrina sobre el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social, y del que el constituyente pudo consultar antes de proceder al reconocimiento de los derechos de la parte dogmática, contemporáneamente denominada: «Estatuto de los Derechos» (Sagüés, 2017, p. VII).

Hogaño no se dispone de un patrón o estándar de derecho constitucional que determine tajantemente cuál debe ser el contenido de una Constitución; esto es así porque las constituciones además de ser una norma suprema e instrumento de gobierno son un producto cultural que debe responder a las particularidades de cada nación: sería ilusorio imponer un molde petrificado que uniforme los textos constitucionales del globo, en cuanto como explicaba el profesor Herman Finer —parafraseado por Linares Quintana—: «la definición de la *Constitución* deja abierta la cuestión de su forma y sustancia, y es por ello que las constituciones modernas exhiben tan grande variedad de formas y tan marcada diferencia de sustancia» (Linares, 1958, p. 4). En razón de esta aserción, se colige que las constituciones pueden presentar un catálogo de derechos más frondoso o exiguo que el de sus semejantes.

No obstante lo expresado, si el momento constituyente tuvo lugar a finales del siglo XX o primordios del presente, es comprensible que se presuma que la Constitución receptara no solo derechos de corte individual, sino también colectivo.

A partir de esta focalización axiológica entre bienes particulares e intereses colectivos como basamento de los derechos, los juristas tendieron a clasificar los derechos fundamentales en tres categorías. Se perfiló entonces la teoría generacional de los derechos fundamentales, postulada por el profesor Karel Vasak en un artículo publicado en el Correo de la Unesco de 1977; pero ser el promotor no está ligado al galardón de ser el primero en emplear la expresión distintiva de una teoría, ya que dicho acto fue efectuado por el profesor Amadou-Matar M'Bow, quien hablaba de la tercera generación de derechos.

La terminología usual es la siguiente: primera generación de derechos civiles y políticos, segunda generación de derechos económicos, sociales y culturales, y tercera generación de derechos colectivos o de los pueblos. A pesar de su amplio cobijamiento y

asiduo uso (en artículos, libros, tratados, tesis de maestría y doctorado de reciente data), doctrinarios calificados señalan la necesidad de prescindir de ella; p. ej., el profesor Víctor Bazán (2010) sostiene que

Al ser unitaria la dignidad humana, la escisión de los derechos humanos en «categorías» pretendidamente diversas y estancas, solo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. [...] Los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las «generaciones de derechos humanos», han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la dimensión fáctica. [...] Cuando menos, podría convenirse que tal fórmula no puede ser admitida automática y acríticamente, sino que, como alternativa de «mínima», debe ser repensada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria. (pp. 354-355)

Por razones como la transcrita algunos autores abogan en favor del desuso definitivo, como el profesor Steven L. B. Jensen (2017), quien sin mayores reparos afirma que debemos dejar «descansar en paz a la teoría de las tres generaciones de derechos humanos». Empero, si practicamos un ostracismo conceptual sin disponer de un sustituto la teoría de los derechos fundamentales comenzaría a esgrimir una serie de términos sin alcanzar la homogeneidad que tuvo la teoría generacional; ante este riesgo, el profesor Ingo W. Sarlet (2019) sugiere utilizar la expresión «dimensión» (la cual sería esgrimida también por el profesor E. Riebel).

Este término también se puede observar en el profesor Robert Alexy (2000), quien cita a su vez a K. J. Partsch.

La predilección actual de un sector de la doctrina se inclina por consiguiente por una teoría generacional de los derechos fundamentales, que comprenda de forma más idónea el carácter sistémico y progresivo de los derechos. Al ser esta la postura más apropiada, en su oportunidad manifestamos que a causa de las críticas respecto a la base histórica frágil, la posibilidad de sustitución y jerarquización de los derechos, y la desorbitada estimada a la positivización, era dable concluir:

Ante el avance de la ciencia constitucional y de los derechos humanos algunas categorías conceptuales pueden ser desechadas por sus implicancias negativas, debido a ello es que debe indagarse para encontrar expresiones que sean más apropiadas a los hechos que se pretenden describir. Al ser el término «generación» inidóneo para comprender la trascendencia y dinámica de los derechos humanos, debemos auxiliarnos de la palabra más idónea según la doctrina contemporánea, hablemos entonces de «dimensiones» de los derechos. (Cruz, 2021, p. 228)

De acuerdo con lo expuesto, es plausible inferir que el constituyente peruano estuvo suficientemente anoticiado sobre las distintas dimensiones de los derechos fundamentales; y en razón de ello podría tildarse a la Constitución de estar desfasada, ya que su apartado sobre derechos constitucionales no es de elogiar en lo referente a derechos de índole social si se coteja con la batería de derechos sociales de Estados vecinos —*v. gr.*, el de Bolivia—.

Esta falencia de la Constitución de 1993 se convirtió con el decurso del tiempo en un argumento a favor de una nueva Constitución, porque la demanda de mayor intervención del Estado para la tutela de derechos sociales es una exigencia legítima conforme al avance del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Si se realiza una lectura superficial al texto constitucional se constatará que no hay una previsión sobre el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda; los cuales recibieron un tratamiento diametralmente distinto por el constituyente boliviano, que reconoce al primero en su art. 16.I, y al segundo en el tercer párrafo de su preámbulo y el art. 19.I. Además de contemplarlos como derechos, se hace mención de ellos en otros apartados, uno de los más importantes se encuentra en el capítulo sobre política fiscal:

La determinación del gasto y de la inversión pública tendrá lugar por medio de mecanismos de participación ciudadana y de planificación técnica y ejecutiva estatal. Las asignaciones atenderán especialmente a la educación, la salud, la alimentación, la vivienda y el desarrollo productivo. (art. 321.II)

Las razones para que la Constitución optara por no incrustar estos derechos en el catálogo de su estructura pueden deberse al modelo económico comercial de mercado, pero en especial al rol subsidiario del Estado, en cuanto el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda son derechos fundamentales de naturaleza prestacional. Al tener este carácter su satisfacción alentaría el paternalismo estatal y requeriría elevadas sumas del erario nacional.

Lo señalado cobra relevancia si se considera la usual dicotomía en derechos negativos y derechos positivos, donde los primeros, a diferencia de los segundos, implican un menor gasto para las arcas del Estado por la facilidad de su materialización. Verbigracia, la Constitución garantiza la libertad de religión en el art. 2.3, derecho que se satisface cuando un individuo decide profesar o no profesar una creencia; en cambio, si se reconociera el derecho a la vivienda, el Estado estaría en la obligación de diseñar planes económicos para garantizar a cada familia peruana un hogar digno.

Sin mengua de lo parificado, para algunos autores la línea divisoria entre las dos categorías de derechos no es tan abismal como es frecuente escuchar o leer. Los profesores Stephen Holmes y Cass R. Sunstein (2011) sostienen:

La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes solo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público. No hay derechos legalmente exigibles allí donde no hay deberes legalmente exigibles, y por esta razón, la ley solo puede ser permisiva si al mismo tiempo es obligatoria. Lo que equivale a decir que no se puede obtener la libertad personal limitando la interferencia del gobierno en la libertad de acción y de asociación. Ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno. Todos son reclamos de una respuesta gubernamental afirmativa. En términos descriptivos, todos los derechos son definidos y protegidos por la ley. Una orden de restricción emitida por un juez cuyos requerimientos normalmente se obedecen es un buen ejemplo de «intrusión» gubernamental en defensa de la libertad individual. Pero el gobierno se involucra en un nivel aún más fundamental cuando las legislaturas y los tribunales definen los derechos que los jueces habrán de proteger. Toda orden de hacer o no hacer, a quienquiera que vaya dirigida, implica tanto una concesión afirmativa de un derecho por parte del Estado como un legítimo pedido de ayuda dirigido a uno de sus agentes.

Si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez.

Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente «negativas», como el derecho a no ser torturado por agentes de policía o guardias penitenciarios. Un Estado que no es capaz de organizar visitas regulares a las cárceles y penitenciarias por parte de médicos pagados por los contribuyentes y dispuestos a presentar pruebas creíbles ante un tribunal no puede proteger de modo eficaz a los presos de padecer torturas y palizas. Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar. (pp. 64-65)

En corolario, al provectoro adagio «donde hay un derecho, hay un recurso» habrá que sumar: «Los derechos son costosos porque los remedios lo son» (Holmes y Sunstein, 2011, p. 64); dándonos la ecuación: *Donde se reconozca un derecho fundamental, debe existir una garantía, cuyo costo variará en función del plexo procedimental dispuesto para su materialización.*

Desde esta concepción las peticiones de reforma para incorporar mayores derechos sociales en la Constitución, como el derecho a la alimentación o el derecho a la vivienda, tendrían una base sólida para su sostén: al no ser radical la distinción entre derechos positivos y derechos negativos, el Estado —por mandato de la Constitución— no debería discriminar a los derechos prestacionales postergando su sustantivación.

Aun cuando la aplicación de los argumentos de los profesores Holmes y Sunstein favorezca la implementación constitucional y la satisfacción de más derechos de índole social, consideramos que esta pretensión tendrá que soslayar tres contraargumentos: a) los derechos imposibles, b) una interpretación metatextual de la Constitución, y c) la adopción o fortificación de la democracia monitorizada y el fomento de la estructura de sostén de derechos.

3.3.1. Los derechos imposibles

Que una Constitución solo deba contener la complejidad básica del Estado y el estatuto de derechos fundamentales de las personas es un axioma de derecho constitucional que hogaño ha sido relegado por algunas normas supremas que descienden a la regulación puntillosa propia de la legislación o reglamentación.

Una de las partes afectadas por la desatención a las cualidades estructurales de una Constitución —incompletitud y contenido implícito— fue la parte dogmática, su quintaescencia. Parifiquemos lo aseverado:

La primera Constitución codificada de Bolivia constaba de ciento cincuenta y siete artículos, donde el título 11 preveía los derechos de las personas en nueve artículos (149-157), aunque bajo un rótulo erróneo: «De las Garantías»¹. En 2009 el número de disposiciones asciende a cuatrocientos once, los derechos tuvieron asidero específico en los arts. 13-107, noventa y cuatro preceptos en los que según el profesor William Durán (2010): «La Constitución del Estado Plurinacional ha incorporado un catálogo de derechos que probablemente sea el más generoso y abigarrado de cuantas constituciones de esta órbita de cultura hemos podido conocer» (p. 487).

Obsérvese la diferencia de normación, en menos de dos siglos la Constitución boliviana adquirió mayor densidad normativa que otras como la estadounidense: se sumaron doscientos cincuenta y cuatro artículos; si focalizamos el análisis a la parte dogmática, se constata que de 1826 a 2009 se adicionaron ochenta y cinco artículos, sin contar los derechos diseminados en otras disposiciones, los derechos humanos de fuente internacional (constitucionalizados), y los derechos implícitos reconocidos jurisprudencialmente.

1 Esta equivocación se suscitó por influjo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que promovió que las constituciones hispanoamericanas fundieran los conceptos de «derecho» y «garantía».

La lacónica descripción constitucional faculta a observar que el Estado boliviano desatendió el axioma precedentemente aludido, incurriendo en hipertrofia normativa.

¿Es favorable un rico sistema de derechos fundamentales? La respuesta es doble: sí y no. Es un factor positivo en cuanto se inscriben derechos que serán abrigados por el carácter supremo y fundamental de la Constitución, los gobiernos de turno no pueden alegar la inexistencia escritural de estos cuando se reclame su cumplimiento; pero es un dato negativo porque —utilizando expresiones de Holmes y Sunstein— en caso el Estado esté incapacitado económica y financieramente, y disponga tan solo de una deficiente maquinaria de monitorización, los derechos constitucionales se transfigurarán en meros derechos imposibles, *id est*, derechos de bella prosa que solo pueden promocionarse en el escaparate constitucional (en términos vulgares, puede ver pero no adquirir).

Los constituyentes y el pueblo que lo espolea con sus pretensiones deben actuar con aplomo al momento de inscribir derechos en la Constitución, ya que estos podrían tornarse en impracticables en el plano existencial, careciendo de efectividad y generando escenarios de incumplimiento y desafección que no coadyuvan al cultivo de la cultura constitucional de una nación. Análogo parecer tuvo el profesor Germán Bidart Campos (1989) cuando afirmó que «no hay nada peor para los derechos humanos, y para la Constitución, que declarar derechos imposibles» (p. 377).

La amonestación de no aglutinar más derechos que los que el Estado tenga la vis de sustentar es diáfana:

El reconocimiento de mayores derechos, para contentar ora al pueblo, ora a la comunidad internacional, puede ocasionar insatisfacción popular y consecuente repudio, porque la constitución reconoce derechos que no son posibles de satisfacer; por ejemplo, el artículo 16.I de la norma suprema

boliviana reconoce el derecho al agua, pero la zona sur de la ciudad de Cochabamba padece la carencia de este líquido aun en nuestros días. Cuantos más derechos se reconozcan y el Estado no tenga la capacidad de materializarlos, se generarán indefectiblemente escenarios de incumplimiento a la constitución, convirtiendo sus dictados en mera poesía constitucional. (Cruz, 2022b, p. 29)

Con base en este contraargumento a favor de una reforma constitucional pro derechos sociales, el vigor de las peticiones se enerva, por cuanto antes de reconocer mayores derechos constitucionales, en particular los de índole prestacional, se debe sopesar si la capacidad económico-financiera del Estado está en las condiciones de darles sostén; no obstante, juzgamos imprescindible que la tarea de sopesar las condiciones sociales, económicas y jurídicas vigentes antes de pertrechar el epíteto de «imposible» a un derecho, se hagan con sumo cuidado, ya que como refiere el profesor Néstor Pedro Sagüés (2016):

deben distinguirse los derechos genuinamente imposibles, esto es, aquellos para los cuales realmente no pueden proveerse de modo sensato y factible las partidas presupuestarias para satisfacerlos correctamente, de los que podríamos llamar derechos «imposibilitados», o falsamente imposibles, que aparecen si el Estado argumenta que no tiene dinero para atenderlos plenamente cuando en verdad lo posee, pero lo ha destinado a otros objetivos espurios o de menor importancia, v. gr., ciertos gastos reservados de incierto y poco limpio destino, o de tipo meramente suntuario, partidas programadas para despilfarros y extravagancias, otras devoradas por la corrupción y los negociados, el clientelismo partidista, las aventuras bélicas y las carreras armamentísticas injustificadas, las inversiones y proyectos absurdos o delirantes, la

compra de bienes y recursos innecesarios o superfluos, el incremento de la burocracia, la simulación de empleos y algunas remuneraciones estatales exageradas, el inadecuado manejo de las empresas públicas, etcétera. (p. 324)

3.3.2. Una interpretación metatextual de la Constitución

La Constitución de 1993 contiene doscientos seis artículos, pero en ninguno de ellos es posible leer el derecho a la alimentación o el derecho a la vivienda. Pese a esta ausencia, debemos entender que las constituciones solo contemplan la osamenta normativa fundamental del Estado, motivo por el que omiten determinadas materias o receptan cláusulas vagas.

Pero en materia constitucional (particularmente lo referente a los derechos) no es recomendable interpretar categóricamente la omisión como negación, por cuanto podríamos mermar la fuerza y la amplitud del elenco de derechos constitucionales. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia no hace mención alguna del derecho a la protesta en su frondoso articulado, ¿acaso esto significaría que los bolivianos no tienen la facultad de manifestar su oposición sobre determinada cuestión política o social? Por descontado que no; este derecho es característico de los regímenes constitucionales y democráticos, por lo que brindar una exégesis distinta habría impedido que se realizaran las protestas ciudadanas por el 21F y el 21R². Si retrocedemos aún más y persistimos en las lecturas llanamente textuales, la situación se agravaría, porque no solo la reforma de 2009 no lo registra, sino que los dieciocho textos constitucionales precedentes tampoco lo hacen.

2 El 21F es una sigla empleada por la ciudadanía boliviana para recordar el desconocimiento, por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, de los resultados del referéndum de 21 de febrero de 2016; de nuestra parte empleamos la sigla 21R para significar los veintiún días de protesta ciudadana que fueron necesarios para finiquitar el continuismo del expresidente Morales.

Entonces se formula otra interrogante: ¿si se afirma que el derecho a la protesta ostenta rango constitucional, qué documento avala este aserto? La réplica es que algunos derechos se hallan contenidos en soportes escriturales de rango constitucional externos al texto de la Constitución: ora en jurisprudencia constitucional, ora en tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, ora en la jurisprudencia interamericana.

Este fenómeno de dispersión del contenido deóntico de las constituciones propició a su vez la formulación y la recepción de la doctrina del bloque de constitucionalidad; situación y teoría a los que Perú se arrimó.

Ergo, cuando se esgrime el argumento de que el derecho a la vivienda y el derecho a la alimentación no existen en el plano constitucional para propiciar reformas constitucionales, se está adoptando una posición radicalmente formalista y nesciente del sistema constitucional peruano, porque se reduce la riqueza de las normas constitucionales a lo expuesto por los doscientos seis artículos del documento constitucional.

Dada la tesitura de la constitucionalización de normas internacionales y la profusa jurisprudencia constitucional, profanos y abogados deben realizar *estudios metatextuales* —más allá— de la Constitución³ antes de aseverar que cierto derecho es negado por el entramado constitucional.

Es verdad que una lectura superficial del texto constitucional nos impele a negar asidero a los objetos de indagación, pero si procedemos con una interpretación *más allá* de los doscientos seis preceptos, podremos verificar que estos derechos presentan vigencia normológica. ¿Qué dispositivos normativos nos habilitan para obrar de esta forma además de la fisonomía particular de

3 La locución «estudio metatextual» —que implica la lectura e interpretación más allá del texto— es acuñada por nosotros en nuestra obra inédita *Un estudio metatextual de la Constitución. A propósito de la tesis de la Constitución invisible*.

toda Constitución? El artículo 3.55 y la disposición final cuarta, que disponen que la enumeración de los derechos no es excluyente de otros de índole análoga o que puedan fundarse en la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y el régimen republicano; que forman parte del derecho nacional y que se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados semejantes, respectivamente. Procedamos:

Perú es parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuya cúspide la ocupa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la novena conferencia internacional americana, celebrada en Colombia en 1948, el instrumento de mayor trascendencia: *la Carta Magna Americana*.

Al formar el Estado parte de este dispositivo normativo internacional, los derechos que contempla son derechos constitucionales —de fuente internacional— de los ciudadanos peruanos. En la materia que nos atinge, el art. XI declara:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Continuando con el discurso, es necesario citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977, que depositó el instrumento de ratificación el 12 de julio de 1978. El art. 26 de este dispositivo versa sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y dispone:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La regulación es vaga y remite a las metas básicas del documento fundante de la OEA, es decir, al art. 34, incisos j: «Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos»; y k: «Vivienda adecuada para todos los sectores de la población».

En razón de este tratamiento indirecto y genérico de los derechos a la alimentación y vivienda, debemos remitirnos al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, llamado también «Protocolo de San Salvador», y que el Perú firmó el 17 de noviembre de 1988 e introdujo el documento de ratificación el 17 de mayo de 1995.

La norma complementaria a la convención reconoce el derecho a la alimentación en el art. 12:

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. 2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

También lo cita en el art. 15.3b (como derechos de la niñez) y el art. 17.a (como derecho a la ancianidad). Pero no refiere nada sobre el derecho a la vivienda.

Trasladémonos ahora del ámbito de las normas internacionales constitucionalizadas a la jurisprudencia constitucional. El Exp. n.º 01470-2016-PHC/TC, resuelto el 12 de febrero de 2019 dispuso:

12. Este Tribunal Constitucional considera que el derecho a una alimentación adecuada es un derecho que no solamente tiene reconocimiento a nivel de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que además tiene reconocimiento y vigencia en el ordenamiento jurídico peruano en tanto los tratados que los reconocen han sido aprobados e incorporados como derecho interno.

[...]

39. En función a la interpretación oficial del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, y con base en una interpretación desde la Constitución peruana, este Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la alimentación es una posición jurídica de derecho subjetivo que faculta a su titular a obtener una prestación positiva por parte del Estado, a fin de que este le provea o le haga accesibles los medios suficientes y adecuados que satisfagan sus requerimientos alimenticios de manera sostenible, cuando su titular se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida satisfacerlos por sí mismo. El Estado está obligado de satisfacer una alimentación de subsistencia que permita al titular del derecho verse libre de padecer hambre (sensación incómoda o dolorosa causada por la falta de comida) y mantener su funcionalidad corporal, siendo progresivo el desarrollo y complementación de dicho mínimo.

Respecto al derecho a la vivienda, el Exp. n.º 0018-2015-PI/TC, ventilado el 5 de marzo de 2020, determinó:

121. Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio-derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución).

20. [...] dicho derecho no se encuentra regulado en la Constitución de 1993, por lo que es necesario desprenderlo de otros derechos fundamentales [...].

En función de lo traído en el ámbito normativo internacional (constitucionalizado) y la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional, se corrobora que el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda no son posiciones jurídicas extrañas al universo prescriptivo constitucional peruano. Por tanto, teniendo asidero en el sistema constitucional, el argumento de los derechos sociales como discurso para la promoción de una nueva Constitución carece de justificación. No obstante, es altamente probable que algunos abogados y ciudadanos no formados en ciencia jurídica insistan en el reconocimiento expreso de estos derechos por la aun arraigada tradición legalista; por ello, en caso la estructura constitucional no sea suficiente para satisfacer sus angustias, puede activarse el procedimiento de enmienda para incorporarlos explícitamente en el catálogo de derechos, lo que supondría una redundancia desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad (una pluralidad de textos de rango constitucional contendrían el mismo derecho).

3.3.3. Democracia monitorizada y estructura de sostén

Las crecientes voces que piden una nueva Constitución o reformas (injustificadas) revelan a criterio nuestro la creencia popular de que innovando o enmendando el texto constitucional la situación económica, política y social del país cambiará repentinamente, cual si tuviesen la potestad y la vertiginosidad del rey Midas.

Estos defectos de la cultura constitucional iberoamericana —fetichismo textual y revisionismo constitucional— focalizan su atención y por ende esfuerzos en la fuerza moldeadora de los textos constitucionales de tal forma que parecieran depositar su plena convicción en uno solo de los factores que impulsó el robustecimiento de la tutela de los derechos fundamentales en el mundo, omitiéndose la participación de la sociedad civil e instituciones impulsoras de la protección de los derechos humanos.

Para la materialización de los derechos de naturaleza prestacional no basta con el reconocimiento formal, se precisa asimismo que los órganos ejecutivos y legislativos diseñen políticas públicas para su apropiada satisfacción; se deduce entonces que la inacción de estos departamentos del poder acarrearía la negación de estos derechos. Con el propósito de evitar el incumplimiento o desinterés gubernamental por los derechos sociales inmersos en la Constitución, resulta crucial en el presente siglo la colaboración de mecanismos de vigilancia y plataformas de fomento para su cobertura. Entonces, antes de sobreestimar la potestad configuradora de las normas constitucionales, priorícese —o, en su caso, impleméntese— las instituciones de la «Democracia Monitorizada» (Keane, 2018) y la «Estructura de Sostén» (Epp, 2013).

La primera locución fue pergeñada en 2008 por el profesor John Keane en su obra *Vida y muerte de la democracia*, para significar:

una nueva forma histórica de democracia, una variedad de política «posparlamentaria» caracterizada por el rápido crecimiento de muchas clases de mecanismos extraparlamentarios de escrutinio del poder [...]. La democracia ha llegado a significar más que las elecciones, aunque nada menos. Dentro y fuera de los Estados, los monitores independientes del poder empiezan a tener efectos tangibles. Sometiendo a una vigilancia permanente a políticos, partidos y gobiernos elegidos, les complican la vida, cuestionan su autoridad, los obligan a cambiar su orden de prioridades... y en ocasiones los hunden en el descrédito. (2018, p. 678)

La segunda es una expresión empleada por el profesor Charles R. Epp (2013) en su libro *La revolución de los derechos*, para hacer alusión a uno de los elementos clave que promovió dicho movimiento en los Estados Unidos, el cual estaría conformado por «organizaciones de defensa de derechos individuales, abogados especializados en esa defensa y fuentes de financiación, sobre todo de financiación provista por el gobierno» (p. 22).

Estimo pertinente que los hombres que intiman con el mundo jurídico y la sociedad peruana en general destinen su inquietud y energía no solo a las normas constitucionales, sino también a la instauración o fortalecimiento de mecanismos de monitorización, que servirán para recordar a las instancias gubernamentales que si los derechos sociales están inscritos en el orbe normativo constitucional, estos adquieren las cualidades de supremacía y fundamentalidad, significando por consiguiente su incumplimiento y desacato diáfano de la Constitución.

Para coadyuvar en la labor de sometimiento de los gobernantes a la Constitución, en particular respecto a la obediencia de las prohibiciones y las obligaciones que generan los derechos reconocidos en su texto, la sociedad civil organizada, además de erigirse

como un idóneo instrumento de monitorización, puede promover la protección de los derechos a la alimentación y derecho a la vivienda apoyando las tareas de las organizaciones de protección de derechos humanos que funcionan en el país, sean estas estatales o extraestatales; por ejemplo, el art. 162 prevé a la Defensoría del Pueblo, un órgano que recabaría importantes resultados si tuviese mayor financiamiento y compromiso de su personal con la lucha de los derechos humanos de la dimensión económico, social y cultural, debido a que es la institución constitucional encargada de «defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía».

La contribución puede ser financiera o de consultoría, en caso de ser un abogado; lo importante es que las organizaciones tengan la capacidad económica y logística necesarias para bregar sostenidamente por los derechos sociales en las instancias procesales correspondientes, ya que estos al tratarse de derechos sociales serán por su generalidad onerosos y prolongados.

En caso no exista una institución idónea que dinamice la función de monitorear y promover el cumplimiento del derecho a la alimentación y derecho a la vivienda por parte de los órganos constitucionales vigentes, podrían erigirse «comisiones de derechos humanos especializadas», instituciones legales suficientemente financiadas por el erario nacional cuya primordial tarea sea la promoción por la tutela del derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda; o, combinando los dos dispositivos reseñados con antelación, la sociedad en general, pero en especial aquellos sectores afectados por la no satisfacción de estos, podrían organizarse para fundar una «Organización por la Lucha de los Derechos Sociales», cuya finalidad primaria sea luchar por la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar a todo ciudadano

peruano una alimentación y vivienda adecuadas, y vigilar constantemente al gobierno para que este no desatienda las peticiones.

En corolario, el argumento de los derechos sociales es un discurso loable y sólido para peticionar reformas a la Constitución, pero no una nueva Constitución. No obstante y sin ánimos de contradicción, el riesgo de inscribir derechos imposibles que no son sino huera poesía constitucional que desprestigia a la Constitución; que diversos derechos sociales, como la alimentación y la vivienda, ya forman parte del sistema constitucional por efecto del bloque de constitucionalidad (*id est*, por la constitucionalización de la normativa y la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos); y que en lugar de rendir culto a las potestades configuradoras de la realidad social, política y económica del texto constitucional y sus reformas, debería hacerse hincapié en las instituciones de monitorización democrática y en la construcción de estructuras de sostén idóneas para luchar por la satisfacción de los derechos sociales en el país; son contraargumentos razonables para ser reacios a las propuestas de enmienda constitucional, y *a fortiori* la de una nueva Constitución.

3.4. Argumento de las disfuncionalidades políticas

A desemejanza de los precedentes razonamientos, este argumento focaliza su atención en uno de los engranajes de la dimensión orgánica de la Constitución, contemporáneamente denominada estatuto del poder.

El órgano legislativo, institución política de representación de la nación peruana por excelencia, ha sido objeto de una cohorte de críticas respecto a su diseño: el sistema unicameral, forma de organización —se sugiere— que habría alterado el equilibrio de poderes en favor del Congreso (convirtiéndolo en un factor para la inestabilidad política del Estado), y afectado la eficiencia de sus labores (al ser solo una cámara con ciento treinta miembros que aglutina la labor legislativa nacional del Estado).

La combinación de estos defectos con las protestas ciudadanas que sucedieron a la renuncia de Castillo ha popularizado la frase: ¡Que se vayan todos!; expresión que refleja la inconformidad de una parte de la ciudadanía peruana para con sus representantes, por ser estos antes defensores de intereses privados que el interés general.

Fue a partir de estas críticas: la instrumentación del Congreso para velar por beneficios particulares, incuria en el desempeño de sus competencias y la pérdida de la representatividad, que algunos ciudadanos proponen la restitución del sistema bicameral incorporando un Senado, lo que supondría retornar al bicameralismo.

Que el órgano legislativo sesione en cámara única (art. 90) en lugar de dos (hasta tres) ha sido objeto de debate público durante décadas; la oscilante historia constitucional peruana nos acusa en sus anales los siguientes datos: en 1823 el sistema fue unicameral; tricameral en 1826; bicameral en 1828, modelo que fue confirmado en 1834, 1837, 1839, 1856 y 1860; en 1867 se retorna a la estructura primigenia (unicameral) para ser sustituida por el bicameralismo en 1920, 1933 y 1979, y profesar finalmente una vez más el unicameralismo en 1993 (Cevallos, 2018). En suma, se verifica que la predilección constitucional fue el bicameralismo: en nueve oportunidades; en segundo lugar el unicameralismo (tres veces), y en último puesto el tricameralismo (solo una vez).

Con estos datos nos es permisible descartar al tricameralismo en lo que resta del análisis, por ser el sistema menos preferido y que no constituye tradición constitucional.

Ahora bien, ¿es necesario retomar el sistema bicameral? Si nos atenemos a los postulados del gobierno constitucional, la moción es razonable, porque una de las directrices fundamentales de este paradigma organizacional es el principio de la división de

funciones; así lo estimó el profesor Segundo V. Linares Quintana (1958) al aseverar que es

[la] columna vertebral del esquema político republicano y el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, el principio de la división del poder se mantiene en el curso de los tiempos y a través de las vicisitudes de la historia política de los pueblos, como el más firme baluarte de la libertad humana, de la que es tan inseparable como el día de la noche o el hombre de su sombra. (p. 359)

La separación de funciones más conocida es la horizontal o funcional (distribución de potestades en distintas entidades); pero también existe la vertical o territorial (distintas instancias gubernamentales). A esta doctrina, y debido a que nos centraremos en uno solo de los órganos de gobierno, es necesario complementarla con la teoría de los controles intraórganos, aquellos mecanismos de contención del poder que actúan dentro de un mismo órgano, y que a criterio del profesor Karl Loewenstein (1979): «Opera cuando dos cámaras de un parlamento [...] están obligadas a cooperar en la promulgación de una ley» (p. 233).

Pero ¿son la atomización y el control efectivo interno de la rama legislativa los remedios institucionales adecuados a insuflar para revertir las ramificaciones del unicameralismo? Aduzcamos algunas razones:

- a) Bifurcar al Congreso favorecerá al equilibrio de poderes; porque el órgano legislativo, que fue arduamente criticado por su facultad de vacar al presidente, tendrá mayores espacios dialógicos y dialécticos antes de decidir la vacancia presidencial.
- b) Que existan dos cámaras ampliará la defensa del legislativo ante ataques externos o desenfrenos internos; ya que ante posibles arremetidas del jefe de Estado, estas podrán hermanarse para

resistir, y en caso una de ellas sea favorable a las tropelías ejecutivas, la otra estará en la obligación de impelerla a reflexionar.

- c) El bicameralismo también propiciará la eficiencia y el debate en sus labores; en cuanto podrán distribuirse los trabajos de mejor forma y las leyes que versen sobre asuntos cruciales para el Estado tendrán mayor tiempo para meditar sus conveniencias y sus riesgos.
- d) Optimizará la función fiscalizadora; las tareas de supervisión podrán desenvolverse en distintas direcciones y momentos, por ejemplo, mientras el Senado se focaliza en la administración de los ministerios referentes a la economía y finanzas, de gobierno y defensa del Estado, los diputados (o el nombre que se prefiera) se centrarían en los ministerios restantes.
- e) Instituir una cámara (Senado) donde sus miembros deban tener mínimamente de treinta a treinta y cinco años para postular al cargo, y otra (diputados) donde se permita el acceso de personas de veinte a veinticinco años posibilitará que el ímpetu de la juventud y la circunspección de la adultez concurran a la función legislativa y fiscalizadora del Estado. Esto sin embargo no significa que no existan jóvenes con amplio conocimiento y madurez, y adultos con vigor de mozo, pero en su generalidad son excepciones a la regla, y convertir la excepción en regla es riesgoso en materia de derecho constitucional del poder; juzgamos además que las edades no deben ser parejas (como en el sistema constitucional boliviano, dieciocho años para ambas cámaras) en cuanto la cámara de senadores históricamente ha sido objeto de integración por parte de la adultez y la senectud con el propósito de formar una institución más propensa a la quietud.

Como estos podrían ser los beneficios —entre otros— de retornar al sistema bicameral, es comprensible que autores célebres, como el profesor Domingo García Belaunde (Centro de Noticias

del Congreso, 2020), hayan abogado por el referido modelo ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

Sin la intención de menguar las ventajas de implementar un sistema bicameral, es menester señalar que la institución de dos cámaras no es suficiente para alcanzar mayores niveles de idoneidad funcional y por ende representatividad; el sistema político es complejo, modificar las normas constitucionales no es suficiente para producir cambios a corto plazo. En razón de ello, para una óptima función de las cámaras también será necesario reflexionar sobre el sistema de partidos, ya que nugatorias serán las modificaciones a la estructura del Congreso si el personal que se destine está sometido a la rigurosidad de las relaciones partidarias; parifiquemos lo referido: en caso el partido X se haga con una mayoría prominente en ambas cámaras en desmedro de los partidos Y y Z, en los hechos se habría retornado al sistema unicameral, porque los senadores no rebatirán los proyectos de los diputados por la fidelidad a sus correligionarios y viceversa; la situación se recrudece si el partido es caudillista, porque las cámaras podrían aprobar los excesos del Ejecutivo y no fiscalizar la administración de los ministerios para no contradecir o desacreditar los designios del señor presidente.

En el plano económico, el bicameralismo exigirá mayor presupuesto de las arcas del Estado, pero esta oposición es vacua si lo que se pretende es ajustar el sistema de gobierno para una mejor dinámica inter e intraórgano. El gobierno constitucional es gravoso para el patrimonio del Estado, pero los beneficios a granjear serán mayores y harán tolerable el gasto en caso el sistema funcione óptimamente.

En conclusión, al ser el sistema bicameral el modelo con mayor recepción en la historia y tradición constitucional peruana, el paradigma que mejor atiende los postulados del gobierno constitucional, y la forma de organización legislativa que podría vadear

los inconvenientes del unicameralismo actual, las peticiones sobre este capítulo de derecho constitucional del poder son razonables para promover reformas a la Constitución, mas no una nueva Constitución.

4. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Los razonamientos escudriñados (del progenitor inficionado, del sistema económico, de los derechos sociales, y el de las disfuncionalidades políticas) contienen argumentos razonables como infundados para promover una posible reforma constitucional, pero repelen la propuesta de una nueva Constitución.

La idea de adoptar una nueva norma suprema y fundamental no es de data reciente, pocos años después de la caída de Fujimori el propio Tribunal Constitucional (Exp. n.º 014-2003-AI/TC de 10 de diciembre) apoyaba esta pretensión:

Finalmente, creemos que la importancia que tendría la creación de una nueva Constitución, especialmente por la aún próxima vecindad con un periodo aciago para el imperio de la legalidad y la vigencia de los derechos fundamentales, adquiere cotas de trascendencia fundacional, aún más si se trata de la redacción de un texto que represente la simbólica liquidación de un pasado nefasto para la convivencia democrática, y que se estatuya como la plataforma institucional de una sociedad cuya autopercepción sea la de una Nación libre y justa, y cuya vocación sea la del progreso y bienestar.

Pero tampoco es una temática olvidada, incluso en 2023 aún pueden escucharse peticiones de nueva Constitución, algunas bastante radicales, como la expresada por el expresidente de la Corte Suprema Duberlí Rodríguez:

Se tiene que hacer cosas simbólicas. ¿Se acuerdan que en la marcha de los Cuatros Suyos, en el año 2000, una de las cosas simbólicas era lavar la bandera? Pues ahora, además de lavar la bandera, hay que quemar la Constitución de 1993. (Willax, 2023, párr. 3)

Sin perjuicio de la opinión del máximo intérprete de la Constitución y las vertidas por personajes tendientes a la piromanía, un buen porcentaje de las peticiones para una nueva Constitución pueden satisfacerse con una reforma parcial e incluso sin ella. Verbigracia, una de las recurrentes críticas a la Constitución de 1993 fue haber sido adoptada bajo el régimen dictatorial de Fujimori, pero por Ley n.º 27600 la firma de este personaje fue raída del documento fundamental; otro reproche es la suscripción de contratos-ley insusceptibles de modificación por leyes posteriores, pero si la aversión por este instituto contractual es tan alta basta con suprimir el segundo párrafo del art. 62; prosigamos, algunos derechos sociales, como el derecho a la alimentación y vivienda, no están insertos explícitamente, lo que ha promovido una crítica por omisión y develado la ignorancia sobre el sistema constitucional peruano, ya que dichos derechos están previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos constitucionalizados y la jurisprudencia constitucional, pero, de no estar conformes, la reforma podría adherir estos dos derechos al texto en el capítulo II del título I de la Constitución: De los derechos sociales y económicos; de pretenderse restituir el bicameralismo y enmendar otras cuestiones atinentes a la rama legislativa, los capítulos que se deberán reformar serán los capítulos I-III del título IV: De la estructura del Estado, que comprenden los artículos 90-109.

Por tanto, dado que el sistema constitucional puede requerir determinados ajustes y que no es imprescindible experimentar un proceso de innovación constitucional, estimamos que el Congreso podría formular (a partir de un amplio y letrado diálogo) un

paquete de reformas constitucionales conforme a los procedimientos vigentes para la enmienda de la Constitución, *id est*, no es menester convocar a un organismo extraordinario (Asamblea Constituyente o Convención Constitucional) para que redacte una nueva Constitución para implementar las demandas descritas.

En caso se opte por emprender un proceso de reforma con mayores proyecciones, consideramos pertinente que los gobernantes y los gobernados extrapolen las palabras de Óscar Vega Camacho (2011) respecto al proceso constituyente boliviano, en aras de que maticen y reformen «únicamente lo necesario o lo suficiente para que el cambio sea ordenado e inteligible para el orden social y cultural existente» (p. 18).

La sugerencia es plausible, en especial si recordamos las directivas constitucionales del profesor Alberdi (2017), las cuales deberían ser caviladas por todo constituyente y por la ciudadanía misma a fin de generar y aprobar un producto constitucional con *longevidad inglesa* y *longevidad estadounidense* (agregamos nosotros):

Hemos querido remediar los defectos de nuestras leyes patrias, revolcándolas y dando otras en su lugar; con lo cual nos hemos quedado de ordinario sin ninguna: porque una ley sin antigüedad no tiene sanción, no es ley.

Conservar la constitución es el secreto de tener constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva. La novedad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario

[...]

Para no tener que retocar o innovar la constitución, reducidla a las cosas más fundamentales, a los hechos más

esenciales del orden político. No comprendáis en ella disposiciones por su naturaleza transitorias, como las relativas a elecciones. (p. 214)

Atiéndase también la admonición del profesor Charles H. Pritchett (1965):

Es de suprema importancia que la Constitución conserve su brevedad y se limite a las disposiciones estructurales fundamentales y a la protección de las libertades básicas. Sería desastroso si llegase a convertirse, mediante la enmienda, en un vehículo por el cual los grupos de presión y los demagogos pudiesen imponer sus fórmulas secretas a la nación. (pp. 60-61)

En corolario, efectúense las reformas constitucionales necesarias y absténganse de implementar más de lo debido en el instrumento de gobierno de los peruanos de hoy y del porvenir, de tal modo que los ciudadanos de ahora la respeten y los del mañana veneren su herencia constitucional.

5. CONCLUSIONES

La Constitución de 1993 es el instrumento rector de la vida constitucional peruana, que durante casi tres décadas ha logrado arribar a considerables niveles de estabilidad política, económica y jurídica para el Estado. No obstante dichos méritos, la consigna de «nueva Constitución» ha sido su sombra hasta nuestros días; dichas expresiones han cobrado vigor por su uso en algunas protestas ciudadanas tras el fallido golpe de Estado del ahora expresidente José Pedro Castillo Terrones, motivo por el que fue menester cavilar una vez más acerca de la pertinencia de emprender un proceso constituyente de envergadura.

Los discursos esgrimidos con mayor recurrencia para propiciar la redacción de una nueva Constitución son diversos: el argumento del progenitor inficionado (la paternidad de Fujimori); el argumento del sistema económico (integrado por las críticas al Estado subsidiario, los monopolios y los oligopolios, y los contratos-ley); el argumento de los derechos sociales (en particular los derechos a la alimentación y vivienda); y el argumento respecto a las disfuncionalidades políticas (como la cuestión de organización interna del Congreso). A pesar de que con base en el *iter* teórico y analítico trajinado se pudo aprobar que una parte de los razonamientos enrolados funden la necesidad de adoptar enmiendas, cuando estos son esgrimidos para configurar una nueva Constitución se traducen en meros arietes discursivos para guerrear a la Constitución de 1993, por cuanto no es imprescindible innovar constitucionalmente para satisfacer las exigencias enrostradas al sistema actual.

Al ser innecesario dotarse de un nuevo texto constitucional, las pretensiones —más exigencias— de reforma constitucional resultan impertinentes y exhiben las patologías constitucionales más frecuentes en nuestra región: fetichismo textual, revisionismo e innovación constitucional; enfermedades cuyo basal es la falsa convicción de que una nueva Constitución o enmiendas a esta modificarán la realidad sociopolítica con la celeridad del rey Midas.

Si las necesidades son apremiantes y si en verdad determinados artículos de la Constitución entorpecen o son perjudiciales para la dinámica del Estado, pero, además, si estos problemas no pueden ser corregidos mediante la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, solo entonces sería razonable modificar el articulado fundamental. En resumen: si falta algo, adhiéraselo; si algo es dañino para el sistema, suprímase; si algo es insuficiente o requiere modulación, modifíquese; pero déjese en el pasado la

idea de abolir o sustituir la Constitución por una nueva, porque no contribuye a otorgar *longevidad constitucional* a su contenido deóntico.

En corolario, ya que se habita en una democracia constitucional no es factible prohibir a los ciudadanos externar el pedido de una nueva Constitución; no obstante, así como se toleran dichos discursos, los detractores del actual sistema constitucional deben respetar el *derecho a conservar la Constitución*, de la ciudadanía que rechaza la idea de abolir la Constitución de 1993 y comprendió que una renovación constitucional dictada por una Asamblea Constituyente no es la panacea jurídica para las cuestiones que aquejan al Estado.

REFERENCIAS

- Abad, S. B. (2017, julio-diciembre). Reforma constitucional o nueva Constitución. La experiencia peruana. *Cuestiones Constitucionales*, (37), 295-301. <https://www.elsevier.es/es-revista-cuestiones-constitucionales-revista-mexicana-derecho-113-pdf-S1405919318300428>
- Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 8, 21-42. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1372/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Amado, J. y Miranda, L. (1996). La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley. *Themis. Revista de Derecho*, (33), 15-21.

- Barak, A. (2021). *Discrecionalidad judicial*. Palestra.
- Bazán, V. (2010). Perspectivas actuales de los derechos humanos (especialmente sociales) y su desarrollo en el derecho y la jurisprudencia internas e interamericanas. En V. Blickwede y M. E. Zegada (eds.), *Memoria de la Conferencia Internacional: Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (pp. 319-360). Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED-GTZ.
- Bernales, E. (2013). El desarrollo de la Constitución de 1993 desde su promulgación a la fecha. *Pensamiento Constitucional*, (18), 35-46.
- Bidart, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bullard, A. (1994). Los monopolios en la Constitución. Entre el mito y la verdad. *Derecho & Sociedad*, (8-9), 8-10.
- Bunge, M. (2009). *Filosofía política, solidaridad, cooperación y democracia integral*. Gedisa.
- Castillo, M. A. (2013). El derecho constitucional económico en el Perú. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* [núm. especial], 1-9. <https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/42352/40306>
- Centro de Noticias del Congreso (2020, 14 de octubre). Opinan sobre necesidad de retorno a la bicameralidad. *Comunicaciones, Congreso*. <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/opinan-sobre-necesidad-de-retorno-a-la-bicameralidad/>
- Cevallos, J. A. (2018). *Antecedentes históricos y normativos del bicameralismo en el Perú y la legislación comparada*. Congreso de la República.
- Cruz, R. R. (2021). *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. Estandarte de la Verdad.

- Cruz, R. R. (2022a). Una sustancia diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana. *Revista de Derecho de la UCB. UCB Law Review*, 6(10), 27-70. <https://lawreview.ucb.edu.bo/a/article/view/77/75>
- Cruz, R. R. (2022b). La virtud del silencio: sobre la incompletitud y el contenido implícito de las constituciones en las reformas constitucionales. *Revista LP Derecho*, (4), 10-37. https://cdn-revista.lpderecho.pe/uploads/2023/02/18/La-virtud-del-silencio-sobre-la-incompletitud-y-el-contenido-implicito-de-las-constituciones-en-las-reformas-constitucionales.pdf?_ga=2.70072855.641754127.1676944499-749873876.1649976040&_gl=1%2A548b57%2A_ga%2ANzQ5ODczODc2LjE2NDk5NzYwND
- Dermizaky, P. (2011). *Derecho constitucional*. Kipus.
- Durán, W. (2010). La protección de los derechos fundamentales como pilar fundamental del Estado de derecho. El estado de la cuestión en Bolivia. En V. Blickwede y M. E. Zegada (eds.), *Memoria de la Conferencia Internacional: Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (pp. 473-496). Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED-GTZ.
- Echeverría, E. (1873). *Obras completas* (t. IV). Imprenta y Librería de Mayo.
- Epp, C. R. (2013). *La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Siglo XXI.
- Galbraith, J. K. (1968). *El nuevo Estado industrial*. Ariel.
- Holmes, S. y Sunstein, C. R. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI.

- Hunter v. Colfax Consolidated Coal Co., 175 Iowa 245 (1915). [https://cite.case.law/pdf/2225155/Hunter%20v.%20Colfax%20Consolidated%20Coal%20Co.,%20175%20Iowa%20245%20\(1915\).pdf](https://cite.case.law/pdf/2225155/Hunter%20v.%20Colfax%20Consolidated%20Coal%20Co.,%20175%20Iowa%20245%20(1915).pdf)
- Instituto Peruano de Economía (IPE) (2021, 26 de mayo). Los resultados del Estado empresario.
- Jensen, S. L. B. (2017). Dejemos descansar en paz a la teoría de las tres generaciones de derechos humanos. *Open Global Rights*. <https://www.openglobalrights.org/putting-to-rest-the-three-generations-theory-of-human-rights/?lang=Spanish>
- Keane, J. (2018). *Vida y muerte de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Laski, H. J. (1945). *Reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. Abril.
- Linares, S. G. (1958). *Teoría e historia constitucional* (t. I). Alfa.
- Linares, S. G. (1959). *Gobierno y administración de la República Argentina* (t. I). Tipográfica Editora Argentina.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Maurois, A. (1945). *Historia de los Estados Unidos, 1829-1940* (t. II). Losada.
- McFarland, M. (2002). Cuando una «Constitución» es una Constitución: el caso peruano. *Pensamiento Constitucional*, (8), 547-602.
- Ministerio de Justicia (2002). Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional peruana. *Pensamiento Constitucional*, (8), 731-829. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3357/3206>
- Prats, E. J. (2012). Artículo 6. En *La Constitución comentada* (pp. 63-64). Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (FINJUS).

- Pritchett, C. H. (1965). *La Constitución americana*. Tea.
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Sagüés, N. P. (2017). *Derecho Constitucional. Estatuto de los Derechos* (t. 3). Astrea.
- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Palestra.
- Supreme Court of the United States (1958). Cooper et al., members of the board of directors of the Little Rock, Arkansas, Independent School District, et al. v. Aaron. et al. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep358/usrep358001/usrep358001.pdf>
- Tribunal Constitucional (2003). Expediente n.º 014-2003-AI/TC. Lima: 10 de diciembre de 2003.
- Tribunal Constitucional (2019). Expediente n.º 01470-2016-PHC/TC. Lima: 12 de febrero de 2019.
- Tribunal Constitucional (2020). Expediente n.º 0018-2015-PI/TC. Lima: 5 de marzo de 2020.
- Vallès, J. M. (2007). *Ciencia política. Una introducción*. Ariel.
- Vega, O. (2011). *Errancias, aperturas para vivir bien*. Muela del Diablo.
- Willax (2023, 22 de febrero). ¡Inaceptable! Duberlí Rodríguez pide quemar la Constitución de 1993. *Willax*. <https://willax.pe/inaceptable-duberli-rodriguez-pide-quemar-la-constitucion-de-1993>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 377-398

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.698

Círculo de la violencia y factores de riesgo. Estudio de casos

Cycle of violence and risk factors. Case studies

Círculo de violência e fatores de risco.
Estudo de casos



MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

Consejo de la Judicatura

(Esmeraldas, Ecuador)

Contacto: monica.francis@funcionjudicial.gob.ec

<https://orcid.org/0000-0002-7251-2078>

RESUMEN

El círculo de la violencia es un entramado repetitivo de interacciones afectivas disfuncionales en una pareja, una sumatoria de emociones negativas que inhibe a la mujer víctima de violencia de tomar decisiones asertivas con respecto a su desarrollo y su proyecto de vida. En este artículo hablaremos de su construcción desde una visión de la violencia machista y, sin pretender justificar su mantenimiento, explicaremos la conducta violenta, la relación de este círculo con los factores de riesgo a los que están expuestas las mujeres víctimas de violencia, tomando como referencia una

entrevista realizada dentro de un proceso de investigación científica (tesis doctoral), para lo cual se contó con el respectivo consentimiento informado.

Palabras clave: violencia contra la mujer; conducta violenta; factores de riesgo; círculo de la violencia.

Términos de indización: violencia de género; mujer; violencia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The cycle of violence is a repetitive structure of dysfunctional affective couple interaction, a sum of negative emotions that inhibits the woman victim of violence from making assertive decisions regarding her personal development and life-time plans. In this paper we will discuss its construction from the perspective of male-oriented violence and, without pretending to justify it, we will explain the violent behavior, the relationship of this cycle and risk factors to which women victims of violence are exposed, taking as a reference an interview conducted within a scientific research process (doctoral thesis), for which the respective informed consent was obtained.

Key words: violence against women; violent behavior; risk factors; cycle of violence.

Indexing terms: gender-based violence; women; violence (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O ciclo de violência é uma teia repetitiva de interações afetivas disfuncionais em um casal, uma soma de emoções negativas que inibe a mulher vítima de violência de tomar decisões assertivas a respeito de seu desenvolvimento e de seu projeto de vida. Neste

artigo falaremos de sua construção a partir de uma perspectiva de violência masculina e, sem pretender justificar sua manutenção, explicaremos o comportamento violento, a relação desse círculo com os fatores de risco aos quais as mulheres vítimas de violência estão expostas, tomando como referência uma entrevista realizada em um processo de pesquisa científica (tese de doutorado), para a qual foi dado o respectivo consentimento informado.

Palavras-chave: violência contra a mulher; comportamento violento; fatores de risco; círculo de violência.

Termos de indexação: violência de gênero; mulher; violência (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 17/02/2023

Revisado: 23/04/2023

Aceptado: 29/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

mjimenezm2@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalominom@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

1. INTRODUCCIÓN

Anteriormente, habíamos visibilizado limitaciones en el ámbito forense ecuatoriano al momento de valorar el daño psicológico en víctimas de violencia, y decíamos que

La primera limitación que tienen los psicólogos peritos en violencia es que no pueden hacer valoraciones al presunto agresor. Ello deja incompleta la intervención, pues

consideramos que sí sería importante poder conocer el proceso de la conducta delictiva para predecir riesgos futuros y así la reparación en la víctima sea más efectiva. (Francis, 2022, p. 278)

En este sentido, nuestra atención está centrada en realizar un trabajo de evaluación integral, donde se pueda sumar al proceso de evaluación al agresor, con la finalidad de conocer su motivación para actuar de manera agresiva, evaluar su conducta y desde el análisis de los factores de riesgos poder predecir riesgos futuros que pudieran acarrear consecuencias graves o letales en la víctima. Sobre esto, concordamos con Muñoz et al. (s. f.), quienes sostienen:

El punto de partida de cualquier actividad predictiva es definir de forma clara y operativa la variable a predecir, en este caso la VdG en la pareja [énfasis añadido]. Este fenómeno, a tenor de la literatura científica, podría definirse como la violencia física o sexual, real o amenazada, o al abuso psicológico o emocional que sufren las mujeres por parte de sus parejas o exparejas varones. (p. 9)

De allí que nuestro propósito en esta fase de la investigación fue identificar, en las mujeres víctimas de violencia, indicadores clínicos y sociales que motiven una aproximación diagnóstica integral de daño o afectación psicológicos.

2. MÉTODO

Los procedimientos empleados durante esta etapa de la investigación fueron los detallados a continuación.

2.1. Tipo de estudio

La metodología propuesta para esta investigación es de tipo no probabilístico, según Arias (2012, p. 85), ya que las participantes fueron seleccionadas de manera intencional; se utilizó la entrevista, conceptualizada por Hernández et al. (2014) como una herramienta «para recolectar datos cualitativos», que se emplea «cuando el problema de estudio no se puede observar o es muy difícil hacerlo por ética o complejidad» (p. 403).

En nuestro caso, lo hicimos por la complejidad del tema que se tratará, así como por el cuidado de la ética en su abordaje, considerando además otros principios deontológicos al momento de manejar la información, de manera que la participante y su historia no queden expuestas.

2.2. Participantes

Participaron cinco mujeres activistas de una organización feminista, el Colectivo Mujeres de Asfalto, que han sido víctimas de violencia y usuarias del sistema judicial por esta condición. Para la selección de las participantes se tuvo reuniones previas con la representante legal de la organización para hacer un acercamiento y explicar la investigación contando con la apertura y la aceptación de esta.

2.3. Instrumento

Se construyó una entrevista semiestructurada dividida en las siguientes áreas:

- a) Historia del problema (hecho que motivó la denuncia)
- b) Situación actual (tópicos sobre daño emocional o afectación psicológica)
 - Línea actual de adaptación
 - Reacción readaptativa tras el suceso

- Nexo causal entre la adaptación actual y el hecho vivenciado
- Visión de futuro y resiliencia
- Descripción del agresor y su dinámica relacional
- Contexto familiar
- Motivación a la retractación

De manera complementaria, se realizaban preguntas abiertas que estimularan recuerdos importantes en las entrevistadas con miras a generar mayor información relevante para la investigación.

2.4. Procedimiento

Esta fase es parte de un proceso de investigación de tesis doctoral, con el propósito de diseñar un manual de procedimientos para la valoración psicológica pericial del daño psicológico en Ecuador. Primero se tuvo un acercamiento con la representante de la organización que dio el aval y luego con las activistas, quienes firmaron un consentimiento informado para participar. Las entrevistas se realizaron de manera individual, por principios éticos no fueron grabadas, la recolección de la información se realizó de forma manual. Se empleó como técnica posteriormente el análisis del contenido para procesar los resultados de las entrevistas.

3. RESULTADOS

3.1. Contextualización de la violencia machista

Traeremos a colación conceptos ya conocidos y certificados por la Organización Mundial de la Salud, los cuales Aragonés de la Cruz y colaboradores citan (2018). Nos dicen:

Violencia machista: [...] es «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o

psicológico para la mujer, así como las amenazas de estos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada». (p. 13)

El concepto deja entrever que el simple hecho de ser mujer es el detonante para que se dé este tipo de violencia al igual que la violencia de género, pues el dominio que ejerce el hombre sobre la mujer desde su concepción cultural obedece a una estructura creada por el patriarcado, donde se requiere de un ser sobre el cual ejercer control. Y las mismas autoras señalan que «La violencia no es un fin en sí mismo, sino un instrumento de dominación y control social y, en este caso, se utiliza como mecanismo de mantenimiento del poder masculino y de reproducción de la sumisión femenina» (p. 15).

Uno de los ámbitos en que se manifiesta la violencia machista, y que referiremos en este artículo, será la violencia machista en el ámbito de la pareja, que de acuerdo con Aragonés de la Cruz y colaboradores (2018):

Consiste en la violencia física, psicológica, sexual o económica ejercida contra una mujer y perpetrada por el hombre que es o ha sido el cónyuge o por la persona con la que tiene o ha tenido relaciones similares de afectividad. (p. 18)

Aquí detallaremos (tabla 1) lo que nuestras entrevistadas nos narraron y que será el punto de partida de nuestro primer punto de análisis.

Tabla 1*Resumen de narrativa de las mujeres entrevistadas*

Entrevistada	Hecho denunciado	Tipo de violencia
1	<p>Discutíamos porque no teníamos dinero para los pañales del último niño, me insultó, me empujó y me apretó la cara, me dejó las marcas de sus dedos, fui a la casa de mi madre y ella se dio cuenta que vivía violencia porque tenía aún las marcas de lo fuerte que me apretó. No era la primera vez que me golpeaba, ya en el embarazo también tuvimos problemas, negaba al bebé, me golpeaba en la barriga... decía que el niño no era suyo... que no quería que naciera. Tiempo de denuncia: eso fue hace cinco años, luego de ese problema nos separamos, estuvimos separados durante siete meses.</p>	Física y verbal
2	<p>No quería realmente denunciar, lo hice por presión de mis padres, porque aún no había caído en cuenta que era violentada, eso pasó no recuerdo bien si fue en el 2017 o 2018. En esta ocasión no pude ya cubrir, mi piel es muy sensible y mis padres ya se dieron cuenta... me golpeó y lanzó por las escaleras, yo ya no podía tapar los signos. No quería denunciar porque tenía mucho miedo, miedo de que en venganza me haga algo, por eso fui con una amiga.</p>	Física
3	<p>Recuerdo que estábamos en una fiesta con él y una amiga mía, Maité, yo empecé a sentirme mal, me empezó a dar cólico y le dije que quería irme a la casa, llegamos y acomodé a mi amiga en el cuarto de mis hijos, enseguida él me jaló para nuestro cuarto y quería tener relaciones sexuales, yo me negué, le dije que no quería, él quería obligarme y me arrancó la ropa, estábamos forcejeando y me tiró al piso, me golpeé la cabeza, empezó a ahorcarme, yo lo aruñé en la cara y lo empujé, me insultó, me dijo que yo era una puta, una zorra, pero no me importó, abrí la puerta y me salí, él igual me siguió, me salí de la casa, él también se salió, pero se fue a seguir tomando.</p>	Física y verbal
4	<p>Teníamos cinco años de casados y una hija de un año cinco meses, vivíamos en Cuenca, él es abogado. Ya había violencia física, pero un día me amenazó y me dijo te voy a matar puta de mierda, entonces yo no podía dormir, me enviaba mensajes de texto y asumía que de verdad él me iba a matar. Entonces lo denuncié por violencia psicológica, y decidí separarme.</p>	Psicológica

5	Denuncié violencia física, es la primera vez que lo hago en veinte años de relación que tengo con él. Ese día yo estaba en la cocina, estaba preparando ya la comida, llegó, se para a lado mío en la cocina y me dice enojado por qué recién había preparado el arroz y me pega tremenda bofetada que me deja sorda del golpe, le digo que no había para hacer y que me tocó salir a comprar, que aproveché que mi hijo mayor me había dado un dinerito para hacer unas compritas, le dije por qué me pegas si tú no dejaste ni para el jarabe de la niña y allí comenzó a insultarme, me dijo hija de puta, anda a la mierda, yo cogí un cuchillo y me salí de la cocina, él quiso regresar a mí y le dije que lo iba a denunciar, me salí de la casa y pedí a mi hija que me pasara el bolso, le gritó a la niña que no se moviera, mi otra hija pequeña se escondió... Él me pegó porque salí a comprar arroz, mi hijo me dio dinero para comprar el jarabe para su hermanita y comprar el arroz para la comida y él me pegó porque salí a comprar el arroz... no fue por otra cosa, a él no le gusta que yo salga de la casa.	Física
---	--	--------

Nota. Elaboración propia a partir de información recabada en entrevistas.

Se describe en las entrevistas actos de violencia física, verbal, económica; violencia extendida hacia hijos menores de edad; control del entorno social, intimidación. Sin embargo, es la primera vez que todas deciden denunciar a su pareja por violencia, obsérvese también el tiempo de relación, está entre cinco y veinte años de convivencia con la misma persona violenta. Es decir, la violencia vivida por nuestras entrevistadas cumple con los criterios de una violencia machista.

3.2. Manifestaciones del círculo de la violencia

Pero ¿por qué una mujer decidiría retornar con su agresor luego de una separación o mantenerse en una relación abusiva tanto tiempo?

Montero (2001), desde el análisis de la adaptación paradójica, nos da respuesta a esta interrogante observando las posibles distorsiones cognitivas producidas por mitos culturales y religiosos que ayudan a una mujer víctima de violencia a estancarse:

1) diversos procesos paralizantes generados y mantenidos por el miedo; 2) la percepción por la víctima de una ausencia de vías de escape o salida de la situación de tortura; 3) y la carencia de recursos alternativos, sobre todo en el caso de mujeres con hijos que no vislumbran, por causas variadas, un apoyo externo viable. (p. 9)

En nuestro estudio, las tres opciones explicadas por Montero son asertivas, nuestras entrevistadas no se sienten con suficientes recursos personológicos para poder afrontar la vida con sus hijas sin el apoyo de su pareja. La dinámica familiar juega un papel importante para ellas y hasta cierto punto es su nuevo foco de atención luego de haber denunciado.

3.2.1. Diversos procesos paralizantes generados y mantenidos por el miedo

a) «Yo no trabajo, en medio del problema no puedo pasar necesidades porque él siempre ha sido el sustento y de la casa nunca se ha ido».

En la entrevistada está la idea de que ella no cuenta con la capacidad de afrontar la vida sin el soporte económico de su pareja; culturalmente, se acoge a la figura de sentirse completa por tener al compañero en casa.

b) Dificultades en rendimiento académico y disciplina en el ámbito escolar de hija preadolescente, ligado a la posibilidad de que el padre se la lleve a vivir a Estados Unidos. Él se atreve a decirme «tu dañaste todo, pudimos haber sido una buena familia».

En este caso, la situación paralizante para nuestra entrevistada es que la hija decida con quién desea vivir, pues la normativa legal ecuatoriana la faculta a escoger con cuál de los progenitores quiere estar, y por eso mantiene aún algo de comunicación con su agresor.

3.2.2. La percepción por la víctima de una ausencia de vías de escape o salida de la situación de tortura

En este sentido, la mujer tiene una visión en túnel de la situación problema, que la hace encontrar excusas para justificar a su agresor y continuar en la relación de manera sumisa:

Aunque soy la afectada, no soy rencorosa y sí he pensado en retirar la denuncia, veo que él aunque no coma se preocupa por sus hijas, lleva la comida y ahora está más preocupado por ellas, noto que me mira desde lejos.

Justifico el hecho... creo que él es así por culpa de su mamá, su mamá lo crio machista. Siempre minimicé lo que me hacía y yo misma me decía, no lo voy a denunciar, debo quedarme aquí, no es que me pegó muy horrible.

3.2.3. La carencia de recursos alternativos, sobre todo en el caso de mujeres con hijos que no vislumbran, por causas variadas, un apoyo externo viable

Los hijos siempre serán un motor para tomar decisiones, pero también son vistos por los victimarios o agresores como medios para manipular emocionalmente a la víctima, parte de esta herencia patriarcal y machista, y ellas ceden, asumiendo que no tienen más opción para brindarle a sus hijos espacios de desarrollo libre de violencia:

No fue la mejor decisión regresar, pero lo hice por mis hijos y creo que ya me acostumbré; regrese con él por el espacio físico y la situación económica, no tenía trabajo y la casa de mis padres ya estaba ocupada por mi hermano y su familia, no tenía otra opción.

Actualmente no siento nada por él, sin embargo, sí me gustaría que tengamos una relación sana por mi hija, pero se me hace difícil y no sé cómo manejar esa situación, yo no quiero que se rompa el vínculo ni la relación de ella con su padre, pero él es muy conformista y cuando ella pasa con él viene manipulada y me dice cosas como mi papi no tiene, pobrecito mi papi.

Tenemos diez años de relación, nos hemos separados varias veces, he regresado con él por los niños y porque me pide disculpas y llora...

Todo se volvió un caos; es muy complicado todo, mi hija mayor llora mucho por ver a su padre así, él cree que irá preso y conversa mucho con ella, ella me echa la culpa y me dice que si antes aguanté y que siempre me fui que porque ahora justo cuando ella va a la universidad yo decido denunciar al papá, que si ya no queremos estar juntos era mejor separarnos, pero no haber denunciado al papá y me insiste en que yo también tengo la culpa (silencio largo)... y es verdad, tengo la culpa.

El común denominador en una mujer violentada es que durante un tiempo soportó o toleró maltrato por parte de su agresor hasta que decidió pedir ayuda, Vásquez (2007, p. 157) lo llama «dinámica de la relación abusiva» y para explicarla toma como referencia el ciclo de la violencia, propuesto por Walker (en 1980), cuyas fases son las siguientes:

1. Acumulación de la tensión [...].
2. Descarga de la violencia: explosión de las hostilidades latentes en la fase anterior [...].

3. Luna de miel: expresiones de arrepentimiento, disculpas, regalos y promesas de un futuro diferente y feliz.

Durante esta fase es corriente que el maltratador invoque a los hijos, prometa cambiar, recuerde a la víctima los momentos felices de la relación.

4. Reanudación del ciclo: a pesar del arrepentimiento y las promesas de cambio, la posibilidad de nuevos episodios es mucho mayor empezando de nuevo el ciclo. (pp. 158-159)

Y este círculo promueve la retractación en las mujeres víctimas de violencia, pues además del sentimiento de culpa que se genera en ellas, está la promesa de cambio del victimario o agresor, y la intervención de terceros (familiares, hijos, amigos):

Fui a Fiscalía a ver la posibilidad de retirar la denuncia y me dijeron que ya no podía hacerlo, que yo tenía medidas de protección, que eso era un respaldo si él me volvía a agredir, él tiene un sobrino abogado que le ha dicho que puede ir preso por lo que ha hecho.

Todas las veces anteriores he regresado por los niños, porque los niños cuando nos hemos separado se han enfermado, entonces me toca buscarlo y lo perdono por lerda, pero ahora sé que no va a cambiar.

Lo que sí noto es que cuando la riega invita a mis papás a comer, él mismo cocina y trata de hacer cosas buenas por un tiempo.

O la retractación puede surgir por una mala intervención institucional (victimización secundaria):

Tenía el labio roto y *el médico me explicó* [énfasis añadido] que por esa herida se podía generar cargos en contra de él, entonces le pedí permiso para ir al baño y me retiré de la unidad judicial. Mi amiga fue a retirar los oficios y le dieron las citas para las pericias, pero no quise acudir, no quería volver a la revictimización de tener que volver a contar todo.

Sin embargo, con lo descrito en este acápite y en la experiencia profesional, estas etapas no se cumplen siempre y se dan en otro orden. Por ejemplo, dentro de la luna de miel puede suscitarse un evento inesperado y eso puede convertirse en motivo de una nueva descarga de violencia:

Estaba yo en un congreso de una organización donde recibimos capacitaciones las mujeres de allí del pueblo [usaria vive en el área rural], y siempre me ha gustado participar, pues el señor llegó hasta allá, llegó a insultarme, estaba bueno y sano, me insultaba según él porque venía de la casa y yo no había hecho la comida, pero era mentira, la comida solo tenía que calentarla igual que el día anterior, solo que él está acostumbrado a dejarme encerrada en la casa para que yo no salga, nunca ha estado de acuerdo con que yo estudie ni me prepare. Ese día me insultó delante de todos en ese congreso, los guardias lo sacaron, igual, me tocó irme a la casa.

3.3. Indicadores clínicos de daño psicológico en mujeres víctimas de violencia

Para comprender este apartado, es importante mirarlo desde la postura asumida por Maffioletti et al. (2010), quienes citando a Castex nos recuerdan que

no siempre en las peritaciones se requiere un diagnóstico preciso, sino tan solo acreditar una limitación, una disfunción, un debilitamiento, una perturbación o similar, careciendo de interés la precisión del diagnóstico, en la medida que se acredite la existencia de una alteración morbosa, una disminución de facultades, una perturbación de conciencia, capaz de producir alteraciones en las funciones valorativa y volitiva del psiquismo. (p. 34)

Al ser así, en nuestras entrevistadas, revisando los criterios diagnósticos del DSM-V, se pudieron hallar rasgos patológicos relacionados con la violencia ejercida por sus parejas, lo que implica por un lado una afectación emocional vigente y, por otro lado, que estos hechos han dejado una secuela psíquica, ello se explica al detalle en la tabla 2.

Tabla 2

Categorización del daño psicológico

Entrevistada	Narrativa	Criterios diagnósticos según DSM-V		
		Estrés agudo	Estrés postraumático	Trastorno de adaptación
1	<p>No sé... no sé por qué estoy con él, hace dos años tuvo una hija fuera del matrimonio, sigue bebiendo, sigue saliendo con los amigos, yo ya no soy como antes tóxica, pendiente de con quién anda y dónde anda... Sin embargo sí me preocupo porque debe llegar a casa, por la delincuencia.</p> <p>No nos faltamos el respeto físicamente, ahora solo nos insultamos.</p>	<p>– Estado de ánimo negativo.</p> <p>– Síntomas de alerta.</p>		

2	No ha sido nada fácil, porque yo buscaba estar con él por huir de mi casa, se me dificulta tomar decisiones, siempre tiene que haber un tercero que me esté motivando a hacer las cosas.			– Deterioro significativo en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.
3	Antes solo lloraba y le tenía mucho miedo, ahora si él me pega yo me defiendo... recuerdo que una vez me lanzó un espejo, como puse la mano derecha se quebró el espejo y se dañó mi dedo, al verme con sangre yo le tiré una silla encima.			– Malestar intenso desproporcionado a la gravedad o intensidad del factor de estrés, teniendo en cuenta el contexto externo y los factores culturales que podrían influir en la gravedad y la presentación de los síntomas.
4	Todavía me incomoda el recuerdo, él viajaba mucho a EE. UU. (llora).			– Malestar psicológico intenso o prolongado al exponerse a factores internos o externos que simbolizan o se parecen a un aspecto del/de los suceso(s) traumático(s).
5	Me siento deprimida... Siento que no vivo y me someto porque no quiero que mis hijas vayan a pasar más trabajo, me toca conformarme con la vida que tengo, me he acoplado a vivir el estilo de él.	Estado de ánimo negativo		– Deterioro significativo en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.

Nota. Elaboración propia a partir de la información recabada en las entrevistas.

4. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA VIOLENTA Y LOS FACTORES DE RIESGO

Con respecto a la conducta violenta de un denunciado o agresor, Muñoz et al. (s. f.) nos explican que existen dos tipologías: el estado psicopatológico y el perfil criminal; con relación a la violencia machista ejercida en relaciones de pareja especifican:

la violencia puede producirse por sujetos *normo-adaptados* clínica y socialmente y que ejercen la violencia exclusivamente en el ámbito de la pareja, debido, principalmente, a un estilo relacional pasivo-agresivo y obsesivo (el sujeto va acumulando ira que, cuando fallan los controles, estalla de forma explosiva). (p. 20)

Los autores definen a los factores de riesgo como «un evento, condición o característica que desempeña una función esencial en la ocurrencia o no de una conducta violenta» (Muñoz et al., s. f., p. 12); y nos motivan a su utilización por considerarlos relevantes para explicar a partir de ellos la conducta violenta y su posible reincidencia.

En nuestro estudio, podemos describir las conductas violentas manifestadas por nuestras entrevistadas con relación a sus parejas, cotejándolas con los indicadores que nos exponen los mismos autores, para la detección de factores de riesgo en los denunciados con mayor probabilidad de reincidencia grave/letal, para lo cual consideraremos la primera dimensión, que hace mención a los factores relacionados con la naturaleza y la gravedad de la violencia en la relación de pareja:

«1. En la relación han existido episodios de violencia que han producido sentimientos de humillación y temor a la denunciante. Especial atención al sexo forzado» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

Cuando lo denuncié reaccionó supermal, más agresivo, nunca pensó que lo iba a denunciar, llegó a la audiencia y no admitió la agresión, es un hombre que nunca pide disculpas... su forma de pedir disculpas es buscándome en la cama y de verdad no me siento bien, si no quiero reacciona tóxico y dice que ando con otro.

«Enseguida él me jaló para nuestro cuarto y quería tener relaciones sexuales, yo me negué, le dije que no quería, él quería obligarme y me arrancó la ropa».

«2. En la relación han existido episodios de violencia de elevada potencialidad lesiva (alta probabilidad de producir lesiones graves para la vida o episodios que han producido lesiones/secuelas importantes a la denunciante). Especial atención a intentos de asfixia o estrangulamiento» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

«[...] estábamos forcejeando y me tiró al piso, me golpeé la cabeza, empezó a ahorcarme, yo lo aruñé en la cara y lo empujé».

«3. En los episodios violentos, el denunciado ha usado armas u objetos contundentes» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

No hay coincidencias en las narrativas de las entrevistadas.

«4. En los episodios violentos, el denunciado ha amenazado de muerte o con lesionar gravemente a la mujer y/o alguien del entorno cercano a esta (incluido a sus animales de compañía)» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

Creí que estando con él tendría una vida diferente, quería que los dos nos preparáramos y los dos creyéramos, pero él no, él se enojaba cuando yo estudiaba algún curso, me amenazaba con agredirme o dejarme encerrada, por eso no me veo en el futuro con él.

«5. En los episodios violentos, el denunciado ha producido daños materiales» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

No hay coincidencias en las narrativas de las entrevistadas.

«6. En los episodios violentos, el denunciado ha extendido su violencia a terceros significativos para la denunciante (i. e. hijos, padres, o animales de compañía)» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

Acá en Cuenca vivíamos en un edificio de departamentos donde habían varios extranjeros que fumaban marihuana, para mí el olor era insoportable y le dije un día que era necesario cambiarnos por el bien de la niña y él me respondió que conque la niña huela un poquito no se iba a morir.

«7. Aumento de la escalada de la violencia en los últimos seis meses» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

Decidí venirme a Esmeraldas y poner el divorcio, dentro de eso empezó una pelea legal por la tenencia de la niña y, definitivamente, si no había divorcio llegaría un momento que sino o me mataba él o lo mataba yo.

8. El denunciado ha mostrado celos exagerados o sospechas de infidelidad durante la relación. Explorar si en esas circunstancias ha mostrado conductas o actitudes violentas. Explorar si el denunciado sabe, o cree, que la mujer tiene nueva pareja. Explorar la presencia de dicho factor en los últimos seis meses. (Muñoz et al., s. f., p. 18)

Es una persona machista, conformista. Actualmente está demandado por alimentos, tiene seis meses que no cumple con pasar la pensión y se atreve a escribirme diciéndome que me va a quitar a la niña porque soy mala madre (cree que tengo pareja).

9. El denunciado ha mostrado conductas de control hacia la denunciante durante la relación. Explorar si dichas conductas de control implican conductas comprobatorias (revisión del móvil, del correo electrónico, de las redes sociales, interrogatorios, etc.) relacionadas con los celos. Explorar la presencia de este factor en los últimos seis meses. (Muñoz et al., s. f., p. 18)

Él es un hombre orgulloso, egocentrista, celoso controlador, no podía yo utilizar cierta ropa porque decía que yo era ya una señora (él es un hombre muy mayor y se nota mucho la diferencia de edad entre ambos), no es demostrativo.

«10. El denunciado ha mostrado conductas de acoso hacia la denunciante durante la relación. Explorar la presencia de este factor en los últimos seis meses, especialmente, si se ha producido la ruptura de pareja» (Muñoz et al., s. f., p. 18).

Es un hombre violento, no sabe controlar sus impulsos, dice palabras por decirlas, se hace la víctima, es manipulador y comienza a decirle a la gente lo contrario a lo que pasa y se hace el que llora, yo le digo que él tiene doble personalidad porque dentro de la casa habla de una forma y afuera habla de otra forma.

«11. En la relación se han producido episodios de violencia recíproca» (Muñoz et al, s. f., p. 18).

«Agresivo, violento con palabras, despectivo, hiriente, cuando nos peleábamos a golpes no me producía tanto dolor como cuando me insultaba».

«Si sigo con él me veo muerta o en uno de esos días ocurrirá alguna desgracia por tratar de defenderme (darle con lo que encuentre)».

5. CONCLUSIONES

La violencia machista, al ser resultado de la violencia estructural y la de género, se convierte en un mal transgeneracional, enraizada desde el lenguaje y manifestada en el accionar cotidiano.

Con este análisis, vemos en los indicadores clínicos pautas clave que permiten identificar, desde la narrativa de las víctimas, señales de alerta con respecto al daño psicológico sin llegar a ser un diagnóstico clínico, pero se cumple con la premisa de la aproximación esperada, es una pauta importante para visibilizar ante la administración de justicia a la víctima, como un sujeto de derecho que ha sido vulnerado en su integridad psicológica y que merece una reparación.

Finalmente, si al momento de que una víctima coloca una denuncia por violencia contra su pareja, se realiza la evaluación de los factores de riesgo y a su victimario de la conducta violenta, se podría articular la evaluación de manera que se elabore un plan de gestión del riesgo y así ambos reciban atención oportuna: en la víctima con miras a la reparación y en el victimario con la esperanza de disminuir la reincidencia de dicha conducta.

REFERENCIAS

- Aragónés, R., Farran, M., Guillén, J. C. y Rodríguez, L. (2018). *Perfil psicológico de víctimas de violencia de género, credibilidad y sentencias*. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada.
- Arias, F. G. (2012). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica* (6.ª ed.). Episteme.
- Francis, M. A. (2022). Valoración pericial del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer. Análisis en el contexto forense ecuatoriano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(18), 273-288. <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.628>

- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill; Interamericana Editores.
- Maffioletti, F., Huerta, S., Vásquez, M. I., Fernández, M., Aedo, P., Fuenzalida, R. M., Montero, A., Oliva, M. C., Leiva, A., Vergara, P., Aliste, M. de los Á., Donoso, M., Arias, M., Rojas, P. y Muñoz, G. (2010). *Guía para la evaluación pericial del daño en víctimas de delitos sexuales*. Ministerio Público de Chile.
- Montero, A. (2001). Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica. *Clínica y Salud*, 12(1), 5-31.
- Muñoz, J. M., Nagore, A., Campo, M. del, Doménech, M. del C., Rincón, M., Savall, F., Quintero, M. y Jiménez, A. (s. f.). *Guía para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia de género en la pareja grave o letal. Guía de práctica forense*. Asociación de Psicología Forense de la Administración de Justicia.
- Vásquez, B. (2007). *Manual de psicología forense*. Síntesis.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 399-441

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.738

Homicidio imprudente en el tránsito vial: jurisprudencia contradictoria a partir de dogmática aplicada incorrectamente

Manslaughter in road traffic: Contradictory case law
based on misapplied dogmatics

Homicídio imprudente no trânsito: jurisprudência
contraditória baseada em uma dogmática aplicada
incorretamente



RUBÉN DURÁN HUARINGA
Corte Superior de Justicia de Lima Norte
(Lima, Perú)

Contacto: rduran@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7452-0277>

RESUMEN

Las muertes que tiñen de sangre las pistas son una problemática que surgió conforme el hombre comenzó a hacer uso del vehículo automotor como signo de modernidad. Las implicancias jurídicas derivadas del actuar imprudente de los usuarios de las vías de tránsito, como conductores o peatones, no han sido tratadas con la

misma atención que los delitos dolosos. En ese contexto, la adhesión a teorías dogmáticas no desarrolladas integral ni específicamente para los casos de concurrencia de imprudencias es objeto del presente trabajo que sugiere una relectura de la doctrina importada y efectúa una propuesta *de lege ferenda*.

Palabras clave: autopuesta en peligro; conducción controlada; imprudencia; imputación al tipo; imputación objetiva; fuente de peligro; principio de confianza; reglas de tránsito; riesgo permitido.

Términos de indización: homicidio; seguridad del transporte; daño (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The deaths that run red the roads with blood are a problem that arose when men began to use motor vehicles as a sign of modernity. The legal implications derived from the reckless behavior of road users, such as drivers or pedestrians, have not been treated with the same attention as mens rea cases. In this context, the subject matter of this research is the observance of dogmatic scholar theories that have not been fully and specifically developed to cases of concurrent recklessness, which implies a reinterpretation of foreign scholar doctrine in order to make a *de lege ferenda* proposal.

Key words: self-endangerment; controlled driving; recklessness; charges; objective accusation; source of danger; principle of trust; traffic regulations; permissible risk.

Indexing terms: homicide; transport safety; damage (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

As mortes que mancham de sangue as estradas são um problema que surgiu quando o homem começou a usar o veículo a motor como sinal de modernidade. As implicações jurídicas decorrentes das ações imprudentes dos usuários das estradas, como condutores ou peões, não foram tratadas com a mesma atenção que os crimes dolosos. Nesse contexto, a adesão a teorias dogmáticas não desenvolvidas de forma integral nem específica para os casos de ocorrência de imprudências é objeto do presente trabalho que sugere uma nova leitura da doutrina importada e faz uma proposta *de lege ferenda*.

Palavras-chave: auto colocação em perigo; condução controlada; imprudência; imputação ao tipo; imputação objetiva; fonte do perigo; princípio da confiança; regras de trânsito; risco permitido.

Termos de indexação: homicídio; segurança do transporte; danos (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 16/02/2023

Aceptado: 29/05/2023

Revisado: 14/04/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla luon Vilchez Guivar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)

luilchez@contraloria.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaengt@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el primer vehículo propulsado por motor se puso en marcha en Europa a finales del siglo XIX, los reportes históricos informan que recién en 1903 llega al Perú el primer automóvil y en 1907 circulaban en Lima solo veinticinco vehículos. Hacia el 2015 en el país el parque automotor nacional ascendía a 2 602 030, de los cuales 1 785 554 circulaban en Lima; y a julio de 2019, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones informó que cada día mueren nueve peruanos en «accidentes de tránsito». Esto es, conforme fue modernizándose la sociedad, el parque automotor empezó a aumentar en forma constante y las principales ciudades del mundo experimentaron no solo el ingreso a la pista de vehículos cada vez más potentes y veloces, sino también que sus pistas comenzaron a teñirse de sangre en forma ascendente, a consecuencia de los accidentes de tránsito.

El alarmante número de muertes de peatones en las pistas motivó que en 1950, en Estocolmo, se realice la Primera Conferencia Internacional sobre el Alcohol y la Circulación Automovilística, y en 1953 la Unión Belga y Luxemburguesa de Derecho Penal celebró una asamblea para abordar dicha problemática. Contemporáneamente a la reacción que se experimentaba en el viejo continente, aquí en 1951, con motivo del IV Centenario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se realizó el Congreso Internacional de Juristas denominado «Prevención y represión de los accidentes de tránsito», en el que el profesor Abasto presentó un diagnóstico de la realidad del tránsito en el Perú. En su ponencia sostuvo que la falta de un plan orgánico en la disciplina del tránsito, los malos hábitos de los conductores, la ineducación de nuestras clases populares, el poco respeto a la ley, la lenidad en las penas, el deficiente control de la reincidencia y el aumento de la cifra de vehículos en circulación, estaban produciendo en el país una elevación alarmante en la curva de los accidentes, cuya expresión más peligrosa la ofrecían los reiterados casos de «atropello» y «fuga».

Tal problemática no cesó ni aquí ni en el viejo continente, por el contrario, aumentó. Así, en la década de los setenta del siglo pasado, Wolf Middendorff (1981), magistrado en Friburgo de Brisgovia, puso en relieve la magnitud de los delitos de tráfico y de la *muerte en la carretera* al sostener: «de la cual nos lamentamos con frecuencia, pero contra la cual nos defendemos muy imperfectamente» (p. 11). En tanto que Günther Kaiser (1979), profesor en la Universidad de Friburgo, sostuvo que «los accidentes —es decir, muertos y heridos— son un “trágico tributo” a la libertad y al tráfico, exigido por la inauditamente complicada sociedad técnica» (p. 25).

En Sudamérica, Del Olmo (1978) efectuó un interesante estudio al respecto en el cual concluyó que «para la ley y por tanto para los jueces, matar a alguien con un vehículo no reviste la gravedad como matar a alguien con un golpe o un arma, ni es sancionado tan severamente como hurtar o robar» (p. 18), y luego agregó:

la concepción que tiene la administración de justicia hacia la delincuencia y las diferencias que refleja en la forma de sentenciar está estrechamente vinculada con la concepción que ha tenido la criminología sobre la delincuencia y el delincuente. Se le presta toda la atención —y volvemos a insistir en el punto— a la conducta del individuo y a lo que se considere intencional o no, lo cual ya sabemos cuán polémico puede ser. Es más, hay un hecho evidente: *en el caso de los delitos de tránsito existe la tendencia a señalar a la víctima como culpable* [énfasis añadido], lo cual no sucede en el caso de los delitos comunes. (p. 19)

En nuestro país, uno de los primeros estudios aplicativos sobre el tema que analizamos lo realiza Villavicencio (1991), quien advierte que «la jurisprudencia de los Tribunales limeños sobre homicidios culposos, resuelve con criterios bastantes amplios teniendo

en consideración la costumbre de no citar obras de literatura jurídica penal sobre la que fundamentan los fallos» (p. 63). Por su parte, Hurtado (1979) sostiene que «las jurisprudencias supremas sobre homicidio culposo son muchas y no siempre lo suficientemente claras y precisas» (p. 89); en tanto que uno de los comentarios más críticos lo efectúa Rodríguez (2013) cuando afirma que en estos casos «los magistrados confunden las categorías» (p. 313).

Esto es, además de la problemática que implica la muerte violenta de personas en las pistas, la doctrina extranjera y también la nacional, antes y ahora, tienen centrada su atención en las decisiones judiciales en los casos de homicidio imprudente en el tránsito vial debido a su falta de precisión, uniformidad y claridad. En este contexto, es entendible —sin poder llegar a comprender en su real intensidad— la frustración que experimenta la familia de la víctima que recibe como información que el peatón es responsable de su «propia muerte», basado en la cita de una teoría dogmática que algunas veces es efectuada con las incorrecciones antes reseñadas. Por ello, en estos delitos no deja de tener validez la afirmación de Eser, cuando sostiene que «la “víctima del delito” ha llegado a ser también una víctima de la dogmática de la teoría del delito» (Cancio, 1998, p. 18), a la que la judicatura está llamada a no contribuir con sus decisiones que podrían ser consideradas como manifestaciones impropias de una nueva «victimización».

En el contexto de esta reflexión introductoria no se puede dejar de precisar dos conceptos: el de *riesgo permitido* y el de *imprudencia*, constantemente invocados en los fallos judiciales. El primero, pues, tal como lo refiere Gimbernat (1999), es un «concepto *ontológico-axiológico*» (p. 230) relacionado precisamente porque una situación de peligro en el tránsito vial se determina sobre la base de datos del mundo del ser (*riesgo*), y lo permitido viene determinado por las normas de diligencia (*permitido*), respectivamente. En tal sentido, su verificación requiere un análisis integral y acorde

con la norma aplicable al contexto del riesgo de quien conduce una fuente de peligro (vehículo automotor).

Ahora, respecto al segundo concepto, tal como lo sostiene Burkhardt (2004): «el contenido preciso del concepto de imprudencia (según la opinión de los expertos) todavía no ha sido aclarado definitivamente» (p. 170). Es más, agrega:

En consecuencia, tampoco es clara la relación existente entre la imprudencia y creación desaprobada de riesgo. Sin embargo, precisamente la teoría de la creación desaprobada de riesgo, como presupuesto de la «imputación al tipo objetivo» o como «*definiens* de la acción típica», puede contribuir a una concentración de parcelas en el ámbito de la imprudencia (y ello, hasta ahora, apenas ha sido tenido en cuenta), porque esta teoría priva de fundamentos al «concepto complejo (en varias partes) de imprudencia». (p. 170)

2. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA

Los procesos relativos al homicidio imprudente, relacionados con el tránsito vial, de manera excepcional han llegado vía recurso de nulidad a la Corte Suprema; aun así, no se aprecia uniformidad de criterios, incluso en los mismos colegiados.

Así, en el Recurso de Nulidad n.º 2996-2001-Lima, del 10 de julio de 2002, lo que trasciende es la discrepancia de criterios sobre la teoría dogmática que se aplicará y la ausencia del análisis de las normas de cuidado previstas en las normas de tránsito, tanto por el conductor como por el peatón:

SENTENCIA EN MAYORÍA: que en la vida social moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la modernización del mismo, por ello es que se autoriza la realización de acciones (que) entrañan

peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados, circunstancia que es conocida en doctrina como la *Teoría del Riesgo Permitido*; dentro de dicha teoría debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (*Principio de Confianza*); por lo que el que obra sin tener en cuenta que otros puedan hacerlo (en) forma descuidada no infringirá el deber de cuidado, de donde se concluye que si *la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido*, es claro que *el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y por lo tanto no obra típicamente* [...] por lo que se declaró no haber nulidad en la condena impuesta al citado Ciriaco Vilela, de un año de pena privativa de libertad.

El **VOTO SINGULAR** presentó el caso con los siguientes detalles: «Cuarto: que no se puede condenar, en este caso, al conductor del vehículo que chocó y al que fue chocado; uno u otro es responsable pero no ambos; *no existe el nexo de causalidad* entre el comportamiento de muerte del agraviado, por cuanto el vehículo donde viajaba el agraviado colisionó con el vehículo del procesado por la parte trasera; nadie puede exigir un derecho apoyado en su propio dolo o culpa; cuando un peatón cruza la pista por zona no peatonal no puede atribuirse responsabilidad al conductor del vehículo». El voto fue por la absolución de Manuel Ciriaco Vilela. [énfasis añadido]

Por otro lado, en el Recurso de Nulidad n.º 1189-2003-Cono Norte de Lima, del 4 de noviembre de 2004, en el que un peatón ebrio que intentó cruzar la calzada por una zona no autorizada y el imputado conducía su vehículo a excesiva velocidad, además de plantear distinto cuadro de hechos respecto a la participación del

conductor y el peatón, se advierten diferentes criterios dogmáticos en la resolución por mayoría y el voto singular; pero en lo que sí coinciden es en la omisión del análisis de las normas de tránsito vial. Las partes pertinentes de la citada ejecutoria suprema son las siguientes:

RESOLUCIÓN POR MAYORÍA [...] evento en el que, según se precisa tenía como principal autor del mismo al referido encausado, quien habría atropellado con el ómnibus [...] **ello obedeció principalmente a un factor preponderante como lo constituye el hecho de que el agraviado se encontraba en estado etílico** [...] que, consecuentemente, no se advierte que haya existido culpa en la conducta del inculcado [...] que a mayor abundamiento tenemos que el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal prevé taxativamente que «... la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva...», bajo tales argumentos absolvió al imputado Julio Plutarco Guaylupo Ramírez.

El **VOTO SINGULAR** [...] concluye que el procesado Julio Plutarco Guaylupo Ramírez **actuó de manera temeraria e imprudente, y omitiendo el deber de cuidado, al constatar que el vehículo de placa de rodaje UQ setenta y uno ochentiuno, que conducía el procesado, se deslizó diez metros luego del impacto sobre la víctima, el mismo que fue lanzado a doce metros de distancia, esto debido al exceso de velocidad ejercida al vehículo, [...] la víctima, toda vez que este se encontraba en completo estado de ebriedad y cruzaba la autopista por una zona no autorizada por el reglamento de tránsito; sin embargo este accionar no da lugar a que se descarte el riesgo preexistente producido por el procesado, que lesiona el deber objetivo de cuidado al conducir el vehículo motorizado a una excesiva velocidad.**

En tal sentido propuso se declare no haber nulidad de la pena impuesta, de un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por igual tiempo. [énfasis añadido]

Estas dos ejecutorias supremas permiten advertir no solo posiciones contrapuestas respecto al tratamiento jurídico-penal del actuar imprudente en el tránsito vial por parte del conductor y del peatón, sino también la ausencia del análisis de la norma de tránsito infringida en el proceso de determinación de la imputación al tipo del acto lesivo.

3. PERSPECTIVA INTEGRAL DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS HOMICIDIOS CULPOSOS EN EL TRÁNSITO VIAL

Para entender las implicancias de la problemática de las muertes en el tránsito vial, es ilustrativa la referencia de Marek Belka, funcionario de Naciones Unidas, en el prólogo a la versión consolidada de 2006 de la Convención sobre Circulación Vial de 1968, a la que el Perú se adhirió el 6 de octubre de 2006, cuando sostiene:

A nivel mundial las cifras son aterradoras: cerca de 1,2 millones de personas mueren y entre 20 y 40 millones más resultan heridas cada año en accidentes de tráfico, cerca del 80 % de ellas en países de ingresos bajos y medios. Se estima que los accidentes de tráfico, además de las tragedias personales y el terrible sufrimiento humano que conllevan, cuestan a la sociedad en torno a los 500.000 millones de dólares de los EE. UU. en todo el mundo. (Naciones Unidas, 2007, p. iii)

Al ser este un problema mundial, en el sexagésimo cuarto período de sesiones (Tema 46) del 10 de mayo de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución n.º 64/255 denominada «Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo»,

en la que se expresa la «preocupación porque sigue aumentando el número de muertos y heridos como consecuencia de accidentes de tránsito en todo el mundo» (p. 4) y proclamó el período 2011-2020 como el Decenio de acción para la seguridad vial. Ello con el objetivo general de estabilizar y, posteriormente, reducir las cifras previstas de víctimas mortales en accidentes de tránsito en todo el mundo aumentando las actividades en el plano nacional, regional y mundial.

Acorde con dichos compromisos internacionales se emitió el Decreto Supremo n.º 019-2017-MTC, en el cual se aprueba el «Plan estratégico nacional de seguridad vial PENsv 2017-2021», que señala que en las muertes en el tránsito vial el 83.8 % de las causas provienen del factor humano, las más significativas están relacionadas con el conductor: exceso de velocidad (32.1 %), ebriedad (8.1 %), imprudencia (28.8 %), en tanto el actuar del peatón, en estado de ebriedad, representa el 0.5 % (Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Vial).

Esto es, el estudio de las implicancias sociojurídicas de las muertes en el tránsito vial es actualmente un tema prioritario a nivel mundial; en tal sentido, los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de considerar en la visión institucional el impacto de sus decisiones, específicamente desde las perspectivas constitucional, de política criminal y dogmática, que subyacen en la problemática de decisiones contradictorias en este tipo de delitos.

Desde la *perspectiva constitucional*, si bien es cierto que el *ius puniendi* tiene límites en su aplicación frente al ciudadano que se encuentra vinculado a la imputación de un hecho punible, también lo es que la carta fundamental irradia protección a todas las personas y no solo al conductor. Al respecto, debe recordarse que la *persona* que circula por la vía pública —en su condición de *peatón*— tiene protección respecto de su dignidad (artículo 1), derecho a

la vida (artículo 2.1), a la seguridad personal (artículo 24), considerando que nuestro país es una República democrática y social (artículo 43) y como tal es garante de la plena vigencia de los derechos humanos y debe proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 43).

En efecto, tal como lo puntualizan Jescheck y Weigend (2002), en un primer plano se encuentra «el respeto a la dignidad de la persona como norma básica del conjunto del sistema valorativo de nuestra Constitución». De ello se deriva para el derecho penal que la libertad genérica de acción que tiene toda persona y su limitación a los ataques «son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad» (p. 28).

Así, quien conduce una fuente de peligro (vehículo automotor) debe adecuar su conducta a las normas de tránsito que regulan tal actividad, en tanto estas se orientan por los principios de seguridad y conducción controlada (artículo 90, Código de Tránsito), considerando que al hacer uso de las vías de tránsito estará interactuando con personas, cuya constitución física se encuentra en manifiesta desventaja a la de una máquina, que las supera ampliamente en peso y volumen, y cuya letalidad se potencia según la velocidad que se le imprime. En tal sentido, tal como Sánchez-Ostiz (2012) afirma:

en definitiva, parece abrirse camino la idea de que la vida social (principio de *seguridad*) se tutela mediante normas (principio de *legalidad*) que guarden una relación de adecuación con la dignidad de la persona (principio de respeto de la *dignidad*). (p. 116)

En esa misma línea de análisis, es resaltable la posición de Schönemann (2006) cuando precisa el enfoque de «Estado social basado en la solidaridad de los conciudadanos» (p. 23), y como tal Mir Puig (2005) reafirma: «deberá legitimarse como sistema de

protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida —y solo en la medida— de lo necesario para aquella protección» (p. 104).

Ahora, debe tenerse en cuenta que si bien el derecho penal se legitima según la aprobación de las leyes acorde con la Constitución, se debe tener presente lo afirmado por Jakobs (1995), en el sentido de que

no existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas —especialmente las jurídico-constitucionales—. (p. 44)

Respecto al enfoque desde la perspectiva de la *política criminal* es de indicar que esta debe estar en consonancia con los principios y los valores reconocidos por la Constitución. En tal sentido, Borja (2012) sostiene que

en materia político-criminal se afirma que los criterios que tiene que seguir el legislador en toda elaboración de la ley penal deben de atender a la Constitución, esto es, al principio del Estado de Derecho, a la absoluta vigencia de la dignidad humana, a la relevancia de los derechos humanos y a los resultados de la discusión internacional de las reformas penales. (p. 81)

Entonces, la primera pregunta que se formula a este nivel es: ¿el legislador nacional ha regulado el tratamiento jurídico penal de la concurrencia de inobservancia de las normas de tránsito por parte del conductor y el peatón? Luego, vienen ineludiblemente las siguientes interrogantes: pese a que ha efectuado dos modificaciones al tipo penal previsto en el artículo 111 del Código Penal, ¿por qué no se ha regulado esa especial circunstancia?; y, finalmente,

¿se ha evaluado el impacto negativo de la existencia de criterios discrepantes sobre esta problemática? Antes de dar una respuesta negativa a tales interrogantes, es adecuado anotar que todo ello está pendiente.

Entre tanto, es evidente la falta de unidad sistemática entre política criminal y derecho penal, probablemente por la marcada orientación de la jurisprudencia y la doctrina nacional por seguir las nuevas corrientes dogmáticas de origen extranjero. Ello ocasiona no solo la falta de *consistencia* entre la política criminal y el derecho penal, sino también un riesgo de *permeabilidad* del sistema penal por la falta de plenitud del ordenamiento jurídico.

En relación con la falta de *consistencia*, Roxin (2006) puntualiza lo siguiente:

un intento totalizador de esta clase no se ha emprendido hasta ahora en la dogmática de la parte general. Más bien el edificio del delito, que hoy vemos ante nosotros con variadas divergencias en los concretos autores, pero en su totalidad como el modelo estándar de la *praxis* y la teoría, es un extraño conglomerado de diferentes épocas estilísticas. (p. 51)

Esta es una limitación para un desarrollo coherente de la dogmática, que cuando parte de ella (orientación no acabada o carente de consenso) es asumida por la jurisprudencia en forma acrítica, puede afectar la eficacia de la justicia penal.

Sin embargo, el efecto más nocivo puede originarse de la *permeabilidad* del sistema penal, pues como advierte Binder (2011), la programación de la política criminal que la denomina *sistema de compuertas*:

se realiza con el arsenal teórico de la dogmática penal; básicamente, con conceptos jurídicos, lo que ha llevado a pervertir muchos de ellos, los cuales —habiendo sido pensados

para limitar el poder punitivo— luego son utilizados para «dejar pasar» cuotas de poder punitivo, aunque sean menos irracionales. Pensemos en categorías tan aceptadas como el dolo eventual, o los delitos de omisión impropia o el mismo *concepto de riesgo* [énfasis añadido]. (p. 48)

Finalmente, desde la perspectiva de la *dogmática penal* no se puede dejar de tener presente la precisión efectuada por Bacigalupo (2004) en el sentido de que

el Derecho penal tiene una *función social*, caracterizada por unos como la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos) y por otros como la prevención mediante la ratificación de la norma vulnerada a través de la desautorización del comportamiento infractor de la misma. (p. 29)

La importancia de poner en relieve el carácter social del derecho penal es porque requiere «de una *realización de la contrariedad a deber*» (Lampe, 2003, p. 38) y que su misión es «proteger los bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad» (Kaufmann, 1982, p. 118). Sin poner en cuestión la función, el carácter y la misión del derecho penal, lo cierto es que la judicatura al momento de resolver el caso concreto debe ser rigurosa en la toma de posición acorde con el principio de legalidad, y prudente en su adhesión a la dogmática que invoca en su decisión judicial, asegurándose del nivel de validez y rigurosidad según la estructura típica que será aplicada, debido a las implicancias jurídicas de su decisión.

Ello es importante, pues, como lo refiere por un lado Borja (2012), «la Dogmática penal está exagerando en los últimos tiempos su preocupación por la creación de una teoría (lógica, sistematizada, y por tanto, “universal”) que le conduzca a ser calificada

como disciplina “científica”» (p. 19) y «de este modo, se está olvidando de los problemas reales de la Justicia penal». Por otro lado, los jueces deben tener presente lo que Bustos (1982) indica: «evidentemente todas las fórmulas de los manuales son solo fórmulas de trabajo, pero que definitivamente nada esclarecen sobre los límites, ámbitos y contenido específico de estos conceptos» (p. 281).

4. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Una de las primeras sentencias, 24 de mayo de 1998, en la que se dio énfasis al criterio dogmático fue en el Expediente n.º 550-98-Lima, cuyo tenor es el siguiente:

SEGUNDO: que, respecto al tipo de injusto imprudente hay que tener en cuenta lo señalado por la doctrina en el sentido que «actúa culposa o imprudentemente el que omita la diligencia debida, [...], se trata, por lo tanto de la *infracción del deber de cuidado*, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común, y *no dependen necesariamente de la transgresión de leyes o reglamentos*. Se trata de un deber objetivo en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente» (SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho Penal: Parte Especial, volumen uno, Delitos contra la personas. Madrid: Dykinson: mil novecientos noventa y seis, página cuarenta y siete); TERCERO: que, por lo tanto, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro que un resultado

se produzca es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado, CUARTO: que, en este sentido lo contrario sería afirmar que el riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado, desemboca definitivamente en la penalización del conductor, cuando produce un resultado no deseado; ya que sería aceptar que el resultado es una pura condición objetiva de penalidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible; sin embargo, tal absurdo se desvanece a nivel doctrinario con la *teoría de la imputación objetiva* en el sentido de que solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un *riesgo no permitido* implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar este resultado al autor de la acción, QUINTO: que, del caso sub examine se tiene que, si bien es cierto el atestado número veintidós – DR – SIAT obrante a fojas dos, concluye que el factor predominante es el peatón, esto es, la agraviada intentó cruzar una vía peligrosa, por las condiciones imperantes determinadas, sin adoptar las medidas de precaución y seguridad, existiendo carencia de iluminación en la zona, llegando en un momento dado a interponerse delante del eje de circulación del vehículo conducido por el inculpado, sin utilizar el puente peatonal existente en el lugar para tal fin, *exponiendo de esta manera su vida*, a lo que hay que agregar que por las circunstancias en que se producen los hechos se colige la falta de previsibilidad de la producción del resultado; *siendo así que en la presente investigación judicial no se ha probado la actitud negligente del encausado...* [énfasis añadido]

Esta sentencia fue objeto de comentario por Du Puit (2003), en el contexto del proyecto de investigación del *Seminaire de droit pénal*, en los siguientes términos:

El razonamiento, sin embargo, no es claro ni coherente. Esto se debe a que se parte de criterios dogmáticos sin hacer referencia a los hechos, los mismos que no son suficientemente expuestos. Así, no se da ninguna información sobre la manera cómo el conductor conducía su vehículo ni el estado de su persona o del vehículo. Se da por supuesto que no ha incurrido en imprudencia alguna por no haber violado el deber de cuidado que le imponían las circunstancias, como lo hubiera hecho «un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente» (afirmación discutida en doctrina). Si esto es así, el agente, mediante su acción diligente, no ha creado ni aumentado un riesgo prohibido. Sin embargo, los jueces, para reforzar su decisión, dicen, textualmente, que «hay que agregar que por las circunstancias en que se producen los hechos se colige la falta de previsibilidad de la producción del resultado». De esta manera, afirman, en buena cuenta, que el resultado era imprevisible. [...] Del carácter imprevisible del resultado se deduce que el agente no podía violar el deber de prudencia. Por tanto, no es correcto, como lo hacen los jueces, afirmar que se trata de un caso fortuito porque el agente no ha actuado imprudentemente. (p. 536)

5. DE LA LEY IMPORTADA A LA DOCTRINA FORZADA

La redacción del Código Penal de 1924 tuvo marcada influencia de la fuente helvética y contenía algunos tipos penales cuyas circunstancias de hecho no eran propias de nuestra realidad. Tal recepción es analizada en *La ley importada*, de Hurtado (1979), quien indica:

un caso extremo es del artículo 271 que protege la normal explotación de una empresa pública destinada a las comunicaciones (en 1924, la gran mayoría era privada) o la explotación de un establecimiento o de una instalación destinada a distribuir al público el agua, la luz, la fuerza o el calor (a nuestro conocimiento, esta última hasta ahora es inexistente en nuestro país). (p. 115)

También pone en relieve que habiendo incorporado incluso la aplicación de la regla contenida en el artículo 52 del Código Penal, referente a la culpa (negligencia):

especialmente las que protegen la integridad corporal, no es efectuada con la sutileza y amplitud con que lo hacen los tribunales helvéticos al aplicar los textos que sirvieron de modelo a nuestro codificador. De la comparación de resoluciones, aparecen impunes en nuestro medio, muchos actos reprimidos en Suiza [...]. Casos semejantes y otros referentes a imprudencias en la conducción en vehículos automotores son, frecuentemente, sancionados en Suiza, conforme se desprende de una simple revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Hurtado, 1979, p. 119)

Lo antes indicado llevó a la siguiente reflexión, que aparece en la presentación de la citada obra: «Explicar por qué ocurre la “importación” de la ley y cuáles han sido sus efectos, se convierte así en una cuestión esencial para la comprensión científica del derecho dentro de nuestro proceso social». A ello se adiciona que la misma estructura típica era aplicada de modo diferente y ello incidía en el sentido de los fallos judiciales.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, se viene produciendo nuevamente la «importación», pero esta vez no solo de la legislación extranjera, sino de teorías dogmáticas que en

algunas categorías están en constante evolución, como es el caso del juicio de imputación al tipo en los delitos imprudentes, poco avance en los supuestos relacionados con las muertes en el tránsito vial, y menor desarrollo para los casos límites de concurrencia de inobservancia de los deberes de cuidado del conductor y el peatón, y que invocadas en toda su amplitud no contribuyen a la uniformidad de las decisiones judiciales, más aún cuando se pretende asignar un determinado enfoque al Código Penal, o se condiciona la aplicación de una determinada teoría dogmática, incluso con la mejor intención de dar «mayor sustento» a una decisión judicial. Todo ello debe ser debidamente evaluado por el juez, en vista de las implicancias de sus decisiones en tanto se relaciona directamente con casos reales y no hipotéticos, que son el mayor insumo de la dogmática.

Sobre lo antes indicado se advierte la sentencia emitida por la Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que en el Expediente n.º 1281-97 sostiene:

Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico y dentro de la *teoría del delito, versión finalista, que es la del Código Penal vigente* [énfasis añadido], solo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, o sea cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo —manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior—, sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo [...]).

Como bien lo precisa Santa Cruz (1999), «no puede afirmarse que un Código Penal, cualquiera sea este, sigue una determinada concepción dogmática del delito (causalismo, finalismo, funcionalismo, teleologismo, etc.). Estos son modelos dogmáticos que adopta el intérprete para precisar el alcance de la ley» (p. 57); en consecuencia, no se puede asignar un determinado enfoque a un Código Penal que es distinto al enfoque del intérprete y aplicador de la ley penal, que por cierto debe estar dotado de los conocimientos suficientes para asumir una u otra categoría dogmática.

En tal sentido, constituye una alerta importante la referencia efectuada por Ambos (2008) cuando sostiene que «en Latinoamérica los ejemplos de una aplicación del Derecho dogmáticamente incorrecta o —aun peor— arbitraria, son incontables». Al respecto precisa:

Véase por ejemplo la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia peruana de 24 de noviembre de 2004 (R. N. N° 552-Puno) donde la prohibición de regreso se confunde con el principio de confianza y, peor aún, con conceptos subjetivos como la «buena fe», ausencia de concierto criminal y falta de conocimiento. (p. 3)

Evidentemente, la invocación de la «prohibición de regreso», enmarcada dentro del funcionalismo de Jakobs, representa en apariencia un avance en la jurisprudencia nacional, pero tal comentario recomienda rigurosidad en la aplicación de criterios dogmáticos que se han de utilizar en los casos judiciales.

Especial reflexión debe realizarse si en un caso que es materia de apelación corresponde declarar la nulidad porque la sentencia de instancia no se ha analizado «bajo la teoría de la imputación objetiva» (Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Expediente n.º 3727-2009).

Es indudable que la modernidad brinda acceso a mucha información. Pero las teorías dogmáticas no pueden aplicarse automáticamente a los casos judiciales; con mayor razón, si estos no coinciden con el diseño teórico de los artículos, los manuales y los tratados de derecho penal, pues cada caso de la vida real tiene particularidades que merecen ser analizadas de manera específica, lo que en el asunto de concurrencia de inobservancia de deberes de cuidado en el tránsito vial (conductor y peatón) no es un tema acabado y fuera de debate, más aún si la víctima de ese lamentable suceso (peatón) ya no está para brindar información relevante.

6. NECESARIA RELECTURA DE LA «DOGMÁTICA» UTILIZADA EN LA JURISPRUDENCIA

Una primera cuestión que debe precisarse en este nivel es que en muchas decisiones judiciales se hace alusión a la teoría de la imputación objetiva, sea desde la vertiente explicativa de Claus Roxin o de Günther Jakobs, vinculándose a los esquemas genéricos que ellos han expuesto en diversos artículos, obras y conferencias; sin embargo, con esas bases genéricas no se puede tener por agotado el análisis ni se puede aplicar bajo un razonamiento «analógico» en los casos de homicidio imprudente en el tránsito vial, pues en la estructura penal del artículo 111 del Código Penal peruano hay una clara referencia a un marco normativo con el que se cierra el tipo (Código de Tránsito: D. S. n.º 016-2009-MTC), que establece deberes y obligaciones para el conductor de un vehículo automotor. Así, estamos ante normas de especial sujeción para el conductor de una fuente de peligro y, qué duda cabe, con tal bien riesgoso puede causar daños e incluso la muerte a una persona.

Lo antes indicado es importante, pues si el conductor de un vehículo está vinculado a deberes especiales establecidos en el Código de Tránsito, será este el nivel específico en el que se debe analizar la connotación jurídico penal de su actuar en relación con

la muerte de un peatón en el tránsito vial. Esto es, si el artículo 111 del Código Penal no tuviera como referencia las «normas de tránsito» como elementos del tipo, podría recurrirse de manera directa a la teoría de la imputación objetiva.

Al respecto Roxin (2010) afirma: «Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, *en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta* [énfasis añadido], se colma mediante la teoría de la imputación objetiva» (p. 999); esto es, el primer nivel de análisis que se debe efectuar es el actuar del conductor y el peatón en relación con las normas de tránsito y establecer la imputación del resultado al tipo estableciendo el nivel de riesgo o el de confianza con los que ha intervenido cada uno de ellos, pues:

instituciones jurídicas como el riesgo permitido o el principio de confianza, que se han desarrollado al margen de las categorías sistemáticas, muestran el camino obligado para la tipificación de los deberes, cuya elaboración sistemática únicamente puede dar a los tipos culposos la firme estructura que nos es evidente en los delitos dolosos. (Roxin, 2006, p. 72)

El riesgo permitido tiene estrecha relación con las normas de tránsito, en especial con los límites de velocidad, que en gran porcentaje está presente en los casos de muerte en el tránsito vial. En ese sentido, Jakobs (1995) sostiene: «Los preceptos generales para la protección del individuo (sobre todo los §§ 222, 230 StGB) desde luego hay que interpretarlos en general, incluso en el ámbito de la circulación rodada» (p. 133).

El análisis de las normas de tránsito vial en los casos de muerte violenta es imperativo e importante para coadyuvar a la legitimidad de los fallos que se emitan sobre el particular. Para Stratenwerth (1976) es importante ello, ya que «ni siquiera será

posible tender hacia la justicia si no se formula la pregunta de a quién beneficia una determinada regla y quién debe soportar su peso» (p. 8).

Lo que se debe evitar es que se recurra a una teoría dogmática para «justificar» el sentido predeterminado de una decisión judicial. Así se evitará esa percepción no saludable para la judicatura efectuada por Schünemann (2006):

el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicidad del resultado. En todo caso, la jurisprudencia no escoge sus soluciones sin sustento alguno en la bibliografía, sino que intenta encontrar cierto apoyo en la doctrina. Y si se tiene en cuenta este contexto sociológico de las decisiones a tomar, que aquí solo puedo esbozar muy brevemente, aparece de repente una consecuencia tan típica como negativa de la dogmática ecléctica: los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía. (p. 126)

7. SENTENCIA ARQUIMÉDICA

En la jurisprudencia nacional se ha emitido una sentencia que se constituye como el pronunciamiento de referencia para resolver los casos en que existe concurrencia de inobservancia de deberes de cuidado en el tránsito vial. Es importante, pues en otras decisiones en las que se advierte que el peatón ha tenido un obrar negligente se ha dado prevalencia a esta conducta y sin efectuar el análisis del actuar del conductor se atribuye la responsabilidad al peatón, a título de «autopuesta en peligro».

El caso concreto es la sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad n.º 1208-2011-Lima, en la que se declaró no haber nulidad en la condena

impuesta al conductor y abordó institutos penales de especial importancia para el análisis del actuar culposos en el tránsito vial y su implicancia jurídico-penal. Los aspectos más resaltantes son los siguientes:

Tercero: que, emerge de autos que se imputa al procesado Carlos Javier León Velásquez haber causado lesiones graves —culposas— en el agraviado Manolo Goicochea Ortiz, cuando a las cuatro horas con treinta minutos del día veintidós de octubre del dos mil seis, infringiendo reglas técnicas de tránsito, lo atropelló —encontrándose la víctima con sus facultades disminuidas por ingesta de alcohol— con el automóvil que venía conduciendo —de propiedad de sus padres Luis Jesús León Tremolada y Adela Elizabeth Velásquez Pentzke—, a la altura del condominio «El Prado», cuadra diez de la avenida Central, Urbanización Los Álamos, Monterrico-Surco; tras lo cual se dio a la fuga. A consecuencia de ello se ocasionó al agraviado traumatismo encéfalo craneano grave, presentando estado de coma, desconectado de su entorno, con secuelas neurológicas severas, las que requieren de control y tratamiento médico en forma continua, con pronóstico de calidad de vida reservado, conforme emerge de los certificados médicos legales de fojas noventa y nueve y mil novecientos cuarenta y uno. [...] **Quinto:** que, respecto a los agravios expuestos por la defensa del encausado y los terceros civilmente responsables, corresponde señalar que la determinación del exceso de velocidad no viene establecido únicamente por el informe técnico policial cuestionado, sino conforme anotó el fiscal provincial, recogió el juez de la causa y confirmó al Tribunal Superior, principalmente por el significado de los inobjetables indicios que emergen de autos, de los cuales se efectuaron dos inferencias razonables i) de haberse encontrado dentro del límite máximo de velocidad

de cuarenta kilómetros por hora, dadas las circunstancias del lugar donde su produjo el accidente, hubiera sido posible, sin contratiempos, visualizar al agraviado y evitar el impacto; y, ii) la magnitud e intensidad de las lesiones certificadas y los daños verificados en el vehículo revelan un impacto violento incompatible con una velocidad menor o igual a cuarenta kilómetros por hora. Lo que fue confirmado con el testimonio de Hugo Martín Aquije Arriaga, obrante a fojas mil ochocientos veintisiete, quien aun cuando admita que no haya observado el mismo momento del impacto, escuchó el fuerte sonido producido por la aceleración, que le impresionó el exceso de velocidad del vehículo. Estas conclusiones no son enervadas con los contraindicios aludidos por la defensa —calzada pendiente, gibas y garita de control previos—, pues son mencionados de forma genérica sin precisión de las distancias que permitan evaluarlas. En adición, es de advertir que esta no la única infracción a reglas de cuidado cuya inobservancia se le atribuye, concurre otra de mayor gravedad, que incrementó el riesgo permitido, esto es que distrajo su atención del camino para sintonizar su radio, por lo que no vio, solo escuchó el impacto. En consecuencia, tras el examen de los agravios formulados y el examen de los cuestionamientos de las pruebas anotadas, se mantiene la conclusión táctica (fáctica) que el encausado Carlos León Velásquez inobservó normas técnicas de tránsito al conducir el vehículo causante de las lesiones. **Sexto:** De otro lado, uno de los agravios fundamentales que motivó la apertura del recurso excepcional de nulidad —en proceso sumario— del procesado y los terceros civilmente responsables viene dado por la ausencia de pronunciamiento respecto a uno de sus principales y más repetidos alegatos vinculado a las implicancias en la tipicidad penal que conlleva que el agraviado haya cruzado la calzada por una zona no autorizada para tal fin en avanzado estado

de ebriedad. **Sétimo:** Al respecto, en principio corresponde reconocer que tal circunstancia significó una exposición de su propia integridad física y concurrió a la imprudente acción del encausado, contribuyendo con el resultado dañoso verificado; sin embargo, el hecho que el agraviado se haya encontrado en estado de ebriedad o haya infringido otras normas del Reglamento de Tránsito, por las circunstancias establecidas en el considerando anterior no hace posible considerar que se trató de una circunstancia absolutamente imprevisible para el encausado. Asimismo, ello tampoco implica admitir que nos encontramos frente a un caso de autopuesta en peligro de la víctima excluyente del tipo, en tanto el autor creó un riesgo prohibido que fue el factor predominante en el atropello al encontrarse bajo el control de la fuente de peligro. Sin embargo, no puede dejar de admitirse la concurrencia de culpas de autor y víctima en el grave resultado dañoso. Al respecto el profesor Luis Díez-Picazo señala que «en todos aquellos casos en que puede hablarse, siguiendo la terminología de Jakobs, de competencia de la víctima se produce una causa de exclusión de la imputación objetiva y, por consiguiente, el resultado dañoso no es imputable al sujeto sino a la víctima del daño. Hay supuestos, sin embargo, en que sin concurrir la condición necesaria para poder hablar de competencia de la víctima, tanto el comportamiento de una, como el de la otra parte, han sido condición del daño y en ambas puede establecerse un juicio de culpabilidad. La jurisprudencia ha entendido que en estos casos debe procederse a una graduación de las respectivas culpas, **de manera que con ello se reduzca, proporcionalmente, el deber de indemnizar...**» (Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, dos mil, pp. trescientos sesenta y seis y trescientos sesenta y siete). En efecto, el descuido de ambos intervinientes contribuyó a la generación del resultado dañoso,

siendo predominante la inobservancia a una pluralidad de reglas de cuidado por parte del procesado, con lo cual se incrementó el riesgo permitido en el tráfico rodado, siendo tal circunstancia la causa principal del impacto con el agraviado, y por otro lado, la disminución de facultades de la víctima producto de su avanzado estado de ebriedad resulta un factor contribuyente a la gravedad de la lesión sufrida, pues se considera que la capacidad de reacción y facultades de protección frente a la imprudencia del conductor hubieran sido diferentes: ya sea evitables —el sonido emitido por el particular tubo de escape del vehículo hubiera permitido la advertencia del peligro de haberse encontrado en mejores condiciones de percepción—, o, en todo caso, reducir la gravedad de la lesión —considerando que el agraviado hubiese podido reaccionar frente al embiste y la caída, con mayor resistencia—. Tal situación conlleva a la disminución de la responsabilidad, la pena y la reparación civil del inculpado, sopesado con su conducta post delictiva como circunstancia agravante de la pena, al incidir en grado de prevención del delito. En el presente caso el encausado fugó del lugar del atropello sin auxiliar al agraviado, intentó desaparecer las evidencias del accidente, pues el vehículo fue encontrado en proceso de reparación en el taller de su padre y no cubrió, oportunamente, los gastos médicos [...], se declaró no haber nulidad en la condena por lesiones culposas. SS. Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, **Barrios Alvarado**, Príncipe Trujillo, Villa Bonilla.

En esta sentencia, se precisa que cuando existe concurrencia de inobservancia de las reglas de cuidado en el tránsito vial, tanto por el conductor (entre ellas el exceso de velocidad) y el peatón (ingresar a una zona no permitida para el tránsito en estado de ebriedad), se genera un supuesto de disminución de responsabilidad

del conductor; consecuentemente, es sancionado con pena atenuada, mas no prospera la absoluciónde este. Lo más importante de esta sentencia es que en estos procesos deben evaluarse en primer orden las reglas de tránsito, circunstancia que en muchos casos se omite, debido a la marcada inclinación de recurrir a la doctrina y jurisprudencia que se dio en el contexto de la original estructura típica del artículo 111 del Código Penal, que no hacía referencia a dichas normas especiales, y generó una orientación hacia la solución de los casos aplicando directamente criterios dogmáticos.

Esas pautas orientadoras se aprecian en las sentencias emitidas en la Corte Superior de Lima Norte en los expedientes signados con los números: 1522-2008 del 22/12/11; 318-2011 del 23/11/12; 2311-2005 del 03/05/13; 5470-2008 del 01/08/13; 3591-2011 del 22/10/13; 98892012 del 09/12/14; 219-2010 del 16/11/15 y 5913-2014 del 28/06/17. La penúltima de las sentencias de vista citadas es la que con mayor detalle observa los criterios orientadores de la citada ejecutoria suprema, pese a que se trata de un delito de lesiones graves.

8. EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 111 DEL CÓDIGO PENAL Y JUICIO DE IMPUTACIÓN

En efecto, la práctica de recurrir directamente a teorías dogmáticas sin agotar el análisis de las normas de tránsito se explica en la época de la vigencia del texto originario, en tanto no hacía referencia alguna a dicho reglamento. Así, la versión original del artículo 111 del Código Penal de 1991 tenía el siguiente texto:

El que por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta a ciento cuatro jornadas.

Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al Artículo 36°, incisos 4, 6 y 7.

Sin duda, las muertes en las pistas de nuestra sociedad motivaron la presentación de diversos proyectos de reforma, entre ellos los signados con los números 2673, 1593, 1788, 2242, 2498, 2505, 2457, 2493, 2494, 2578, 2589, 2623, 2449, 2418, 2316, 2328, 2330, 2339, 2383, 2392, 2394, 2399, 2700, 2730, 2352, 2800, 2657 y 2092/2001-CR, y recién en la 12.^a Sesión de la Segunda Legislatura Ordinaria del año 2001, del 21 de mayo de 2002, se modificó el artículo 111 del Código Penal, a través de la Ley n.º 27753, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 9 de junio de 2002, cuyo tenor es el siguiente:

El que por culpa ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme al Artículo 36°, incisos 4), 6) y 7) cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

La pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de seis años.

En el diario de debates, consta que el congresista Estrada Pérez sostuvo:

consideramos procedente traer a este magno auditorio las palabras del ilustre jurista Luis Eduardo Roy Freyre, el cual califica de una manera certera a los jueces que, a pesar de contar con legislación, no sancionan con la suficiente drasticidad estos delitos. Él los califica como *blandos*, porque cree que al momento de sancionar este tipo de delitos, cuya pena en su forma agravada implicaría condena de cárcel efectiva, no lo aplican así. (Congreso de la República, 2002)

En esa ocasión, las muertes por conductores alcoholizados o drogados fue el asunto que motivó mayor atención y el aumento de las penas. Al revisar el dictamen de la Comisión de Justicia del 15 de mayo de 2002, que dio origen a dicha modificatoria, se llega a tener información relevante de las motivaciones, las fuentes doctrinarias y la finalidad de la modificatoria. Se indica:

El fundamento jurídico, para esta agravación que permite una mayor reprochabilidad y punibilidad, es el llamado *actio libera in causa*, donde es evidente que el sujeto activo se coloca en esta situación de inimputabilidad [«Bajo tal denominación se entiende una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad e inimputabilidad, pero que, en cuanto resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de imputabilidad». Reinhard Maurach/ Heinz Zipf.- *Derecho Penal. Parte General 1. Teoría General*

del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible. Traducción de la 7.^a edición alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires 1994, pp. 622 número marginal 54. Sobre la *actio libera in causa* véase en la obra antes citada, páginas 622 y ss.]. Por ello, procede estimar —como fundamento técnico de agravación de la punibilidad en el caso de sujetos alcoholizados o drogados, que por su condición produzcan homicidios o lesiones culposas— un *actio libera in causa* culposa en la que «el autor provocó dolosa o imprudentemente su incapacidad de acción o de culpabilidad y al hacerlo pudo contar con que realizaría en tal estado el tipo de un determinado delito de imprudencia» [Hans Heinrich Jescheck.- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de 4.^a edición alemana por José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada 1993, pp. 405] o debe «al menos haber sido previsible para el autor que durante la embriaguez pudiera cometer algunos excesos de naturaleza penal» [Así opina la Corte Suprema federal alemana. Cfr. Hans Heinrich Jescheck.- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de 4.^a edición alemana por José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada 1993, p. 406].

Siete años después, ante las altas cifras de muertes en las pistas del país, por Ley n.º 29439, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 19 de noviembre del año 2009, se efectuó la segunda modificación al artículo 111 del Código Penal. El nuevo supuesto típico que se introdujo es «si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado». La especificación fue respecto a la relación *calidad* de la sustancia prohibida consumida (*drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas*), *cantidad* de alcohol en la sangre (*proporción mayor de 0.25 y 0.5 gramos-litro*) y *categoría de conductor* del sujeto activo (*conductor particular o de transporte*

público) relacionado con la ingesta límite antes señalada. El texto modificadorio, y vigente, es el siguiente:

La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme al Artículo 36° —incisos 4), 6) y 7)—, si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

9. EL DEBATE EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL Y LA DOCTRINA NACIONAL

El tema de la determinación de la responsabilidad por la muerte de una persona en el tránsito vial, cuando existe concurrencia de inobservancia del cuidado debido en el tránsito vial es polémico y no ha tenido una orientación definida. Aún cuando en el año 2008 en el Pleno Distrital de la Corte Superior de Lima Norte se tocó el asunto en el tema n.º 3: «Atipicidad ante actuar culposo concurrente de la víctima y el conductor», pues ya se venían emitiendo sentencias contradictorias en las que se daba mayor relevancia al actuar del peatón, y se recurría al supuesto de la «autopuesta en peligro». Muestras de esa contradicción fueron la sentencia

absolutoria, revocando la de instancia, en el Expediente n.º 2006-201, del 6 de julio de 2006, en la que el conductor desplazaba su vehículo a velocidad no apropiada y el peatón no usó el puente peatonal; en tanto que en el Expediente n.º 2007-2183, del 3 de diciembre de 2007, caso en el que el conductor desplazaba su vehículo a velocidad no apropiada ni prudente y el peatón no hizo uso del cruce peatonal, y se confirmó el fallo condenatorio. La posición mayoritaria de dicho pleno distrital, ante la concurrencia de inobservancia de normas de tránsito, se orientó hacia un tratamiento atenuado; sin embargo, continuaron emitiéndose pronunciamientos contradictorios, lo que mantuvo la polémica, pues se viene priorizando el actuar de la víctima antes que el análisis del actuar del conductor.

En la doctrina nacional el tema es tratado por Villavicencio (2018), quien logra distinguir diferentes supuestos de concurrencia de culpas en accidente de tránsito (p. 265). En el primer supuesto, casos de «confluencia de imprudencia donde el que crea el riesgo no permitido de mayor intensidad para el bien jurídico es el sujeto activo y en menor intensidad la víctima», corresponderá atenuación de la pena. En el segundo supuesto «en los que el sujeto pasivo es quien crea un riesgo no permitido de mayor intensidad y en menor medida el sujeto activo», y ese riesgo es el que la norma quiere evitar, el primero será el único responsable. En el tercer supuesto, que denominó «conurrencia de culpas de igual intensidad», recomienda seguir el mismo razonamiento anterior.

Los dos últimos supuestos comentados evidencian en esencia una lógica de compensación, y no deja de ser polémica si se analizan desde la perspectiva sistemática: constitucional (seguridad, derecho a la vida, y trato digno como persona) y legal (Código Penal y Código de Tránsito). Ello nos llevaría a la siguiente consecuencia: si el peatón infringe una norma de tránsito aun en el supuesto de una «falta muy grave», pese a que el Código de Tránsito prevé una sanción administrativa (multa) que solo tiene un efecto simbólico,

pues no trasciende su real aplicación; en sede penal implica para este: «esa infracción administrativa la pagas con tu vida».

Lo cierto es que el elemento concluyente para determinar o no la imputación al tipo del artículo 111 del Código Penal, se debe definir teniendo en cuenta si el conductor desplazaba su vehículo dentro del riesgo permitido (velocidad permitida) para el caso concreto (para el lugar y las circunstancias del momento) y el peatón imprudentemente se pone en frente de su trayectoria. En este supuesto, no será imputable tal resultado lesivo al conductor.

Sin embargo, si el conductor supera el riesgo permitido y el peatón infringe las normas de tránsito (sea esta falta leve, grave o muy grave), esta circunstancia solo podría orientar para graduar el nivel del injusto, con implicancias atenuantes en la sanción penal en función de criterios de razonabilidad.

10. NUEVOS ENFOQUES EN LA DOGMÁTICA Y LA IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE TRÁNSITO

La estructura de los delitos imprudentes, que en esencia son tipos abiertos, exige una atenta evaluación de los intervinientes en un suceso fatal en el tránsito vial a partir de las reglas impuestas en el Código de Tránsito.

Frisch (2004) sostiene que «lo que en este caso se pretende es el fin de protección de una *norma general de cuidado de la StVO* (Código de circulación)» (p. 96). De esta posición, es posible advertir una definición en el sentido de que la norma de cuidado no deriva de una interpretación de la doctrina o jurisprudencia, sino que viene definida en la norma de tránsito. Pero además que a la observancia de las reglas de tránsito le asignan el rol de «condición» de la conducción vehicular, de modo que quien conduce un vehículo, al margen de esas normas, convierte a su actuar en una conducción «no posible», dentro del ordenamiento integral que regula la conducta de «conducir un vehículo automotor». En esa línea de análisis

concluye: «quien en su actuar se atiene a tales condiciones no crea ningún riesgo desaprobado (y tampoco infringe el deber de cuidado propio de ese ámbito)» (Frisch, 2015, p. 69), y precisa que

lo determinante no es la observancia de la regla, sino el riesgo básico típico que queda al observar la regla; y solo a ello, y no al ámbito global de creaciones de riesgo que quedan al observar la regla se refiere la declaración de tolerancia del legislador (u otra instancia reguladora). (Frisch, 2004, p. 108)

Sobre la regulación de la conducta imprudente, se destaca la relación que establece Hirsch entre actuar correcto y la generación del peligro, teniendo como referencia en el caso del tránsito vehicular el código de circulación. Así, puntualiza: «Si un conductor conduce de un modo completamente correcto, nadie podría decir de él que actúa de forma peligrosa», pero lo más importante es que no deja abierta la posibilidad a que la conducta correcta quede librada a criterios a ser definidos por la jurisprudencia ni la doctrina, sino a límites normativos no definidos en la ley penal. De este modo, concluye que es un actuar distinto al correcto si se «sobrepasa los límites de la forma de conducir ajustada a las reglas de tráfico» (Hirsch, 2005, p. 58).

Es evidente que en el tránsito vial existe un riesgo permitido, pero Kindhäuser (1996) es claro en precisar que «(incluso cuando este sea socialmente aceptado) no se infiere de ninguna manera una autorización para matar» (p. 94). Para el profesor de Bonn, el enfoque normativo no solo se centra en la vinculación con las reglas previstas en el Código de Tránsito y su rol vinculante, sino fundamentalmente en el amplio escenario comprometido del derecho: la seguridad de las personas vinculadas al tránsito vial en un contexto de peligro. Es más, es importante su precisión, cuando indica que si bien «hay reglas generales de seguridad muy variadas sobre la conducción correcta», también existe «una plétora de indicaciones

sobre el comportamiento con referencia a una situación, como por ejemplo limitaciones de velocidad, reglas de preferencia de paso, etc.», que vincula a todo conductor:

pues [...], quien en el tráfico rodado no se somete a las reglas de seguridad que hay que observar corre el riesgo de no ser capaz de evitar daños en la medida en que se espera, en virtud del Derecho, de una persona esmerada que interviene en este ámbito peligroso. (Kindhäuser, 2007, p. 63)

Hace, pues, un especial reconocimiento al código de circulación vial para analizar el juicio de imputación al tipo de homicidio imprudente en el tránsito vial.

Ahora, es destacable la atención que presta la profesora Puppe (2003) no solo a los accidentes de tránsito, sino a aquellos relacionados con pluralidad de infracciones del deber de cuidado, pues considera que

la comprensión de la estructura lógica de la causalidad múltiple de infracciones del deber de cuidado tiene un gran valor en la práctica judicial, puesto que la mayoría de los accidentes de tránsito [...] se producen por infracciones del deber de cuidado de varios intervinientes. (p. 137)

Aquí lo relevante es el actuar diligente del conductor. De modo que la argumentación defensiva de que la conducta del peatón por sí explica el accidente merece una especial atención. Al respecto es importante la siguiente precisión:

Si se comprende correctamente la estructura lógica de la causalidad acumulativa de infracciones del deber de cuidado, esta argumentación de la defensa puede rebatirse sin infringir el beneficio de la duda, puesto que el hecho de que también la falta de la víctima sea tan grande que explica por sí sola

los daños, no puede eximir de responsabilidad al autor si su infracción igualmente basta para una explicación del accidente. (Puppe, 2003, p. 137)

11. CONCLUSIONES

Del desarrollo histórico del tipo penal previsto en el artículo 111 del Código Penal y la jurisprudencia emitida sobre el tema analizado, se concluye:

- a) La estructura original del artículo 111 del Código Penal al ser un tipo abierto y no tener una norma específica con la que se debía cerrar, permitía efectuar el juicio de tipicidad recurriendo a teorías dogmáticas. Sin embargo, la adhesión a teorías dogmáticas en una decisión judicial no puede devenir de un proceso acrítico, requiere la verificación rigurosa de sus bases y sus alcances. En todo caso, su aplicación debe efectuarse con sus matices acordes con la legislación nacional.
- b) A partir de la modificatoria efectuada por la Ley n.º 27753, del 9 de junio de 2002, en la que se introduce en el segundo párrafo la circunstancia agravante específica «el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito», el juicio de imputación al tipo del artículo 111 del Código Penal debe realizarse ineludiblemente analizando y aplicando las reglas del Código de Tránsito.
- c) Al agente que conduce su vehículo superando el riesgo permitido y ocasiona la muerte de un peatón aún cuando este también inobserva las normas de tránsito de su competencia, independientemente de su intensidad (leve, grave o muy grave), le será imputable el resultado lesivo, con un tratamiento punitivo atenuado. Contrariamente, si el agente conduce su vehículo sin superar el riesgo permitido, no le será imputable penalmente la muerte del peatón que imprudentemente se cruce en su trayecto.

- d) El artículo 111 del Código Penal debe regular expresamente el supuesto de concurrencia de inobservancia de normas de tránsito del conductor y el peatón.
- e) Debe modificarse la denominación del tipo penal del artículo 111 titulado «homicidio culposo» por la de «homicidio imprudente», pues la primera está asociada a la expresión «culpa», que tiene un sentido más amplio en el lenguaje común (como causa de lo sucedido o como sinónimo de culpabilidad) y en el lenguaje jurídico es ambigua, por utilizarse también en sentido amplio, equivalente a culpabilidad (Cerezo, 2008, p. 469); en tanto la denominación «imprudencia» debería ser «más fácilmente comprensible al profano» (Mir Puig, 2005, p. 286).

12. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

PROYECTO DE LEY

**El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:**

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 111.º DEL CÓDIGO PENAL VARIANDO LA DENOMINACIÓN DEL TIPO PENAL Y REGULANDO LA SANCIÓN EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE INOBSERVANCIA DE REGLAS DE TRÁNSITO

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar el primer párrafo del artículo 111 del Código Penal para variar la denominación del tipo penal y regular la punibilidad ante la concurrencia de imprudencia.

Artículo 2. Modificación del artículo 111 del Código Penal

Modifícase el primer párrafo del artículo 111 del Código Penal, asimismo, adiciónase el siguiente párrafo al final, de acuerdo con el siguiente texto:

Artículo 111. Homicidio imprudente

El que, por imprudencia, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

[...]

Cuando la muerte se ocasiona por imprudencia concurrente del conductor de un vehículo motorizado y el peatón de las reglas de tránsito, la pena privativa de libertad podrá ser menor de cuatro años e inhabilitación conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

REFERENCIAS

Ambos, K. (2008). Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. *Política Criminal*, (5), 1-26.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2010). Resolución 64/255. Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo. Distr. general 10 de mayo de 2010. <https://unece.org/fileadmin/DAM/trans/roadsafe/docs/A-RES-64-255s.pdf>

Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores.

Binder, A. (2011). *Análisis político criminal*. Astrea.

Borja, E. (2012). *Acerca de lo universal y lo particular del derecho penal*. Tirant lo Blanch.

- Bustos, J. (1982). Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana. En Mir, S., *Política criminal y reforma del derecho penal*. Temis.
- Burkhardt, B. (2004). Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la «confusión entre lo subjetivo y lo objetivo». En J. Wolter y G. Freund (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (pp. 153-192). Marcial Pons.
- Cancio, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Bosch.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Euros Editores.
- Congreso de la República (2002). Diario de los debates. Segunda Legislatura Ordinaria de 2001. 12.^a sesión. Martes 21 de mayo de 2002. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/3de2070f39f3a5e3052577f8007035b5/05256d6e0073dfe905256bc10069e7af?OpenDocument>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2002). Recurso de Nulidad n.º 2996-2001-Lima. Lima: 10 de julio de 2002.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2004). Recurso de Nulidad n.º 1189-2003-Cono Norte de Lima. Lima: 4 de noviembre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Recurso de Nulidad n.º 1208-2011-Lima. Sala Penal Transitoria. Lima: 10 de agosto de 2011.
- Decreto Supremo n.º 019-2017-MTC. Decreto Supremo que aprueba el Plan Estratégico Nacional de Seguridad Vial 2017-2021. Lima: 7 de septiembre de 2017.
- Du Puit, J. (2003). Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia. En *Anuario de Derecho Penal*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons.
- Frisch, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado*. Atelier.
- Gimbernat, E. (1999). *Ensayos penales*. Tecnos.
- Hirsch, H. (2005). *Derecho penal* (t. I). Rubinzal.
- Hurtado, J. (1979). *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. CEDYS.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general* (J. Cuello y J. L. Serrano, trads.). Marcial Pons.
- Jescheck, H.-H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal* (5.^a ed.; M. Olmedo, trad.). Comares.
- Kaiser, G. (1979). *Delincuencia de tráfico y su prevención general. Estudios de psicología criminal. Investigación sobre la criminología y el derecho penal del tráfico* (vol. XIX). Espasa-Calpe.
- Kaufmann, A. (1982). La misión del derecho penal. En Mir, S., *Política criminal y reforma del derecho penal*. Temis.
- Kindhäuser, U. (1996). *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. D'Vinni Editores.
- Kindhäuser, U. (2007). *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Grijley.
- Lampe, E.-J. (2003). *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley.
- Middendorff, W. (1981). *Estudios sobre la delincuencia de tráfico. Estudios de psicología criminal* (2.^a ed., vol. XII). Espasa Calpe.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho penal. Parte general*. Euros Editores.
- Naciones Unidas (2007). *Convención sobre Circulación Vial de 1968 y Acuerdo Europeo que complementa la Convención* (versiones consolidadas en 2006).

- Olmo, R. del (1978). *Estudio criminológico de los delitos de tránsito en Venezuela*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas.
- Puppe, I. (2003). *La imputación del resultado en derecho penal*. ARA Editores.
- Rodríguez, J. (2013). *El delito imprudente: una visión funcional desde el Código Penal peruano* (2.^a ed.). Grijley.
- Roxin, C. (2006). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2.^a ed.; F. Muñoz Conde, trad.). Hammurabi.
- Roxin, C. (2010). *Derecho penal. Parte general* (t. I). Civitas.
- Roxin, C. (2012). *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. Editorial Mediterránea.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal*. Marcial Pons.
- Santa Cruz, C. (1999). *Notas sobre la interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal*. AMAG.
- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa.
- Stratenwerth, G. (1976). *Derecho penal. Parte general I* (2.^a ed.; G. Romero, trad.). Edersa.
- Villavicencio, F. (1991). Accidentes de tránsito: discurso jurisprudencial y doctrinal. *El Jurista*, (1), 53-64.
- Villavicencio, F. (2018). *Derecho penal. Parte especial* (vol. I). Grijley.



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 443-477

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.745

Los procesos judiciales restitutorios de la posesión como actos que interrumpen civilmente la usucapión. Crítica a la postura dominante en la jurisprudencia

Lawsuits for the recovery of possession as actions that civilly interrupt the usucapion. Criticism of the dominant stance in the case law

Os processos-lides para a restituição da posse como atos que interrompem civilmente a usucapião. Críticas à posição dominante na jurisprudência



JOSÉ MANUEL VILLEGAS VALENZUELA
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
(Lima, Perú)

Contacto: jose.villegas@minjus.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0001-5663-3865>

RESUMEN

En el presente artículo, el autor realiza un estudio crítico a la postura dominante en la jurisprudencia nacional, con relación a la usucapión, que sostiene que el inicio de procesos judiciales y el envío

de cartas notariales dirigidas al usucapiente son actos que afectan la pacificidad de la posesión. Para dicho propósito, desarrolla un análisis en detalle respecto de algunas propuestas interpretativas que se han planteado sobre el tema. Tras ello, concluye que dichas hipótesis no afectan la pacificidad y que solo los procesos judiciales destinados a ordenar la restitución del bien califican como actos interruptores de la usucapión.

Palabras clave: usucapión; interrupción; posesión; prescripción adquisitiva; pacificidad.

Términos de indización: tenencia de la tierra; procedimiento legal; teoría legal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In this article, the author critically studies the main stance in Peru's case law, in relation to the usucapion which sustains that the initiation of lawsuits and the submittal of letters recorded by a civil law notary public to the person incurring in cases of usucapion are actions that affect the undisturbed and full possession of the property. To this effect, the author makes an in-depth analysis of some of the interpretations proposed on the subject. Subsequently, he concludes that such hypotheses do not affect the undisturbed and full possession of the property and that only those lawsuits designed to order the recovery of the property qualify as actions that interrupt the usucapion (adverse possession).

Key words: usucapion; interruption; possession; adverse possession; undisturbed and full possession.

Indexing terms: land tenure; legal procedure; legal theory (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

No presente artigo, o autor faz um estudo crítico da posição dominante na jurisprudência nacional, em relação à usucapião, que assinala que a instauração de processos-lides e o envio de cartas notariais dirigidas ao usucapiente são atos que afetam a pacificidade da posse. Para este fim, realiza uma análise detalhada de algumas das propostas interpretativas que foram apresentadas sobre o assunto. Conclui então que estas hipóteses não afetam a pacificidade e que somente os processos-lides destinados a ordenar a restituição do bem qualificam como atos de interrupção da usucapião.

Palavras-chave: usucapião; interrupção; posse; prescrição aquisitiva; pacificidade.

Termos de indexação: posse da terra; procedimento jurídico; teoria jurídica (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 14/02/2023

Aceptado: 29/05/2023

Revisado: 14/04/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
mjimenezm2@derecho.unam.mx
<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

Enrique Varsi-Rospigliosi (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
euarsir@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de prescripción adquisitiva de dominio de inmuebles es uno de los que más aparece en las sentencias casatorias que se publican mensualmente en *El Peruano*. Ello porque en nuestra sociedad, como en muchas otras partes del mundo, los inmuebles tienen un enorme valor que subyace, en esencia, en el ejercicio de las facultades que son inherentes a la propiedad, como son usar, disfrutar y disponer los bienes.

Así, es normal que en esta clase de procesos se analice si el propietario originario ha realizado actos para recuperar el bien que es materia de usucapión. Esto es así, pues es fundamento de la prescripción adquisitiva castigar de algún modo la inercia del propietario originario, y favorecer al sujeto que ha tenido un comportamiento dominial sobre el bien. Por ello, es crucial determinar, precisamente, qué efectos van a tener dichos actos de levantamiento de inercia frente al plazo prescriptorio que va ganando el poseedor usucapiente. Sin embargo, en el estado actual de cosas, no parece haber un consenso en criterios interpretativos, por ejemplo, en si esos actos afectan la pacificidad (que es un requisito para usucapir) o si califican como actos de interrupción (que, como tales, estarían dirigidos a afectar la continuidad de la posesión).

Ahora bien, pese a los intereses en juego en este tipo de procesos, llama poderosamente la atención que, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, publicado hace algunos meses, no haya una sola propuesta normativa dirigida a regular cuál es la calificación jurídica de dichos actos y su funcionalidad intrínseca. En efecto, no propone en absoluto la incorporación de la interrupción civil en el libro de derechos reales, o cuando menos una norma remisiva al libro de prescripción y caducidad.

En este escenario, sin embargo, podría alegarse que la hipótesis analizada en el presente trabajo de investigación constituye una discusión bizantina, que no reviste relevancia alguna de cara

al proceso de prescripción adquisitiva de dominio, pues sea que se asuma una u otra tesis, el efecto es el mismo: que no se compute el plazo prescriptorio. No obstante, como será desarrollado en las siguientes líneas, demostraremos que hay más de una diferencia importante en su funcionalidad, que incide ostensiblemente, sobre todo, en la situación jurídica del usucapiente.

Por dichas razones, el presente trabajo de investigación pretende brindar una propuesta interpretativa sobre la calificación de dichos actos en los procesos de prescripción adquisitiva. En pureza, busca determinar si el inicio de procesos judiciales y la notificación de cartas notariales, por las que se pide la restitución del bien, son actos que afectan la pacificidad del bien, o si, por el contrario, interrumpen civilmente el plazo prescriptorio.

Así, en un primer momento, se expondrá el estado de la cuestión en la jurisprudencia, a efectos de determinar cuál es la postura dominante en las sentencias casatorias de la última década. En un segundo momento, se analizará lo concerniente a la pacificidad de la posesión, a fin de determinar si ella es compatible con la hipótesis analizada. En un tercer momento, se analizará lo referente a la interrupción de la usucapión, nos detendremos en determinar, en primer lugar, si es posible aplicar la interrupción civil para la prescripción adquisitiva en nuestro ordenamiento jurídico y si ella es compatible con cada una de las hipótesis que son materia de análisis.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Para el análisis de los criterios asumidos en la jurisprudencia sobre la cuestión que es materia de investigación en el presente artículo, hemos tomado como muestra las casaciones emitidas en la última década, de acuerdo con el año en que ingresaron a la Corte Suprema. No tomaremos las de la década anterior, por no ser relativamente

recientes, y porque en ellas el criterio asumido es, en su mayoría, la tesis de la afectación de la pacificidad. A guisa de ejemplo, se tienen las Casaciones n.º 2092-1999-Lambayeque, n.º 1371-2000-Tacna, n.º 1126-01-La Libertad, n.º 1298-01-Ucayali, n.º 453-2003-Cono Norte, n.º 1103-2005-La Libertad, n.º 4913-2009-Huánuco, n.º 4919-2009-Lambayeque, n.º 796-2010-Cajamarca, n.º 1750-2010-Arequipa, n.º 1869-2010-Lima Norte, n.º 2627-2010-La Libertad, n.º 4112-2010-Lima, entre otras.

Así, por un lado, tenemos un primer grupo de casaciones en las cuales la Corte Suprema ha sostenido que el envío de cartas notariales y el inicio de procesos judiciales afectan la pacificidad de la posesión. Como ejemplos de ello tenemos la Casación n.º 4340-2012-Lambayeque, en la que se sostuvo que

la posesión «pacífica» debe ser entendida como aquella que se ejerce sin perturbación ni cuestionamiento alguno, es decir, en total armonía y con la tácita aprobación y aceptación de los demás integrantes de la sociedad, sin que sea perturbada, en los hechos y en el derecho, ya que la posesión deja de ser pacífica cuando judicialmente se requiere la desocupación. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013, f. j. noveno)

Asimismo, en la Casación n.º 4264-2013-Lima: «la posesión pacífica es aquella que no se obtuvo por la fuerza, ni está afectada de vicio de violencia y que no es objetada judicialmente en su origen» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015a, f. j. décimo tercero). Así también, la Casación n.º 1448-2015-Lima, en la que se señaló que «se aprecia la existencia entre las partes de procesos judiciales [...], no acreditándose la posesión pacífica alegada por los recurrentes» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018c, considerando sexto). Además, la Casación n.º 3012-2015-Lambayeque, en la que expresamente se indica que «la Corte

Suprema ya ha señalado en reiteradas oportunidades que el inicio de procesos judiciales en que se discuta sobre la posesión del bien rompe con el requisito de pacificidad» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, f. j. décimo primero). Igualmente, la Casación n.º 3149-2016-Lima, en la que se sostuvo que

el requisito de pacificidad como presupuesto para acreditar la acción por Prescripción Adquisitiva de Dominio, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; siendo de considerar que dicho precepto legal se vulnera cuando aparece de autos que la posesión ha sido cuestionada a través de algún proceso judicial [...]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018b, f. j. décimo noveno)

Asimismo, la Casación n.º 4753-2016-Ventanilla, en la que se repite textualmente el fundamento señalado en la casación anterior. De otro lado, se tiene la Casación n.º 4754-2017-Loreto, en la que se indicó expresamente que

en autos obran otros elementos que dan cuenta de la fractura del requisito de la pacificidad; tal es así, que con fecha siete de agosto de dos mil doce, [...] quien se irroga la propiedad del inmueble *sub litis*, remitió una carta notarial a la demandada, exigiéndole la desocupación de dicho bien. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017a, f. j. noveno)

Entre otras casaciones recientes en las que la Corte Suprema ha sostenido, tangencialmente, esta postura.

Por otro lado, tenemos un segundo grupo de casaciones en las que la Corte Suprema ha sostenido que dichos actos no afectan la pacificidad de la posesión, las cuales se pueden dividir en tres

grupos: (i) las que consideran expresamente que la remisión de cartas notariales y el inicio de procesos judiciales son causales de interrupción civil de la posesión; (ii) las que niegan que dichos actos afecten la pacificidad, pero no afirman que constituyan actos de interrupción civil; y (iii) las que niegan que dichos actos afecten la pacificidad y niegan que constituyan actos de interrupción civil.

Como ejemplo del primer caso, tenemos la Casación n.º 2434-2014-Cusco, en la que se indica expresamente que

la pacificidad no se afecta por la remisión de cartas notariales o el inicio de procesos judiciales, pues ellos no constituyen actos de violencia física o moral que supongan que el inmueble se retiene por la fuerza. Tales actos, por tanto, no perjudican la pacificidad; son, en cambio, actos de interrupción de la prescripción, y así deben ser entendidos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015b, f. j. 4.3)

El mismo fundamento es asumido en la Casación n.º 1064-2015-Lima.

Como ejemplo del segundo caso, tenemos, aunque tangencialmente, lo sostenido en la Casación n.º 103-2017-Lima, en la que se afirmó lo siguiente:

La Instancia de Mérito ha incurrido en motivación deficiente, específicamente motivación insuficiente, pues indica que con el proceso sobre desahucio por falta de pago de arriendos (que obra como acompañado) se acredita que la posesión de la demandante no fue pacífica ni a título de propietaria, sin expresar el razonamiento que sustenta tal conclusión, no precisa [...] porqué [sic] un proceso judicial sobre desahucio por falta de pago, que culminó con abandono [...] afecta la pacificidad de la posesión. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018a, f. j. décimo primero)

Asimismo, en la Casación n.º 3070-2016-Arequipa, se señaló que

la posesión pacífica no se afecta por el inicio de procesos judiciales (procesos de desalojo), pues ellos no constituyen actos de violencia física o moral que supongan que el inmueble se retiene por la fuerza, pues ellos se encuentran dirigidos a cuestionar el derecho de posesión, que no perjudican la posesión de hecho. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017b, f. j. noveno)

Finalmente, como ejemplo del tercer grupo, se tiene la Casación n.º 1219-2017-Ucayali, en la que se afirma que

Décimo: [...] nuestro ordenamiento civil ha desconocido la figura denominada «interrupción civil». El plazo de prescripción se interrumpe —en nuestro país— cuando el poseedor es privado de la posesión del bien; esta forma de interrupción se conoce como interrupción natural.

Décimo primero: En cuanto a la posesión pacífica, el referido pleno señala que ella se da «cuando el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza». En esa línea interpretativa, la posesión pacífica nada tiene que ver con que no se controvierta la posesión [...]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017c)

De todo ello, y sumado a que las casaciones anteriores a las citadas se han decantado en su mayoría por la tesis de la afectación de la pacificidad, cabe concluir que esta constituye (aún) el criterio dominante en la jurisprudencia.

3. NUESTRA POSICIÓN: SOLO LOS PROCESOS JUDICIALES RESTITUTORIOS DE LA POSESIÓN CALIFICAN COMO ACTOS DE INTERRUPCIÓN CIVIL DEL PLAZO PRESCRIPTORIO

Adelantamos que nuestra posición estriba en sostener que solo los procesos judiciales por los que se ordena la restitución de la posesión al usucapiente califican como actos de interrupción civil del plazo prescriptorio. Esto es, vienen incluidos procesos judiciales civiles como la reivindicación, el desalojo, el interdicto de recobrar, o constitucionales como el amparo, pero también procesos penales como la usurpación. Con ello, además, sostenemos que queda excluida la posibilidad de que las cartas notariales y demás actos extrajudiciales como la invitación a conciliar (sin acuerdo) interrumpan civilmente la prescripción.

3.1. Sobre la pacificidad de la posesión: ¿es vinculante el fundamento 44 del Segundo Pleno Casatorio?

Uno de los requisitos legales para que la posesión sea hábil a efectos de usucapir el bien, es que esta sea pacífica. Posesión pacífica significa, en esencia, que está exenta de violencia¹. ¿Y qué debe entenderse por posesión violenta? Al respecto, compartimos lo señalado por doctrina nacional, que considera que la posesión violenta es una

posesión que se encuentra inmersa en disputas constantes, las que determinan que el bien pase recurrentemente de manos de unos a favor de otros (quienes son despojados hoy recuperan el bien mañana y pasado mañana lo vuelven a perder), no es una posesión pacífica, por lo cual todo el tiempo durante el cual se desarrollen estos continuos despojos no sumarán para el plazo prescriptorio. (Pasco, 2017, p. 109)

1 Véase Lacruz et al. (2005, p. 77). Asimismo, Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017, p. 86).

Nótese entonces que la primera conclusión que tenemos de la posesión violenta (que es la antítesis de la posesión pacífica), es que esta se produce cuando la posesión se mantiene por vías de hecho, esto es, por la fuerza. Así, mientras perdure dicho conflicto material de la posesión, no se computará el plazo prescriptorio para obtener la propiedad por usucapión, sino solo cuando esta haya cesado. Ello no contradice lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil, que prevé que si el poseedor despojado recupera la posesión dentro de un plazo de un año, la posesión se interrumpe, pues como vamos a ver más adelante, la interrupción es una circunstancia que afecta la continuidad, mas no la pacificidad. En consecuencia, puede existir continuidad en la posesión, sin que exista necesariamente pacificidad en ella.

En esa línea argumentativa, en el Segundo Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema ha asumido la posición de Manuel Albala-dejo (2004), al señalar, en su fundamento 44, literal b, que la posesión pacífica

se dará cuando el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que aún obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas. (p. 69)

Nótese, además, que en el mismo camino viene redactado el artículo 58, numeral 58.2, del Decreto Supremo n.º 006-2006-VIVIENDA, mediante el cual se aprobó el Reglamento del Título I de la Ley n.º 28687, referido a la «Formalización de la propiedad informal de los terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares», en el cual se indica que

Para declarar la propiedad por Prescripción Adquisitiva de Dominio a que se refiere el presente Reglamento, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

[...]

58.2. Ejercer la posesión pacífica, es decir, *exenta de violencia*, de manera *que la continuidad de la posesión se haya basado en circunstancias que no impliquen el uso de la coacción o la fuerza*, independientemente de la forma como se originó la ocupación. *Si la posesión se originó en forma violenta, el plazo prescriptorio comenzará a computarse desde la cesación de los actos violentos* [énfasis añadido].

Este mismo texto también aparece consignado en el artículo 40, inciso 2, del Decreto Supremo n.º 032-2008-VIVIENDA, mediante el cual se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1089, Decreto Legislativo que Establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

No obstante, pese a la literalidad del mencionado fundamento del Segundo Pleno Casatorio, y dado que este no constituye *ratio decidendi*²—en tanto no contiene los argumentos que han servido de fundamento para emitir la regla vinculante del pleno—, en diversas casaciones, y con posterioridad al pleno casatorio citado, la Corte Suprema ha creado un tipo adicional de violencia para la usucapión: la violencia moral. Concepto que aunque no viene definido en las casaciones citadas al inicio del presente artículo, debe entenderse como intimidación³, que aplicado a la

2 Con justa razón, Lama More (2012) ha señalado lo siguiente: «La Corte Suprema de Justicia, con buen criterio ha expuesto en forma ordenada varios conceptos importantes en materia de derechos reales —propiedad, posesión y otras instituciones afines— que no constituyen en estricto la *ratio decidendi* —o *holding*—» (p. 45).

3 Ello se desprende de la clasificación que la doctrina hace del concepto «violencia», como vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del acto jurídico. Así,

usucapión significa que el propietario originario hace una amenaza al usucapiente de utilizar la fuerza para despojarlo de la posesión.

No obstante ello, esa parecería no ser la conclusión a la que habría arribado un sector de la jurisprudencia. Si se revisa la Casación n.º 3149-2016-Lima, aparentemente comprendería a la violencia moral como un concepto distinto a las «amenazas de fuerza», al señalar que «posesión pacífica es aquella que se obtiene sin violencia alguna, esto es, que no es adquirida por vías de hecho, acompañadas de *violencias materiales o morales, o por amenazas de fuerza* [énfasis añadido]» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018b, f. j. décimo octavo).

Sumado a ello, existe un sector de la doctrina que considera que la posesión pacífica «no solo debe entenderse como una posesión privada de violencia [...] sino además como el ejercicio de una posesión que no es discutida o controvertida judicialmente» (Lama, 2012, p. 48)⁴. Esto es, se amplía el concepto de lo que debe

Cesare Massimo Bianca (2007) indica que «tradicionalmente se diferencia entre violencia física y **violencia moral**; la primera se manifestaría en una coacción material que hace inocua, completamente, la voluntad del sujeto con miras al contrato. **La segunda actuaría, por el contrario, sobre la voluntad de la víctima, para inducirla a estipular el contrato y evitar el mal amenazado** (empujado por la amenaza, el sujeto presta su propio consentimiento)» (pp. 678-679). En doctrina nacional, Vidal Ramírez (2016) ha señalado que «bajo la genérica denominación de violencia se da comprensión tanto a la violencia física, llamada simplemente violencia, como a la violencia moral, llamada intimidación en nuestro Código Civil» (p. 284). Así también, Torres Vásquez (2007) ha apuntado que en las fuentes romanas, la violencia moral o *vis compulsiva*, llamada intimidación, «consiste en una coacción psicológica debida [sic] a la *amenaza de sufrir un mal injusto* [énfasis añadido], el cual genera temor» (p. 726).

- 4 En la misma línea, Tantaleán Odar (2012) ha manifestado que «el otro requisito de la posesión a fin de usucapir es que ella se desenvuelva de modo pacífico, o sea de manera inalterable sin agitaciones» (p. 103). Así también, Ninamancco Córdova (2018) ha indicado que «si el todavía propietario manda un requerimiento extrajudicial al poseedor, está afectándose el carácter pacífico del mismo, pues está provocando una controversia» (p. 237).

entenderse por posesión violenta, exigiendo tan solo que sea una posesión controvertida, lo cual naturalmente podría ocurrir por procesos judiciales o actos extrajudiciales en los que se pida la restitución del bien a cargo del titular originario.

Sobre este punto, Lama More (2012) ha afirmado lo siguiente:

¿Qué sucede en nuestro país cuando el poseedor es emplazado judicialmente con una demanda en la que se controvierta el derecho posesorio sobre el bien? En tal caso, si bien no se interrumpe el plazo de prescripción, creo que lo que habría sucedido es que la posesión ha dejado de ser posesión pacífica [énfasis añadido]; por ello debe entenderse que el requisito de ejercer posesión pacífica no solo debe entenderse como una posesión privada de violencia —como indebidamente se sostiene en la presente sentencia de casación [la del Segundo Pleno Casatorio]—, sino además como el ejercicio de una posesión que no es discutida o controvertida judicialmente. (p. 48)

Entonces, ¿es correcto asumir dicha posición?, ¿se vulnera la pacificidad cuando se remiten cartas notariales o se interponen demandas en las que se pida la restitución del bien contra el usucapiente? Creemos que la respuesta correcta es la negativa⁵. Para sustentar ello, compartimos la posición de Gonzales Barrón (2013), quien señala lo siguiente:

Por lo demás, la posesión es un hecho, por lo que la pacificidad —como condición de aquella— solo puede referirse a los hechos posesorios. Por tanto, es un contrasentido que la pacificidad pretenda referirse a los derechos, que no viven en el mundo de la realidad material, sino de la abstracción. (p. 973)

5 En la doctrina italiana, se considera que el inicio de procesos judiciales no vulnera la pacificidad de la posesión. Al respecto, véase Capezzuto (2008, pp. 440-ss.).

Asimismo, agrega lo siguiente:

La posesión tiene como fundamento antitético «la posesión violenta». Pues bien, ningún forzamiento del lenguaje hace admisible sostener que la interposición de una demanda judicial convierte al poseedor en «violento». Por el contrario, el acto judicial denota que el conflicto se resuelve dentro del marco de la institucionalidad, es decir, alejado de la violencia. (Gonzales, 2013, p. 973)

En efecto, creemos que el problema comienza por la licencia gratuita que se ha tomado la doctrina al interpretar el término pacífico, sin atender a la naturaleza jurídica de aquello a lo que se le está atribuyendo dicha naturaleza pacífica, que es la posesión. Con mayor razón aquí debe recordarse que la posesión, en sí misma, no constituye un derecho, sino un hecho jurídico⁶, es decir, un acontecimiento de la realidad que tiene relevancia jurídica, que da lugar a consecuencias jurídicas. Y es en el plano de los hechos (plano fáctico) que debe entenderse el concepto «pacífico», y con mayor razón, el concepto «violento». Por ello, nos parece acertado lo señalado en la Casación n.º 3070-2016-Arequipa: «la posesión pacífica no se afecta por el inicio de procesos judiciales (procesos de desalojo) [...] pues ellos se encuentran dirigidos a cuestionar el derecho de posesión, que no perjudican la posesión de hecho» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017b, f. j. noveno).

Con base en ello, es forzoso concluir, con mediana claridad, que las cartas notariales y los procesos judiciales dirigidos a pedir la restitución del bien no califican como acto de violencia física, en tanto por sí solos no generan perturbación en la posesión dirigida al despojo que dé lugar a que el usucapiante retenga por la fuerza el bien. Tampoco es posible subsumirlos como actos de violencia

6 Al respecto, revítese Gonzales Barrón (2010, pp. 135-138).

moral, puesto que no suponen, en estricto, intimidación o amenaza de fuerza de recobrar la posesión del bien, esto es, por vías de hecho. Por el contrario, como ha sido señalado por doctrina nacional, refiriéndose a los procesos judiciales, estos «son la forma más pacífica de resolver los conflictos» (Berastain, 2010, p. 241), criterio que, por lo demás, ha sido recogido en la Casación n.º 1219-2017-Ucayali.

Ahora bien, en cuanto a la funcionalidad de esta tesis, cabe señalar que si se asume la tesis de la afectación de la pacificidad, es forzoso concluir que mientras dure el proceso judicial, no se computará el plazo prescriptorio, pues durante toda la tramitación del proceso existiría violencia en la posesión, por haber permanecido controvertida. Al respecto cabe recordar el criterio señalado en el fundamento 44 del Segundo Pleno Casatorio, en el que se ha indicado que «aún obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2008).

Así, si se sigue la tesis de que los procesos judiciales afectan la pacificidad, tendríamos que llegar, necesariamente, a la conclusión de que durante toda la tramitación del proceso hubo violencia, incluso si la demanda del propietario originario fue declarada infundada por el juez. Igualmente, la misma consecuencia tendría que seguirse si el propietario originario se hubiera desistido del proceso, o si se ha declarado el abandono (*v. gr.* en el desalojo) —como ocurrió en la Casación n.º 103-2017-Lima—, cuyo período de violencia se extendería hasta la fecha en que fue notificada la resolución que tuvo por desistido el proceso o que haya declarado el abandono de este, dado que no existe regla alguna que señale que la pacificidad, en los casos citados, se retrotraiga hasta la fecha de emplazamiento con la demanda.

De otro lado, la tesis de la afectación de la pacificidad no responde con claridad cómo actos extrajudiciales como la notificación

de una carta notarial afectarían la pacificidad de la posesión, pues ¿qué ocurriría si la carta notarial es notificada una sola vez en todos los diez años de posesión (para la prescripción extraordinaria)?, ¿acaso podría sostenerse que la «violencia» continuará indefinidamente hacia el futuro?, ¿habría cesado la violencia después de que fue notificada la carta notarial? Ciertamente, por lo referido en los párrafos anteriores, tendríamos severas dificultades para darle una funcionalidad adecuada.

Más aún, si a esta tesis se le agrega la otra que considera que la interrupción civil no está regulada en nuestro ordenamiento civil⁷, estaríamos impedidos de concluir que la notificación de la carta notarial habría interrumpido el plazo prescriptorio, pues los actos interruptores afectan la continuidad de la posesión, la cual, en el presente caso, materialmente no ha cesado; al contrario, continúa (material y fácticamente) sin intermitencias, por no constituir una causal de interrupción natural, que sí está reconocida en el artículo 953 del Código Civil.

Por las consideraciones expuestas, nos parece acertada la postura a la que se arribó en las casaciones n.º 2434-2014-Cusco y n.º 1064-2015-Lima, que expresamente señalan que las cartas notariales y el inicio de procesos judiciales no afectan la pacificidad de la posesión, aunque adelantamos que, sin perjuicio de ello,

7 Véase Lama (2012, p. 47). Por lo demás, cabe señalar que este criterio es asumido en la Casación n.º 3149-2016-Lima, en la que se indica lo siguiente: «El profesor Lama More, comentando sobre la norma en referencia, sostiene que *en materia de prescripción adquisitiva de propiedad, solo se encuentra regulado* —en el artículo 953 del Código Civil—, *la interrupción natural mas no la interrupción civil* [énfasis añadido], por cuya razón, el plazo de prescripción no se interrumpirá cuando exista citación judicial contra el poseedor; de lo que se razona en consecuencia que la posesión del emplazado seguirá teniendo la característica de posesión continua aun cuando el poseedor sea citado judicialmente con una demanda en la que un tercero o el propietario le requiera con la entrega del bien o someta ante el juez su derecho a poseer el bien. [...]».

consideramos que solo el inicio de procesos judiciales destinados a provocar la restitución del bien califica como actos de interrupción civil, mas no así la remisión de cartas notariales. Ello será desarrollado en el siguiente acápite.

3.2. Sobre la interrupción civil de la posesión: ¿es posible aplicarla en nuestro ordenamiento civil?

Otro de los requisitos que debe tener la posesión para ser hábil a la usucapión, es que debe ser continua, lo cual significa «mantener en forma constante el control sobre el bien, por lo menos de modo potencial, con posesión inactiva (control del bien, pero no disfrute), sin interferencia de terceros» (Gonzales, 2021, p. 213). Al respecto debe resaltarse que la existencia de la posesión continua, esto es, sin intermitencias, no significa que el poseedor deba permanecer en todo momento sobre el bien, pues ello sería imposible. Nótese que el artículo 904 del Código Civil señala que «se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera».

En esa línea argumentativa, en el fundamento número 44, literal a, del Segundo Pleno Casatorio, se señala que la continuidad de la posesión

es la que se ejerce sin intermitencias, es decir, sin solución de continuidad, lo cual no quiere decir que nuestra legislación exija la permanencia de la posesión, puesto que se pueden dar actos de interrupción como los previstos por los artículos 904° y 953° del Código Civil, que vienen a constituir hechos excepcionales, por lo que, en suma, se puede decir que la posesión continua se dará cuando esta se ejerza a través de actos posesorios realizados en la cosa sin contradictorio alguno, durante todo el tiempo exigido por ley.

De esta manera, así como es exigida la continuidad de la posesión para adquirir la propiedad por usucapión, existen actos dirigidos precisamente a cortar esa continuidad, a darle solución a ella. Estos son los actos de interrupción de la usucapión. Por lo demás, nótese que según la Real Academia de la Lengua Española (s. f.), interrumpir significa «cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo».

En doctrina se reconoce dos tipos de interrupción: una provocada por causas fácticas o naturales (interrupción natural) y otra provocada por causas civiles o jurídicas (interrupción civil) (véase Pasco, 2017, p. 110).

En nuestro ordenamiento jurídico, la primera de ellas está regulada en el artículo 953 del Código Civil, que señala que «se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye». Es decir, de ello se desprende que se interrumpe el plazo prescriptorio si el poseedor deja de poseer el bien; sin embargo, también plantea un supuesto de ineficacia retroactiva de la interrupción, que está supeditado a que recupere la posesión en el plazo de un año (que es el plazo prescriptorio del interdicto de recobrar) o que, habiendo interpuesto una demanda interdictal, dentro del plazo de un año, se ordene la restitución de la posesión.

Con relación a la interrupción civil, nuestro ordenamiento jurídico no tiene reglas específicas para la prescripción adquisitiva, sino tan solo contiene reglas para la prescripción extintiva, que aparecen en el artículo 1996 del Código Civil. En este contexto, ha surgido la duda respecto a si dichas reglas pueden ser aplicadas por analogía para la prescripción adquisitiva de dominio. En otros ordenamientos jurídicos del *civil law*, esta causal viene configurada, entre otras, con la citación o notificación de la demanda al

usucapiente: ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 1945 del Código Civil español⁸, entre otros.

Sobre ello, cabe señalar que Lama More (2012) refiere lo siguiente:

En nuestro país, en materia de prescripción adquisitiva de propiedad, solo se ha regulado —en el artículo 953 del Código Civil— la interrupción natural [...]

No se ha regulado en nuestro ordenamiento civil la —interrupción civil—, en consecuencia, el plazo de prescripción no se interrumpe cuando hay citación judicial contra el poseedor.

Por lo que *la posesión del emplazado seguirá teniendo la característica de posesión continua, aun cuando el poseedor sea citado judicialmente con una demanda en la que un tercero o el propietario le requiera con la entrega del bien o someta ante el juez su derecho a poseer el bien [énfasis añadido]*. Por ello resulta inexacto afirmar que la posesión será continua —cuando esta se ejerza a través de actos posesorios realizados en la cosa, sin contradictorio alguno (...)— como se indica en la presente sentencia de casación; pues como se indica, no obstante la ausencia de regulación en materia de interrupción civil, nuestro ordenamiento asegura la continuidad de la posesión aun con la existencia de contradictorio formulado por un tercero; todo ello en tanto no sea privado de la posesión del bien. (p. 47)

Al respecto, nos permitiremos discrepar con esta postura doctrinal. En primer lugar, cabe referir que el hecho de que no exista una norma que disponga la aplicación supletoria de las reglas de la

8 Código Civil Español. «Artículo 1945.- La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente».

prescripción extintiva —como sí lo tenía el Código Civil de 1936⁹—, no significa que, ante la existencia de esta laguna normativa, no se puedan aplicar los métodos de integración de la norma jurídica, uno de los cuales es la analogía.

Ahora bien, la analogía puede definirse como

aquel razonamiento o procedimiento lógico que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho puede superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa (denominadas lagunas de derecho o del ordenamiento jurídico) haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un caso «similar». (Caiani, 1958, p. 349)

Asimismo, la doctrina española señala que esta consiste en «aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar» (Díez-Picazo y Gullón, 1982, p. 212).

Operativamente, entonces, el procedimiento analógico supone asignarle la consecuencia jurídica de una norma base a un hecho que es similar al supuesto normativo de aquella. Para ello, entonces, se requiere la concurrencia de tres presupuestos:

(i) Ninguna norma contempla de una manera directa el caso planteado; (ii) hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso; y (iii) hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir. (Espinoza, 2005, p. 184)

Dicho esto, corresponderá determinar si existe semejanza entre las instituciones jurídicas de la prescripción extintiva con la

9 Código Civil de 1936. «Artículo 876.- Rige en esta prescripción las reglas establecidas para la extintiva en cuanto sean aplicables».

prescripción adquisitiva, a efectos de poder aplicarle las causales de interrupción reguladas en el artículo 1996 del Código Civil¹⁰.

Al respecto, cabe mencionar que entre ambas instituciones jurídicas hay una marcada similitud, toda vez que tanto en la prescripción extintiva como en la adquisitiva

el paso del tiempo determina una transformación jurídica de un estado de hecho o de derecho. En el caso de la prescripción adquisitiva la transformación se da sobre un estado de hecho y determina la constitución o nacimiento de un derecho (la propiedad, en la mayoría de los casos). En el caso de la prescripción extintiva la transformación se da sobre un estado de derecho (la existencia de un derecho de crédito), produciendo su extinción¹¹. (Pasco, 2017, p. 111)

En ese orden de ideas, debe concluirse que pese a que

nuestro Código Civil, por el contrario, ha optado por establecer un tratamiento normativo diferenciado para cada una de ellas, [...] ello no es óbice para integrar el régimen legal de la prescripción adquisitiva con las reglas establecidas para la prescripción adquisitiva. (Tantaleán, 2012, pp. 111-112)

10 Partimos por señalar que Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017) refieren que «la interposición de una demanda contra el poseedor tampoco hace que su posesión deje de ser pacífica. Posesión pacífica es un tema diferente a la interrupción de la posesión. *Cuando se cuestiona judicialmente la posesión del poseedor, se interrumpe su posesión (artículo 1996º, inciso 3, del Código Civil)* [énfasis añadido], pero ello no implica que deje de ser pacífica» (p. 86).

11 En la misma línea argumentativa, Tantaleán Odar (2012) señala que «es medianamente conocido que *la prescripción tanto extintiva como la adquisitiva, pese a estar reguladas en partes distintas en nuestra codificación, se sustentan en los mismos fundamentos objetivos: en esencia el decurso temporal* [énfasis añadido]. Así las cosas, no es del todo descabellado aplicar supletoriamente la regulación de la prescripción extintiva a la usucapión» (p. 102).

Cabe precisar, además, que la conclusión anterior no contraviene lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que señala que «la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía», toda vez que, en primer lugar, las normas sobre interrupción de la prescripción extintiva son de carácter general, aplicables a todos los casos de prescripción. En segundo lugar, no son normas que restringen derechos, pues con su ejercicio, por el contrario, se permite que el accionante pueda pedir la tutela de su derecho o interés ante un órgano jurisdiccional, sin riesgo de que se ampare la invocación de vencimiento del plazo de prescripción realizado por el demandado.

Corresponderá ahora analizar si, en concreto, las causales de interrupción previstas en el artículo 1996 del Código Civil guardan semejanza con los supuestos de hecho que se pretenden subsumir en dicha norma base. Por razones de objeto de la investigación, solamente desarrollaremos lo referido a las causales previstas en los incisos 2 y 3 del mencionado artículo, a efectos de determinar, en primer lugar, si la notificación de las cartas notariales y los procesos judiciales interrumpen civilmente la usucapión.

a) Sobre la aplicación analógica del artículo 1996, inciso 2, del Código Civil a las cartas notariales y otros actos extrajudiciales en los que se solicita la restitución del bien

En doctrina se ha señalado que nos encontraríamos en este supuesto cuando «el propietario [...] requiere la entrega del bien al poseedor sin derecho» (Mejorada, 2021, p. 277). Asimismo, se ha señalado que

si el todavía propietario manda un requerimiento extrajudicial al poseedor, [...] tal requerimiento afecta el carácter continuo de la posesión, pues la continuidad implicaría que no haya «contradictorio alguno, durante todo el tiempo exigido por ley» (fundamento 44 de la sentencia del II PCC); y [...]

la capacidad que tiene el requerimiento extrajudicial para impedir el perfeccionamiento de la usucapión, se justificaría vía aplicación analógica del artículo 1996.2 del Código Civil. Sea cual sea la razón, lo cierto es que el requerimiento extrajudicial puede frustrar la prescripción adquisitiva de dominio. (Ninamancco, 2018, p. 237)

Sobre estas posiciones esbozadas en la doctrina, debemos manifestar nuestra discrepancia. Desde nuestra postura, las cartas notariales y demás actos extrajudiciales de requerimiento de la restitución del bien (*v. gr.* una invitación a conciliar sin acuerdo) no interrumpen el plazo prescriptorio de la usucapión por dos razones: (i) porque no es posible aplicar analógicamente el artículo 1996, inciso 2, del Código Civil, por faltar el presupuesto de la semejanza con el supuesto de hecho de dicha norma; y (ii) porque carecen de la idoneidad para privar materialmente del poder de hecho sobre la cosa.

No es posible aplicar analógicamente el artículo 1996, inciso 2, del Código Civil (intimación para constituir en mora al deudor), toda vez que la causal señalada presupone la existencia de una relación jurídica entre los sujetos, situación que, al menos en la prescripción adquisitiva extraordinaria no se presenta¹². De esta manera, si bien es cierto que la intimación en mora supone un requerimiento del cumplimiento de una obligación (art. 1333 del Código Civil), ello no puede aplicarse analógicamente, al no existir similitud con el requerimiento de restitución del bien que pueda hacer el propietario originario, toda vez que en este último caso, en la prescripción extraordinaria, no hay una relación jurídica entre ellos, mucho menos una obligación contractual o legal por la que sea exigible la restitución del bien.

12 Esta postura es seguida en Italia por los profesores Sacco y Caterina. Al respecto, véase Sacco y Caterina (2000, p. 506).

Sumado a ello, consideramos que las cartas notariales no interrumpen civilmente la posesión, puesto que

para efectos de considerar un acto (del propietario) idóneo para interrumpir la usucapión, este debe ser capaz de privar materialmente de la posesión del bien. Siendo esto así, mal se haría en atribuir eficacia a actos distintos que no lleven implícita esta finalidad, pues solo [a] través de estos actos se puede manifestar la voluntad (inequívoca) de conservar el derecho. (Bautista, 2016, párr. 14)

De esta manera, las cartas notariales no pueden interrumpir el plazo prescriptorio, ya que carecen de la idoneidad para privar materialmente del poder de hecho sobre la cosa, idoneidad que sí ostentan, al menos potencialmente, los procesos judiciales destinados a ordenar la restitución del bien.

En el derecho italiano, por ejemplo, un desarrollo sobre las características que deben tener los actos interruptores de la usucapión ha sido realizado en la *Cassazione* n.º 18095/2014, en la que se ha señalado lo siguiente:

No se permite atribuir eficacia interruptiva de la posesión si no a actos que comporten, para el poseedor, la pérdida material del poder de hecho sobre la cosa, o a actos judiciales, como dirigidos a obtener «*ope iudicis*» la privación de la posesión con respecto al poseedor usucapiente, porque elemento esencial del supuesto de hecho de la usucapión es la posesión, cual poder de hecho sobre la cosa, continuado e ininterrumpido¹³. (Bautista, 2016, párr. 20)

13 *Cassazione* n.º 18095/2014:

«2.1. Il motivo è infondato

[...] *non è consentito attribuire efficacia interruttiva del possesso se non ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa, oppure*

En la misma línea argumentativa, en la *Cassazione* n.º 23255/2016 se ha señalado que

los actos de intimación y de puesta en mora son idóneos para interrumpir la prescripción de los derechos de obligación, pero no también el plazo para usucapir, pudiéndose ejercer la posesión incluso en abierto y declarado contraste con la voluntad del titular del derecho real¹⁴.

b) Sobre la aplicación analógica del artículo 1996, inciso 3, del Código Civil a los procesos judiciales en los que se ordene la restitución del bien

En doctrina se ha señalado que nos encontramos en este supuesto cuando existe «demanda o reclamo por el cual el propietario exige la entrega del bien, es pues el caso de la acción reivindicatoria, el desalojo, el amparo o la denuncia de usurpación» (Mejorada, 2012, p. 227). Ciertamente, sobre esta causal hay menos discusión en la doctrina, toda vez que existe mucha similitud —sino una subsunción directa— para aplicar dicha causal como un supuesto de interrupción civil en la prescripción adquisitiva. No obstante, conviene hacer algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, conforme ya se ha argumentado en los párrafos precedentes, la notificación de la demanda que es hábil

ad atti giudiziali [énfasis añadido], siccome diretti ad ottenere “ope iudicis” la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapiente, perché elemento essenziale della fattispecie dell’usucapione è il possesso, quale potere di fatto sulla cosa, continuato ed ininterrotto».

14 *Cassazione* n.º 23255/2016: «Per l’effetto, si è precisato che (Cass. n. 15199/2011) gli atti di diffida e di messa in mora sono idonei ad interrompere la prescrizione dei diritti di obbligazione, ma non anche il termine per usucapire, potendosi esercitare il possesso anche in aperto e dichiarato contrasto con la volontà del titolare del diritto reale (conf. Cass. 16861/2013)». Este criterio también es asumido en la *Cassazione* n.º 15199/2011 y la n.º 16861/2013.

para interrumpir el plazo prescriptorio es aquella que tenga la idoneidad de provocar (cuando menos potencialmente) la pérdida material del poder de hecho sobre la cosa. En consecuencia, en este caso están incluidos las demandas de reivindicación, el desalojo, el amparo y el interdicto de recobrar.

No obstante, somos del criterio de que no solo las demandas son hábiles para interrumpir civilmente la usucapión, sino también otro tipo de actos (distintos a la demanda), por los que se ordene la restitución del bien, conforme lo autoriza el mismo artículo 1996, inciso 3, del Código Civil, al señalar que también se interrumpe «por otro acto con el que se notifique al deudor». Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a las notificaciones de apertura de instrucción en un proceso penal de usurpación.

De esta manera, no compartimos la posición de un sector de la doctrina (Pasco, 2017, p. 113), que señala que el artículo 1996, inciso 3, exige que necesariamente tenga que notificarse con una demanda para que se produzca el efecto interruptor. Por el contrario, cabe mencionar que es criterio consolidado en la jurisprudencia¹⁵

15 Así, en la Casación n.º 5074-2010-Lima, se ha referido que el artículo 1996, inciso 3, «permite la apertura de otros supuestos que pueden dar lugar a la interrupción del plazo, siempre que estén relacionados a la pretensión que se pretende hacer valer en el proceso, por lo que no se descarta que una **denuncia penal y el posterior proceso que se origine pueda dar lugar a configurar esa interrupción**, más aún si la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que un proceso penal puede interrumpir válidamente el plazo prescriptorio [...] En el caso de que el motivo o causa de la interrupción hubiera sido un proceso penal, el cómputo del plazo prescriptorio se iniciaría nuevamente una vez que dicho proceso hubiera concluido [...]» (considerandos noveno y décimo). Asimismo, en la Casación n.º 3287-2001-Callao, la Corte Suprema ha señalado, interpretando el mencionado artículo del Código Civil, que «cuando esta norma señala que la interrupción puede producirse “por otro acto” distinto de la citación con la demanda, se entiende que el legislador ha querido establecer con amplitud las posibilidades de interrupción de dicho plazo, por lo que el *emplazamiento en el proceso penal* para efectos de responder de la reparación civil derivado del delito constituye una notificación al deudor de la prestación y, por consiguiente, debe considerarse como un acto válido

que la prescripción extintiva de la acción civil se interrumpe por el emplazamiento en un proceso penal, de conformidad con los artículos 100 del Código Penal¹⁶ y el 1996, inciso 3, antes citado, pues en este último se señala que la interrupción puede producirse por «otro acto».

En segundo lugar, cabe mencionar que, conforme se señala en el artículo 1998 del Código Civil¹⁷, el cómputo del plazo se reinicia desde que la sentencia (de reivindicación, desalojo, interdicto de recobrar, amparo o usurpación) queda ejecutoriada. Asimismo, debe anotarse que nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto cuál es la consecuencia jurídica que debe seguirse en caso de que en estos procesos se desestime la pretensión, por lo que, tratándose de la prescripción adquisitiva de dominio, esta debe interrumpirse incluso si la demanda iniciada por el propietario originario sea declarada infundada.

No obstante lo anterior, cabe indicar que asumir la tesis de la interrupción civil ofrece más ventajas funcionales al usucapiente que la tesis de la afectación de la pacificidad, toda vez que el

de interrupción del plazo prescriptorio». Finalmente, en la Casación n.º 2366-99-Lima, se ha señalado que «según el artículo cien del Código Penal, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal; en el presente caso, el término comenzó a correr a partir del veinticinco de noviembre de mil novecientos ochentisiete, fecha de inscripción de la compraventa en los Registros Públicos; pero el diez de julio de mil novecientos noventa y seis *se interrumpió el plazo prescriptivo con el auto que abre instrucción contra los demandados [...]* [énfasis añadido] por los delitos de estafa y contra la fe pública».

16 Código Penal

«Artículo 100.- La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal».

17 Código Civil.

«Artículo 1998.- Si la interrupción se produce por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3 y 4, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada».

artículo 1997 del Código Civil¹⁸ regula tres supuestos en los que se produce la ineficacia retroactiva de la interrupción. De esta manera, el usucapiente tendrá por no interrumpido su plazo prescriptorio si no es válidamente notificado con la demanda o con otro acto potencial para privarle de la posesión; del mismo modo, si el demandante se desiste del proceso¹⁹, o si se produce el abandono (v. gr. en los procesos de desalojo o interdicto de recobrar, no aplicable a la reivindicación por ser una pretensión imprescriptible).

Adicionalmente, se podría alegar que el hecho de que la notificación de dichas demandas califique como acto de interrupción civil sería perjudicial en tanto daría pie a que cualquiera pueda demandar y cortar el plazo prescriptorio ya ganado del usucapiente. ¿Pero acaso eso mismo no se produciría si seguimos la tesis de la afectación de la pacificidad? Ahora bien, ciertamente existe un riesgo que, sin embargo, de algún modo viene atenuado con la calificación de la demanda que realiza el juez: si considera, por ejemplo, que existe una evidente falta de legitimidad para obrar del demandante, declarará su improcedencia y si esta es apelada, si bien es cierto que se notificará a la otra parte, dicha notificación no producirá los efectos de la interrupción civil, toda vez que no

18 Código Civil

«Artículo 1997.- Queda sin efecto la interrupción cuando:

1.- Se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 1996, inciso 3.

2.- El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvenición o de la excepción con la que ha opuesto la compensación.

3.- El proceso fenece por abandono».

19 Si bien es cierto que el artículo 1997, inciso 2, se refiere al desistimiento «de la demanda», ello no significa que se esté regulando al desistimiento de la pretensión, sino al desistimiento «del proceso», pues el artículo 439, inciso 1, del Código Procesal Civil señala que «queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando: 1. El demandante *se desiste del proceso* [énfasis añadido]».

califica como emplazamiento, por no haberse admitido a trámite la demanda, de conformidad con el artículo 438, inciso 4, del Código Procesal Civil.

Por todo lo expuesto, consideramos que se han dado razones suficientes para arribar a la conclusión de que solo los procesos judiciales destinados a ordenar la restitución del bien califican como actos interruptores de la usucapión, mas no así los actos extrajudiciales como la notificación de la carta notarial o la invitación a conciliar.

La postura planteada naturalmente es *de lege data*, es decir, de lo que se desprende de interpretación de las normas que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico; no obstante, es preferible que el legislador regule expresamente la figura de la interrupción civil, con las características propias que tiene la prescripción adquisitiva de dominio. Un punto de urgencia regulativa es, *de lege ferenda*, por ejemplo, los efectos en la interrupción que tienen las demandas interpuestas por el propietario originario y que han sido declaradas infundadas. En ese sentido, se comparte la posición de que lo correcto es que se regule la notificación de procesos judiciales que ordenan la restitución, como causal de interrupción de la prescripción adquisitiva, en la que conste como causal de ineficacia retroactiva la hipótesis en la cual se desestime la demanda del propietario originario, como sí aparece regulado en el inciso 3 del artículo 1946 del Código Civil español²⁰.

20 Código Civil español

«Artículo 1946. Se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:

- 1.º Si fuere nula por falta de solemnidades legales.
- 2.º Si el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia.
- 3.º Si el poseedor fuere absuelto de la demanda».

4. NOTAS CONCLUSIVAS

A lo largo del presente trabajo de investigación hemos podido arribar a las siguientes conclusiones:

1. De la revisión de un buen número de sentencias casatorias emitidas en la última década, se advierte que sigue siendo un criterio dominante considerar al inicio de procesos judiciales (e incluso a la notificación de cartas notariales) como actos que afectan la pacificidad de la posesión, de cara a adquirir la propiedad por usucapión.
2. Los procesos judiciales y la notificación de las cartas notariales no afectan la pacificidad, toda vez que no califican como actos violentos, en tanto por sí solos no generan perturbación en la posesión dirigida al despojo que dé lugar a que el usucapiente retenga por la fuerza el bien. Tampoco es posible subsumirlos como violencia moral, en tanto no suponen, en estricto, intimidación o amenaza de fuerza de recobrar la posesión del bien, esto es, por vías de hecho. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que cuando menos los procesos judiciales son la forma más pacífica de resolver los conflictos.
3. Solo los procesos judiciales destinados a ordenar la restitución del bien califican como actos interruptores de la usucapión, mas no así los actos extrajudiciales como la notificación de la carta notarial o la invitación a conciliar. Esto es así, pues no es posible subsumir los últimos mencionados, por analogía, en el artículo 1996, inciso 2, por carecer de semejanza con el supuesto normativo regulado en dicho artículo, y porque carecen de la idoneidad para privar materialmente del poder de hecho sobre la cosa, idoneidad que sí ostentan, al menos potencialmente, los procesos judiciales destinados a ordenar la restitución del bien.
4. Funcionalmente, considerar a los procesos judiciales como actos de interrupción civil ofrece más ventajas al usucapiente, por

estar reguladas las causales de ineficacia retroactiva de la interrupción en el artículo 1997 del Código Civil. De asumirse la tesis de la afectación de la pacificidad, tendría que concluirse, forzosamente, que esta se mantuvo durante todo el tiempo que duró el proceso, incluso si no se estimó la pretensión del propietario originario.

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (2004). *La usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Avendaño Valdez, J. y Avendaño Arana, F. (2017). *Derechos reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Bautista, J. (2016, 24 de octubre). ¿Los actos extrajudiciales constituyen un mecanismo idóneo para interrumpir la posesión? *La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia*. <https://laley.pe/art/3579/-los-actos-extrajudiciales-constituyen-un-mecanismo-idoneo-para-interrumpir-la-posesion->
- Berastain, C. (2010). Artículo 951. Requisitos de la prescripción adquisitiva de bien mueble. En W. Camacho (dir.), *Código Civil comentado: tomo V. Derechos reales* (3.ª ed., pp. 234-247). Gaceta Jurídica.
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho civil 3: El contrato* (F. Hinestrosa y É. Cortés, trads.). Universidad Externado de Colombia.
- Caiani, L. (1958). Analogia. b) Teoria Generale. En *Enciclopedia del Diritto* (vol. II, p. 354). Giuffrè.
- Capezzuto, C. (2008). Usucapione. En S. Patti (dir.), *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore* (vol. 16). Il Sole 24 Ore.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2002). Casación n.º 3287-2001-Callao. Lima: 20 de septiembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia de la República (2012). Casación n.º 5074-2010-Lima. Sala Civil Transitoria. Lima: 4 de enero de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la República (2013). Casación n.º 4340-2012 Lambayeque. Sala Civil Transitoria. Lima: 8 de noviembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia de la República (2015a). Casación n.º 4264-2013-Lima. Sala Civil Permanente. Lima: 30 de abril de 2015.

Corte Suprema de Justicia de la República (2015b). Casación n.º 2434-2014-Cusco. Sala Civil Permanente. Lima: 3 de septiembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 3012-2015-Lambayeque. Sala Civil Transitoria. Lima: 17 de agosto de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017a). Casación n.º 4753-2016-Ventanilla. Sala Civil Permanente. Lima: 17 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017b). Casación n.º 3070-2016-Arequipa. Sala Civil Transitoria. Lima: 25 de octubre de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017c). Casación n.º 1219-2017-Ucayali. Sala Civil Permanente. Lima: 26 de octubre de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018a). Casación n.º 103-2017-Lima. Sala Civil Transitoria. Lima: 19 de enero de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018b). Casación n.º 3149-2016-Lima. Lima: 12 de marzo de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018c). Casación n.º 1448-2015-Lima. Sala Civil Transitoria. Lima: 20 de junio de 2018.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2018d). Casación n.º 4754-2017-Loreto. Sala Civil Transitoria. Lima: 5 de septiembre de 2018.
- Decreto Supremo n.º 006-2006-VIVIENDA. Aprueban Reglamento del Título I de la Ley n.º 28687, referido a «Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Urbanos Informales y Urbanizaciones Populares». Lima: 16 de marzo de 2006.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1982). *Sistema de derecho civil* (4.ª ed., t. I). Tecnos.
- Espinoza, J. (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (2.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Gonzales, G. (2010). *Derechos reales* (2.ª ed.). Ediciones Legales.
- Gonzales, G. (2013). *Derecho urbanístico* (7.ª ed., vol. 2). Ediciones Legales.
- Gonzales, G. (2021). *Tratado de derechos reales* (4.ª ed., t. II). Jurista Editores.
- Lacruz, J. L., Sancho, F. de A., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F. y Rams, J. (2005). *Elementos de derecho civil III. Derechos Reales. Volumen primero: Posesión y propiedad* (2.ª ed.). Dykinson.
- Lama, H. E. (2012). La usucapión del poseedor. En Poder Judicial del Perú, *Segundo Pleno Casatorio Civil* (pp. 33-53). Centro de Investigaciones Judiciales. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b114a6804ee66d60bd37ff913564ce12/SEGUNDO+PLENO+CASATORIO.pdf?MOD=AJPERES>
- Mejorada, M. (2012). Interrupción y suspensión de la prescripción. *Advocatus*, (26), 273-279.

- Ninamancco, F. (2018). *Jurisprudencia civil vinculante de la Corte Suprema. Análisis de todos los plenos casatorios civiles*. Gaceta Jurídica.
- Pasco, A. (2017). *Derechos reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica.
- Poder Judicial del Perú (2008). Sentencia del Pleno Casatorio Civil. Casación n.º 2229-2008-Lambayeque. Lima: 23 de octubre de 2008. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d9ac818047ebd8c48b39ef1f51d74444/Segundo+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d9ac818047ebd8c48b39ef1f51d74444>
- Real Academia de la Lengua Española (s. f.). Interrumpir. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/interrumpir>
- Sacco, R. y Caterina, R. (2000). *Il possesso*. Giuffrè.
- Tantaleán, R. M. (2012). Cuando el pleno va perdiendo plenitud. Comentarios al Pleno Casatorio Civil n.º 2229-2008-Lambayeque sobre usucapión a favor de coposeedores. En Poder Judicial del Perú, *Segundo Pleno Casatorio Civil* (pp. 89-114). Centro de Investigaciones Judiciales. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b114a6804ee66d60bd37ff913564ce12/SEGUNDO+PLENO+CASATORIO.pdf?MOD=AJPERES>
- Torres, A. (2007). *Acto jurídico* (3.ª ed.). Idemsa.
- Vidal, F. (2016). *El acto jurídico* (10.ª ed.). Instituto Pacífico.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este decimonoveno número de la revista estuvo a cargo de la Unidad de Investigación y Fondo Editorial del Centro de Investigaciones Judiciales; la diagramación, Miguel Condori Mamani; y la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 19 se terminó de producir digitalmente en junio de 2023 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19



Presentación

JAVIER ARÉVALO VELA

Artículos sobre Transparencia y lucha contra la corrupción

EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ

Tratamiento de delincuencia organizada a servidores públicos en México desde la perspectiva del derecho penal del enemigo

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

Corrupción, democracia y derechos humanos: una relación en construcción

RONALD VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ

El *compliance* penal: un mecanismo que ayuda a la prevención de la corrupción en las contrataciones del Estado

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN

La corrupción en el Perú: situación, respuestas y resultados

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ

La certificación por niveles frente a la lucha contra la corrupción. El caso del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ

La acusación alternativa en el Código Procesal Penal peruano: retos y vicisitudes

Artículos sobre diversas ramas del derecho

JAVIER ARÉVALO VELA

Labor Arbitration in the Public Sector

EDWIN RICARDO CORRALES MELGAREJO

Entre los derechos a la intimidad y protección de los datos personales en el trabajo y el poder fiscalizador del empleador: las cámaras de videovigilancia

GUADALUPE JUÁREZ-QUEZADA

Ética y derecho en México: reflexiones sobre su relación en el debido proceso

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

Guerrear a la Constitución: una refutación a los argumentos a favor de la innovación constitucional

MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

Círculo de la violencia y factores de riesgo. Estudio de casos

RUBÉN DURÁN HUARINGA

Homicidio imprudente en el tránsito vial: jurisprudencia contradictoria a partir de dogmática aplicada incorrectamente

JOSÉ MANUEL VILLEGAS VALENZUELA

Los procesos judiciales restitutorios de la posesión como actos que interrumpen civilmente la usucapión. Crítica a la postura dominante en la jurisprudencia